UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BARCELONA
FACULTAD DE DERECHO

APROXIMACION AL ESTUDIO DEL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR DE SOCIEDADES

TESIS DOCTORAL

VICENÇ RIBAS FERRER
2004

Continuación del archivo
vrf1de2.pdf

Capítulo 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 buena fe y la diligencia

Planteamiento

1. El deber de lealtad surge como un recurso del ordenamiento dirigido a la protección del principal en caso de producirse conflictos de intereses en las relaciones de gestión. Sin embargo, al no existir una previsión general que establezca ese mecanismo venimos entendiendo que el soporte normativo del deber se encuentra en los principios generales de nuestro ordenamiento.[1089] En este sentido, el principio de la buena fe resulta idóneo para cumplir esta función, en la medida que, desde su doble función normativa e integradora, puede ser fuente de deberes de conducta reguladores del conflicto de intereses en la relación gestora.[1090] Estos deberes y normas de conducta han encontrado en el deber de diligencia el cauce normativo para su expresión legal. En este sentido, el deber de diligencia encuentra en la buena fe su fundamento normativo general.[1091]

Cláusula general

2. Como expresión de un principio jurídico, la buena fe no es un concepto ni puede ser objeto de definición por lo que se manifiesta a través de una cláusula general que, como tal, se caracteriza por su carácter indeterminado y consecuentemente

---

[1089] V. Cap. 1º, núms. 111.

[1090] V. Cap. 1º. núms. 119, 120.

[1091] El fundamento del deber de diligencia reside en el deber de actuar de buena fe en su sentido objetivo o normativo. Cuando el deber de diligencia se encuentra recogido en nuestro ordenamiento la norma no hace sino recoger una expresión del principio general. V. al respecto, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 51, para quien «[d]el principio general de buena fe nace el concepto de "diligencia"...»; v. también id., *La doctrina de los actos propios* (1963) 141, al señalar al deber de cuidado y diligencia en la prestación entre los deberes accesorios exigidos por la buena fe. En una misma dirección y sobre la base del art. 242 GBG, v. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I (1958) 21 y 155. Con mayor precisión, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 148-9, aborda el problema de la relación entre buena fe y diligencia, distinguiendo ambos criterios generales de conducta desde el plano funcional. Al respecto señala que «[m]ientras la buena fe opera en el marco general de la relación obligatoria, y se refiere, por tanto, recíprocamente a deudor y acreedor; la diligencia se refiere sólo a la posición deudora (en la que, ciertamente, pueden estar recíprocamente ambas partes) y sólo por cuanto se refiere a la actividad de cumplimiento. La diligencia es un instrumento de control de la actividad de cumplimiento del deudor, se refiere sólo al "como" de la prestación. (…) Mientras que la diligencia se refiere a la medida del esfuerzo del deudor, a la conformidad de su comportamiento con aquél que es debido, la buena fe se refiere a la propia (y previa) determinación de lo debido (fijación del límite de lo exigible del deudor)». Sobre la diligencia y la buena en el contrato de franquicia, v. ECHEBARRIA SAENZ, *El contrato de franquicia* (1995) 344-354.

Cfr. el enfoque seguido con MIQUEL GONZALEZ, Voz «Buena fe», EJB, I (1995) 837, para quien «[e]s evidente que la buena fe y diligencia son conceptos diversos, cuya involucración impide la comprensión de algunos preceptos del CC y no concuerda con sus definiciones de la buena fe».

resulta adaptable a una amplia diversidad de situaciones.[1092] En orden a su aplicación, como principio general no puede ser subsumido de forma inmediata en supuesto alguno, lo que requiere de un proceso de concreción que le llene de contenido para un supuesto o para un grupo de casos.[1093]

Sentido objetivo

3. La primera cuestión a analizar en este apartado consiste en determinar si la buena fe puede cumplir esta función fundamentadora del deber de lealtad. Partimos de la idea de que la buena fe es un principio general, aplicable a las relaciones jurídico patrimoniales, exigible tanto en el ejercicio de los derechos como en el cumplimiento de las obligaciones.[1094] La exigencia de cumplir las obligaciones gestoras de buena fe no deriva, sin embargo, de la buena fe en su sentido subjetivo, pues no se trata de observar la predisposición psicológica del gestor consistente en la ignorancia de perjudicar el interés del principal tutelado por el Derecho.[1095] Por el contrario, nuestro análisis se basa en la concepción objetiva de la buena fe, entendida ésta como una norma o modelo de conducta que exige

---

[1092] Sobre la cláusula general contenida en los arts. 7.1 y 1258 CC, v. GETE-ALONSO, «Art. 7 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1992) 868-869; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 138; DIEZ-PICAZO, «Artículo 1 CC», *Comentario del CC*, I (1993) 4; MIQUEL GONZALEZ, Voz «Buena fe», EJB, I (1995) 831, 839. La doctrina también ha reclamado una menor indeterminación de la cláusula general; v. GETE-ALONSO, «Art. 7 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1992) 783; MONTES PANADES, «Art. 7.1 CC», *Comentarios a las reformas del CC*, I, (1977) 371; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 142-3.

Sobre las cláusulas generales, v. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 122, 185, 193-4, 417, 425; WIEACKER, *El principio general de la buena fe* (1977) 29-31; LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (1985) 97; id., *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 287; CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia* (1998) 82, 151; ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico* (2001) 143-5. Sobre la noción de concepto indeterminado, concepto normativo, concepto de libre apreciación v. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico* (2001) 130-42; y la relación entre ambos, en id., pp. 146-7.

V. también, la idea de ZELLER al configurar la cláusula general como normas de control del Derecho privado, reservada para designar la norma que establece expresamente un principio general de Derecho; apud PAZ-ARES, Nota bibliográfica: «ZELLER, E., *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsvebot*, 1981», ADC (1982) 175.

[1093] V. MIQUEL GONZALEZ, Voz «Buena fe», en EJB, I (1995) 831, 842; GETE-ALONSO, «Art. 7 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1992) 868-869; MONTES PANADES, «Art. 7.1 CC», *Comentarios a las reformas del CC*, I, (1977) 371; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I (1958) 143-144; id., *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 285; id., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (1985) 97.

[1094] En relación a su aplicación general, v. MIQUEL GONZALEZ, Voz «Buena fe», EJB, I (1995) 833; GONZALEZ PEREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo* (1989) 22. Sobre su aplicación tanto a ejercicio de derechos como del cumplimiento de las obligaciones, a pesar del silencio del art. 7 CC, v. GONZALEZ PEREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo* (1989) 23; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 49-50, 74-75; DIEZ-PICAZO, «Prólogo», en WIEACKER, *El principio general de la buena fe* (1977) 12; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 104. Desde la perspectiva del análisis económico, v., SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 281.

[1095] V. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I (1969) 74. Sobre la buena fe subjetiva y buena fe objetiva, v., MIQUEL GONZALEZ, Voz «Buena fe», EJB, I (1995) 833-840; Id., «Observaciones en torno a la buena fe», *Homenaje al profesor Juan Roca Juan* (1989) 498-507; DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe* (1965) 39-42, 45-52, 57-60; GETE-ALONSO, «Art. 7 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1992) 874-876. V. STS 3-2-1992, RJA 815, que distingue buena fe "desde un punto subjetivo (creencia, situación psicológica) como objetivo (comportamiento honrado, justo)".

actuar de una forma determinada.[1096] En el mismo sentido, el deber de diligencia se determina de forma objetiva.[1097]

Fuente de deberes de conducta

4. Al concretarse para un determinado supuesto, la buena fe en sentido objetivo se compendia a través de un modelo de conducta que se corresponde con lo que se espera que cumpla el deudor en un determinado negocio.[1098] Este modelo de conducta genérico presenta un carácter abierto en virtud de su formalización como cláusula general que, sin embargo, se concreta a su vez en deberes especiales, deberes de conducta o deberes accesorios, exigibles entre las partes contratantes.[1099]

5. Estos deberes determinan nuevas obligaciones, prohibiciones y normas jurídicas singulares, tanto en la fase precontractual como en la fase de ejecución del contrato.[1100] Por consiguiente, la buena fe es fuente de producción de especiales deberes que determinan el contenido y ejecución de la prestación, con la finalidad de proteger el interés del acreedor y como medio de tutela de los intereses y los

---

[1096] Esta es la interpretación que hace la doctrina en relación a los arts. 7 y 1258 CC. V. GETE-ALONSO, «Art. 7 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1992) 874; DE LOS MOZOS, *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas* (1988) 229; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 138; MONTES PANADES, «Art. 7.1 CC», *Comentarios a las reformas del CC*, I, (1977) 371. Cfr. con la opinión de ROCA GUILLAMON, «Art. 1258», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1993) 456. V. también, GIAMPICCOLO, G., "La buona fede in senso oggettivo nel sistema del diritto privato", AAVV, *Studi sulla buona fede*. Milano: Giuffrè (1975) 7-48.

[1097] Sobre su significación objetiva, v. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 48, 39-53,63; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 119-120, 233, 461; PALAU, "Las obligaciones del agente", RDM (1998) 1529; ECHEBARRIA SAENZ, *El contrato de franquicia* (1995) 348.

Sobre su carácter normativo, v. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 54; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 95-96; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 122.

[1098] En general, la doctrina no resulta muy específica, más allá de reflexionar sobre las ideas relativas al modelo de conducta y lo que socialmente cabe esperar del deudor. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 51, 338; id., PICAZO, *La doctrina de los actos propios* (1963) 138; MIQUEL GONZALEZ, Voz «Buena fe», en EJB, I (1995) 831, 835; DE LOS MOZOS, «La buena fe en el título preliminar del CC», *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas* (1988) 226, 224; id., *El principio de la buena fe* (1965) 54; GETE-ALONSO, «Art. 7 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1992) 874; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 104; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 437; ROCA GUILLAMON, «Art. 1258», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1993) 451; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I (1958) 142; VICENT CHULIA, *Compendio*, (1991) 651.

[1099] DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 118-119; GETE-ALONSO, «Art. 7 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1992) 873, 892; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 229.

[1100] GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 454. Al respecto, señala LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I (1958) 154-156, que, con fundamento en la buena fe se exigen prohibiciones (por ejemplo, la de competencia) u obligaciones (por ejemplo, las de rendición de cuentas, de información o de diligencia), sean estas precontractuales, contractuales o postcontractuales. La buena fe ha sido el fundamento empleado para afirmar la prohibición de competencia del vendedor en el supuesto de transmisión de establecimiento mercantil, el vendedor está obligado, en base a la buena fe; v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 338; id., «Art. 1258 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 437; ROJO, en *Curso de Derecho mercantil*, I (1999) 126; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 195.

fines propios de una específica relación jurídica.[1101]

6. Siguiendo el mismo esquema de razonamiento de la buena fe, la diligencia consiste en la conducta o actividad que una persona está obligada a llevar a término en una determinada situación jurídica.[1102] La diligencia es una fuente de especiales deberes de conducta que acompañan la obligación principal como deberes accesorios, si bien tales deberes gozan de cierta autonomía respecto de la prestación.[1103] Como normas de conducta presentan un carácter dependiente de una prestación y finalidad principal, dado que por si misma, la diligencia no cumple finalidad económica alguna.[1104] Además, los deberes nacidos de la diligencia, al considerarse como auténticos deberes de conducta, han de diferenciarse de aquellos deberes que se entienden incluidos en el concepto de carga.[1105]

[1101] Sobre la idea de que la buena fe tutela fundamentalmente el interés del acreedor y que de la prestación no derive daño a la otra parte, v. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 229, 141-5; WIEACKER, *El principio general de la buena fe* (1977) 56. En particular, GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 465-8 [466], señala que «[l]a buena fe en la ejecución del contrato implica el deber de cada una de las partes de realizar el interés contractual de la otra o el de evitar causarle daño, incluso con el cumplimiento de obligaciones no prevista por la ley o por el contrato, como la obligación de prestaciones accesorias respecto de las obligaciones contractuales». De una manera más precisa, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 338, se refiere a que los especiales deberes de conducta se exigen de acuerdo con el tipo de contrato, la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Idem, id., «Prólogo», en WIEACKER, *El principio general de la buena fe* (1977) 19.

Respecto de la idea de la determinación de la prestación a través de la buena fe, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 85; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 51; DIEZ-PICAZO, «Art. 1258 CC», *Comentario del Código civil*, II (1991) 437.

[1102] Siguiendo a BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 36-7, la diligencia se compone de dos elementos. El primero consiste en un actividad, conducta o comportamiento; el segundo, se refiere a que sea jurídicamente exigible, contribuyendo a configurar la posición jurídica del deudor. El mismo autor define la diligencia obligacional como una cualidad jurídicamente debida de una actividad «que viene propuesta en base a un modelo y que consiste en una conducta o comportamiento del deudor materialmente adecuado a tal actividad según la función que desempeñe respecto de ella: integrarla o promoverla» (id., pp. 65-6). V. además, en relación al estudio de las funciones de exigibilidad (diligencia como actividad jurídicamente exigible, id., pp. 216-492) y de deber de prestación (diligencia como actividad jurídicamente debida; id., pp. 493-545); DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 95; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 119.

[1103] V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 99, 117-21; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I (1958) 21. V. la idea de la independencia de la exigibilidad jurídica de la diligencia respecto del deber jurídico que pesa sobre la prestación en BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 299. También, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 142, defiende el contenido autónomo de los deberes de protección respecto del deber de prestación, al señalar que aunque el deudor haya cumplido el deber de prestación, si se ha producido daño por incumplir los primeros opera la responsabilidad del deudor por violación de los deberse de protección. Sobre la teoría de los deberes de protección, v. id. pp. 141-5. V. tambien, CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000.

[1104] La doctrina ha diferenciado entre prestación accesoria y deber de conducta, señalando que el deber amplía la prestación principal y la prestación accesoria es independiente de la principal, aunque con finalidad auxiliar. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 315-316. V. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I (1958) 22, nota 2, al señalar que las normas de conducta sólo pueden reclamarse cuando «concurre un interés digno de protección en la persecución jurídica».

[1105] V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 109-114; CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1988; id, Voz «Cargas (Dº Civil)», EJB, I (1995) 934-935. Cfr. con PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades*

Función normativa e integradora

7. En ese sentido normativo u objetivo, la buena fe despliega a través de los deberes de conducta una doble función integradora de las lagunas legales y convencionales.[1106]

8. De un lado, la buena fe desempeña una función normativa en la medida establece el contenido obligatorio que no ha regulado el legislador.[1107] En este sentido, a través del principio de la buena fe se establece la reglamentación nuclear o contenido mínimo de los deberes de diligencia y de lealtad, no previsto por el legislador, y no disponible por las partes.[1108]

9. De otro lado, al integrar la obligación contractual, la buena fe exige al gestor, deudor de la prestación, hacer aquello que ha prometido y, además, todo lo

---

mercantiles y oportunidades de negocio (1996) 73, para quien la obligación de comunicación del administrador a la sociedad «se configura como carga en sentido técnico-jurídico».

En primer lugar, los deberes de conducta pueden ser exigidos por parte del principal (acreedor), mientras que si tales deberes presentaran la naturaleza de una carga ello no resultaría posible. Las cargas no constituyen deberes jurídicos en la medida que no son directamente exigibles; al sujeto activo no le corresponde una pretensión encaminada a su cumplimiento. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 110; CABANILLAS, Voz «Cargas (Dº Civil)», EJB I (1995) 934; LOPEZ Y LOPEZ, «Voz: Relación jurídica (Dº civil)», EJB, IV (1995) 5767; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 84.

En segundo lugar, los deberes de comportamiento, a diferencia de la carga, no pueden ejercerse libremente (facultativamente) ni son requisito para evitar perjuicio alguno o reducir la posición jurídica del gestor. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 110.

[1106] V. MIQUEL GONZALEZ, Voz «Buena fe», en EJB, I (1995) 834, 842-3; BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I (1969) 97-8; CAPILLA, *La sociedad civil* (1984) 189-190. Al respecto, PAZ-ARES, en *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 443, señala que «[l]a función que está llamado a cumplir el deber de fidelidad es justamente el de modular el ejercicio de los derechos reconocidos y el de completar las previsiones legales o contractuales...». Idem, PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub. XI.1. MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 201, 212-3.

Sobre la integración del contrato, v. también, ALFARO, *Condiciones generales de contratación* (1991) 333, 354, 374-6, 359-360; id., Voz «Integración contractual», EJB, III (1995) 3636-40; GORDILLO, Voz «Integración del ordenamiento», EJB, III (1995) 3642; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 334-339; DIEZ-PICAZO, «Art. 1258 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 437; DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe* (1965) 124-5; DE LOS MOZOS, «La buena fe en el título preliminar del CC», *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas* (1988) 227; PEREZ CARRILLO, "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", RdS 14 (2000) 281-6. SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 285.

[1107] V. sobre ello, GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 454. V. también, el planteamiento de ROCA GUILLAMON, «Art. 1258», *Comentarios al CC y Comp. forales* (1993) 428-429, al señalar que «el art. 1258 encierra en sí mismo un valor integrador que se justifica desde una concepción social de la función del contrato... De suerte que, junto a la ordenación privada de los intereses de las partes, se introducen unas reglas objetivas que se superponen a aquellas que los sujetos de la relación contractual pactaron. Para ello no es necesario que se hayan detectado lagunas en la ordenación predispuesta, lo que limitaría el precepto del art. 1258, sino que dicha función se desarrolla al margen y aún en contra de la voluntad de las partes: el art. 1258 es un precepto de carácter imperativo, que impone reglas de conducta objetivas a las cuales no pueden sustraerse los contratantes».

[1108] En este sentido, el contenido del deber consiste en un modelo normativo, que no se relaciona con la voluntad presunta de las partes. V. DIEZ-PICAZO, «Art. 1258 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 437; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 335, 338; DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe* (1965) 45, 124. Cfr. con las opiniones que sostienen la disponibilidad del deber. V. Cap. 5º, núms. 107-1108, 126.

necesario para llevar a término la utilidad plena del negocio.[1109] En este mismo sentido, la buena fe despliega una doble función. Primera, a través de la diligencia sirve a la función de la integración de la obligación en general.[1110] Segunda, a través de la lealtad del gestor despliega una función integradora de la obligación en aquellos aspectos del contenido del deber relativos al conflicto de intereses que pueden ser negociables por las partes y, no han sido previstos en el contrato.

b) Construcción del deber de lealtad

Lealtad, subprincipio de la buena fe

10. De lo dicho podemos concluir que el deber de lealtad encuentra su fundamento en el deber de buena fe entendida en su sentido objetivo o normativo.[1111] La lealtad como manifestación o subprincipio jurídico derivado de la buena fe ampara las concretas exigencias o normas de conducta del gestor.[1112]

[1109] V. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I (1969) 104.

[1110] La diligencia despliega sus efectos en aquellos casos en que la obligación se presenta con un contenido indeterminado dado que el ordenamiento o las partes negociales no han fijado una regla previsora de todas las conducta posibles. Sobre la diligencia como criterio integrador de la obligación, v. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 171 (la diligencia integradora identifica la actividad y se convierte en un requisito indispensable para la racionalidad de la calificación jurídica de una conducta); DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 98-99; GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión* (1995) 101; ESTEBAN VELASCO, «Art. 14», *Comentarios LAIE* (1992) 237.

Sobre la nota de discrecionalidad y autonomía del deudor en relación con la diligencia, v. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 54-5, 170-1 y 215. En está última página, el autor señala que precisamente «la diligencia [es] un criterio de limitación de la discrecionalidad...».

[1111] Cfr. con MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 212-3, al señalar que «[e]l deber de fidelidad tiene en Derecho de sociedades una función similar a la que, con carácter general, cumple la buena fe, en su doble vertiente objetiva y subjetiva...».

[1112] V. al respecto, FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades* (1977) 328, nota 92, que hace referencia al «principio de fidelidad» sin añadir si se trata de un principio en sentido estricto; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 235 se refiere al «principio de lealtad» y al «principio o deber general de fidelidad de los socios como fundamento último de los instrumentos preventivo y represivo de tutela del interés social»; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 682, habla de que «[l]a exigencia de fidelidad para con la sociedad ha de operar como un auténtico principio general...»; id., "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS (2002) 26 (el deber de fidelidad «expresa un genuino principio general»); VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 200 («[e]n base al deber de lealtad o buena fe los Estatutos o el o los Reglamentos Internos de Conducta (RIC) pueden regular el procedimiento de constatación y solución del conflicto»). En relación al deber de fidelidad del socio, v. GIRON, *Derecho de sociedades*, I (1976) 295. Sobre las categorías de principios y subprincipios v., LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 467.

En la medida que la lealtad ha sido reconocida por la ley, no se trata tanto de un principio abierto, sino en mayor medida un principio en forma de norma jurídica, lo que la hace inmediatamente aplicable para una generalidad de supuestos, aún cuando su concreción final se determinará en su aplicación al caso concreto. Sobre la distinción entre principios abiertos y principios en forma de norma jurídica, v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 471. El autor señala que «[l]os principios en forma de norma jurídica ocupan, en cierto modo, una posición intermedia entre los principios abiertos, que son concretizados por ellos en una determinada dirección, y las normas jurídicas con supuestos de hecho muy ampliamente concebidos».

V. el reciente reconocimiento del *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, p. 23, de la existencia de un principio general de lealtad al señalar que «la primera medida a adoptar para reforzar la

11. Al respecto, la doctrina ha venido reconociendo que la lealtad encuentra su origen en la buena fe desde distintos ámbitos y en distinto grado.[1113] En un sentido general se contempla que la buena fe comporta un deber general de actuar con fidelidad en el cumplimiento de la obligación.[1114] En un ámbito intermedio, la buena fe es la referencia más señalada para dar fundamento al deber de lealtad en las relaciones con comunidad de intereses y, en particular, en la lealtad del socio.[1115] Específicamente, en las relaciones de gestión, al determinar el fundamento del deber de lealtad, existe un amplio reconocimiento de la buena fe como origen de lealtad, tal como así sucede en los distintos tipos gestores.[1116] En esa misma dirección, en la buena fe reside el fundamento normativo del deber de lealtad del administrador.[1117]

---

eficacia del deber de lealtad consistiría en detallar... las obligaciones básicas derivadas del principio general...».

[1113] Corresponde a GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 295, el mérito de establecer la graduación entre tres grandes categorías a las que se les aplica el deber de buena fe, utilizada en este punto: la contratación en general, las relaciones caracterizadas por la comunidad de intereses y las relaciones gestoras. En este orden, las exigencias del deber se incrementa en la medida que se va acercando a las relaciones gestora.

[1114] La afirmación suele hacerse con referencia a los distintos soportes normativos (arts. 7 y 1258 CC; 57 CdC). V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 85; GETE-ALONSO, «Art. 7 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1992) 874, 867; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 104; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1995) 437; DIEZ-PICAZO, «Prólogo», en WIEACKER, *El principio general de la buena fe* (1977) 12; MONTES PANADES, «Art. 7.1 CC», *Comentarios a las reformas del CC*, I, (1977) 364; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 138-9. Para GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 295, en las relaciones con obligaciones recíprocas en las que cada parte cuida su propio interés, la buena fe no obliga a más que a «estar dispuesto a integrar el contrato en la manera en que la obligación contraída haya de entenderse correctamente y en relación con la otra parte».

V. también, BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I (1969) 84; ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 282; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I (1958) 142, nota 145.

[1115] V. *infra*, sub. II.2.b), deber de lealtad del socio. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 295, señala que las relaciones «en las que la actividad negocial de los intervinientes repercute de unos a otros a virtud de la comunidad de intereses ("nostra res agitur")» se encuentran entre las relaciones obligatorias en general y las relaciones gestoras, a los efectos de la aplicación del contenido integrador de la buena fe.

[1116] V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 100. El autor, id. p. 106, entiende que los deberes de lealtad del representante hacia el representado «con carácter general, puede encontrar su apoyo en el criterio o principio de buena fe, tal como lo enuncia el artículo 1258 CC (consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes con la buena fe), y en el criterio general de diligencia específica aplicable a los negocios de gestión, que consagra el artículo 1719 CC (hacer - y habría que añadir también no hacer - todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia)». GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 295, sin hacer mención expresa al deber de lealtad, considera que la buena fe en la gestión de negocios de otros presenta un contenido específico que ha de ponerse en relación con «la obligación, va cuidar el interés ajeno ("res tua agitur")». V. también, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 347, al establecer la relación existente entre el deber de fidelidad del mandatario y la exigencia de la buena fe (art. 242 BGB). En relación al deber de fidelidad del comisionista y su fundamento en la buena fe, v. GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión* (1995) 152 («la justificación última del criterio de la fidelidad a los fines del contrato tiene su base y justificación en el principio de la buena fe que rige la ejecución del contrato»).

[1117] HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 122 (el deber de fidelidad del administrador es «concreción del principio general de buena fe»); LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 41-2 («el fundamento jurídico de la obligación de perseguir el interés social puede y debe encontrarse en el

Concepto determinado por la función

12. Aún cuando regulado en unos casos y reconocido en otros, el deber no ha sido objeto de definición en el ordenamiento y su vinculación a la directiva que establece el propio principio de lealtad plantea dificultades en orden al establecimiento de un concepto abstracto general. De ahí que la definición que mejor recoge su naturaleza y contenido esencial y, en parte concreta el principio, responde a un concepto jurídico determinado por la función.[1118] Tal concepto presenta una naturaleza teleológica que requiere acudir a la valoración contenida en el principio y que en su contenido expresa la referencia al principio.[1119] Por otra parte, facilita una aplicación equitativa del contenido de la lealtad dentro del complejo regulativo de las relaciones de gestión, al permitir su determinación en cada caso de acuerdo con la función que el principio debe cumplir.[1120] Finalmente, un concepto de esta naturaleza se diversifica a través de la formación de tipos mediante la articulación de grupos de casos.[1121]

13. Desde esta perspectiva que contempla un concepto determinado por la función, el deber de lealtad consiste en una manifestación del deber de buena fe dirigida a proteger al principal de las actuaciones interesadas del gestor de intereses ajenos. La función protectora del interés ajeno se convierte en la directiva a la que se hace necesario dirigirse para la concreción del principio en reglas singulares.

---

principio general de la buena fe establecido con carácter normativo en el art. 7-1 CC; el principio general de la buena fe «en el ámbito societario se traduce en la obligación de perseguir el interés social en el desempeño del cargo»); SALELLES, *El funcionamiento del consejo de administración* (1995) 193 («el principio general de buena fe se concreta, por lo que hace a la actividad de los administradores, en un deber de lealtad en relación con el fin común»); FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) 164-5 (los deberes de diligencia y lealtad delimitan y concretan «el contenido de la obligación fundamental del administrador social de conformar su conducta con el respeto más absoluto al principio general de buana fe (art. 7.1 CC)»); SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS (2002) 26 (el deber de fidelidad en el Derecho de sociedades «significa "la observancia de la fe que uno debe a otro"»).

[1118] El concepto jurídico determinado por la función presenta «un contenido de relación subyacente a una regulación... expresada en tal medida, que aunque necesariamente abreviada, sigue siendo cognoscible» y «debido a su relación con supuestos de hecho legales a los que sirve de base, es más concreto que el principio»; v. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 473, 478.

[1119] La doctrina ha afirmado el modelo ético jurídico de conducta que significa la buena fe. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 337-338; DIEZ-PICAZO / GULLON, Sistema, I (1995) 437; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 138.

[1120] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 474.

[1121] LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 479. Sobre la idea de la determinación de los principios a través de la formación de grupos de casos, v. id., pp. 148-9, 214, 287, 379, 418-9; ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 32, 122 ss., 312 ss., 340 ss., 349 ss., 353, 396 ss.

2.
El deber de diligencia del gestor. Relación entre diligencia y lealtad

a) Aproximación al modelo de diligencia del gestor

Modelos de diligencia

14. Aun cuando el deber de diligencia tiene como función completar obligaciones indeterminadas, su formulación se recoge a través de cláusulas generales caracterizadas por su generalidad y abstracción.[1122] Al respecto, el ordenamiento establece determinados tipos o modelos abstractos de conducta, denominados estándares, que facilitan la labor de su determinación y resultan el adecuado cauce para su aplicación.[1123]

15. El modelo previsto con carácter general en el derecho de obligaciones y subsidiario para los casos en que la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento tiene como referente al buen padre de familia (art. 1104.II CC).[1124] El modelo del buen padre de familia se corresponde con la diligencia que se exige del hombre medio, que no es experto, ni se le puede exigir conocimientos de una determinada profesión.[1125]

16. A su lado, el ordenamiento establece un modelo de diligencia profesional o técnica. El modelo del artífice se corresponde con las reglas técnicas y conocimientos específicos de una profesión, oficio o arte.[1126] Esta diligencia se proyecta, particularmente, en las llamadas obligaciones profesionales, en las que el deudor

---

[1122] V. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 53, 77; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 47.

[1123] BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 77-165, distingue cuatro modelos de diligencia: el modelo abstracto no profesional de conducta (el buen padre de familia), el modelo profesional o artífice (el perito), el modelo derivado en modo habitual de comportamiento de una persona respecto de sus intereses (“*quam in suis*”), y el modelo de conducta resultante de la obligación que se trata de regular. Siguiendo a BADOSA, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 96-98.

[1124] La previsión general de nuestro CC en el art. 1104.II establece que «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia». El art. 1176 CC italiano de 1942 señala que «en el cumplimiento de las obligaciones el deudor debe usar la diligencia de un buen padre de familia». Sobre el modelo del padre de familia, v. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 79-120; sobre la función instrumental o promotora del art. 1104 CC, v. id, pp. 252-257; sobre la especial configuración del modelo de conducta de la diligencia del art. 1104 CC, v. id, 265-296.

[1125] El padre de familia «tiene justa causa para ignorar cualquier conocimiento que sea inherente a una determinada profesión». Sin embargo, «el padre de familia «debe poseer ciertos conocimientos: los no inherentes a ninguna profesión, aquellos que pueden definirse como estando al alcance de cualquiera o conocimiento del funcionamiento habitual de los fenómenos corrientes». V. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 79-80, 83; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 96-97, 502-503.

[1126] El modelo implica «necesariamente la referencia a una profesión, entendida como nombre genérico que comprende todas aquellas personas que conocedoras de las reglas que presiden el ejercicio de una determinada actividad, se dediquen a ella»; v. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 124. Además, el artífice no tiene justa causa para ignorar determinados conocimientos, precisamente aquellos propios de la profesión que ejerce o dice ejercer» (id., p. 83). Consiguientemente, el modelo viene caracterizado por un conocimiento o saber que comporta que la actividad esté disciplinada por un conjunto de reglas de acceso restringido. V. id., pp. 121-137; siguiendo la misma argumentación, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 97; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 234-5.

es un profesional que se dedica habitualmente a la prestación de determinados servicios cuya actividad exige la aplicación de los conocimientos o técnicas propias de la profesión.[1127] Este también es el modelo que se deriva de aquellas profesiones que, por su componente empresarial, exigen la diligencia de un ordenado empresario.[1128]

17. Finalmente, en determinados casos, el ordenamiento contempla el modelo de diligencia propio de una determinada obligación. Este es el criterio legal que rige para las modernas regulaciones de figuras gestoras, sean contractuales o societarias, al hacer mención el ordenamiento al deber de diligencia de un representante leal.

18. En todo caso, los distintos modelos y sus respectivas formulaciones legales deben interpretarse en consonancia con la naturaleza de la concreta obligación (art. 1104.I CC y 1719.II CC).[1129]

[1127] V. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 122, 335-339; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 247-248. V. también, YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Teoría general. Madrid: Reus, 1989.

Para MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 44-45, las obligaciones profesionales se basan en un concepto impropio de diligencia, en tanto que ésta se confunde con la pericia. En tales obligaciones, «la falta de adecuación a lo pactado no es relevante por razón del esfuerzo, sino que se presenta como un *dificultas praestationis*». Sobre la idea de diligencia impropia de carácter objetivo, v. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 233 ss., quien recoge la doctrina italiana (especialmente, MENGONI) que ha estudiado este aspecto. V. también el art. 1176 CC italiano 1942 que establece que «en el cumplimiento de las obligaciones inherente al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse con referencia a la actividad ejercitada».

[1128] En relación a diligencia de un ordenado comerciante exigible al comisionista, v. GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2857-8; VICENT CHULIA, «Voz: Comisión mercantil», EJB I (1995) 1136; GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión* (1995) 101-2; v. también BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 137-156. Para el ejemplo de diligencia profesional que remite al “ordenado empresario” que establece el art. 9.2.a LCA, v. VERGEZ SANCHEZ, «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios Menéndez*, III (1996) 3060; LLOBREGAT HURTADO, *El contrato de agencia mercantil* (1994) 139; FERNANDEZ DE LA GANDARA, «Voz: contrato de agencia», EJB I (1995) 1571; BOTANA AGRA, “El contrato de agencia en el Derecho español”, DN (1993) 5. En relación al gestor profesional, v. MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 57.

[1129] Este criterio deriva del art. 1104.I CC, al señalar que la diligencia exigible al deudor consiste en la que «exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». En esta misma dirección, el art. 1719.II CC establece que el mandatario a falta de instrucciones del mandante «hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia». Al respecto, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 156-165, al estudiar la relación entre la exigencia de la adecuación de la diligencia a la naturaleza de la obligación y los modelos concretos de diligencia concluye que los modelos y grados de diligencia expresada en la obligación o, en su defecto, en la propia ley, «deben siempre hallarse en función de la naturaleza de la prestación debida y de las circunstancias de su cumplimiento (art. 1104.I)». Sobre la relación entre diligencia y naturaleza del negocio, v. id., pp. 292-5, 530. V. también JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 120-1, para quien el modelo de diligencia es un «un criterio de valoración de conductas relativo, conmisurado a la naturaleza de la actividad que se trate». Para este autor, una aplicación de esta regla reside en la diligencia exigible a los profesionales. V. id., p. 125. V. también las observaciones sobre la naturaleza del negocio en la comisión de GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión* (1995) 101-2.

Aplicación a la relación gestora

19. El deber de diligencia se extiende a lo largo de todo el derecho de obligaciones, tengan éstas naturaleza legal o negocial.[1130] En primer término, la diligencia es una técnica jurídica común para completar el contenido obligatorio de las relaciones jurídicas de duración.[1131] En segundo lugar, la diligencia resulta particularmente idónea para el desarrollo de su función integradora en las relaciones de prestación de servicios necesitadas de completar las prestaciones de hacer pactadas en sentido general.[1132] En tercer lugar, cuando la prestación se cumple en una obligación de medios, entonces la diligencia se convierte el único recurso para completar la actividad.[1133] Finalmente, la diligencia cumple con su función integradora a través de normas de conducta aplicadas al desarrollo de la actividad del gestor. En este caso, su papel se orienta a concretar el encargo siguiendo el interés del principal, de acuerdo con la finalidad y la causa del negocio.[1134]

20. Las relaciones gestoras se configuran como prestaciones de servicios en interés de otro, cuyas obligaciones, generalmente de medios, presentan en muchos casos un carácter indeterminado y genérico, hecho por el cual están necesitadas de concreción y conceden cierta discrecionalidad al deudor.[1135] Es por todo ello que

---

[1130] El alcance del deber no sólo abarca el Derecho patrimonial, sino que también incluye el Derecho de familia, como así lo señalan las referencias legales relativas a la patria potestad (art. 164 CC) o a la tutela (270 CC). V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 95.

Para la doctrina económica la exigencia de una mayor diligencia está en consonancia con la intensificación del riesgo en una relación jurídica. La obligación de diligencia se corresponde con la exigencia de confianza por parte del acreedor. V. SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 176.

[1131] Sobre las obligaciones de tracto sucesivo y los contratos duraderos, v. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II (2002) 39 y 430; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I (1958) 41-45. Señala este autor, p. 44, que las relaciones de obligación duraderas, en general, exigen «para su ejecución una confianza recíproca y una especial observancia de la diligencia en el cumplimiento de la actividad asumida, ya que en una vinculación durante largo tiempo cada una de las partes depende, más que en ningún otro caso, de la buena fe y del cumplimiento de lo convenido. De ahí que en estos casos tengan mayor significación los deberes de observar la buena fe y de la consideración personal». Nuestro ordenamiento ha dejado constancia de tales exigencias. Como ejemplo de obligaciones legales de diligencia en contratos de duración, v. las referencias relativas al arrendamiento (art. 1555.2º CC), la hipoteca mobiliaria (art. 17 de la Ley de 16 de diciembre de 1954), la prenda (art. 1867 CC), el usufructo (art. 497 CC), el seguro (art. 10.I LCS), etc. En las relaciones de duración atípicas, la doctrina igualmente señala la importancia que el deber de diligencia adquiere en la integración de la obligación. V. *ia*, ECHEBARRIA SAENZ, *El contrato de franquicia* (1995) 344-354. Sobre estas relaciones, v. Cap. 3º, núms. 5, 21.

[1132] La diligencia permite dotar contenido y determinar las prestaciones de hacer, siendo de especial utilidad en las prestaciones profesionales y, en particular, en los contratos de servicios. V. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 168; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 99.

[1133] V. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 172; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 99. Sobre el papel que ocupa la diligencia en las obligaciones de medios y de resultado, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 247; JORDANO FRAGA, "Obligaciones de medios y de resultado", ADC (1991) 19.

[1134] Sobre la causa y fin del negocio gestor, v. Cap. 3º, núms. 35 ss.

[1135] Sobre el margen de discrecionalidad de actividades genéricas o indeterminadas como administrar los intereses de un menor o cuidar de un asunto ajeno, v. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 499-500, 509. Incluso en los supuestos en que el legislador ha dado prioridad a las instrucciones, como es el caso del mandato, existe un cierto marco de discrecionalidad que exige complementarse. Al respecto, BADOSA, *id.*, p. 526, señala que a pesar de los límites marcados por las instrucciones, el mandatario, «dispone siempre de un

las relaciones gestoras son especialmente aptas para que la conducta del gestor se integre a través de la diligencia, llegándose a postular la existencia de un principio general de diligencia cuyo ámbito abarca la gestión de intereses ajenos.[1136] En consonancia con esta idea, el deber de diligencia con el que debe actuar el gestor ha sido reconocido expresamente por el legislador en una diversidad de tipos normativos, como así sucede en las figuras del mandato, la

---

irreductible ámbito de discrecionalidad económica respecto del contenido del "objeto" o la oportunidad de la gestión». Si los límites y las instrucciones suprimieran «totalmente la discrecionalidad del mandatario... lo convertirían en un *nuntius*»; v. también, id., p. 529. Sobre la gestión como obligación de medios, v. Cap. 3º, núm. 23.

[1136] La idea la recoge BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 500, quien señala que en la gestión de intereses ajenos puede establecerse un «principio general, [que] sometería toda administración (de origen voluntario o legal) a las reglas de la diligencia del buen padre de familia». El principio sería aplicable a los casos de gestión «carentes de regulación precisa» cuya «aplicación subsidiaria podría fundarse además en los arts. 1094 y la idea que preside los arts. 1094 y 1104.II».

[1137] El Código civil contempla tres supuestos de obligaciones de diligencia en relaciones de gestión: la tutela (art. 270; antes, 264,4º); el mandato (art. 1719.II) y la gestión de negocios ajenos (art. 1889.I). V. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 493 y más ampliamente sobre las tres figuras anteriores, id., pp. 514-532.

En relación al mandato, señala BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 521, que la formulación «de la diligencia como contenido de la prestación del mandatario se debe a Pothier quien al enumerar las obligaciones que le incumben como consecuencia del contrato, cita las tres siguientes: hacer el negocio que es objeto del contrato, aportar el cuidado que tal negocio exige y rendir cuentas de la gestión ya realizada». En nuestro derecho, el modelo de la diligencia del buen padre de familia se recoge en el art. 1719.II CC. V. ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil* (1997) 189-191; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 520-532; DE SEMO, *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica* (1961) 135-136; LEON ALONSO, «Arts. 1718 y 1719 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 1549-1550, y más ampliamente, LEON ALONSO, «Art. 1719 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 219-224. V. también, V. PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núms. 120-71.

El Código recoge para la comisión el modelo de diligencia de la gestión de los intereses propios ("quam in suis"), en el art. 255.II CdC. V. SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II (2004) 158-9; ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 267; GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2855-8; VICENT CHULIA, «Voz: Comisión mercantil», EJB, I (1995) 1136; GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión* (1995) 101-102.

La LCA establece en su art. 9.2.a) que el agente deberá «ocuparse de la diligencia de un ordenado comerciante de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieran encomendado». V. MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 453-61; PALAU, "Las obligaciones del agente", RDM (1998) 1529-1535; VERGEZ SANCHEZ, «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios Menéndez*, III (1996) 3060; FERNANDEZ DE LA GANDARA, «Voz: contrato de agencia», EJB, I (1995) 1571; BOTANA AGRA, "El contrato de agencia en el Derecho español", DN (1993) 4-5; LLOBREGAT HURTADO, *El contrato de agencia mercantil* (1994) 138-140.

El deber de diligencia del factor no tiene un reconocimiento legal tan explícito como los anteriores; este se encuentra indirectamente a través del enunciado del art. 297 CdC, al referirse a la responsabilidad del factor «en el desempeño de sus funciones con... negligencia». La doctrina así lo testimonia: BELTRAN, «Voz: Factor», EJB, II (1995) 3043: «el factor tiene la obligación de cumplir su cometido con la diligencia de un buen comerciante...»; ROJO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 211: en el desempeño de las funciones encomendadas, «los factores actuarán con la diligencia de un buen empresario».

Fuera del Código Civil, v. el art. 35.1 de la *Ley Concursal (2003)* que establece que «[l]os administradores concursales y los auxiliares delegados desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal».

comisión, la agencia, el factor o la administración de sociedades.[1137]

El deber general de diligencia del administrador

21. En el ámbito de la administración de sociedades, la obligación de diligencia está directamente relacionada con la obligación general de administrar en desarrollo del objeto y fin social.[1138] El deber de administrar se caracteriza por ser una obligación de medios lo que equivale a decir que el administrador debe comportarse con la debida diligencia en el desarrollo de la actividad gestora.[1139] En este tipo de obligaciones el incumplimiento se produce cuando la actuación del administrador contraviene la pauta que la obligación de diligencia establece, y no ante la ausencia de un determinado resultado.[1140] Esta diligencia exigible al administrador no es un deber de naturaleza distinta a la diligencia exigida en la parte general del Derecho de obligaciones (arts. 1103 y 1104 CC). Se trata de una adaptación de la diligencia general a la concreta actividad de la administración de sociedades.[1141]

22. La sujeción del administrador de sociedades a una obligación general de administrar diligentemente trae consigo la aplicación de las notas características de la diligencia ya anunciadas con carácter general. En primer lugar, el deber de diligencia es fuente de nuevas obligaciones al modo de una cláusula general normativa.[1142] En segundo lugar, la diligencia despliega su papel de norma jurídica actuando como regla de conducta en sentido objetivo, presidida por las

---

[1138] Sobre el deber general de administrar, v. IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades* (1971) 363-364; ESTEBAN VELASCO, Voz: «Administradores de SA», EJB I (1995) 346; id., «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 706; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 57-61; RODRIGUEZ ARTIGAS, «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 422. Sobre el contenido general de la posición jurídica del administrador v., GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 357; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 129, 156-7; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 643, 670-1.

V. también el argumento según el cual no cabe diferenciar la ley, los estatutos y el deber general de diligencia como fuentes distintas de las obligaciones de los administradores. Para ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 675, hay «una única fuente, el deber u obligación general de administrar, y un marco para el desarrollo de ese deber (Ley y Estatutos) del que se derivan obligaciones específicas». En esta dirección, las obligaciones derivadas de la ley y de los estatutos no se contemplan como supuestos distintos del deber general de administrar diligentemente, «sino como el marco en el que debe desarrollarse dicho deber general»; v. id., p. 683. Sobre la relación entre las obligaciones derivadas de la ley, los estatutos y la diligencia, v. SANCHEZ CALERO, "Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima", *Estudios Girón* (1991) 914-5; URIA / MENENDEZ / GARCIA DE ENTERRIA, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 913.

[1139] V. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 159; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 102-3.

[1140] V. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 159.

[1141] V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 103; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 132; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 51.

[1142] V. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 187; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 677; ESTEBAN VELASCO, «Art. 14», *Comentarios LAIE* (1992) 238; PEREZ CARRILLO, "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", RdS 14 (2000) 279.

propiedades de la indeterminación y la abstracción.[1143] En tercer lugar, a través de la diligencia se completan las obligaciones legales y estatutarias, determinando el comportamiento concreto exigible al administrador en cada caso y la forma de su cumplimiento.[1144]

b) La distinción entre cuidado y lealtad. La diligencia en sentido estricto

Planteamiento

23. Recientemente la doctrina ha dado autonomía propia al deber de lealtad al distinguirlo del deber de diligencia y entender que ambos conforman las dos categorías de deberes de conducta del gestor.[1145] Esta construcción doctrinal no está presente en nuestro ordenamiento, en la medida que ha previsto que el deber diligencia sea el cauce normativo sobre el cual se manifiesta el deber de lealtad.[1146] En este sentido, puede hablarse, de un lado, de un deber de diligencia

---

[1143] V. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 376; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 161, 163, 196; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 667; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 133; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 102-3, 107; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 46-7. V. también el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.8.1, que señala que cláusula general establecida en la legislación sustantiva establece una norma de conducta de «carácter altamente abstracto o genérico».

[1144] El deber de diligencia expresa la forma que han de ser cumplidas las obligaciones emanadas de las fuentes formales como la ley, los estatutos y los acuerdos sociales. Como señala QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 186-7, el deber de diligencia no es ajeno a las fuentes de las obligaciones del administrador. «Las fuentes indican qué obligaciones ha de cumplir el administrador y de dónde provienen; el deber de diligencia indica cómo se deben cumplir esas obligaciones, qué comportamiento es exigible a los administradores en general, en una sociedad determinada, etc.». V. también, ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 675.

[1145] V. CORTES, «Notas sobre la reforma de la legislación mercantil», *Estudios Girón* (1991) 212-213, al señalar que «[l]a relación de agencia en que se encuentran los administradores les impone la observancia de dos deberes generales para con los socios: el deber de diligencia y el deber de lealtad en la gestión»; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 32 y *passim*; BISBAL, «Prólogo» a la monografía de LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 17; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil* (1997) 189 (los deberes de conducta del mandatario y del comisionista «pueden resumirse en dos: lealtad y diligencia»); *Informe Olivencia* (1998) sub. 8.1; GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2856 (los criterios de comportamiento del comisionista profesional deben ser desde la perspectiva de la moralidad de su actuación, la actuación leal y de buena fe, y desde la perspectiva de su pericia la diligencia de un ordenado comerciante).

Esta separación de deberes sigue el esquema propio de los países anglosajones cuya doctrina distingue entre *duty of care* y *duty of loyalty*. V. los ALI, *Restatement of Agency* (1958) al separar entre los *duties of service and obedience*, (sub. 377-86) entre los que se encuentra el *duty of care and skill*, y los *duties of loyalty* (sub. 387-98); REYNOLDS, *Bowstead and Reynolds on Agency* (1996) se refiere a los *duties of performance* (sub. 6-01 a 31) entre los que incluye los *duties of care and skill*, de los *fiduciary duties* (sub. 6-32 a 6-110); ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 4.01 (*duty of care*) y 5.01 a 5.16 (*duty of fair dealing of directors, senior executives and controlling shareholders*); CLARK, *Corporate Law* (1986) sub. 3.4 (*duty of care*) y sub. 4-8 (*self-dealing*). GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1992) 551 ss.; FARRAR, *Company law* (1991) 396-402 y 403-41. V. también, EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 103.

[1146] V. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 201, 203 («La ley ha acudido a un modelo de diligencia, el de la lealtad o fidelidad»; «la lealtad como tipo abstracto de la diligencia»); SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 102

general que abarca el conjunto de deberes del gestor y, de otro, de sus especies, los deberes de diligencia en sentido estricto –denominado deber de cuidado– y los deberes de lealtad. En este sentido, el deber general de diligencia resultaría equivalente a un concepto amplio de fidelidad aplicado a las relaciones gestoras.[1147] Este deber de fidelidad puede formularse a través de la exigencia dirigida al gestor de actuar en interés ajeno o interés del principal.[1148]

Distinción entre cuidado y de lealtad

24. Ambos deberes, cuidado y lealtad, unidos por el mismo criterio general de exigencia de actuar en interés del principal, se diferencian por cumplir funciones distintas y aplicarse a supuestos distintos.[1149] De un lado, el deber de cuidado tiene una función promotora de los fines económicos de la relación jurídica.[1150] Su finalidad material va dirigida a la tutela del interés del principal en relación al cumplimiento y ejecución de la prestación. De otro, el deber de lealtad desarrolla una función protectora del principal en los casos de conflictos de intereses. De esta forma la lealtad indica el patrón relativo al contenido obligatorio y los límites respecto de los cuales queda sujeto el gestor en caso de conflicto de intereses.[1151]

(el art. 127 LSA trata de establecer una módulo general y objetivo para definir la diligencia del administrador); PEREZ CARRILLO, "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", RdS 14 (2000) 316 («el deber de actual lealmente se encuadra dentro del deber genérico de diligencia»); MARTINEZ SANZ, «Artículo 61», *Comentarios a la LSRL* (1997) 668 («resulta clásica la apelación a la diligencia de "un representante leal" como pauta para medir la diligencia que ha de observar el administrador»).

[1147] Sobre la idea de que los deberes de diligencia y de lealtad son dos categorías de los deberes de fidelidad de los administradores, v. FERNANDEZ-ALBOR, "Deber de lealtad del administrador cesado", RGD (1999) 3998; ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 453.

[1148] V. Cap. 3º, núms. 41 ss, actuación en interés ajeno del gestor. Sobre el deber del administrador de actuar en interés de la sociedad, v. Cap. 3º, núm. 129; Cap. 5º, sub. I.2.c).

[1149] Sobre las funciones materiales de la diligencia, v. en general, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 65-6, 167-660; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 98-99. Sobre la función jurídica de la diligencia en la gestión de intereses ajenos y, en particular, en lo que hace referencia a la legitimación de la intervención del gestor, v. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 547-633.

[1150] Sobre el deber de diligencia en sentido estricto como deber promotor del interés del principal, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 165 (el juicio de diligencia implica establecer si la conducta desplegada por el administrador «es adecuada al comportamiento que de él cabría esperar en el cumplimiento de su función de promoción del interés social»); ESTEBAN VELASCO, «Art. 14», *Comentarios LAIE* (1992) 238; id., «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 753; id., «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 250. V. también SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 747, para quienes el deber de cuidado trata de resolver «los problemas que se originan cuando un administrador no actúa en favor de los intereses de los socios en la toma de decisiones, auque él no se beneficie personalmente de su decisión...».

[1151] Tradicionalmente, nuestra doctrina viene considerando el conflicto de intereses en relación a los deberes de los administradores, sin establecer una expresa relación entre conflicto y lealtad. V. al respecto, GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 126-9; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 201-2; id., «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 663-4; idem, id, "Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución, conflicto de intereses, separación; los suplentes ", RdS, núm. extraordinario (1994) 418.

En la mayoría de los casos, cuando se establece la relación entre el deber de lealtad y la defensa del interés social se hace sin determinar claramente que aquel se limita a la defensa de

25. La distinción entre deberes no sólo se plantea respecto de supuestos y funciones distintas, sino que responde a un tratamiento diverso en cuanto al régimen jurídico.[1152] Su explicación reside en el hecho de que el incumplimiento del deber

éste en los casos de conflictos de intereses. V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 159 (la exigencia legal de actuar con «diligencia de un representante leal, aludiendo así a un deber de fidelidad que impone al administrador la defensa de los intereses sociales que él representa»); ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 670: «se exige la diligencia de un *resepresentante leal*, criterio... que implica en términos generales la obligación de actuar de conformidad con el interés social...»; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 39: «los administradores están obligados con la sociedad a desempeñar su cargo persiguiendo los intereses de la sociedad con diligencia y lealtad»; QUIJANO, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 664 («Esta lealtad en el desempeño del cargo, exigida al administrador como representante de la sociedad, ha de entenderse equivalente al deber de fidelidad que protege la supremacía del interés social»).

Otras veces se pone de manifiesto la exigencia de actuar en interés social frente al interés propio. V. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 160 (las facultades de administración no les son atribuidas a los administradores «interés propio, sino en la consecución... del interés social»); ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 453 («La posición del órgano de administración en la estructura organizativa de la sociedad anónima, de un lado, y el deber de diligencia y lealtad impuesto por la ley a los administradores en el ejercicio de su cargo, de otro, impide que los administradores puedan defender intereses ajenos al interés social»).

Algunos autores relacionan directamente conflicto de intereses y lealtad. V. IGLESIAS PRADA, "Los órganos sociales en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", RCDI (1994) 195. V. también el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.1 que recomienda la separación clara de ambos deberes y hace distinción entre ambos a través de los imperativos a los que están sujetos los administradores: «maximizar la creación de valor... y distribuir correctamente ese valor o beneficio».

Para una distinción entre deber de lealtad y de diligencia semejante a la utilizada arriba, v. v. ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) 137; EISENBERG, "The divergence of standards of conduct and standards of review in Corporate Law" Fordham LR (1993) 438; ABA, *Corporate Director's Guidebook* (1994) 1254-5; SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 747.

De su parte, la doctrina económica viene entendiendo que el conflicto de intereses es elemento común tanto de los deberes de diligencia como de lealtad. Esta aproximación parte de un concepto amplio de conflicto que incluye todas las situaciones de incumplimiento de los deberes de los administradores y, consecuentemente, niega que el conflicto sea el elemento diferencial entre ambos deberes. Las infracciones de ambos deberes comportan un coste de agencia que implica una reducción de la riqueza para la empresa. V. al respecto, JENSEN / MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial behavior, Agency costs and ownership structure", J Fin. Econ. (1976) 313; EASTERBROOK / FISCHEL, The economic structure of corporate law (1991) 103, quien no ve diferencia entre trabajar menos de lo pactado y cobrar más de lo convenido; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 35, 37-9, 98; id., "El sistema de la responsabilidad de los administradores", RdS 7 (1996) 65; RODRIGUEZ ARTIGAS, «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 423. Cfr. con ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 758, nota 59. V. también, RODRIGUEZ ARTIGAS, «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 423-4. V. también la opinión de MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 232, para quien el «conflicto de intereses es, sin duda, una de las formas más frecuentes en que se manifiesta el deber de fidelidad, pero los deberes fiduciarios pueden infringirse de otra manera, sin que necesariamente estemos en una situación de conflicto de intereses».

[1152] Al respecto, el *Informe Aldama (2003)* sub. III.2.4, propone «la necesidad de separar lo más claramente posible las consecuencias de las decisiones adoptadas por los miembros del

de lealtad cuestiona directamente la finalidad de la obligación gestora y afecta a su núcleo obligacional, con lo cual la infracción del deber trae consecuencias en la propia validez del acto o negocio jurídico llevado a término por el gestor.[1153] Mientras, la infracción del deber de diligencia comporta, por lo general, efectos meramente indemnizatorios, habida cuenta de que se trata de un incumplimiento defectuoso de la obligación.[1154]

La diligencia del ordenado empresario

26. En términos generales, el contenido integrador de la diligencia se manifiesta a través de deberes de cuidado y de desenvolvimiento de la prestación.[1155] Los deberes de conducta propios del tipo gestor derivados de la diligencia pueden ordenarse dos especies. De un lado, los deberes de comunicación dirigidos al principal que, a su vez, se subdividen en deberes de información y consulta y deber de rendición de cuentas.[1156] De otro lado, los deberes de protección de los

---

Consejo en interés de la sociedad, con el debido estudio y asesoramiento, de aquellas otras que se toman por los consejeros en razón de un interés personal, o en conflicto con los de la sociedad».

[1153] V. Cap. 6º.

[1154] Un planteamiento contractual distinto al señalado defiende que los incumplimientos del deber de diligencia deben ser disciplinados por el mercado, mientras que las infracciones del deber de lealtad precisan reglas legales de responsabilidad. V. al respecto, EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 103, para quienes « [l]os problemas del deber de lealtad a menudo se refiere a espectaculares apropiaciones sigulares [*one-shot appropiations*], del tipo "toma el dinero y corre", en las cuales las subsiguientes penas a través de los mercados resultan inadecuadas. Las reglas de responsabilidad ofrecen mayor ayuda cuando otros mecanismos fallan. Un gestor en el límite del retiro probablemente no será disuadido de una mala actuación por la finalización de su futuro salario. El deber de lealtad suplementa las sanciones del mercado en aquellas infracciones en las que la disciplina del mercado puede ser insuficiente...».

Esta diferente valoración de supuestos ha sido justificada por los diferentes peligros que plantean cada uno de ellos. Al respecto, POSNER, *Economic analysis of law* (1986) 383, entiende que el peligro de la mala administración (*mismanagement*) es menos serio que el peligro de que los administradores no actúen fielmente con los accionistas (*disloyalty*). La mala administración no es de interés para los administradores, pues contraria a su propio beneficio, ya que conducirá finalmente a la quiebra de la empresa, como resultado de la competencia de mejores rivales. Mientras tanto, el incentivo a tratar fielmente a los socios es más débil.

La tendencia a diferenciar entre los supuestos ha llevado a algunas autores a postular que el deber de cuidado debe ser abolido y el deber de lealtad, reforzado. V., al respecto, SCOTT, Kenneth E., "Corporations Law and the American Law Institute Corporate Governance Project", Stan. LR 35 (1983) 927, *apud* EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 103.

Sin embargo, dentro de la misma escuela económico contractual v. LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 36, para quien el infractor del deber de diligencia corre el riesgo de «tener que indemnizar a la sociedad por el daño causado al patrimonio social», mientras que la infracción del deber de lealtad corre con el riesgo de «tener que restituir a la sociedad los beneficios obtenidos a expensas de ésta por la infracción del deber de lealtad».

El tratamiento menos riguroso del deber de diligencia frente al deber de lealtad se pone de manifiesto en el ámbito anglosajón a través de la doctrina de la *business judgment rule*, régimen que no le es aplicable al deber de lealtad. Sobre el tratamiento dado en los Estados Unidos al deber de cuidado en relación a la doctrina de la *business judgment rule*, v. Cap. 2º, núms. 204-207. V. también, LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 80.

[1155] En general, sobre los deberes accesorios básicos a cargo del deudor, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 237.

[1156] Para los deberes de información y consulta en la representación, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 103-104; en el mandato, v. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 234-235; en la comisión, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 469-470; ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 268; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 474; NIETO CAROL, «El contrato de

bienes e intereses relativos a la obligación, deberes de conservación, custodia y defensa de intereses.[1157]

27. En el marco del Derecho de sociedades, el deber de diligencia en sentido estricto se ha plasmado en la fórmula legal de la diligencia de un ordenado empresario.[1158] Entre los deberes que constituyen el contenido del deber de cuidado y que tienen en cuenta la función promotora de los intereses ajenos, destaca el deber de dedicar la atención y esfuerzo necesario para desarrollar la actividad asignada.[1159]

---

comisión bursátil», Instituciones del Mercado Financiero, VIII (1999) 5008-5011; PEINADO GRACIA, *El contrato de comisión: cooperación y conflicto* (1996) 35-40; GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión* (1995) 105-108; SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 909; en la agencia, v. MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 464-466; PALAU, "Las obligaciones del agente", RDM (1998) 1542-1547; VERGEZ SANCHEZ, «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios Menéndez*, III (1996) 3059-3060; FERNANDEZ DE LA GANDARA, «Voz: contrato de agencia», EJB I (1995) 1571; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 550-551; DOMINGUEZ GARCIA, «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», Contratos internacionales (1997) 1295; BOTANA AGRA, "El contrato de agencia en el Derecho español", DN (1993) 5; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 550-1.

Para la rendición de cuentas en la representación, v. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 280; en el mandato, v. ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil* (1997) 211-220; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 235; en la comisión, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III-1º (1963) 474-475. SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II (2004) 158-9; ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil,* II (2002) 268; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 474; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 300; ALONSO ESPINOSA, «Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil», *Contratos de gestión* (1995) 145; SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 912; en la agencia, PALAU, "Las obligaciones del agente", RDM (1998) 1548-1550; en la sociedad en general, v. PAZ-ARES, en *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 592-593; PAZ-ARES, *Comentario del CC* II (1991) art. 1692, sub V.2; en la relación de gestión y afines, v. MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 57; ENNECCERUS, *Tratado. Derecho de obligaciones*, I-1 (1954) 99

[1157] Sobre la diligencia en la conservación de la cosa debida, v. el amplio estudio de BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 339-492; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 57-58; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil* (1997) 189; sobre los deberes de custodia, tanto de bienes materiales como de documentos, v. DIEZ-PICAZO, La *representación en el Derecho privado* (1979) 104-106; sobre la defensa de los intereses del principal cuando aquellos son atacados por terceras personas, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 551-2.

[1158] La primera referencia legal que precise el deber de diligencia en sentido estricto se encuentra en la LSA 1951, al exigir la diligencia de un ordenado comerciante. La expresión se modifica al sustituir la expresión comerciante por empresario a raíz de la reforma legislativa que confluye en la vigente Ley de sociedades anónimas. V. POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 133-5; ESTEBAN VELASCO, "Art. 14. Responsabilidad", Coms. LAIE (1992) 237-8; RODRIGUEZ ARTIGAS, «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 419-44; PEREZ CARRILLO, "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", RdS 14 (2000) 275-323; MARTINEZ SANZ, «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1325. Sobre el deber de diligencia en la sociedad civil, v. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1686, sub I y art. 1692, sub. V.3.

V. también el art. 2392 CC it. según la redacción dada por *DL di riforma delle società di capitali* (2003) que ya no se refiere a la diligencia del mandatario, sino a «la diligencia exigida según la naturaleza del encargo y de su específica competencia». V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.30.

[1159] V. *Informe Aldama (2003)*, sub. 2.4, que precisa que el deber de diligencia debería incluir la oposición a los acuerdos contrarios a la ley, a los Estatutos o al interés social, además de

La atención requiere una participación activa e informada, lo cual exige que el administrador solicite la información conveniente en cada caso para completar la información suministrada.[1160] Este deber promotor, viene complementado por los deberes de vigilancia que se extienden particularmente a los administradores que no tienen tareas ejecutivas.[1161]

28. Sin embargo, al administrador no le es exigible que sea un experto en la materia.[1162] A estos efectos, ni el nombramiento de administrador ni el ejercicio de sus funciones precisa un grado de cualificación profesional que acredite conocimientos técnicos y experiencia que pruebe su competencia en la actividad empresarial.[1163] Con todo, la exigencia legal de que el administrador debe actuar

---

instar la convocatoria de reuniones del Consejo cuando lo estime conveniente. V. la referencia más genérica del *Informe Olivencia* (1998) sub. 8.1, al indicar que «las principales obligaciones derivadas del deber de diligencia... incluyen, entre otras, las de informarse y preparar adecuadamente las reuniones del Consejo y de los órganos delegados a que pertenezca el consejero; asistir a las reuniones y participar activamente en las deliberaciones...; realizar cualquier cometido específico que, dentro de su compromiso de dedicación, le encomiende el Consejo; trasladar cualquier irregularidad en la gestión de la compañía de la que haya tenido noticia; y vigilar las situaciones de riesgo que se puedan presentar, promoviendo al efecto la convocatoria de una reunión extraordinaria o la inclusión de los extremos convenientes en el orden del día de la primera que haya de celebrarse». V. también el *Reglamento tipo CNMV* (1998) sub. 30.2, dónde se establecen determinadas obligaciones derivadas del deber de diligencia (informarse, asistir a las reuniones, investigar irregularidades, solicitar la convocatoria de reuniones, etc.). El deber de confidencialidad viene individualizado en el apartado 31.

Para HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 622, el «administrador debe asistir a las reuniones del órgano de administración, estar informado en los asuntos societarios, familiarizarse con los informes económicos que se les facilita para su deliberación y dimitir cuando sean incapaces de llevar a término sus obligaciones».

[1160] El deber de cada uno de los administradores de «informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad» ha sido reconocido expresamente por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) al modificar el contenido del art. 127.2 LSA. V. *Informe Aldama (2003)*, sub. 2.4; *Informe Olivencia* (1998) sub. 8.1. En relación al deber del administrador de informarse, FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores* sociales (2002) 164, indica que la información societaria se configura «como un instrumento o mediación jurídica necesaria para el ejercicio diligente y ordenado del cargo de administrador, esto es, de su función gestora y de control o vigilancia». El deber de informarse deriva del «deber legal de 'desempeñar el cargo de administrador con la diligencia de un ordenado empresario'» (id., p. 166).

V. Cap. 1º, núm. 75.

[1161] Sobre el deber de vigilancia, v. Cap. 1º, núm. 72.

[1162] Tal como indican los ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) 148, «[s]e pretende expresar la imagen de un generalista que tiene la capacidad para desempeñar una determinada tarea societaria. En general, llevar a término las funciones de un administrador o directivo no requiere especialización en ningún aspecto (p.e., marketing, ingeniería, finanzas)».

Conocimiento técnico es el conocimiento especializado, pero no científico, que caracteriza las artes y las habilidades profesionales. V. BUNGE, M., *La investigación científica* (1989) 54.

[1163] Esta regla general encuentra su excepción, particularmente en el ámbito del mercado financiero, en el cual la ley establece expresamente el requisito de la profesionalidad. V. arts. 2.1.f), 2.3, 2.4.b) y 3 del RD 1245 de 14 de julio de 1995 de normas sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito (BOE 181, de 31 de julio de 1995); art. 5 del RD 692 de 26 de abril de 1996, de régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito (BOE 24 de mayo de 1996); arts. 67.2.f), 70.1.i) LMV; arts. 6.2.f), 6.5, 15 de la Ley 30/1995, de 8 noviembre, Ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE 9 noviembre 1995); arts. 8.2.b) y d); 30.1.c) de la Ley 1/1999, de 5 enero, de regulación de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras (BOE de 6 de enero 1999); arts. 10.2, 11.2.c), 41-42 de la Ley 35/2003, de 4 noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE 5 noviembre 2003); art. 20.1.g) del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29

como un *ordenado empresario* lleva consigo un conocimiento de las obligaciones legales y estatutarias necesarias para el desempeño de su tarea, en el sentido de que el administrador no puede alegar su desconocimiento o ignorancia de las exigencias del cargo para ser exonerado de responsabilidad.[1164] En este sentido, la diligencia del administrador le obliga a actuar según los conocimientos que sean precisos para desempeñar su posición (administrador ejecutivo, miembro de una comisión específica, etc.) y según las circunstancias en las que se desenvuelva su actividad.[1165]

29. El administrador no asume el riesgo empresarial, al ser su obligación de medios y no de resultado.[1166] La diligencia exigible al administrador no puede concretar reglas sobre la conveniencia y oportunidad de la toma de decisiones, en la medida que toda actividad empresarial está sujeta a cierta aleatoriedad, contingencia o

---

noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (BOE 13 diciembre 2002).

[1164] La doctrina ha manifestado que se presume al administrador la competencia profesional. V. GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 376 (cuando la Ley habla de ordenado comerciante habrá de tenerse en cuenta que hay que presumir para los administradores una cierta competencia profesional); IGLESIAS, *Administración y delegación de facultades en al sociedad anónima* (1971) 347 (con la diligencia exigida se da «una medida de una competencia profesional presunta»); VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 649 (la exigencia de preparación profesional se halla implícita en el cargo de administrador hasta el punto de que aceptarlo sin las más indispensables nociones de gestión empresarial y conocimiento del sector constituye ya evidente negligencia); POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 133-4 (la profesionalidad se encuentra implícita en la apelación al ordenado empresario como criterio para medir la diligencia exigible al administrador); SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 102-3 (los criterios establecidos en el art. 127 LSA «no pueden medirse siguiendo el criterio del hombre medio, sino del que desempeña una actividad profesional»); MARTINEZ SANZ, «Art. 61. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSRL* (1997) 668 (de forma implícita introduce «un claro componente de "profesionalidad" en el ejercicio del cargo de administrador»).

[1165] Tal como señalaban GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 160, la diligencia exigible se refiere a la empresa singular en que el problema de la responsabilidad haya de plantearse. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 197 (la nota de profesionalidad podrá funcionar como un elemento de valoración objetiva de la conducta exigible al administrador); POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 134-5 (la profesionalidad ha de ser entendida como competencia profesional y ha de exigirse en función de la capacitación técnica y profesional de los administradores o del consejo en su conjunto); PEREZ CARRILLO, "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", RdS (2000) 297-303, 313; MARTINEZ SANZ, «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1325 (el deber incluye la obligación de velar porque la sociedad lleve una contabilidad regular). V. también, ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) 151-154, al entender que la naturaleza y extensión de las funciones y obligaciones de un administrador o directivo variará dependiendo de distintos factores: la naturaleza del negocio, el tamaño y complejidad de la sociedad, la urgencia y magnitud del problema, su previsibilidad, el estado de los negocios de la sociedad (pe., beneficios, crisis financiera, etc.), la confianza puesta en ejecutivos, empleados y expertos y el papel jugado por el administrador en las tareas de la sociedad; ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8-168; HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 623.

[1166] V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 156; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 108-9; SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 658; MARTINEZ SANZ, «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1325.

[1167] V. IGLESIAS, *Administración y delegación de facultades en al sociedad anónima* (1971) 347 (la referencia al ordenado comerciante es una expresión genérica que «respeta la aleatoriedad característica de las operaciones comerciales»); GARRIGUES / URÍA, *Comentario a la LSA*, II

incertidumbre y no existe un canon que garantice el éxito de los negocios.[1167] Además, por razones de eficiencia, es preciso que los administradores dispongan de un amplio margen de discrecionalidad que les incentive a tomar decisiones que comportan riesgos, como son la introducción en nuevos mercados, desarrollar nuevos productos, innovar, etc.[1168] Sin embargo, el margen de decisión está limitado no sólo por el objeto social y las instrucciones dadas por los órganos sociales, sino por la prudencia que el administrador debe mostrar en su comportamiento.[1169] El grado de prudencia exigible al administrador debe ponerse en relación no tanto en las consecuencias de la decisión cuanto en la actitud de previsión y valoración de los riesgos según las circunstancias del caso.[1170]

30. A estos efectos, la diligencia exigible requiere fundamentar las decisiones en criterios racionales que eviten exponer el patrimonio social a riesgos injustificados.[1171] La falta de diligencia consiste, de un lado, en actuar desconociendo los riesgos, cuando debería conocerlos, y, de otro, en no tomar las medidas de cautela o de prevención necesarias en el caso.[1172] A estos efectos, resulta fundamental el ejercicio del derecho y deber de información del administrador para formarse una opinión sobre aquellos asuntos que lo requieran.[1173] Sin embargo, en ese contexto el administrador puede confiar en la información, informes u opiniones facilitadas o elaboradas por terceras personas.[1174] Con todo, la confianza en asesores, expertos, delegados o comisiones debe darse sobre la creencia razonable sobre su profesionalidad, competencia y méritos.[1175]

(1976) 156 (el carácter aleatorio de los negocios es justamente el que impide formular reglas concretas de diligencia).

[1168] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 174.

[1169] GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 159 (la actividad de los administradores se concreta en una colaboración a la gestión ordenada y prudente de los asuntos sociales). V. también el art. 255 CdC que señala que si el comisionista «estuviere autorizado a actuar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará lo que le dicte la prudencia». Sobre la prudencia razonable del fiduciario, ALI, *Restatement of Trusts*, 2d, vol. I (1959) sub. 174.

[1170] Desde diferentes perspectivas se señala que al administrador se le exige actuar como lo haría un administrador prudente en su misma posición y circunstancias o como una persona normalmente prudente gestionando sus propios asuntos. V. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 622; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 103. V. también, GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 156, quienes señalan que los administradores responden sólo cuando no han adoptado aquellas medidas que suele adoptar un ordenado comerciante y un representante leal.

[1171] Un ejemplo de negligencia por falta de prudencia puede encontrarse en el supuesto relatado en la STS 13-2-1990, RJA 681, que en aplicación del art. 79 LSA 1951, condena subsidiariamente a los administradores de una sociedad al pago al acreedor demandante de una deuda de la sociedad si ésta no la hace efectiva, por si hubiere desaparecido el patrimonio social y «los administradores lo han contemplado sin haber tomado precauciones y grantías para respaldar las obligaciones de la sociedad demandada frente a sus acreedores, [con lo que] es evidente que no se han comportado con la diligencia de un comerciante ordenado y un representante leal».

[1172] A estos efectos, el administrador deberá informarse sobre los antecedentes y circunstancias relevantes de la iniciativa. V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-169.

[1173] V. Cap. 2º, núm. 207, la discusión surgida en los Estados Unidos en relación al caso Van Gorkom y la aplicación de la doctrina de la *business judgment rule*.

[1174] ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-169.

[1175] ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.30(b); 8-169 a 171.

II. CONTENIDO, AMBITO DE APLICACION Y EXTENSION

1. Justificación del deber y ámbito de aplicación

a) Función del deber de lealtad

El conflicto en la cooperación jurídica

31. Venimos señalando que la relación gestora se caracteriza por la atribución al gestor de poderes para realizar declaraciones de voluntad por cuenta e interés del principal, de forma que el objeto de la prestación gestora consiste en la realización de actos y negocios jurídicos.[1176] Lo particular de la actividad gestora reside en que la actuación del gestor expresando la voluntad del principal permite reglamentar relaciones o situaciones jurídicas de las que son titular el principal, a través de su constitución, modificación o extinción.[1177] Por contraste, en la cooperación material la prestación resulta previa a la producción de los actos jurídicos, quedando su resultado o actuación eficaz para el interés del principal sujeta a revisión y contraste posterior, es decir al control del principal, pues éste gestiona directamente sus propios intereses. A diferencia, pues, de la cooperación material, la actuación jurídica por cuenta ajena permite afectar o modificar la esfera jurídica ajena en la medida que los efectos jurídicos que se derivan de sus actos desprenden consecuencias inmediatas sobre la esfera patrimonial y de intereses del principal.[1178]

Autonomía jurídica y discrecionalidad

32. En tales términos, la actuación del gestor se desarrolla en un marco en el cual éste adquiere cierta autonomía jurídica para autorregular los intereses del principal.[1179] Por su propia naturaleza, la autonomía gestora comporta un cierto ámbito de discrecionalidad, a consecuencia de que el gestor sustituye al principal, no sólo en las emisiones de las declaraciones de voluntad, sino comúnmente en los actos preparatorios y en las negociaciones y en determinados casos, como en la administración de personas jurídicas, la sustitución se produce en todo momento por la ausencia de la capacidad de obrar de la entidad por sí misma.[1180] A su vez, la discrecionalidad se explica por la falta de un control directo del principal sobre la actividad del gestor. En la mayoría de los casos, la ausencia de control está directamente vinculada al origen a la actividad gestora, en la media que el principal otorga los poderes para gestionar precisamente porque él no puede o no es de su

---

[1176] V. Cap. 3º, núm. 28.

[1177] V. Cap. 3º, núm. 34.

[1178] Sobre la distinción entre efectos voluntarios, como proyección del contenido dado por los autores del contrato, y efectos necesarios, derivados de la imposición del ordenamiento jurídico, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 390.

[1179] El gestor tiene una cierta autonomía respecto del principal que precisamente le permite "gestionar" los negocios del primero. Al respecto, LEON ALONSO, «Art. 1709 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 33-34, afirma que el mandatario «es autónomo frente al mandante, tiene facultades de iniciativa propia y no tiene por qué aparecer, en principio, subordinado a aquel [el mandante]...». Señala PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núm. 172, que el deber de lealtad consiste en la obligación específica que corresponde a la función específica que deriva de la atribución de poderes que posibilitan al gestor llevar a término actos jurídicos por cuenta de otro. En esta dirección, señala que quien «recibe el poder de comprometer el patrimonio de otro debe hacer un uso legítimo de este poder».

[1180] Sobre la autonomía y discrecionalidad del administrador, v. EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1471.

conveniencia realizar por sí mismo la actividad objeto de la gestión. Y por razones similares, el principal no lleva a término un control directo o indirecto sobre la conducta del gestor.[1181]

Riesgo de lesión de los intereses del principal

33. Esta posibilidad de vincular la esfera de intereses del principal a través del medio por el que el gestor cumple las prestaciones comprometidas pone de relieve que la actividad gestora comporta un riesgo superior a la de otros tipos de relaciones jurídicas. El riesgo para el principal, no se concreta sólo en que el encargo no sea ejecutado siguiendo las instrucciones y los fines previstos, sino que se plantea, además, en relación a la posibilidad de que el gestor aproveche su posición para realizar la gestión en su propio interés. Desde esta perspectiva, los riesgos derivados de la gestión pueden agruparse en dos categorías: la gestión imprudente y la gestión interesada.[1182] En la primera la gestión no se ajusta a la prestación comprometida por descuidar la atención y profesionalidad necesarias para su buen cumplimiento. En la segunda, la causa del riesgo consiste en la existencia de un conflicto de intereses, derivado de una posición del gestor idónea para aprovecharse de los intereses del principal, de cuya oposición puede resultar lesionado el interés del principal.[1183]

34. El conflicto de intereses aparece pues como un riesgo de lesión de los intereses del principal que puede producirse sin que éste pueda conocer y evitar sus consecuencias inmediatas, en tanto que el gestor haciendo uso de sus poderes y

---

[1181] Al respecto, ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 740, señala que «[l]a posibilidad del conflicto surge porque los administradores conservan su propia autonomía y esfera de intereses para actuar en el tráfico y en nombre propio o en nombre y por cuenta de terceros». V. también PUIG BRUTAU, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima”, RDP (1961) 361, al señalar que dirigir una sociedad requiere iniciativa y libertad de decisión, pero esta discrecionalidad ha de «tener un límite y su ejercicio ha de quedar sometido a revisión porque en definitiva se trata de la administración de intereses ajenos».

[1182] Las mismas categorías que distinguen entre gestión imprudente e interesada sirven para la separación entre deber de diligencia en sentido estricto y deber de lealtad.V. *supra*, núm. 24.

[1183] ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 481: el deber de fidelidad impone la obligación de actuar «en interés de la sociedad sin poder perseguir en su calidad de administrador intereses propios o ajenos, directos o indirectos».

Al respecto, EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1471, señala que el problema de los tradicionales conflictos de interés se concreta en que todo «agente tiene un potencial interés en desviar los activo del principal para su propio uso a través de una actuación interesada y desleal». En general, la doctrina pone en relación el conflicto de interés y la relación gestora. V. PUGLIATTI, «Il conflitto d’interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 153-4; BISBAL, “La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada”, *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 676-677. Este autor señala que «el conflicto de intereses es un fenómeno que posee múltiples manifestaciones. No es exclusivo del Derecho de sociedades, pues se produce cada vez que un sujeto está obligado a satisfacer intereses de terceros, lo cual, y con independencia de que el cumplimiento de esta obligación comporte para él especiales ventajas, entraña el sacrificio de otras ventajas, particulares suyas, que la ejecución de aquella obligación podría proporcionarle». V. también, HERNANDEZ MARTI, "Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.", *Estudios Broseta* (1995) 1706 («Los conflictos de intereses se producen... en el campo de la gestión de negocios ajenos»). Desde el planteamiento de los incentivos, EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 10, señalan que «[a] menos que una persona reciba todos los beneficios del éxito y las pérdidas del fracaso, sus incentivos no están debidamente alineados con los de la empresa en su conjunto».

facultades puede realizar actos o negocios jurídicos en conflicto con los intereses del principal afectando sus intereses y a su ámbito patrimonial. Esta es la razón por la cual el ordenamiento establece un contenido especial del deber de diligencia a través de las reglas relativas al deber de lealtad con la finalidad de regular aquellos conflictos de intereses que se presentan en las relaciones de gestión. La consecuente función de este sector del ordenamiento reside en la protección de los intereses del principal en correspondencia de la obligación gestora de actuar en su interés y no en interés propio.

Tutela del interés ajeno en caso de conflicto

35. La existencia del riesgo de lesión de los intereses del principal es la razón práctica por la que nace la necesidad de tutela del principal en las situaciones de conflicto.[1184] La razón jurídica se encuentra en la obligación del gestor de actuar en interés del principal.[1185] Siguiendo este esquema, los deberes de diligencia aplicables al gestor y los concretos deberes de conducta que derivan de ellos, están orientados a una misma finalidad general derivada de la naturaleza de la obligación gestora que consiste en servir y tutelar el interés ajeno o interés del principal.[1186] En el Derecho de sociedades, la actuación del administrador en interés social es un criterio que rige todo el comportamiento gestor y es el elemento común de los deberes de diligencia y lealtad.[1187] Es más, la idea de cuidar

[1184] La doctrina suele justificar los deberes de fidelidad en general y lealtad en particular por la estrecha relación de confianza existente entre el principal y el gestor, que se encuentra en el origen de la relación gestora. En el ámbito de la representación, v. en este sentido, GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 471; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 99, 106; ALCOVER, "Comentario de la STS 20-5-1988", CCJC (1988) 549; LACRUZ / DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 280; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 180. En el ámbito del Derecho de sociedades, v. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 358; id., "Las reformas", La Ley (1989) 5; QUIJANO, , *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 201: SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 106, 228; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 740 (se refiere a la «posición orgánica-fiduciaria»); idem, id., «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 250; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 670. Sobre la lealtad en las relaciones de confianza, v. Cap. 2º, núm. 3.

[1185] Sobre la obligación del gestor de actuar en interés del principal, v. Cap. 3º, núms. 41-55.

[1186] V. al respecto, BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 105, quien al delimitar el ámbito de aplicación del modelo del buen padre de familia establece como primer criterio el de la presencia de una relación obligatoria en la cual exista «un interés total o parcialmente ajeno previamente puesto bajo el cuidado del deudor». Además, el deudor debe garantizar la integridad del interés del acreedor (v. id., p. 63). En una dirección semejante, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 122, entiende que «el buen padre de familia es el metro de la actividad dirigida a la tutela de intereses ajenos, de modo que está implícita en su contenido la idea de una especial significación que debe guiar al obligado».

[1187] Esta es la orientación seguida por la reforma de la ley de sociedades anónimas operada por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) al incorporar el art. 127 bis LSA, cuyo tenor establece que «[l]os administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad».

En este orden de cosas, la doctrina ha defendido la obligación del administrador de actuar en defensa del interés social. V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 1045-6 (bajo el régimen del CdC postulaba la obligación de defensa de los intereses de la sociedad como derivación del carácter de mandatarios de los administradores); GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 159; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 160; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 670; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la*

rigurosamente el interés social ha sido relacionada con el deber de lealtad, aún cuando el elemento singular de distinción entre ambos deberes no se encuentra en este elemento.[1188]

36. En efecto, la obligación general de actuar en interés del principal, derivada de la propia naturaleza y causa gestora, protege al principal frente a los dos riesgos antes mencionados y su contenido se concreta en deberes dirigidos a ambas eventualidades. De un lado, a través de los deberes de diligencia o cuidado del gestor, que son la reacción del ordenamiento frente a las conductas de gestión imprudente, procurando una gestión ordenada y fiel a lo querido por el principal.[1189] De otro, mediante los deberes de lealtad, dirigidos a tutelar al principal en los casos de conflicto de intereses en los cuales se genera un riesgo de dañar el interés ajeno en las relaciones gestoras.[1190]

37. La cuestión se plantea en los mismos términos en las relaciones de administración de sociedades en la medida que la condición de gestor de asuntos ajenos sirve de base para la exigencia del deber de lealtad del administrador.[1191] La posición

---

LSA, IV (1994) 105, 227-8; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 38-9 («el contenido común de los dos deberes [diligencia y lealtad] consiste en la obligación de los administradores de perseguir en cualquier situación exclusivamente el interés social»); QUIJANO, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 664; ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 453; RODRIGUEZ ARTIGAS, «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 423-4; FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) 164-5.

Sobre la idea de la cláusula de interés social como directiva sobre la integración del contrato de acuerdo con lo que habrían pactado los socios, v. ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 18-19, 52; PAZ-ARES, *¿Dividendos a cambio de votos*? (1996) 137-9, 147-8; PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 98.

[1188] V. GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 376: «la noción de *representante leal* exige... la observación... de cuidado primordial... de los intereses de la sociedad»; IGLESIAS, *Administración y delegación de facultades en al sociedad anónima* (1971) 347: «la noción de representante leal exige… el cuidado primordial… de los intereses de la sociedad».

[1189] Sobre el deber de cuidado, v. *supra*, núms. 16, 26-30.

[1190] La doctrina participa de la idea de que el deber de lealtad se aplica a los supuestos en los que el gestor del intereses ajenos actúa en asuntos que implican sus propios intereses; v. SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 747; EISENBERG, "The divergence of standards of conduct and standards of review in Corporate Law" Fordham LR (1993) 438; ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 790. Sobre la relación entre conflicto y relación de gestión, v. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 187, al señalar que el conflicto de intereses de los administradores es un fenómeno que se inserta en el cuadro más amplio de la relación de gestión en sentido amplio.

[1191] Sobre la relación entre el deber de lealtad y la idea de que los administradores son gestores de intereses ajenos, v. IGLESIAS, *Administración y delegación de facultades en al sociedad anónima* (1971) 347 («el respeto a la lealtad debida por todo representante es exigido precisamente en base a la estimación de que todo administrador lo es de intereses ajenos»); ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión* (1982) 587 (los administradores son fiduciarios, administradores de intereses ajenos, del titular de la empresa, la sociedad); QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 201 (la ley acuda a un modelo de lealtad o fidelidad «tradicional en el ámbito de administración de intereses ajenos»); ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 670 («se exige la diligencia de un representante leal, criterio éste propio de quien se

gestora conlleva una cesión de poderes y de facultades necesaria para llevar a término los fines societarios, lo cual coloca al administrador en una posición de influencia en la esfera ajena.[1192]

38. En síntesis, el deber de lealtad cumple una función de primer orden en el seno de la obligación gestora: la protección del interés ajeno gestionado. Las razones que acreditan esta afirmación son tanto de orden práctico, relacionadas con la situación de riesgo de oportunismo que genera la posición del gestor, como de orden jurídico, por cuanto el deber de lealtad deriva de las exigencias de la propia naturaleza de la obligación, que comportan el actuar en interés ajeno.

La remisión tipológica al representante

39. En este orden de ideas debe entenderse la remisión que las modernas leyes societarias hacen al representante cuando establecen que los administradores deberán comportarse con la diligencia de un representante leal.[1193] En efecto, la exigencia de las leyes societarias al administrador en conflicto de actuar como un representante encuentra su significado en el hecho de que los administradores son gestores de asuntos ajenos, con independencia de que se les haya o no atribuido poder de representación.[1194] La referencia al representante responde a la idea de que, dentro de los subtipos de gestores de intereses ajenos, el representante compendia el paradigma del gestor y su posición conflictual es la que ofrece un riesgo mayor. Ello se deduce del hecho de que su situación no sólo permite ejercer una influencia en la esfera ajena, sino que puede vincular el patrimonio del principal como resultado de las consecuencias de sus actos. Esta posición oportunista del representante que le permite afectar la esfera patrimonial del representado plantea, con mayor rigor que en otras figuras gestoras, la protección de los intereses del principal.

---

ocupa de la gestión de intereses ajenos (mandato)»; ESTEBAN VELASCO, «Responsabilidad civil de los administradores», EJB IV, (1995) 5913; idem, id., «Art. 14», *Comentarios LAIE* (1992) 238 («la lealtad o fidelidad es una pauta de actuación en la promoción de los intereses ajenos que le corresponde gestionar al administrador en la condición de representante»); SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 105-6 (la alusión legal al representante leal ha pretendido «poner énfasis en la idea de que el administrador gestiona intereses ajenos»); MARTINEZ SANZ, «Artículo 61», *Comentarios a la LSRL* (1997) 668; FERNANDEZ-ALBOR, "Deber de lealtad del administrador cesado", RGD (1999) 3998 («los deberes de lealtad imponen a los administradores la observancia de unas pautas de conducta propias de un representante»); SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS (2002) 26 (el administrador «es un gestor de intereses ajenos»); MACHADO, Art. 35. Ejercicio del cargo», *Nueva Ley Concursal* (2004) 217. En términos más generales, v. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 269; id., *Derecho de sociedades*, I (1976) 306 (la gestión orgánica habrá de explicarse «mediante las figuras que explican la actividad negocial en interés de otros»).

Sobre la idea de que el deber de lealtad es un instrumento de disuasión de actuaciones interesadas y como incentivo para que el agente actúe en interés del principal, v. POSNER, *Economic analysis of law* (1986) 384, 389; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 35-6; COOTER / FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1074. V. también, Cap. 3º, núm. 134.

[1192] Sobre la posibilidad de influir en la esfera ajena y su relación con el deber de fidelidad, v. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub XI.1.c); ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 36.

[1193] V. *infra*, núms. 62-63.

[1194] Sobre la naturaleza gestora de la relación de administración, v. Cap. 3º, núm. 126-134. Otros autores entienden que la remisión se refiere a la idea de representación en sentido amplio. V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 105, al considerar que «la idea del representante ha e interpretarse en un sentido amplio»; v. id., pp. 107-10. V. también, MARTINEZ SANZ, «Artículo 61», *Comentarios a la LSRL* (1997) 668.

40. Además, resulta significativo que el modelo del representante leal se haya incorporado en nuestro ordenamiento coincidiendo con el momento en que se reconoce la posición orgánica del administrador y se separa de su consideración como mandatario. Esta nueva situación que se desarrolla a lo largo de la segunda mitad del siglo veinte y se inicia con la promulgación de la Ley de sociedades anónimas de 1951, pone de manifiesto que mientras el administrador tenía la consideración de mandatario por así reflejarlo el Código de Comercio, no era necesaria la referencia al deber de lealtad porque este deber se encontraba entre el contenido obligatorio del mandatario. Sin embargo, al modificarse ese esquema sistemático, el legislador ha pretendido aclarar que la nueva caracterización orgánica del administrador lleva consigo que el deber de lealtad se extiende a todos los administradores, sean o no representantes, y que concede a la sociedad la misma protección que se otorga al representado. Con todo, la ausencia de la remisión no modificaría el contenido obligatorio al que se somete al administrador de sociedades, si bien resulta aclaratorio para despejar eventuales dudas.

41. Finalmente, la remisión al representante leal presenta un carácter tipológico y normativo. Ciertamente, la formulación legal no incorpora referencia alguna que dilucide si va dirigida a un tipo empírico de frecuencia (estándar) o a un tipo real normativo (modelo).[1195] El tipo de frecuencia no resulta idóneo, no sólo por cuanto exige un expediente incierto, toda vez que requiere para el práctico o para el juez una investigación previa de la realidad sociológica que le permita conocer aquello que le ha de servir de modelo para aplicar la norma.[1196] Esto es así porque la remisión al representante leal se refiere a un tipo real normativo. Es decir, a un tipo de representante leal reconstruido a través del conjunto de reglas existentes en los distintos tipos estructurales de carácter gestor de representación (mandato, comisión, agencia, factor, etc.).[1197] Esta solución presenta diversas ventajas: es respetuosa y acorde con nuestra tradición doctrinal y legislativa de la materia (en relación a los conflictos regulados), facilita las decisiones sobre casos concretos por disponer de un acervo común y evita, en buena medida, aquellas decisiones judiciales alejadas de nuestro sistema jurídico.

42. Con este planteamiento, el tipo del representante leal se presenta como el punto de

---

[1195] Cabe plantearse también, si la remisión legislativa está llamando a un tipo ideal o a un tipo empírico. Si bien cualquier toma de postura presenta riesgos y ventajas, en nuestra opinión, el tipo ideal, dada su abstracción, no puede cumplir satisfactoriamente la misión que el ordenamiento impone en este caso, que, aún cuando se predica en forma general, ha de ser la base legal para la determinación de las reglas concretas aplicables al caso. Sobre el tipo ideal, v. Cap. 1º, núm. 131.

[1196] Sobre el tipo de frecuencia, v. Cap. 1º, núm. 132-134.

[1197] Si el tipo general es el del gestor de asuntos ajenos, el tipo legal básico, como hemos señalado más arriba, es el del mandato y la comisión. La mayoría de los tipos gestorios han sido regulados por el ordenamiento, lo que nos lleva al estudio de los tipos jurídico-estructurales. Los tipos reales normativos son, a menudo, objeto de regulación y, cuando la regulación se hace típica se habla de los tipos jurídico-estructurales, hecho por el cual no pierde el carácter empírico del tipo. Además, los tipos jurídico-estructurales se forman ya sea a través de su regulación normativa, ya sea a través de la aprehensión por parte de la doctrina y la jurisprudencia a partir de la reordenación sistemática de reglas propias de distintos tipos o subtipos de regulaciones. A través de este mecanismo que permite configurar tipos y series de tipos se puede conocer la conexión interna de los diferentes complejos de regulación, dar sentido a diversas relaciones jurídicas y completar regulaciones parciales. V. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 456-8, 460, 463. Sobre el tipo real normativo y su idoneidad para servir al deber de lealtad, v. Cap. 1º, núm. 135.

conexión normativo entre un conjunto de relaciones jurídicas cuyo sistema interno está cohesionado a través de un mismo principio jurídico.[1198] En este sentido, el deber de lealtad unifica su contenido a través de un principio aplicable a todas las relaciones gestoras, no siendo necesario el recurso analógico para la aplicación de las reglas generales.[1199] Con todo, este principio viene recogido en el contenido de las particulares disposiciones normativas que regulan las situaciones de conflicto, tal y como sucede en el artículo 255 CdC que exige al comisionista que cuide el negocio como propio.[1200]

b) Definición y contenido del deber

Definición del deber

43. Los deberes del gestor en un sentido amplio, comúnmente conocidos como deberes fiduciarios o deberes de fidelidad se orientan al cumplimiento de la obligación por parte del gestor en interés del principal. Tales deberes de fidelidad se proyectan sobre dos manifestaciones o deberes, el de diligencia en sentido estricto y el de lealtad, siendo pues la lealtad una de las manifestaciones de estos deberes de fidelidad propios de la gestión de intereses ajenos.[1201] El deber de

---

[1198] V. sobre ello, LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 465 y ss. Sobre el sistema interno, v. Cap. 1º, núms. 96, 111, 114.

[1199] Tradicionalmente se ha venido indicando la necesidad de integración de la relación administrativa a través de las normas del mandato. En el derecho de anónimas codificado en el Código de Comercio, esta integración normativa venía directamente justificada de la calificación que el Código hacia del administrador como mandatario (art. 156 CdC), a partir de lo cual la doctrina señalaba que correspondía aplicarles las reglas de la comisión, como forma mercantil del mandato (art. 244 CdC). V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 1044.

A partir de la LSA de 1951, la institucionalización de la posición orgánica del administrador comporta que la relación de administración tenga singularidad propia, que la aleja del mandato, si bien nuestro ordenamiento no proporciona una regulación especial. De esta situación deriva que la doctrina haya reclamado el recurso por vía de analogía a figuras de contenido semejante [GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 305], del mandato [QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 201] o, más ampliamente, a través de las normas del mandato y de la representación compatibles con las particularidades de la relación de administración [GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 269, 335; id., *Derecho de Sociedades*, I (1976) 306; ESTEBAN VELASCO, Voz: «Administradores de SA», EJB I (1995) 347]. Sobre la aplicación de las normas del mandato a la administración de la sociedad civil, v. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1692, sub V; ENNECCERUS, *Tratado. Derecho de obligaciones*, II.2 (1966) 712, 714.

Sobre el recurso analógico y principial, v. Cap. 1º, núms. 101-114.

[1200] En este punto la doctrina mercantil societaria relaciona la exigencia de diligencia de un representante leal con la aplicación analógica de la regla contenida en el art. 255.II CdC. V. GIRON, "La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español", ADC (1959) 446; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 201, nota 20; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 132; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 105; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 46 (acudir por vía analógica al mandato, la comisión mercantil e incluso la gestión de negocios ajenos).

[1201] En el sentido indicado, DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 100, 106, señala que los deberes de lealtad son una «particularización, por la vía de los llamados deberes accesorios o deberes de conducta, del genérico deber de fidelidad». En términos cercanos, GIRON, "Las reformas" La Ley (1989) 5, entiende que en el marco societario el principio fiduciario comprende «los llamados deberes de diligencia o cuidado y los deberes de lealtad». V. también ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 453, para quien el deber de fidelidad de los administradores se concreta «en la diligencia y lealtad con que deben cumplir con sus funciones». Cfr. con aquella doctrina que hace uso de los dos términos, lealtad y fidelidad, como vocablos sinónimos. V. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989)

lealtad limita su campo de aplicación a las situaciones en las que el gestor se encuentra en conflicto de intereses con el principal, de suerte que también en este supuesto deberá seguir la directiva general y actuar en interés del principal.[1202]

44. Contextualizado el deber de lealtad en el marco del conflicto de intereses que puede generarse en la relación gestora podemos establecer una definición general del deber, cuyo enunciado introduce el contenido general del deber. El deber de lealtad consiste en la obligación de todo gestor de asuntos ajenos de actuar en interés del principal en caso de conflicto de intereses, subordinando los propios intereses en favor de los intereses del principal, salvo que, previo *disclosure* del gestor, el principal autorice la actuación interesada del gestor.

45. Desde esta orientación, el deber de lealtad presenta un contenido básico y general para todas las relaciones gestoras con independencia de que al concretarse el deber en cada relación obligatoria y para cada supuesto conflictual pueda particularizarse en otros deberes.[1203] El contenido mínimo se manifiesta a través de dos postulados ampliamente reconocidos. De un lado, el deber del gestor de subordinar los intereses propios en beneficio de los ajenos que le lleva a su consecuencia inmediata, la interdicción de actuar en conflicto sin autorización. De otro, el deber de *disclosure* o de informar al principal de la posición de conflicto en la que el gestor se encuentra, presupuesto para que el principal, en su caso, autorice al gestor a llevar a término la actividad interesada.

Prohibición de actuar en conflicto

46. La regla general que ordena el contenido del deber de lealtad, y de la que derivan otras manifestaciones, consiste en la exigencia dirigida al gestor de preferir el interés ajeno y de subordinación del interés propio en aquellas situaciones en las que el comportamiento del gestor se contrapone a los intereses del principal.[1204] La

201; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 106; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 443.

[1202] El deber de lealtad del administrador ha sido referido de forma más amplia, como deber de promoción y de no perjudicar los intereses ajenos, que en su amplitud comprende tanto del deber de lealtad como el deber de diligencia. V. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 296 (deber de cuidar los intereses sociales y «omitir lo que las dañe»); RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 308; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 740. Sobre la actuación promotora del gestor, v. Cap. 3º, núm. 51.

[1203] Una parte de la doctrina defiende la unidad de efectos jurídicos derivados de la relación gestora; v. sobre ello, GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 620, nota 3. Según ese planteamiento, «los efectos jurídicos de la gestión, en lo esencial, son siempre los mismos y derivan directamente de la gestión como tal, siendo irrelevantes en su producción los motivos o fundamentos de ésta».

[1204] La idea de subordinación de los intereses del gestor frente al interés social ha sido ampliamente recogida por nuestra doctrina. V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947)1045-6; GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 376; PUIG BRUTAU, "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima", RDP (1961) 364-4; IGLESIAS, *Administración y delegación de facultades en al sociedad anónima* (1971) 347; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 159; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 201-2; id., "Principales aspectos del estatuto jurídico", RdS, núm. extraordinario (1994) 418; id., «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 664; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub XI.1.c); ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 670; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 135; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 106; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente*

exigencia jurídica de resolver la situación de conflicto en interés del principal concuerda con los fines propios de la relación gestora.[1205] Es decir, el gestor de intereses ajenos no se le atribuye solo un poder para actuar en interés de otro, sino que queda sujeto a la preferencia de los intereses ajenos.

47. La subordinación de intereses trae consigo un componente de carácter negativo, conocido comúnmente como deber de abstención o prohibición de actuar en conflicto de intereses.[1206] Su afirmación deriva de la propia finalidad y función

---

(1995) 39; SALELLES, *El funcionamiento del consejo de administración* (1995) 193; HERNANDEZ MARTI, "Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.", *Estudios Broseta* (1995) 1708; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 46, nota 26, 91; *Informe del Círculo de Empresarios* (1996) sub. 2.5.II; MARTINEZ SANZ, «Artículo 61», *Comentarios a la LSRL* (1997) 669; id., «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1326; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS (2002) 26. En la relación gestora, en general; v. GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 620 (el deber de lealtad deriva de «la obligación del gestor de subordinar su voluntad al interés del dueño del negocio»).

[1205] La idea de la subordinación de intereses viene siendo generalmente aceptada por la doctrina, tanto en relación a la gestión, en general, como a la representación y la comisión, en particular. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 100; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 180; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 471, 480; ALCOVER, "Comentario de la STS 20-5-1988", CCJC (1988) 549; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 39, nota 48, explica esta idea al señalar que «el deber de actuar como un "representante leal "es un estándar más estricto que el del "contratante leal". La diferencia consiste en que el representante leal sólo puede tener en cuenta los intereses del principal y ha de subordinar el propio interés al del principal (v. por ejemplo art. 255 CdC). Por el contrario, un contratante, en general no ha de posponer el propio interés al de la contraparte para no ser acusado de haber actuado en contra de las exigencia de la buena fe…». Otra perspectiva enfoca la obligación del gestor a través de la exigencia de ejecutar el encargo defendiendo los intereses del principal, cuestión que se ha planteado particularmente en el contrato de comisión. V. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 473-4; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 300; VICENT CHULIA, «Voz: Comisión mercantil», EJB I (1995) 1136.

En la *agency relationship*, el ALI, *Restatement of Agency* (1958) 387, establece para el deber de lealtad el siguiente principio general: «A menos que se haya acordado otra cosa, un *agent* queda sujeto a un deber para con su principal de actuar exclusivamente en beneficio del principal en todos aquellos asuntos relacionados con su encargo (*agency*)». Al comentar esta regla se señala que el cumplimiento del deber no sólo significa actuar según la voluntad del principal, sino que tiene una extensión más amplia en la medida que prohíbe actuar en competencia con el principal o adquirir intereses contrarios a él; el *agent* no puede obtener ventajas de su posición ya sea por el uso de información, bienes u oportunidades derivadas de su encargo [v. id., *comments (a)* y *(b)*].

Por su parte, la escuela económico contractual ha señalado que la regla de la preferencia de intereses es parte esencial del contenido del deber de lealtad. En este sentido, aun cuando se refiere al deber de lealtad del administrador, v. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 103, para quienes el administrador debe «maximizar la riqueza del inversor más que la suya propia». Más concretamente, id, p. 104, señalan que «[l]os administradores deben preferir los intereses de los inversores a los suyos propios en caso de conflicto. Este es el núcleo del deber de lealtad».

[1206] Este principio ha sido recogido recientemente en el art. 127 ter.3 LSA, según la redacción dada por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) art. 2º.5, bajo cuyo tenor «[e]n caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera». Este criterio ya había sido anticipado por el art. 125.2 de la *Propuesta de Código de Sociedades* (2002), bajo el título "Prohibición de intervenir en caso de conflicto de intereses", haciéndose una previsión para todo tipo de sociedades mercantiles. También el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, p. 23, había recomendado que entre los deberes de lealtad los

económica de la gestión. A saber, a través de la relación gestora el ordenamiento tutela los intereses del principal, particularmente ante una situación en la que el gestor se sitúa en una situación de conflicto, con riesgo de que no subordine sus intereses en favor del principal.

Interdicción de beneficios o ventajas

48. Una de las aplicaciones de la interdicción de actuar en conflicto de intereses reside en la prohibición de obtención de ventajas o beneficios por el gestor.[1207] En primer lugar, los beneficios obtenidos de la ejecución de la gestión deben atribuirse al principal, dado que el gestor sólo actúa por su cuenta e interés.[1208] En segundo lugar, el gestor no puede exigir una retribución superior a la pactada entre las partes. Consiguientemente, el gestor no puede obtener de la ejecución de la gestión otras ventajas que las pactadas o autorizadas por el principal.[1209] De otra manera, el beneficio o ventaja resultaría una cesión de la riqueza del principal al gestor, sin el consentimiento del interesado y consiguientemente se produciría un acto contrario al deber de lealtad del gestor.[1210] Una expresión de esta idea la

---

administradores deberían contemplarse los de «[e]vitar los conflictos de intereses entre los administradores, o sus familiares más directos, y la sociedad...».

[1207] V. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1683, sub. I, al señalar que el deber de fidelidad de los socios y, en su forma más general, el deber de buena fe, «exige una conducta de los socios una permanente contemplación del interés social y, en consecuencia, prohíbe la obtención de ventajas propias a costa de un sacrificio de la sociedad». En esta dirección, v. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 23, al referirse a que el núcleo de las obligaciones negativas nacidas del deber de fidelidad «pueden condensarse en el siguiente principio: el administrador tiene prohibido obtener ventajas propias (o para un tercero) a costa del sacrificio de la sociedad».

[1208] Sobre la idea de que las ventajas obtenidas por el representado deben atribuirse al principal, v. DE CASTRO, *Temas de Derecho civil* (1972) 111 («la representación se ejerce en beneficio del representado (art. 1715, 1719) y no del representante (art. 1724); por lo que las ventajas que obtenga éste -por ejemplo, descuentos- serán en beneficio del representado (S. 7 marzo 1914)»; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 107 (las «ventajas económicas deben atribuirse siempre al principal y ha de entenderse que pertenecen directamente a éste, y que en esa medida el gestor, si el principal no recibiera la atribución, además de infringir gravemente sus obligaciones, resultaría deudor de aquél»); MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 58 (las «ventajas debe atribuirse al principal»). De su lado, RIVERO HERNANDEZ, "Naturaleza y situación del contrato del «falsus-procurator»", ADC (1976) 1048, sólo se refiere a que si se produce una «invasión de la esfera jurídica ajena, sin más, es algo contrario a Derecho, en cuanto que esa esfera jurídica es una prolongación de la propia personalidad del individuo, y como tal, debe ser, es protegida por el Derecho».

[1209] DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 107.

[1210] Contextualizanda esta prohibición directamente a través del deber de lealtad del representante y del gestor, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 107; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 58. En base al deber de lealtad del socio, GIRON, *Derecho de Sociedades* I (1976) 296, fundamenta entre otros deberes el de «no obtener ventajas de clientes o proveedores y apropiárselas».

En el marco de las prestaciones de servicios y en particular de las relaciones laborales, se sigue igual principio, en el sentido de que la lealtad a la empresa le obliga a no aceptar gratificaciones u otras ventajas indebidas. V. LOPEZ ANIORTE, *La competencia del trabajador con su empresa* (1997) 139; NOGUEIRA, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo* (1997) 139-140; MONTOYA MELGAR, Voz: «Deber de buena fe (Dº del Trabajo y Seguridad Social)», EJB, II (1995) 1907-8.

En el ámbito del *common law* v., SEALY, "Some Principles of Fiduciary Obligations" Cam. LJ (1963) 128-36; FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 111-29; KEARNEY, J., "Accounting for a Fiduciary's Gains in Commercial Contexts", *Equity and Commercial Relationships* (1987) 186-210.

recoge el Derecho positivo en la obligación del mandatario de *abonar al mandante todo lo recibido en virtud del mandato, aún cuando lo recibido no se debiera al segundo* (art. 1720 CC).[1211]

49. Esta regla desenvuelve su utilidad en dos ámbitos distintos. De un lado, la interdicción se pone al servicio de las situaciones de conflictos de intereses indirectos, normalmente de doble representación o de gestión sin mandato, en los que interviene un tercero también interesado que es quien remunera al gestor, generalmente a través de comisiones o descuentos, por las gestiones realizadas en su interés.[1212] De otro, la prohibición se pone de manifiesto en los casos en que el gestor obtiene una utilidad a través del uso de oportunidades, de bienes o de información.[1213]

Deber de *disclosure*

50. Además del contenido negativo o prohibitivo, el deber de lealtad presenta un contenido positivo relativo a las exigencias de informar sobre la posición de conflicto del gestor.[1214]

En particular, v. el ALI, *Restatement of Agency* (1958) núm. 388; ALI, *Restatement of Trusts* (1959) núm. 203.

[1211] V. LEON ALONSO, «Art. 1720 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 1552-53: «[D]el genérico concepto de utilidades podrían apreciarse unas ventajas o beneficios patrimoniales ocasionalmente percibidos por el mandatario, extrínsecas al mandato, bien por sus relaciones profesionales con terceras personas, bien por comisiones, primas, descuentos o cualquier otra liberalidad o compensación obtenidas de aquellas, que excediendo de la letra de la norma y de acuerdo con una valoración generosa y finalista de la actuación del representante pudiera éste extraer del saldo gestorio definitivamente debido de rendir al mandante para su aprobación». Id., «Art. 1720 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 248. En relación a la agencia, v. MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 451, quien entiende que la obligación de entregar al principal las ventajas obtenidas por el agente encuentra «fundamento en el art. 1720 CC».

Cfr. con la doctrina que entiende que la norma prevista en el art. 1720 CC es excesivamente rigurosa. V. RIVERO, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 235: «Conforme al art. 1720, el mandatario debe comunicar al mandante todo lo recibido por su cuenta: por tanto, lo mismo en posesión que en propiedad, e incluso lo indebidamente cobrado. Quizá sea demasiado amplia la expresión legal "abonar al mandante cuanto haya recibido *en virtud del mandato*", que obligaría al mandatario a entregar a aquel cosas recibidos no por y para el *dominus*, sino en atención y por méritos propios (por ej., comisiones o primas). Por ello GULLON, con una interpretación finalista, reduce su alcance y entiende que dicho abono será sólo de lo recibido "por cuenta del mandato"».

En el ámbito del Derecho de sociedades, v. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1683, sub. III, en relación a la sanción impuesta al socio por la obligación de no competencia. La disposición comentada establece que «el socio industrial debe a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto de la misma». V. también el art. 138 CdC, al establecer que el socio industrial que se ocupe de cualquier negocio sin autorización «quedará al arbitrio de los socios capitalistas excluirlo de la compañía, privándole de los beneficios que le correspondan en ella, o aprovecharse de los que hubiere obtenido contraviniendo esta disposición».

[1212] La doctrina comúnmente hace referencia a las ventajas económicas obtenidas por el gestor de los terceros con quienes se relaciona. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 107; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 58; en relación a la agencia, v. MERCADAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 451.

[1213] V. Cap. 6º, sub. 4, acción de enriquecimiento injusto.

[1214] La doctrina entiende que el deber de *disclosure* forma parte del contenido propio del deber de lealtad del gestor y del representante. V. MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 58 (El deber de lealtad «se traduce en un

51. El contenido obligatorio de este deber de *disclosure* deriva de la propia obligación gestora y consiste en uno de los deberes básicos de todo gestor de intereses ajenos.[1215]

52. Su fundamento se encuentra en las obligaciones generales de informar y consultar respecto del desarrollo de la ejecución y conclusión de los negocios en cuyo ejercicio requiere al principal instrucciones precisas para llevar a término la gestión.[1216]

---

conjunto de comportamientos, cargas o deberes, tales como...revelar al principal la existencia de algún interés personal de agente o gestor...»); MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 106 (las manifestaciones del deber de lealtad del gestor comprende la de revelar plenamente los intereses personales del representante).

Entre la doctrina societaria, v. tímidamente, VELASCO SAN PEDRO, «La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 360 («creo que puede sentarse que el deber de lealtad impuesto a los consejeros, obliga cuanto menos a que comuniquen a la sociedad las eventuales situaciones de conflicto de intereses en que puedan incurrir»);

En el marco de las relaciones entre el socio y la sociedad, v. COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 280, quien afirma el deber de informar de su situación conflictual dirigido al socio entendido «como una manifestación implícita del deber de fidelidad del socio frente a la sociedad». Sin referirse a la actuación del socio como un deber de informar, sino como comportamiento acorde a la lealtad, v. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 697. V. también las dudas de DUQUE, *Tutela de la minoría* (1957) 136-7, en relación a un deber de aviso positivo, respecto de un deber de fidelidad «de existencia dudosa y de contenido incierto».

Se trata de una obligación de hacer que es contraria a los comportamientos de silencio o reticencia. La reticencia ha sido estudiada a través del dolo negativo; v. al respecto, ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos* (1994) 254-62; GOMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información* (1994) 41. V. la STS 30-1-2003, RJA 2024, relativa a un supuesto de reclamación de daños a una entidad de crédito cuya conducta negligente (imprudencia negativa) consistió en no facilitar determinada información a un cliente en una relación de confianza.

[1215] DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 103, justifica el deber por el «carácter fiduciario o basado en la confianza que posee toda relación representativa». La aplicación del deber alcanza relaciones no estrictamente gestoras, como son las prestaciones de servicios laborales. V. NOGUEIRA, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo* (1997) 141.

[1216] Los deberes de información han sido expresamente recogidos por el ordenamiento en el art. 1720 CC, dónde se indica que el mandatario «está obligado a dar cuenta de sus operaciones» al mandante y en el art. 260 CdC, al referirse a la obligación del comisionista de comunicar «frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación». Más recientemente, el art. 9.2.b) de la LCA ha recogido entre las obligaciones del agente la de comunicar «al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones». V. al respecto del deber de información, DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 103-4, quien considera que existe «un genuino deber de información del gestor que tiene por objeto una información sobre el desarrollo de la negociación y una información sobre la conclusión de la misma». Sobre la relación de agencia, v. MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 464-6.

Los deberes de consulta también han sido recogidos por el legislador exigiendo al comisionista que consulte al comitente respecto de aquello que no esté expresamente autorizado («no previsto y prescrito expresamente») (art. 255.I CdC). Al respecto, DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 104, señala que una «consulta es una demanda de especiales instrucciones o indicaciones, que se impone cuando por circunstancias sobrevenidas la observancia de las instrucciones ya recibidas resultara arriesgada o perjudicial (cfr. art. 255 CdC) y cuando no existieran instrucciones especiales y las condiciones de la operación fueran

53. La finalidad de esta obligación consiste en evacuar una consulta sobre la ejecución de un acto o negocio que le supone un riesgo, de forma que el principal, conocedor de la situación, decida lo que más se ajusta a sus intereses.[1217] En particular, el principal puede negarse a que el negocio se practique en las condiciones señaladas por el gestor o, alternativamente, puede autorizarlo dando instrucciones precisas en ambos casos. De esta forma, el principal ejerce un control sobre los comportamientos interesados del gestor.[1218]

54. En el ámbito del Derecho de sociedades, el deber de *disclosure* no ha sido contemplado expresamente hasta reciente reforma de la Ley de sociedades anónimas derivada de la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas (2003)*.[1219] En virtud de la misma se establece, como regla general, que «[l]os administradores deberán comunicar al Consejo de Administración cualquier situación de conflicto de intereses que pudieran tener con el interés de la sociedad» (art. 127 ter.3 LSA).[1220] La exigencia venía siendo reclamada por los informes sobre el gobierno corporativo.[1221] La mencionada disposición establece

---

notoriamente diferentes de las corrientes o usuales (cfr. art. 258 CdC). Sólo cuando la consulta fuera imposible o impusiera un retraso de tal naturaleza que pudiera determinar razonablemente la frustración de la operación, puede el agente prescindir de ella, adoptando la decisión por sí mismo, de acuerdo con los criterios de un comportamiento normal». V. id., p. 117, un ejemplo en relación a al deber de revelación plena en un caso de conflicto de intereses. V. también, ALCOVER, "Comentario de la STS 20-5-1988", CCJC (1988) 549: «entre las obligaciones del comisionista destaca la de cumplir las instrucciones del comitente, tal como dispone el art. 254. Por ello, lo primero que debe hacer el comisionista es procurar hacerse cargo de la intención del comitente al conferir su comisión, por lo que si sus instrucciones no son precisas, aquél tiene la obligación de pedir las necesarias aclaraciones y, caso de no ser posible, actuar con prudencia de acuerdo con los usos del tráfico, teniendo en cuenta que si existe una técnica determinada para la gestión de un asunto, éste debe emplearse».

[1217] En este sentido, el deber de *disclosure* se plantea más como deber de consulta que como deber de rendición de cuentas. Pues no se trata tanto de informar sobre el resultado final de la operación y su justificación, cuanto de facilitar al principal los elementos relevantes para que éste decida sobre si procede ejecutar el negocio y en qué condiciones. Sobre la rendición de cuentas del gestor, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 104; RIVERO, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 235.

[1218] En este sentido, HOPT, "Derecho y obligaciones", RDM (1993) 873-874, señala que el *disclosure* es una exigencia de la protección de intereses ajenos. V. también, GIRON, "Las reformas", La Ley (1989) 5. Para las oportunidades de negocio, v. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 73 (la sociedad valora si permite al administrador realizar la actuación, si la sociedad va a aprovechar la oportunidad o si existe un impedimento que le impida llevarla a término).

[1219] Puntualmente, el deber de información venía recogido para el supuesto de fusión, al indicar el art. 235.f) LSA que el proyecto de fusión debe contener las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse a los administradores de las sociedades que fusionan.

[1220] La disposición, fruto de la modificación de la LSA operada por el art. 2º.5 de la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003), recoge un contenido semejante al formulado previamente para todo tipo de sociedades el art. 125.1 de la *Propuesta de Código de Sociedades* (2002). La norma establece, además, que «las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores de la sociedad serán objeto de información en el informe anual de gobierno corporativo» (art. 127 ter.3.II LSA).

[1221] El *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, p. 23, recomendaba que los deberes de los administradores de las sociedades cotizadas deberían contemplar el deber de evitar los conflictos de intereses, «comunicando en todo caso su existencia, de no ser evitables, al Consejo de Administración». Además, como cuestión puntual, también se establece un deber de *disclosure* de conflictos entre la sociedad y el accionista que propuso el nombramiento del consejero externo

también una regla especial dirigida a regular los supuestos de competencia, directa o indirecta, con la sociedad a cuyos efectos los administradores han de comunicar la participación en el capital y los cargos y funciones que ejerzan en sociedades competidoras, así como la realización de actividades competitivas, sea por cuenta propia o ajena (art. 127 ter.4 LSA).[1222]

c) *Ambito y reconocimiento del deber*

Aplicación en el Derecho privado

55. Una visión distinta a la seguida en este trabajo se refiere al deber de lealtad como un fenómeno propio del ámbito del Derecho de sociedades, sobre la base de la comunidad de intereses en que se asienta la sociedad.[1223] Este planteamiento que

---

dominical. De forma que éstos consejeros «[d]eberán desvelar al Consejo cualquier situación de conflicto de interés entre la sociedad y el accionista que ha propuesto su nombramiento cuanto afecte a las cuestiones que se sometan al Consejo» (id., sub. IV.2.1.b). El *Informe Olivencia (1998)* sub. II.8.2, recomienda que «la normativa interna de la sociedad debería recoger formalmente el deber del consejero de informar anticipadamente de la situación de conflicto de intereses y establecer un mecanismo de control, que podrá consistir -según enseña al mejor práctica- en la previsión de que estas operaciones hayan de ser aprobadas por el Consejo, previo informe por la Comisión delegada que corresponda. También, sería conveniente dar publicidad a estas operaciones». El *Reglamento tipo CNMV (1998)* no establece un deber general de *disclosure* si bien se refiere al deber en supuestos concretos: consultar a la Comisión de nombramientos par aceptar puestos de directivo en otra compañía (sub. 32.2); informar anticipadamente para realizar *transacciones profesionales o comerciales con la compañía* (sub. 33.2); deber de *disclosure* en las operaciones indirectas (sub. 37). Por su parte, la *Informe del Círculo de Empresarios (1996)* sub. 2.5.IV, señala que los consejeros deben «[c]omunicar al Consejo de Administración cualquier situación de la que se pueda derivar un conflicto de intereses». V. también el *Informe Vienot (1999) sub.* III.4, que al referirse a los derechos y obligaciones de los administradores establece que «el administrador tiene la obligación de comunicar al consejo cualquier situación de conflicto de intereses, incluso potencial».

[1222] En términos semejantes se mostraba el art. 126.1 de la *Propuesta de Código de Sociedades (2002)* respecto de la comunicaciones y cargos en la sociedad competidora, mientras que establecía una prohibición de competencia salvo autorización previa de la sociedad por la junta de socios (id., art. 126.2) y no sólo un deber de comunicación como lo hace el texto legal. En relación a la primera cuestión, el *Informe Olivencia (1998)* sub. II.8.5, la incluía entre los denominados *deberes de comunicación* que consisten en «la obligación del consejero de revelar las situaciones personales, las de sus familiares más allegados e incluso de las sociedades en las que juegue un papel relevante, relativas a participaciones, puestos que desempeñe y actividades que realice en otras compañías y entidades, pactos de sindicación de los que forme parte y, en general, cualquier hecho, situación o vínculo que pueda resultar relevante para su leal actuación como administrador de la sociedad». El *Reglamento tipo CNMV (1998)* sub. 37, al hacer referencia a las *Operaciones indirectas* indica que «[e]l consejero infringe sus deberes de fidelidad para con la compañía si, sabiéndolo de antemano, permite o no revela, la existencia de operaciones realizadas por familiares suyos o por sociedades en las que desempeña un puesto directivo o tiene una participación significativa, que no se ha sometido a las condiciones y controles previstos en los artículos anteriores».

[1223] PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 443, destaca que el planteamiento de la doctrina tradicional busca el fundamento del deber de lealtad en el Derecho de sociedades y, «especialmente, en la idea de "comunidad personal"». V. al respecto MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 210, nota 482, quien señala la doctrina más reciente defiende «la posición de que [el deber de lealtad] es un deber específico del Derecho de sociedades. V. Ibi las citasd de LUTER, *Theorie der Mitgliedschaft*, AcP, 180 (1980) 95 [102 ss.]; RAISER, "Die Treuepflichten in GmbH-Recht als Beispiel der Rechtsfortbildung", ZHR, 151 (1987) 422 ss. [423]; WIEDEMANN, *Zu den Treuepflichten im Gesellschaftsrechts*, pp. 950 ss.; INMENGA, «Bindung von Rechtscmacht durch Treuepflichten», en *Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz*, Köln (1992) 189 ss [190 ss.], p. 208; INMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, pp. 271; HÄSEMEYER, *Obstruktion gegen Sanierungen und gesellschaftsrechtliche Treupflichten*, ZHR 160

sirve a la función de ordenar los conflictos en la sociedad personalista y a los conflictos entre socios en la sociedad en general, no puede dar explicación a la regulación del conflicto de intereses a través del deber de lealtad en los ámbitos más comunes en que estos se presentan. A saber, en la gestión representativa y en la gestión orgánica, particularmente en el ámbito de la administración de sociedades.[1224]

56. Siguiendo el razonamiento anterior, el deber de lealtad gobierna la actuación del gestor en conflicto de intereses en todas las relaciones de gestión. Con ello se conviene que el conflicto de intereses necesitado de regulación se extiende a lo largo de todo el Derecho privado, para aquellas relaciones jurídicas en las cuales existe una obligación de actuar por cuenta e interés ajeno.[1225] De lo dicho cabe agrupar dos tipos de categorías de relaciones que en el ámbito del Derecho patrimonial presentan en su contenido obligatorio al deber de lealtad: la gestión representativa y la gestión orgánica.[1226] En la gestión orgánica, el deber se afirma tanto en las sociedades mercantiles, personalistas o capitalistas, como a las sociedades civiles, y se extiende a las personas jurídicas sin base personal como son las fundaciones.[1227] Fuera del Derecho patrimonial, este marco general da solución a los conflictos patrimoniales generados en el Derecho de familia, pues en ambos sectores del Derecho se plantean conflictos de intereses relativos a la gestión de intereses ajenos.[1228]

(1996) 109 [113]. V. SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 233, nota 239, quien comenta la división doctrinal en Alemania.

[1224] El enfoque del deber desde el Derecho de sociedades dirige la discusión del alcance del deber hacia los distintos tipos de sociedades, centra su aplicación en las sociedades de personas y llega a «poner en cuestión su vigencia en las sociedades de capitales y, específicamente, en las anónimas (que en el diseño legal están altamente despersonalizadas)». V. PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 443. El mismo autor, en *Comentario del CC,* II, (1991) art. 1665, sub XI.1.c), señala que el deber de lealtad «no debe constituirse como un principio específico del Derecho de sociedades, que se fundaría en el propio derecho de sociedades y concretamente como trasunto de la concepción legal de la sociedad personalista como “comunidad personal”». Al respecto, RECALDE, “Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil”, La Ley (1993) 305, señala que «[p]or regla general se entiende que no hay un *fundamento* para tales deberes que sea específico del Derecho de sociedades». V. también CAPILLA, *La sociedad civil* (1984) 191, para quien la existencia del deber de fidelidad «es algo común a todas las sociedades», si bien no es «específico en la sociedad, como algo característico y exclusivo de ella» (id. p. 189).

[1225] PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 443, defiende la consideración del «deber de fidelidad como un deber general del Derecho privado»; idem, id. *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub XI.1.c). En esta línea, SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 233, entiende que no parece posible «configurar un “deber estrictamente societario de fidelidad”, exclusivo de este sector y de naturaleza distinta a la del principio general del Derecho común»; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, “La competencia entre la sociedad y sus directivos”, RdS (2002) 26 (el deber de fidelidad «expresa un genuino principio general que ni es aplicable, en exclusiva, de los administradores, ni lo es tan sólo en las sociedades de capital»).

[1226] V. Cap. 3º, núms. 69 a 98 y 100 a 134.

[1227] El deber de lealtad es exigible a todos los gestores de las personas jurídicas, dado que en su relación con los gestores que las administran ocupan la posición de un principal a quien le gestionan sus intereses.

[1228] La gestión de intereses de una persona menor o incapaz plantea una situación conflictual idéntica al resto de tipos gestores relativos al ámbito patrimonial. Sin embargo, el ordenamiento viene a subrayar la protección del interés del incapaz a través de las reglas relativas a la representación legal con disposiciones explícitas que no tienen carácter dispositivo. V.,sobre este aspecto, Cap. 5º, núms. 15 y 135. Con todo, los principios que rigen el comportamiento del

Reconocimiento del deber en la gestión representativa

57. A falta de su reconocimiento general por parte del ordenamiento, la doctrina ha afirmado la existencia del deber de lealtad del gestor con carácter general.[1229] La afirmación del deber se ha dado en los dos modelos de gestión, la gestión representativa y la gestión orgánica, con testimonios doctrinales y normativos que reafirman la idea general.

58. Respecto a la gestión representativa, el deber de lealtad del representante frente al representado se entiende como parte del contenido de la relación representativa y concretamente como deber de conducta derivado del deber general de fidelidad del representante.[1230]

59. En relación a los tipos legales concretos, el deber de lealtad se reconoce a través de técnicas distintas. La afirmación expresa a través de la cláusula general es el recurso utilizado en el contrato de agencia.[1231] La regulación decimonónica de los restantes tipos gestores no hace mención al deber de lealtad, por cuanto debe entenderse incluido a través del deber de diligencia del gestor, cuyo contenido fundamental reside el la obligación de actuar en interés del principal.[1232] Este deber está reconocido expresamente en el mandato (art. 1719.II CC), mientras que en la comisión se establece un deber de cuidado del negocio como propio (art. 255.II CdC). En ambos contratos, mandato y comisión, la doctrina hace expreso

---

gestor en ambos ámbitos no presentan diferencias esenciales, siendo que el propio Código establece que la administración de los bienes de los hijos deberá hacerse «cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador» (art. 164.I CC). V. arts. 162.II.2º y 221.2º CC (exclusión de la representación legal en caso de conflicto); 163 y 299 CC (nombramiento de defensor); 164.I y 270 CC (administración diligente).

[1229] V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 99-100, quien ha precisado que existe «un deber de fidelidad, que es el deber básico de todo gestor de asuntos ajenos». En igual sentido, MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 58. Anteriormente, la doctrina ya había postulado el deber de lealtad; v. al respecto, GARCIA VALDECASAS, "La gestión de negocios ajenos", RDP (1957) 620. V. también PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núm. 172, para quien el deber de lealtad se aplica a todos aquellos que se les ha atribuido poderes que posibilitan llevar a término actos jurídicos por cuenta de otro, tales como el mandatario, el tutor o el órgano de una persona jurídica.

[1230] Recogemos la idea de DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 99-100, para quien la relación representativa comporta un deber de lealtad que son una particularización «del genérico deber de fidelidad»; LACRUZ / DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 280; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 180. V. también LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 341, al referirse a las obligaciones de todos los representantes, legales, orgánicos y voluntarios, de «manejar *fiel y escrupulosamente* el patrimonio a él confiado». En general, sobre los deberes del representante, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 99-121; DE CASTRO, *Temas de Derecho civil* (1972) 111-2.

[1231] Según establece el art. 9.1 LCA, «En el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe». Sobre el deber de lealtad en el contrato de agencia, antes y después de la Ley 12/1992, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 551-552; MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 417, 442-9, 467 ss; LLOBREGAT HURTADO, *El contrato de agencia mercantil* (1994) 137-138; DOMINGUEZ GARCIA, «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», *Contratos internacionales* (1997) 1294-1295; BOTANA AGRA, "El contrato de agencia en el Derecho español", DN (1993) 4. V. también las referencias al deber de lealtad del agente en las sentencias del Tribunal Supremo de 28-2-2001, RJA 2001/2556; 17-10-2000, RJA 2000/8488; 10-2-1999, RJA 1999/592 y 5-6-1999, RJA 1995/5048.

[1232] V. *supra*, núms. 35-38.

reconocimiento del deber de lealtad.[1233]

60. También a través de normas especiales se regulan, de forma fragmentaria, conflictos de intereses que son infracciones particulares del supuesto general relativo al deber de lealtad. La regla más conocida consiste en la prohibición de autocompra del mandatario (art. 1459.II CC) y de autoentrada y aplicación del comisionista (art. 267.I CdC).[1234] Otros supuestos regulados que también caben dentro del concepto que aquí analizamos son la exigencia de abonar al mandante lo recibido en virtud del mandato (art. 1720 CC), la obligación de intereses por cantidades aplicadas a usos propios (art. 1724 CC) o la sanción de responsabilidad dirigida al gestor oficioso por posponer el interés del dueño a los propios (art. 1891 CC).[1235] También es manifestación del deber de lealtad, el deber del factor de no competir con su principal (art. 288.I-III CdC).[1236]

Reconocimiento del deber en la

61. De su parte, el deber de lealtad del administrador encuentra un amplio

[1233] En relación al deber de lealtad del mandatario, v. LEON ALONSO, «Art. 1724 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 1561, al referirse a los «deberes de fidelidad y confianza típicos del mandato...»; ALVAREZ CAPEROCHIPI*, El mandato y la comisión mercantil* (1997) 189 alude los «deberes de conducta [del mandatario, que] pueden resumirse en dos: lealtad y diligencia». V. también, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 347, al indicar que deber de fidelidad del mandatario «constituye el factor jurídico personal de la relación de mandato»; PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núm. 172 (el mandatario está sujeto al deber de lealtad en virtud de ser «titular de poderes que le dan la posibilidad de llevar a término actos jurídicos por cuanta de otro»). En relación a la doctrina del Tribunal Supremo, v. ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil* (1997) 189, al señalar que «El Tribunal Supremo se refiere en ocasiones al deber de lealtad; el mandatario no puede perjudicar al mandante ni rebasar su encargo (STS 16 de noviembre 1990, 8952, en el supuesto de unas liquidaciones tributarias favorables al mandante)». También la doctrina del DGRN ha hecho referencia al deber de lealtad en la RDGRN 2-12-1998, RJA 10481, FD 5º, indicando que el deber de lealtad del mandatario no admite la autocontratación en caso de silencio del poder.

En relación al comisionista, la doctrina viene entendiendo que el deber de lealtad del comisionista deriva del art. 255.II CdC. V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 471, 478; Id., *Curso de Derecho mercantil*, II (1983) 104-5; ALCOVER, "Comentario de la STS 20-5-1988", CCJC (1988) 549. Otros autores, sin hacer referencia al deber de lealtad afirman la obligación del genéricamente la obligación de actuar en interés del comitente. V. BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 473-4; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 300; VICENT CHULIA, «Voz: Comisión mercantil», EJB I (1995) 1136; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 333-4 (el deber de fidelidad del corredor le obliga a no contravenir sus intereses). V. también la referencia al deber de lealtad de la STS de 20-1-2003, RJA 350, FD 2º, al indicar que «en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exige de quien efectúa… una gestión en interés y por cuenta de tercero en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores…».

[1234] Sobre la contratación del administrador con la sociedad, v. Cap. 5º, sub. I.3.e) y Cap. 6º, sub. 5.

[1235] Sobre la aplicación de los arts. 1720 y 1724 CC, v. *supra*, núm. 48; Cap. 6º, núms. 60 y 65, respecto de la restitución de beneficios por enriquecimiento injusto. El primero se refiere a la obligación del mandatario de «abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato», mientras que el segundo se refiere a la obligación de pago de intereses «de las cantidades que [el mandatario] aplicó a usos propios». El art. 1891 CC afirma el deber de responder del caso fortuito cuando el gestor sin mandato «hubiere pospuesto el interés de éste [dueño] al suyo propio».

[1236] La doctrina reconoce que la prohibición de competencia del gestor contenida en el art. 288 CdC es un contenido del deber de lealtad. V. SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 211; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 58; además para este autor, la regla contenida en el art. 288 CdC «parece expresar... un principio o criterio general».

gestión orgánica

reconocimiento doctrinal, aún cuando esté ausente en nuestro Derecho de sociedades una formulación general que establezca su concepto y contenido fundamental.[1237] En una primera etapa, correspondiente con el régimen de sociedades anónimas previsto en el Código de Comercio, no existía una previsión relativa al deber de lealtad. En este momento preliminar el legislador se preocupa de establecer reglas especiales destinadas a ordenar singulares conflictos de intereses relativos a las sociedades personalistas. Estos supuestos de deslealtad regulados por el Código de Comercio se caracterizan por dirigirse al socio, si bien pensando en su condición de administrador natural de la sociedad a través del sistema de autoorganización de las mismas.[1238] Esta ordenación referida a las sociedades personalistas resultaba incompleta y fragmentaria en una doble medida. De un lado, no ordenaba todos los conflictos posibles y consecuentemente se planteaba la selección de la norma aplicable en los supuestos no regulados; de otro, esa misma necesidad se planteaba en relación con aquellos conflictos de intereses que se generaban en sociedades no personalistas, habida cuenta de la ausencia de regulación de todo tipo de conflicto.[1239]

62. En una segunda etapa, se incorporan las primeras referencias al deber de lealtad del administrador, a partir de la introducción por la LSA 1951 de la cláusula general relativa a la diligencia del representante leal en su artículo 79.I. Durante los casi cuarenta años de vigencia de la LSA 1951, la doctrina se circunscribe en afirmar que el deber de lealtad deriva de la ley o que encuentra relación con los principios fiduciarios.[1240]

[1237] Tal como venimos indicando, la reforma de la Ley de sociedades anónimas llevada a término a través de la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) por más que ha introducido el art. 127 ter LSA, rubricado con la expresión *deberes de lealtad*, no ha definido tales deberes ni ha establecido un contenido claro dirigido a precisar la obligación de lealtad. Con todo, el párrafo tercero de la mencionada disposición, establece un deber de *disclosure* y un deber de abstención de intervenir en la operación en conflicto, que significan un significativo avance en orden a la determinación del deber. Sobre las reglas anteriores, v. *supra*, sub. II.1.b) y Cap. 5º, núm 122.

[1238] Los supuestos pueden agruparse en dos categorías: los casos de competencia del socio con la sociedad y los casos de uso de bienes o de la posición societaria. El régimen de la sociedad colectiva previsto en el CdC prescribe el uso de bienes sociales (arts. 135 y 218.1º CdC), la exigencia de disolución para lucro particular (art. 224.I CdC) y la situación de competencia (arts. 136, 137 y 138; 218.5º CdC). V. también el art. 139 CdC sobre el uso de bienes a cuenta. Por su parte, el Código Civil regula los siguientes conflictos relativos a la Sociedad civil: aprovechamiento de bienes (dinerarios) sociales (art. 1682.II CC), competencia del socio industrial (art. 1683 CC), cobro de créditos particulares y sociales (art. 1684 CC), cobro preferente de créditos sociales (art. 1685 CC), compensación de beneficios (art. 1686 CC) y renuncia para apropiarse el provecho común (art. 1706.I CC).

[1239] La doctrina al plantear el problema de la falta de norma aplicable a los conflictos de intereses relativos a los administradores de las sociedades anónimas se decantó por la aplicación analógica de las normas previstas para la sociedad colectiva. V. GAY DE MONTELLA, *Tratado práctico de sociedades mercantiles* (1930) 223 (en caso de conflictos de intereses entre los administradores y la compañía se «trata de aplicar los preceptos de las compañías colectivas»); GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.1º (1947) 1047 («los miembros de una sociedad anónima ocupan en ella una posición semejante a la de los socios colectivos en la sociedad comanditaria»).

[1240] A esa época corresponden las referencia indirectas de GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 376 (la noción de representante leal exige el cuidado de los intereses sociales y el sacrificio de los intereses propios) y de RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas* (1964) 242 («El administrador de una sociedad anónima, en su doble aspecto de órgano y de empleado en amplio sentido, debe atenerse con lealtad a las consecuencias de esta posición».

63. Una tercera etapa se abre coincidiendo con la reforma de la LSA 1951 y se extiende a lo largo de la pasada década. Desde el punto de vista legislativo, el momento se caracteriza por la reafirmación de la cláusula general de la diligencia del representante leal a través su incorporación a leyes distintas a la de Sociedades anónimas y a formas societarias tanto capitalistas como personalistas. La expresión se incorpora en las nuevas leyes de agrupaciones de interés económico (art. 14.1 LAIE), de fundaciones (arts. 15 LF 1994, 17 LF 2002), de sociedades de responsabilidad limitada (art. 61.1 LSRL), en la administración concursal (art. 35.1 Ley Concursal (2003)), en la sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva (arts. 40.4 y 62.1 LIIC 2003).[1241] La misma expresión ha sido utilizada en la regulación del órgano de administración de las sociedades cooperativas, de forma directa o por remisión al régimen de la sociedad anónima.[1242]

Aluden más directamente al deber de lealtad PUIG BRUTAU, "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima", RDP (1961) 362 («Los administradores no son unos fiduciarios en sentido estricto, pero están sometidos a especiales deberes de lealtad»); IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades* (1971) 347; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 159 («La Ley exige, además, la diligencia de un representante leal, aludiendo así a un deber de fidelidad»); FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades* (1977) 157, nota 303 («La obligación de fidelidad se proyecta sobre el comportamiento de los administradores en el ejercicio de sus funciones y sobre las relaciones de los socios entre sí y con la sociedad»); QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 201-2. GIRON, "Las reformas", La Ley (1989) 5: El principio fiduciario o de trust... se extiende ampliamente por toda la interpretación de la normativa interna de las Sociedades. Comprende fundamentalmente los llamados deberes de diligencia o cuidado y los deberes de lealtad.

[1241] En relación a las fundaciones, v. también la fórmula relativa a la diligencia del representante leal en los arts. 12.1 Ley 1/1982, de 3 marzo, reguladora de la Fundaciones privadas en Cataluña (BOE 31 marzo 1982), si bien esta disposición usa la expresión «diligencia de un administrador leal»; art. 13.c) Ley 12/1994, de 17 junio, reguladora de las Fundaciones en el País Vasco (BO. País Vasco 15 julio 1994); art. 16 de la Ley 2/1998, de 6 abril, sobre normas reguladoras de las Fundaciones en las Islas Canarias (BOE 6 mayo 1998).

La expresión también se ha recogido en el art. 2.1 de la Orden de 7 de octubre de 1999, de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión. V. *infra*, núm. 100n.

[1242] La vigente Ley de Cooperativas hace una remisión indirecta al representante leal al indicar que «[l]a responsabilidad de los consejeros e interventores por daños acusados, se regirá por lo dispuesto para los administradores de las sociedades anónimas...» (art. 43 LCoop 1999). La remisión es pues indirecta en la medida que el art. 43 LCoop. remite al art. 133.1 LSA, que a su vez incluye en el supuesto de hecho los actos «realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo»; diligencia cuyo baremo se encuentra en la expresión mencionada y prevista en el art. 127.1 LSA. En la misma sede de la responsabilidad de los miembros del Consejo rector, la LGC 1987, establecía en su art. 64.1, sin remisión alguna, que «los miembros del Consejo Rector desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado gestor y representante leal». Lo mismo cabe decir del art. 35.1º LGC 1974, que tenía un contenido semejante: «los miembros del Consejo Rector y, en su caso, el Director, desempeñarán sus cargos con la diligencia de un representante leal». Para la derogada LGC de 1987, v. VICENT CHULIA, F. / PAZ CANALEJO, N., «Ley General de Cooperativas. Arts. 29 a 66», en SANCHEZ CALERO, F. y ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, XX-2, Madrid: EDERSA, 1990.

De su parte, las leyes de cooperativas correspondientes a las comunidades autónomas recogen la expresión propia de la diligencia del representante leal. V. art. 45.1 del Decreto Legislativo 1/1992, de 10 febrero, que recoge el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Cataluña (DO. Generalitat de Catalunya 2 marzo 1992); art. 42 de la Ley 2/1998, de 26 marzo, sobre normas reguladoras de las sociedades cooperativas en Extremadura (BOE 29 mayo 1998); art. 42 de la Ley 9/1998, de 22 diciembre, sobre normas reguladoras de las sociedades

64. Aunque se mantiene inalterada la cláusula de la diligencia del representante leal, con la reforma de las sociedades mercantiles se produce una modificación del régimen de responsabilidad de los administradores que, junto a la introducción de nuevos enfoques y doctrinas, trae como consecuencia el inicio de los estudios que permiten profundizar en el sentido y alcance del deber de lealtad.[1243] Al mismo tiempo se inician los estudios específicos sobre los deberes de los administradores y sobre algunos aspectos de los mismos, hecho que contribuye a su conocimiento y afirmación.[1244] Finalmente, el deber de lealtad también se afirma a través de los informes sobre gobierno corporativo en el ámbito de la sociedad cotizada a la vez que se reclama una mayor determinación de su contenido y de los principios que lo sustentan.[1245]

---

cooperativas de Aragón (BOE 27 enero 1999); art. 72 de la Ley 2/1999, de 31 marzo, de sociedades cooperativas de Andalucía (BOE 5 mayo 1999); art. 51.1 de la Ley 4/2002, sobre normas reguladoras de la cooperativas de Castilla y León (BOE 15 mayo 2002); art. 63.1 de la Ley 1/2003, de 20 marzo, de Cooperativas de las Illes Balears (BOE 16 abril 2003); art. 47.1 de la Ley 8/2003, de 24 marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (BOE 11 abril 2003).

[1243] Se puede decir que esta etapa se inicia con las referencias al deber de lealtad de PAZ-ARES, *Comentario del CC* (1991) art. 1665, sub. XI.1.c), en el marco de la sociedad general o sociedad civil; del mismo autor v. también, Id., en *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 443; *¿Dividendos a cambio de votos*? (1996) 153. En general, al comentar las reformas de la sociedad anónima y la sociedad limitada la doctrina reafirma la existencia. Al respecto, v. POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 133, 135; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 104-106, 224 [106] (la ley pone el acento en «la necesaria existencia de un deber de lealtad o fidelidad hacia la sociedad»); ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 250; QUIJANO, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 664 (el deber de fidelidad «no expresamente recogido en la legislación societaria española vigente», encuentra su reflejo legal implícito «en la referencia normativa al tipo especial de diligencia que debe emplear en el desempeño del cargo a través de la mención "representante leal"»); idem, RdS, núm. extraordinario (1994) 418; MARTINEZ SANZ, «Artículo 61», *Comentarios a la LSRL* (1997) 667-671. V. también, TRIAS, "El sistema de protección del accionista inversor", RdS (2000) 221. «Es preciso que la empresa social se gestione con diligencia y lealtad (art. 127.1 del TRLSA)»; idem, p. 246.

[1244] V. al respecto, LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, 1996; id., "El sistema de responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia", RdS 7 (1996) 49-70; PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, 1996; FERNANDEZ-ALBOR, "Deber de lealtad del administrador cesado", RGD (1999) 3991-4011 [3998]; RODRIGUEZ ARTIGAS, «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 419-445; ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 447-496 [453]; PEREZ CARRILLO, *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, 1999; id., "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", RdS 14 (2000) 316. V. también, HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 122.

[1245] El *Informe Olivencia* (1998) reconoce los *deberes de lealtad del consejero* como contenido del deber de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal (v. id., sub., II.8.1). El *Informe* sostiene que «[u]no de los aspectos más descuidados en nuestra práctica societaria y al propio tiempo más relevante para fomentar el mejor gobierno de las compañías que recurren a los mercados de capitales, consiste en establecer reglas claras para afrontar las situaciones de conflictos de intereses» (sub. II.8.2). V. más ampliamente todo el apartado II.8 y las recomendaciones III.16 y 17 del Código de buen gobierno. V. también el *Reglamento tipo* CNMV (1998) cuya finalidad consiste en «determinar los principios de actuación del Consejo de Administración... y las normas de conducta de sus miembros». De su parte, el *Informe del Círculo de Empresarios* (1996) sub. 2.5, considera que «[l]a afirmación

65. Recientemente, el reconocimiento del deber de lealtad se ha renovado tanto por el impulso reformador del *Informe Aldama* (2003) que ha reclamado su afirmación imperativa en el marco de la sociedad cotizada, como por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) que ha concretada a través del nuevo artículo 127 ter LSA supuestos y obligaciones singulares del deber de lealtad.[1246] Aunque el *Informe Aldama* sólo recomienda extender la regulación del deber a las sociedades cotizadas y demás agentes del mercado de capitales, la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) art. 2º.5, ha ampliado la regulación a todas las sociedades anónimas a través de la incorporación del nuevo artículo 127 ter LSA.[1247] Con todo, la regulación legal no afecta al común de las sociedades que quedan huérfanas de regulación en este aspecto, a pesar de que la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) ha recogido en su práctica extensión el texto de la *Propuesta de Código de Sociedades* (2002) cuyo contenido prevé su aplicación a todas las sociedades mercantiles.[1248]

---

contenida en la norma legal vigente de que los administradores "desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal" debe considerarse insuficiente e imprecisa», hecho por el cual considera necesario su determinación y establece determinadas *obligaciones mínimas exigibles a cualquier consejero*.

Entre las críticas a la regulación prevista en la Ley de sociedades anónimas, v. POLO SANCHEZ, «La nueva disciplina de los administradores de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 723, al señalar que «[u]no de los aspectos más criticables de la Ley de Sociedades Anónimas lo constituye, probablemente, la ausencia de garantías en la actuación de los administradores en relación con la propia sociedad que administran y representan, ausencia que se deja notar en diversos ámbitos tales como... la carencia de norma alguna que regule o prohíba la autocontratación, o la deficiente regulación del conflicto de intereses entre administrador y sociedad en el art. 132».

[1246] V. al respecto, 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. Este autor ya había anticipado algunas propuestas en «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1805-18.

[1247] V. también el *PL de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) art. 2º, cuatro.

[1248] V. *Propuesta de Código de Sociedades* (2002) arts. 121 a 126, que forman parte del contenido del Libro I, referenciado con el epígrafe "De las disposiciones generales", con la consideración de «normas comunes a toda clase de sociedades mercantiles», salvo normas específicas para un tipo social (art. 2 Propuesta de CSM). En este caso, los deberes de los administradores no encuentran una regulación especial.

2.
Extensión del deber

a) Aplicación del deber a relaciones afines a las gestoras

66. Al considerar el deber de lealtad como un contenido propio de las relaciones gestoras, cabe preguntarse en qué medida el deber puede aplicarse a otras relaciones que mantienen afinidades en el supuesto y requieren la protección de una parte frente a la conducta de la otra. Esta cuestión se plantea, al menos, en dos órdenes de relaciones jurídicas: las relaciones de gestión en sentido amplio y las relaciones de colaboración en interés común.

Aplicación analógica: gestión material

67. Dentro de las relaciones de gestión en sentido amplio, resulta de interés analizar si resulta aplicable el deber a la gestión material, caracterizada por la colaboración en la prestación de determinados servicios por cuenta ajena de carácter material. En principio, el deber de lealtad no puede ser aplicable de forma directa por cuanto el prestador del servicio no toma decisiones en términos jurídicos por cuenta del principal y, consiguientemente, el riesgo a lesionar los intereses del contratante es menor. Con todo, estas relaciones están sujetas a la buena fe contractual que tutela su ejecución, sin que se precisen reglas especiales de protección y de prevención.[1249] Sin embargo, la aplicación analógica puede ser útil en particulares situaciones en las que exista una situación de conflicto de intereses con riesgo de lesión de cuyas circunstancias sea necesaria una regla protectora del contratante (identidad de razón).

68. Estos casos pueden derivarse de relaciones laborales en las cuales el trabajador dispone de información confidencial, en situaciones de competencia o de aprovechamiento de bienes, dónde la particular posición del trabajador le sitúe en

---

[1249] En este sentido, aún cuando en tales relaciones se haga referencia al deber de lealtad, éste no se encuentra en una relación de autonomía respecto de la buena fe contractual.

La diferencia entre el contenido del deber de lealtad en las relaciones de servicios y de gestión se pone de manifiesto en el tratamiento jurídico del conflicto. Mientras que en las relaciones gestoras el ordenamiento prohíbe la actuación en conflicto de intereses salvo autorización del principal, en las relaciones de servicios, no existe esta prohibición en la medida que el arrendador o servidor no cause un daño a otro. Por otro lado, todas las relaciones de servicios en interés de otro presentan idéntico contenido mínimo respecto al deber de lealtad: subordinación de intereses y deber de información. La diferencia se encuentra en que en la relación de gestión existe una norma prohibitiva de carácter preventivo y en las relaciones de servicios en general la infracción del deber se tutela con un simple mecanismo indemnizatorio.

[1250] V. LOPEZ ANIORTE, *La competencia del trabajador con su empresa*, 1997; MONTOYA MELGAR, Voz: «Deber de buena fe (Dº del Trabajo y Seguridad Social)», EJB, II (1995) 906-1908; NOGUEIRA, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, 1997; ESCUDERO / FRIGOLA / CORBELLA, *El principio de buena fe en el contrato de trabajo*, 1996.

La lealtad en el contrato de trabajo es cuestión discutida. Históricamente el deber de fidelidad del trabajador se vincula a una relación personal de señorío. V. GIERKE, *Las raíces del contrato de servicios* (1982) 33. Sin embargo, en el estado actual de las relaciones laborales las nuevas bases de la lealtad del trabajador se asientan sobre la buena fe. V. art. 21 Estatuto de los Trabajadores; NOGUEIRA, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo* (1997) 123-148; MONTOYA MELGAR, Voz: «Deber de buena fe (Dº del Trabajo y Seguridad Social)», EJB, II (1995) 1906-1908. De otro lado, la doctrina rechaza la expresión deber de fidelidad -suprimida por la actual legislación- al identificarla con un concepto casi absoluto de adhesión al empleador y por sus connotaciones personalistas y comunitarias. V. NOGUEIRA, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo* (1997) 80-81, 131. Cfr. con LARENZ, *Derecho de*

una posición idónea para el oportunismo.[1250] El problema en tales hipótesis reside en distinguir el contenido específico del deber de lealtad del contenido general de la buena fe. Es decir, aún cuando se use el término lealtad, lo fundamental está en la determinación del supuesto al que se aplica y el contenido del deber.[1251]

69. En el ámbito de los servicios profesionales, lo que comúnmente se identifica como el deber de lealtad del profesional suele formar parte del genérico deber de diligencia, en la medida que su contenido va dirigido al cumplimiento correcto de la prestación, más que a reglamentar una situación de conflicto de intereses. Con todo, cuando éste se pone de manifiesto, el sólo hecho del conflicto no activa la aplicación del deber de lealtad en el sentido que venimos indicando en este trabajo.[1252]

---

obligaciones, I (1958) 44, quien considera que como relación de obligación duradera, existe un deber recíproco de fidelidad entre trabajador y empleador cuya estructura se asemeja a una relación de comunidad de carácter personalista. Sobre el reconocimiento jurisprudencial del deber de lealtad v. en LOPEZ ANIORTE, *La competencia del trabajador con su empresa* (1997) 111-200, la selección de sentencias del Tribunal Supremo (1982-1991) y pp. 139-200, de los TSJ (1992-1996), en los que se pone de manifiesto el amplio soporte que goza el deber de lealtad en el supuesto de competencia desleal.

[1251] La STS 29-10-1983 señala que «"el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de *comportamiento ético* jurídicamente protegida (y exigible en el ámbito contractual (sentencia de 29 de marzo de 1983) [apud, GETE-ALONSO, «Art. 7 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1992) 885-886]. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (STC 15-XII-1983) ha rechazado la existencia de un concepto amplio del deber de lealtad del trabajador que sujete al trabajador al interés empresarial. V. MIQUEL GONZALEZ, Voz «Buena fe», en EJB, I (1995) 833. Al respecto de la sentencia del TC de 15-12-1983, GETE-ALONSO, «Art. 7 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1992) 879-880, señala que aún cuando parece que equipara buena fe con lealtad, «luego acaba comprendiéndose en la misma». V. FERNANDEZ LOPEZ, "La transgresión de la buena fe contractual (nota a la STC 12 noviembre 1981)", RPS 138 (1983) 219-233 [232-3].

Con todo, la protección de la buena fe al empresario en la relación laboral presenta cierta proximidad conceptual con la lealtad en la gestión en la medida que se pretende la protección de un patrimonio ajeno en las situaciones de conflicto de intereses y se plantean análogos supuestos prácticos o grupos de casos a los que se aplica el deber (competencia, aprovechamiento de bienes o información, etc.). V. NOGUEIRA, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo* (1997) 83-86, 138, 143; MONTOYA MELGAR, Voz: «Deber de buena fe (Dº del Trabajo y Seguridad Social)», EJB, II (1995) 907-8.

[1252] El deber de lealtad del profesional está muy próximo al deber de diligencia que también le obliga. Por ejemplo, el abogado está sujeto a un deber de confidencialidad o deber de guardar secreto profesional (v. art. 437.2 Ley Orgánica del Poder Judicial; art. 41 Estatuto General de la Abogacía). Este deber es elemento común a la lealtad y a la diligencia y según la finalidad con que se use se considera que infringe uno u otro deber. De ahí que fácilmente pueden identificarse uno y otro deber como partes de un genérico deber de fidelidad; así sucede en la STS 25-3-1998, AC 674, 1998-2, según la cual en el contrato de arrendamiento de servicios con abogado, éste tiene un deber de fidelidad. «Incursos en el deber de fidelidad se hallan, en relación con el contrato con abogado en el caso de autos, primero, el deber de información adecuada durante la vigencia de la relación contractual y también, con mayor fuerza, en el momento de la extinción y, segundo, el deber de adecuada custodia de todos los documentos, escritos, traslados y actuaciones que se derivan de la relación contractual y actuación profesional y, también con mayor intensidad, en el momento de la extinción, la entrega de toda aquella documentación al cliente» (FD 1º). Sin embargo, tales contenidos son los que en este trabajo atribuimos al deber de diligencia en sentido estricto, más que al deber de lealtad. Sobre el deber de diligencia del abogado, v. SERRA RODRIGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*. Elcano: Aranzadi, 2.000.

La deslealtad profesional del abogado o procurador, tipificada en el art. 467 CP, viene referida a los siguientes supuestos: 1) abogado o procurador que «habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de esta defienda o

Los contratos de distribución

70. La extensión del deber de lealtad se plantea también en un segundo grupo de relaciones caracterizadas la colaboración en interés común. El interés común es un concepto instrumental que revela una concurrencia de intereses o expectativas económicas entre las partes de un negocio que no han de ser necesariamente iguales ni equivalentes.[1253]

71. Dentro de este grupo de relaciones en las cuales una persona se obliga a actuar en interés de otra al momento que actúa en su propio interés destacan, en primer lugar, las relaciones de colaboración mercantil, en las cuales la concurrencia del interés común configura uno de sus elementos estructurales.[1254] De este grupo de relaciones, son de nuestro interés los contratos de distribución en sentido estricto: la concesión comercial, la distribución selectiva y la franquicia.[1255]

---

represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios...», y 2) «el abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados...». Sobre el delito de deslealtad profesional, v. la STS 1-2-2000, RJA 1130.

[1253] V. HASSLER, "L'intérêt commun", RTDC (1984) 585, para quien el interés común aparece como «una convergencia de intereses. El término común no significa que los intereses de las dos partes son parecidos o que se confundan hasta el punto de que sólo haya uno; en realidad, cada uno persigue su interés propio, pero se encuentra que este coincide con el interés de la otra parte: el interés común es el encuentro feliz de dos egoísmos». El interés común no es algo que exista en todo contrato, sea de cambio simple o de colaboración, pues en todo contrato concurre un interés recíproco en el cumplimiento de de la obligación de la otra parte en la medida que ello satisface su interés. Al respecto, ECHEBARRIA SAENZ, *El contrato de franquicia* (1995) 163, entiende que el interés común sólo se manifiesta en «aquellos casos en los que la realización de la prestación implica un avance en la satisfacción de objetivos económicos comunes, mediante los cuales se pretende satisfacer mediatamente motivaciones o intereses personales». Cuando de esta actuación concertada «concertada deviene una utilidad que excede de su remuneración inmediata y satisface ulteriores intereses, distintos al de la contraprestación, y además compartidos, cabe hablar de colaboración con interés común». En este sentido, el autor diferencia el interés común de la colaboración, entendida ésta como un «deber recíproco de ayuda y actuación coordinada que supera el derivado del principio general de la buena fe». Sobre la distinción entre interés común y comunidad de intereses, v. HASSLER, "L'intérêt commun" RTDC (1984) 585-586; ECHEBARRIA SAENZ, *El contrato de franquicia* (1995) 161.

[1254] Así como lo entiende HASSLER, "L'intérêt commun", RTDC (1984) 606, «es en la categoría de contratos de colaboración dónde el interés común alcanza su máximo desarrollo».

[1255] Sobre la distinción entre contratos de distribución en sentido estricto y en sentido amplio, v. MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión* (1998) 28-31 y bibliografía allí citada. El autor defiende el llamado «Derecho de la distribución comercial, como categoría con sustantividad propia». Esta categoría vendría «constituida por aquel conjunto de relaciones a través de las cuales los intermediarios profesionales colaboran de manera estable con el productor en orden a la difusión de sus bienes, constituyendo el eslabón entre aquél y los consumidores». En los contratos de distribución comercial se aprecia un deber común que consiste en «promover la distribución de los productos del empresario "representado"», que se encuentra tanto en contrato de agencia, en la concesión o en la franquicia. Sobre la terminología a utilizar respecto de las denominaciones relativas a distribución directa e indirecta y a la delimitación entre distribución indirecta integrada y no integrada, v. id. p. 33, nota 19. Sobre la distinción entre la concepción amplia y restringida de distribución comercial, v. DOMINGUEZ GARCIA, «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», *Contratos internacionales* (1997) 1277-1278, 1343-4. V. LLOBREGAT HURTADO, *El contrato de agencia mercantil* (1994) 19, nota 19, sobre la distribución integrada indirecta; DOMINGUEZ GARCIA, "Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor", RDM (1985) 419; PAZ-ARES, "La terminación de los contratos de distribución" RDM (1997) 8, nota 1.

72. La especial relación que existe entre las partes de estos contratos ha llevado a afirmar la existencia de un genérico y recíproco deber de lealtad.[1256]

73. Su proximidad con las relaciones de gestión deriva del hecho de que una de las partes se obliga a la promoción económica de los intereses de otro, lo cual distancia la figura de los contratos de intercambio y los acerca a los contratos de colaboración. En este sentido puede decirse que estas figuras pueden considerarse como relaciones de gestión en su sentido material o económico.[1257]

[1256] La doctrina afirma que todos los contratos de distribución en sentido amplio (agencia, concesión, franquicia) están sujetos al deber de lealtad. V. MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión* (1998) 287-288, para quien el «especial deber de lealtad y confianza recíproca entre las partes» se debe a la existencia de una relación duradera y estrecha entre las partes y en la obligación del distribuidor de «de velar por los intereses comerciales del empresario»; v. bibliografía allí citada. En relación al deber de lealtad o fidelidad en la concesión comercial, v. IGLESIAS, «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», *Estudios Uría* (1978) 267 («es posible individualizar deberes mutuos de fidelidad que derivan de la peculiar situación de confianza en las condiciones de ambos polos subjetivos»); SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 788 (existen «obligaciones recíprocas de lealtad»); v. también DOMINGUEZ GARCIA, «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», *Contratos internacionales* (1997) 1354 («las obligaciones recíprocas de lealtad, buena fe y protección del interés contractual de las partes» son contenido habitual de los clausulados de tales contratos). En relación a la franquicia, v. también ECHEBARRIA SAENZ, *El contrato de franquicia* (1995) 174, 324 ss, quien propone la aplicación a la franquicia de una «obligación de lealtad reforzada»; SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 794 (en tales contratos se generan «obligaciones de lealtad recíprocas»). En relación la discusión relativa a si determinadas contratos de distribución están sujetas a deberes fiduciarios, v. FINN, «Fiduciary Law and the Modern Commercial World», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 14-15.

[1257] El contrato de concesión es, entre los contratos de distribución, el que con menor claridad se ha entendido como contrato de colaboración, pues tradicionalmente se ha considerado dentro del ámbito de los contratos de intercambio, destacando de su configuración la nota de la exclusiva, de venta o de suministro, como elemento esencial. V. en este sentido, GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 428 ss. En un término medio, entre los contratos de colaboración y de intercambio, se sitúa BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 484; IGLESIAS, «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», *Estudios Uría* (1978) 253, 255-6, aunque el elemento esencial del contrato consiste en la exclusiva de reventa, el «contrato de concesión puede ser incluido sin dificultad entre los contratos mercantiles de colaboración», presentando analogías con «la comisión o mandato mercantil, contrato del que le separan, no obstante, diferencias sustanciales» (id, p. 260).

Otros autores que consideran la exclusiva como trazo esencial, ya consideran la naturaleza gestora de la relación de concesión. DOMINGUEZ GARCIA, «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», *Contratos internacionales* (1997) 1344-1346, para quien el contrato se caracteriza por «la obligación básica del concesionario de promover y realizar autónomamente la comercialización de los productos contractuales teniendo en cuenta los intereses de la contraparte dada la naturaleza de contrato de gestión o prestación autónoma de servicios en interés ajeno». Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la gestión del concesionario se realiza en su propio interés.

Un último grupo de autores, siguiendo a ULMER, *Der Vertragshändler*, 1969, identifica la concesión dentro de los contratos de gestión, destacando la nota de la obligación de promoción de las ventas por parte del concesionario como elemento estructural del negocio. En esta línea que identifica plenamente la concesión entre los contratos de gestión, PAZ-ARES, "La indemnización por clientela en el contrato de concesión", La Ley (1997) 1820, destaca que el hecho de que el concesionario actúe por cuenta propia no quiere decir que no actúen también por cuenta y en interés ajenos. El actuar por cuenta ajena «constituye el nervio esencial del contrato y la razón por la cual ha de incardinarse dentro del tipo del mandato». Las obligaciones del concesionario van dirigidas a una «determinada actividad de promoción de la distribución» y a la procura de intereses ajenos que es lo que «sustrae a la concesión de las meras relaciones de intercambio». Lo

74. Sin embargo, a diferencia de la gestión en sentido estricto, tales figuras no reúnen el requisito del carácter jurídico del objeto de la prestación. Por esta razón, el deber de lealtad, tal como se entiende en este trabajo, no puede ser de aplicación directa a estas relaciones, si bien determinados conflictos de intereses propios de las relaciones de distribución pueden encontrar una solución idéntica a la que proporciona la relación gestora mediante el deber de lealtad, a través del recurso a la vía analógica.

b) Referencia al deber de lealtad del socio

75. Al lado de las relaciones de colaboración dirigidas al intercambio, las relaciones societarias forman un grupo distinto de relaciones de colaboración.[1258] En tales relaciones que traen causa de un interés común se ha planteado de forma generalizada la existencia, fundamento y aplicación del deber de lealtad.[1259] El

---

específico de esta singular modalidad de representación económica consiste en «que sólo se proyecta sobre las relaciones internas». En la misma dirección, v. MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión* (1998) 301, 318-21, para quien «es el dato de la 'promoción' de la distribución -y no la exclusiva-, el elemento que verdaderamente cualifica al contrato de concesión», de ahí que la obligación básica del concesionario se construye sobre la promoción de la distribución, la defensa de los intereses del concedente (representación económica de intereses o gestión de negocios); v. id, bibliografía en nota 711. Siguiendo también a Ulmer, v. SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 785-789.

Entre los contratos de distribución en sentido estricto, la franquicia es la relación en la cual el vínculo entre las partes aparece más acentuado. V. ECHEBARRIA SAENZ, *El contrato de franquicia* (1995) 121 y más ampliamente, id, 120-127. El autor distingue la franquicia de los negocios de gestión –identificados con la representación directa–, en la medida que el franquiciado actúa en interés propio y por cuenta propia y no por cuenta del franquiciador frente a tercero y además, porque las relaciones jurídicas entre franquiciador y franquiciado y de estos con los terceros no responden a la (v. id. pp. 142-8). Sobre este contrato, v. también HERNANDO GIMENEZ, *El contrato de franquicia de empresa* (2000) 485-91, quien entiende que este contrato participa tanto «de los caracteres propios de los contratos de cambio… [como] también de los caracteres de los contratos de colaboración» (pp. 486-487 y nota 9). V. también, RUIZ PERIS, *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia* (2000) 83-84, 90.

[1258] Sobre la idea de que la sociedad es un contrato de colaboración, v. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 285-286; RONCERO SANCHEZ, *La representación del accionista* (1996) 7; MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 796; VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 184. Sobre las diferencias entre el contrato de sociedad y el de cambio, v. MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 615-6. V. las críticas a la caracterización de la condición de socio como derecho subjetivo en GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 283-4; RONCERO SANCHEZ, *La representación del accionista* (1996) 8-9. Sobre el contrato de sociedad en general v., PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 429-489 y la abundante bibliografía allí citada; del mismo autor, PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II, (1991) particularmente, arts. 1665-1666.

[1259] El deber de lealtad del socio tiene un amplio reconocimiento en la doctrina. V. GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 199 (para la sociedad anónima); LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 404; BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I (1969) 103; GIRON, *Derecho de sociedades* I (1976) 423 (para la sociedad colectiva); FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades* (1977) 329; CAPILLA, *La sociedad civil* (1984) 191; GARCIA VILLAVERDE, "Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad", La Ley (1987) 146; PAZ-ARES, *Comentario del CC* II (1991) art. 1665, sub IX.2-3; sub XI.c); VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 398; RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 305-6; SANCHEZ ANDRES, «La acción y los derechos de los accionistas», *Comentario al RLSM*, IV.1º (1994) 99-100, 241-2; FERNANDEZ DEL POZO, "La sociedad de capital de base personalista",

caso particular de extensión del deber de lealtad a los socios se plantea desde una doble perspectiva. De un lado, el deber encuentra fundamento en el fin común contractual y en la obligación del socio de promover el fin social. De otro, en la posición de influencia y capacidad de decisión del socio de control.

Fundamento contractual

76. A la hora de reconocer el fundamento del deber de lealtad del socio cabe ensayar una primera hipótesis según la cual el deber de lealtad del socio encuentra su origen en el contrato de sociedad y en su causa, el fin común.[1260]

RGD (1994) 5458-9; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 34; ALONSO ESPINOSA, "La posición jurídica del socio", RdS (1995) 20-1; JUSTE MENCIA, *Los derechos de la minoría en la Sociedad anónima* (1995) 143-5; FERNANDEZ DE LA GANDARA, «La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 20; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 682; EIZAGUIRRE, «La condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 321-2; HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 110; BISBAL, "La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada", *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 677-8; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 91; VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 200, 225; MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 236-7, 241; ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 246; GALAN CORONA, «La junta general», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 633; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 253; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 442, 602, 1341; FERNANDEZ-ALBOR, "Deber de lealtad del administrador cesado", RGD (1999) 3998; COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 68-9; 102; VAZQUEZ ALBERT, *La exclusión del derecho de suscripción preferente* (2000) 287-9; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 159 y *passim*. V. también, el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.3.

A su lado, otros autores, sin citar el deber de lealtad del socio, se refieren a los conflictos de intereses entre el socio y la sociedad indicando que existe un deber de ceder los intereses propios a favor de los intereses sociales. V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 981; id., *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 526; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, I (1976) 658-9; URIA, *Derecho mercantil* (1995) 308.

La jurisprudencia ha reconocido la existencia del deber de lealtad del socio en la sociedad civil en la STS 6-3-1992, RJA 2398, «Socio c. Agrupación de viviendas». La sentencia ha sido comentada por RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 304-16 y por VERDERA, "Dovere di fedeltà nei confronti della società ed esclusione del socio", Le Società, (1993) 862-865. También se hacen referencias a la lealad del socio en las SSTS de 22-2-1996, RJA 2366, «Vives Pastelería y Bollería c. socios», 31-5-1993, RJA 4059, «Socio c. socio en negocio de despacho de quinielas» y 2-11-1993, RJA 8565, «Socio c. Sersa Ediciones, SA». En otras sentencias se resuelven conflictos de intereses sin hacer referencia al deber de lealtad: STS 1-10-1986, RJA 5230, «Socios c. socios que explotan una estación de servicio» y STS 20-6-1990, RJA 4800, «Socios c. socios».

En la RDGRN 30-3-1999, RJA 2189, la Dirección General niega la inscripción de una cláusula estatutaria que prevé que la Junta general puede establecer sanciones a los socios por incumplimiento del deber de lealtad del socio.

[1260] V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 1006; FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades* (1977) 328-9; GARCIA VILLAVERDE, "Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad", La Ley (1987) 146; FERNANDEZ DEL POZO, "La sociedad de capital de base personalista", RGD (1994) 5458; VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 200; RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 306, subraya que el deber de lealtad «surgen siempre que se concluye un contrato de sociedad en el que varias personas colaboran en una comunidad de fin»; FERNANDEZ DE LA GANDARA, «La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital», *Derecho de sociedades*

77. El argumento se basa en la existencia de una obligación generalmente no explicitada en el contrato, según la cual el socio tiene que respetar el fin común, siendo éste un elemento vertebrador del contrato de sociedad en su sentido obligacional.[1261]

78. A su lado, el deber de lealtad del socio forma parte del contenido de la buena fe aplicada a las relaciones obligacionales.[1262]

---

de responsabilidad limitada, I (1996) 20; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 253.

Sobre las ideas de que la sociedad se establece en interés común de los socios «en el sentido de interés de todos» y que la comunidad del fin equivale «a comunidad de intereses», v. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1666, sub II. V. también, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 391, 389 y ss.; BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I (1969) 108-9; HASSLER, "L'intérêt commun" RTDC (1984) 593 (en referencia al art. 1833 CC fr.).

[1261] El fin e interés común resulta un elemento esencial del concepto amplio de sociedad. Así, GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 40: «la nota peculiar de la Sociedad es la *índole común del fin y su promoción por los socios*»; id., p. 199; PAZ-ARES, *Comentario del CC* (1991) II, art. 1665, sub IX.2.b), destaca que la función vertebradora del contrato se presenta «tanto en su dimensión obligatoria (el fin común es la causa de las obligaciones derivadas del contrato social) como en su dimensión organizativa (el fin común es la "ley de la entidad" resultante del contrato de sociedad)».; idem, PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 470; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I (2004) 227. Cfr. con SAENZ GARCIA DE ALBIZU, *El objeto social en la sociedad anónima* (1990) 41 (la causa del contrato de sociedad «consiste en la obtención por parte de los socios de unas ventajas», mientras que el fin común «se concreta en el objeto social». Sobre la relación entre objeto y causa del contrato, v. PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 471 (las dos figuras aparecen unidas de forma indisociable; el fin común se integra en el fin último y el fin concreto u objeto social); SAENZ GARCIA DE ALBIZU, *El objeto social en la sociedad anónima* (1990) 40-41 (el problema del objeto debe examinarse «desde la óptica de la causa del contrato social; el fin común se concreta en el objeto social; identificación entre objeto y causa). Sobre la causa de intercambio y la causa asociativa, v. ampliamente GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 189-215.

[1262] V. GIRON, *Derecho de sociedades*, I (1976) 295 (el contenido general del deber de fidelidad del socio aparece «en el marco de la buena fe en las relaciones obligacionales», siendo una intensificación o derivación suya); v. también id., pp. 288-9 (el principio general director de la posición jurídica del socio frente a la sociedad«debe ser la buena fe, en la forma específica de las sociedades (deber de fidelidad)»); para las sociedades anónimas, v. id, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 198-9 (el deber de fidelidad es la suprema directriz de conducta del socio frente a la sociedad; su fundamento se basa en «la regla de buena fe que preside la contratación mercantil (art. 57 CdC)… y las particulares normas de la Ley que acentúan su aplicación a la S.A. (Vid. fundamentalmente art. 67)»). Siguiendo este planteamiento, v. RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas* (1964) 287; CAPILLA, *La sociedad civil* (1984) 189-192 (el deber de fidelidad encuentra su encaje «en el principio general de la observancia de los dictados de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones», recogido en el art. 7.1 CC y «en la necesidad de integrar el contenido de los contratos», según dispone el art. 1258 CC. «Deberes de lealtad y deberes dimanantes de la buena fe son así términos análogos que se refieren a lo mismo…»); PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub XI.1.c) (el deber de lealtad constituye «la condensación en el derecho de sociedades del principio general de la buena fe. Su fundamento positivo debe ubicarse, consecuentemente en los arts. 7.I y 1258 CC»); RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 305 (los deberes de fidelidad «son la plasmación del genérico deber de ejercitar los derechos (art. 7 CC) y 57 del CdC) conforme a la buena fe»; SANCHEZ ANDRES, «La acción y los derechos de los accionistas», *Comentario al RLSM*, IV.1º (1994) 99-100; FERNANDEZ DEL POZO, "La sociedad de capital de base personalista", RGD (1994) 5458-9 («aplicación específica del principio general de buena fe»); FERNÁNDEZ DEL POZO, "La sociedad de capital", RGD (1994) 5460 (El llamado deber de fidelidad se funda en la fuerza expansiva y creadora de la buena fe que es exigible en el ejercicio

79. En esta dirección, la vinculación contractual genera un deber de abstención de realizar conductas contrarias al fin común dirigido a todos los socios, tengan o no una posición de influencia en la sociedad.[1263]

80. En términos generales, la obligación presenta un contenido postergatorio o de subordinación de los intereses del socio según el cual, en caso de conflicto de intereses entre el socio y la sociedad, debe prevalecer el interés social.[1264]

---

de los derechos (art. 7-1 CC) y en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1107 CC)); JUSTE MENCIA, *Los derechos de la minoría en la Sociedad anónima* (1995) 143-4; FERNANDEZ DE LA GANDARA, «La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 20; EIZAGUIRRE, «La condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 321: el deber de lealtad «constituye tal deber la adecuación al Derecho de sociedades del principio general de derecho privado de buena fe (arts. 7 y 1258 CC)»; HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 110 (el deber de fidelidad es una «manifestación del principio general de buena fe que debe dominar todo el Derecho privado...»); ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 91 (el deber de lealtad supone «la aplicación de la regla de la buena fe a las relaciones del socio con la sociedad»; «el deber de fidelidad se define como la traslación, al ámbito de funcionamiento de la organización societaria, del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales»); PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 443 («El fundamento positivo del deber de fidelidad ha de residenciarse... en el art. 7 (buena fe en el ejercicio de los derechos) y en el art. 1258 (buena fe como instrumento de integración contractual), ambos del Código Civil»); id. pp. 602, 1341; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 233-5 (el apoyo jurídico-positivo del deber de lealtad se encuentra en los arts. 7.1 y 1258 CC, junto con el art. 57 CdC, representando la aplicación del deber de buena fe en sentido objetivo «al ámbito de las relaciones sociales derivadas del contrato de sociedad»). V. también, LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 419 (el deber de fidelidad del socio se ha desarrollado en el Derecho civil apelando al principio fundamental de buena fe).

Cfr. con la doctrina que considera que buena fe y lealtad son instituciones autónomas y consiguientemente niega que la buena fe sirva como fundamento de la lealtad. V. MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 208-213.

[1263] V. esta idea en GARCIA VILLAVERDE, "Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad", La Ley (1987) 146, para quien el deber de fidelidad del socio deriva de «la obligación de promover el fin social… uno cuyos aspectos, de carácter negativo, es el de eludir todo tipo de actividad que menoscabe la consecución de este fin». Para PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub IX.2.b), el fin común moraliza el cumplimiento y la constitución de nuevos deberes «en el marco del más genérico deber de fidelidad»; idem, PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 471. Al respecto, RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 305, entiende que «la ausencia en el contrato de sociedad de una efectiva contraposición de intereses entre los socios... y la exigencia de que entre ellos se produzca una colaboración para promover el fin común explican la mayor intensidad que en las sociedades alcanzan las relaciones de confianza y fidelidad». V. también la STS 6-3-1992, RJA 2398, que recoge la idea de la «prevalencia del interés común que inspira la sociedad», partiendo de la idea de que en la sociedad, «varias personas aúnan sus esfuerzos para la consecución del fin común».

Enlazado con la buena fe, GIRON, *Derecho de sociedades*, I (1976) 295, señala que puede hablarse de deber de fidelidad en los casos en que la buena fe como contenido específico obligar «a la colaboración y a la contemplación del fin común». En es misma dirección, ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 91, plantea que la buena fe «se traduce en la vinculación del socio respecto de los intereses colectivos, prevaleciendo éstos frente a sus intereses particulares».

[1264] FERNANDEZ DE LA GANDARA, «La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I

81. La subordinación de intereses debe conjugarse con los derechos de los socios desde una doble perspectiva. De un lado, el socio puede defender el interés particular en el ejercicio de sus derechos societarios.[1265] De otro, el deber de lealtad despliega sus efectos como un límite al ejercicio de los derechos del socio y, en particular, como una restricción a los derechos de participación social, en la medida que éstos deben ser ejercitados con respeto al fin pactado.[1266] Entre esos derechos, destaca el derecho de voto en el ámbito del proceso de adopción de acuerdos en la junta general que, a raíz de la aplicación del deber de lealtad, quedaría limitado en su ejercicio, determinando un deber de abstención, en la medida que el socio deberá respetar el interés social.[1267]

82. Sin embargo, de esta obligación general derivada del deber de lealtad del socio y orientada a la subordinación de intereses no se deriva una prohibición de carácter preventivo. Por el contrario, el deber se concreta en prohibir las conductas

---

(1996) 20; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS 9 (1997) 91. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 404 (los deberes de fidelidad del socio obligan «no sólo a omitir lo que sea perjudicial al interés común, sino a hacer lo que exijan las circunstancias y sea exigible a cada uno de ellos»).

V. la idea de subordinación en la STS 6-3-1992, RJA 2398, dónde se indica que el socio ha de subordinar el interés personal «al interés social que debe ser preferido».

[1265] V. FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades* (1977) 328, nota 92 («El principio de fidelidad tiene sus límites en la realización de los propios intereses, justificados, del socio»). Señala PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 444, que la formulación del deber de fidelidad como *prohibición de obtener ventajas propias a costa del sacrificio de la sociedad* puede compartirse si se tiene en cuenta que el deber cesa «allí donde el socio puede perseguir legítimamente su propia conveniencia, y esto sucede normalmente cuando el socio ejercita derechos que le han sido atribuidos para provecho personal (derecho al beneficio, derecho de separación, derecho de denuncia, etc.)». Idem, PAZ-ARES, *Comentario del CC* II (1991) art. 1665, sub XI.1.c).

[1266] V. el planteamiento de GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 1006, que, sin hacer referencia expresa al deber de lealtad del socio, señala que el «deber de perseguir el fin común cuando se ejerce el derecho de voto no es sólo un postulado moral, sino que está dentro de la naturaleza del contrato de sociedad». Si la sociedad se establece en interés común de los socios (art. 1666 CC), aquellos comportamientos que «estorben esa común finalidad son actos antisociales y, por tanto, anticontractuales». Los actos realizados por la mayoría con una finalidad opuesta al interés común se considerarán «una desviación de poder o, dicho en términos de Derecho privado, un abuso de poder o de facultades». Además, el respeto al principio que manda cumplir los contratos mercantiles de buena fe contenido en el art. 57 CdC «obliga al accionista mayoritario a observar una conducta acorde con el interés común de los socios». En esta dirección v., VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 199, al considerar que «[m]ientras existan por lo menos dos socios, y aunque uno de ellos tenga la casi totalidad del capital social, los acuerdos sociales deberán respetar el "interés común de los socios" así entendido (art. 1666.1 CC), en base al "*deber de fidelidad o de lealtad" entre socios, derivado del contrato*». ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 91, señala que el deber de lealtad del socio «opera como límite al ejercicio de sus derechos y, en concreto, como límite al ejercicio de su derecho de voto»; FERNANDEZ DE LA GANDARA, «La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 20.

[1267] V. GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 199; GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 313; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 1006, PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 600; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 93; COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 69; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 159.

conflictuales del socio que, realizándose en beneficio particular, causen un daño a la sociedad.[1268] Es más, a falta de una regla legal que lo aclare, no existen argumentos concluyentes que indiquen que el deber de lealtad alcanza a todos los socios, incluyendo a los minoritarios que se sitúen en conflicto de intereses con la sociedad. Si el deber existiera, el socio minoritario estaría obligado a subordinar sus intereses respecto de toda conducta que pudiera tener relevancia para la sociedad y ésta dispondría de una acción indemnizatoria para compensar las lesiones patrimoniales derivadas de los actos interesados del socio. Estos efectos se pondrían de manifiesto no sólo en las relaciones internas y particularmente en la formación de la voluntad social, sino en las relaciones externas del socio, tales como los actos competitivos y los contratos con la sociedad.[1269]

Fundamento en la posición relevante del socio

83. Una segunda hipótesis en la búsqueda del fundamento del deber de lealtad del socio se articula sobre la posición relevante del socio y la aplicación analógica del deber de lealtad del gestor de asuntos ajenos.[1270] Partimos de la idea de que no existe un deber de lealtad generalizable a todos los socios, sino que el deber alcanza sólo a los socios de control por las razones que a continuación consideramos. [1271]

84. En primer lugar, el deber de lealtad no alcanza al socio minoritario, porque no existen normas de alcance general que establezcan el deber para todos los socios, ni el contrato de sociedad desprende tales efectos para el socio. La posición jurídica del socio resulta de un contrato plurilateral de carácter asociativo o de colaboración.[1272] El socio mantiene con la sociedad una relación jurídica contractual que se proyecta en el doble aspecto de derecho de participación y de deber de aportación.[1273]

[1268] GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 198 (el contenido del deber de lealtad del accionista presenta como contenido indiscutible el deber negativo de «no dañar el interés social en beneficio propio»). Siguen esta premisa, HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 110; EIZAGUIRRE, «La condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 321; MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 237; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 159.

[1269] Si el deber de subordinación existe, éste se pondría de manifiesto cuando el socio realice cualquier negocio con la sociedad, al quedar sometido a las exigencias del deber y a las sanciones derivadas de su incumplimiento.

[1270] V., al respecto, el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.3, que defiende que el deber de lealtad del administrador debe extenderse, entre otros sujetos, a «los accionistas de control».

[1271] Posición que rechaza el deber de lealtad del socio. RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas* (1964) 286-288, rechaza la existencia de un deber de lealtad del socio y defiende que éste sólo tiene un deber de actuar de buena fe. ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 276: «nos resistimos, en cierta medida, a creer que exista este deber de fidelidad por parte del accionista».

[1272] Sobre la idea de la sociedad como contrato de colaboración, v. *supra*, núm. 73.

[1273] V. PAZ-ARES, Comentario del CC II (1991) art. 1665, sub. VII.2; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 441-2, 456, 459; en relación a la *actio por socio*, v. id, pp. 457-458, 459. ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 91. Sobre el contenido general de la posición jurídica del socio, v. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 287-98.

85. Sin embargo, la condición de socio no impone deberes de gestión respecto con la sociedad, pues aún en las sociedades personalistas, el socio administrador consiente a través del contrato de sociedad su posición jurídica gestora.[1274]

86. Además, el fundamento tradicional del deber que conecta el fin común del contrato y la buena fe sólo puede desprender efectos obligatorios si se parte de la base de que los socios están sujetos a un deber de promover el objeto y fin social.[1275] Creemos que esta premisa tiene más apoyo doctrinal que legal, hecho por el cual consideramos que el socio no queda obligado a ese deber de promoción, sea ésta de sociedades capitalistas, sea de sociedades personalistas.[1276]

[1274] El socio de la sociedad capitalista no adquiere ese carácter, pues su cargo es fruto de un nombramiento por parte de los socios (administración funcional), mientras que esa idea es discutible en las sociedades personalistas en los supuestos de administración constitucional (privativa o por ley), de suerte que en defecto de previsión de las partes, la ley determina quienes administran la sociedad. V. arts. 1695 CC y 129 CdC. En contra de la existencia del deber de administrar, v. FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades* (1977) 360-362; [362], quien señala que «[p]ese a las dificultades interpretativas que el tema presenta, creo que la situación del Derecho positivo español permite sostener, con razonable seguridad, que no existe un deber de administrar». Cfr. con ENNECCERUS, *Tratado. Derecho de obligaciones*, II.2 (1966) 710 y ss. (derecho y deber de dirigir o gestionar los negocios de la sociedad civil). V. PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 442 y 589, al señalar que la administración un deber inherente a la condición de socio «siempre que la posición del socio administrador es una posición constitucional, es decir, en los supuestos de los arts. 132 (administración privativa) y 129 (administración legal)…» que se construye «como un deber de aportación *estricto sensu*». En caso de administración funcional, no hay deber societario previo al nombramiento. V. también PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1692, sub III.3 y art. 1665, sub IX.3 al señalar que «puede hablarse de una aportación en sentido amplio, que incluye otros deberes tales como el de fidelidad, el de administrar, etc.; VERGEZ SANCHEZ, *El socio industrial* (1972) 52-3 [53-4] (la administración se configura como « un derecho y un deber de participación directa en los asuntos sociales que corresponde a los socios como tales». Sobre la afirmación de que el socio no tiene deberes de gestionar, v. Cap. 3º, núms. 31, 113.

[1275] Buena parte de la doctrina entiende que la estructura tipológica determina una vinculación contractual más intensa que exige al socio el compromiso de colaborar en la promoción del fin común. Cfr. con VERGEZ SANCHEZ, *El socio industrial* (1972) 49 (el deber del socio de colaborar, que no debe confundirse con la aportación de industria, consiste en la obligación «de coadyuvar a la realización del fin social»); GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 296; FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades* (1977) 328-9 (a través del contrato, «el socio se compromete a promover, en los términos que en él se previenen, la consecución de un fin común»; GARCIA VILLAVERDE, “Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad”, La Ley (1987) 146 («Por el contrato de sociedad, los socios se comprometen a colaborar en la consecución del fin social»; el socio tiene la «la obligación de promover el fin social»); RECALDE, “Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil”, La Ley (1993) 305, 307; SANCHEZ ANDRES, «La acción y los derechos de los accionistas», *Comentario al RLSM*, IV.1º (1994) 99-100; EIZAGUIRRE, «La condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 321 («el deber de fidelidad exige... promover activamente sus fines...»); BISBAL, “La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada”, *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 677-8; MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 235, nota 546; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 159 («la postergación o subordinación de los intereses extrasociales es consecuencia de la voluntad de colaborar en la promoción del fin común que constituye la misma esencia del contrato de sociedad, y encuentra reflejo en el deber de fidelidad del socio...»). V. también, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, II (1959) 404 («los socios... están obligados a promover la obtención del fin social en la forma especificada en el contrato y no pueden hacer nada perjudicial a esa consecución»).

[1276] V. MODREGO LOPEZ, “El deber de abstención del socio en conflicto de intereses con la sociedad” CDCom (1996) 80, al señalar que «[a]lgunos autores consideran que los socios están

87. En segundo lugar, precisamente porque no existe un deber de lealtad del socio con alcance general ha sido preciso una regulación legal especial para ordenar determinados conflictos que requieren un tratamiento ajustado al tipo social. Es decir, el silencio del legislado en relación al deber de lealtad del socio se explica y conjuga con las normas expresas que regulan determinados conflictos de intereses. Las disposiciones que afectan a particulares conflictos se encuentran en el Derecho de las sociedades personalistas por estar configuradas como una comunidad de trabajo y colaboración entre sus miembros.[1277] Tales normas pueden incluirse dentro de un genérico deber de lealtad del socio, pero encuentran una mejor ubicación en el marco de la configuración tipológica de las sociedades personalistas. En estas sociedades se establecen especiales obligaciones a todos los socios con el fin de proteger (más que a promover) la realización del objeto o fin social frente a determinados conflictos con los socios.[1278]

---

vinculados por un *deber de fidelidad* con la sociedad... pero en realidad, en derecho español, no existen más obligaciones en sentido estricto que la obligación de realizar las aportaciones sociales y en su caso, la obligación de realizar las prestaciones accesorias...». V. el análisis comparado que hace SIMONART, V., «Les conflits d'intérêts à l'assemblée générale de la société anonyme - droit belge et droit comparé», *Les conflits d'intérêts* (1997) 190 ss. En su conclusión, el autor (id., p. 243) entiende que salvo una fracción de la doctrina belga, francesa y alemana, los sistemas jurídicos examinados (además de los mencionados, el holandés, suizo, italiano, inglés) no imponen de forma general a los socios individuamente considerados una obligación positiva de defender el interés social.

[1277] GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 296-7 (en las sociedades personalistas el fundamento del deber de fidelidad del socio se encuentra en la existencia de «una comunidad personal... que se trata de una comunidad de trabajo de orden jurídico-personal»); id., p. 423; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, I (2004) 270 («La sociedad colectiva es una comunidad de trabajo»); v. más referencia en ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 35, nota 33.

[1278] En esta dirección, la doctrina viene reconociendo que la estructura y rasgos personalistas constituyen un elemento de primer orden para intensificar el alcance y contenido del deber en el Derecho de sociedades. V. esta tesis en GIRON, *Derecho de sociedades*, I (1976) 298; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub XI.1.c) (la intensificación se produce «especialmente en el ámbito de las relaciones comunitarias». La incidencia del deber no depende tanto de la forma social cuanto de «la estructura real de la sociedad y de las consiguientes mayores o menores posibilidades de afectar a esferas jurídicas ajenas»); id., en *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 443 (el «deber de fidelidad… se intensifica y modula en función de los compromisos implícitos, que obviamente no dependen de la forma social, sino de la estructura real de la sociedad. No es de extrañar por ello que el deber de fidelidad puede tener un contenido más preciso y articulado en una sociedad anónima cerrada de base familiar que en una sociedad civil de centenares de profesionales estructurada en buena pare sobre bases corporativas»); RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 307; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 37-8 («La *intensidad* de los deberes fiduciarios depende del contenido del contrato de sociedad, en particular, del fin común, y de la posición concreta que el socio ocupe en la sociedad»); ALONSO ESPINOSA, "La posición jurídica del socio", RdS (1995) 20; MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 241-4 (graduación del deber en función de la «estructura de las sociedades»; para graduar la intensidad del deber debe tenerse en cuenta «la capacidad de decisión, ya sea positiva o negativa, del socio). Recientemente PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 444, indica tres criterios para la formulación de las reglas derivadas del deber de fidelidad: la intensidad «*la intensidad de la relación comunitaria y personal*..., *la dependencia personal de la realización del fin común…* y la *correlación entre poder y responsabilidad*». En términos semejantes, v. SCHMIDT, *Gesellschaftsrechts*, p. 481: los puntos de conexión o presupuestos necesarios para la aplicación de los deberes de fidelidad son la relación de comunidad societaria, el deber social de promoción del objeto, y la correlación entre poder jurídico y responsabilidad; apud, MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 201, nota 463. V.

88. La primera de las normas correctoras se refiere a la prohibición de competencia del socio colectivo.[1279] La prohibición alcanza a todos los socios, sin exclusión de quienes que no participan en la administración de la sociedad y con independencia de su participación relativa a la misma.[1280] La segunda se refiere a la prohibición del uso de bienes y oportunidades sociales prevista en el artículo 218.1º CdC al señalar esta disposición que habrá lugar a la rescisión parcial del contrato «por usar un socio de los capitales comunes y de la firma social para negocios por cuenta propia».[1281] En tercer lugar, el conflicto de intereses también está presente en la prohibición de aplicación de fondos sociales y uso de la firma social para negocios por cuenta propia (art. 135 CdC).[1282] Finalmente, también se sitúa en conflicto el socio que pretende la disolución para obtener un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la compañía (art. 224 CdC).

89. En tercer lugar, el deber de lealtad sólo se aplica al socio mayoritario o de control en la medida que éste ocupa una posición jurídica similar a la del gestor de asuntos ajenos.[1283] Ese socio no debe considerarse un gestor de asuntos ajenos puesto que no está obligado a realizar actos jurídicos por cuenta de la sociedad. Sin embargo, el socio mayoritario o de control puede ejercer una influencia relevante en la esfera ajena de forma que sus decisiones pueden afectan significativamente a los intereses de la sociedad. En este sentido, el deber de lealtad del socio mayoritario se aplica por analogía con respecto al gestor de intereses ajenos atendiendo al siguiente argumento. De un lado, de la posición que ocupa el socio mayoritario se deriva un riesgo de aprovechamiento de los bienes sociales, mientras que, de otro, su comportamiento societario debe practicarse en interés de

---

también, HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 735, para quienes a los socios de la sociedad cerrada se les exige un «un estándar fiduciario mayor que el reconocido en otras sociedades».

[1279] La previsión legislativa de esta prohibición se encuentra en los arts. 136-138, 218.5º CdC y 15.2.f) LCoop. 1999; v. también el art. 1683 CC. V. las SSTS de 1-10-1986, RJA 5230; 20-6-1990, RJA 4800. La prohibición de competencia del socio viene siendo considerada como manifestación del deber de fidelidad. V. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 423-428; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 362-3; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 602-607; GARCIA VILLAVERDE, "Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad", La Ley (1987) 146-7.

[1280] V. al respecto, GIRON, *Derecho de Sociedades,* I (1976) 425 (la prohibición legal de competencia «no establece ninguna limitación y, por tanto, afecta a todos los socios, sean gestores o no».

[1281] V. GARCIA VILLAVERDE, *La exclusión de los socios. Causas legales* (1977) 174 ss. En la jurisprudencia, v. la STS 22-2-1996, RJA 2366, «Vives Pastelería y Bollería c. socios», un supuesto de aprovechamiento de bienes por el socio gestor, quien dispuso de cantidades sin consentimiento de los demás socios, a quien se le condena a reintegrar a la masa social las cantidades usadas. V. también la STS 6-3-1992, RJA 2398, «Socio c. Agrupación de viviendas», es un supuesto de aprovechamiento de oportunidades societarias por el socio que adquiere en subasta una cuota proindivisa de una parcela copropiedad de la sociedad y que pretendía adquirir su totalidad.

[1282] Esta disposición se complementa con lo establecido en el art. 139 CdC, referido a la distracción de cantidades no designadas para los gastos particulares.

[1283] No creemos que éste sea la hipótesis del socio colectivo y, en particular, del socio colectivo no administrador, aún cuando éste goce de una posición especial con respecto a los socios capitalistas, tales como la exigencia de disolución (art. 224), un amplio derecho de información (art. 133) el derecho de acceso a la administración (art. 129), etc.

la sociedad.[1284]

90. Esto es, aun cuando su actuación es voluntaria y limitada al ejercicio de los derechos y facultades que les otorga la ley y los estatutos, parece razonable que la posibilidad de ejercer una influencia decisiva en los intereses sociales lleve consigo la aplicación de los mismos deberes que se imponen a los gestores de intereses

[1284] V. El *Informe Olivencia* (1998) II.8.6, se pronuncia expresamente en favor de extender los deberes fiduciarios a los accionistas significativos. Al respecto, en sus recomendaciones del *Código de buen gobierno* (1998) III.17, establece «Que el Consejo de Administración promueva la adopción de las medidas oportunas para extender los deberes de lealtad a los accionistas significativos, estableciendo, en especial, cautelas para las transacciones que se realicen entre estos y la sociedad».

V. también, ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 34 y nota 32, que fundamenta el deber de lealtad del socio mayoritario «por las posibilidades de expropiación que le proporciona la regla mayoritaria de toma de decisiones» y del socio minoritario «en el caso de que la regla para la adopción del acuerdo sea la unanimidad»; ALFARO, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", RDM (1999) 956-7; ALONSO ESPINOSA, "La posición jurídica del socio", RdS (1995) 21, defiende que el deber «sólo sea exigible a aquellos socios que por su especial posición dentro de la sociedad puedan efectivamente servirse de la misma para obtener ventajas particulares». En tales términos, el deber debe exigirse tanto al accionista mayoritario como al que «directa o indirectamente, puede ejercer una influencia decisiva en el poder de decisión». V. ibi, la doctrina alemana que le sirve de apoyo. SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 236, también se refiere a las posibilidades de influencia del socio mayoritario para la aplicación del deber; VAZQUEZ ALBERT, *La exclusión del derecho de suscripción preferente* (2000) 287-9 (reconoce el deber de lealtad del socio mayoritario frente al minoritario); PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1817-8 (a favor de la extensión del deber de lealtad a los accionistas significativos);

En los EUA el deber de fidelidad del socio de control se contempla como principio general en iguales términos que el deber del administrador, si bien con un contenido no necesariamente análogo. Para el principio general, v., ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.01; para las reglas especiales aplicables al socio de control v., id, sub. 5.10-5.14 (*fair dealing of controlling shareholders*) en el que se analiza el supuesto de contratación entre sociedad y accionistas de control. V. también, ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(1)(ii); CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 737-775; SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 817-826; HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 735; SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 351. En el ámbito anglosajón , v. también FARRAR, «The Duties of Controlling Shareholders», en FARRAR, J., (ed), *Takeovers*. Oxford: Oxford University Press (1993) 383-1401.

Sin referirse al deber de lealtad del socio mayoritario, RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 306, señala que el deber de lealtad surge cuando «existe la posibilidad de influir y perjudicar con las propias decisiones esferas jurídicas ajenas».

Un argumento distinto se muestra favorable al deber de lealtad de todos los socios, mayoritarios y minoritarios, si bien varía en grado respecto del tipo social. V. EIZAGUIRRE, «La condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 321; FERNANDEZ DEL POZO, "La sociedad de capital de base personalista", RGD (1994) 5458 (el deber pesa sobre todos los socios por estar «ínsito en la causa societaria»); MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 244 («El deber está siempre presente, podríamos decir de manera latente; el momento de su manifestación y su ámbito de aplicación varía según la situación del socio en cada caso»).

MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 204, entiende que el deber de fidelidad «se exige más a un socio mayoritario o influyente en la gestión de la sociedad porque tiene más posibilidades de infringirlo». JUSTE MENCIA, *Los derechos de la minoría en la Sociedad anónima* (1995) 144 («el deber de fidelidad crece cuando el grado de influencia del socio es mayor en la sociedad»).

ajenos cuando éste realice comportamientos interesados.[1285]

91. Desde esa perspectiva, la función económica que cumple la aplicación del deber de lealtad del gestor al socio de control consiste en la tutela del interés social o interés común de los socios, frente al interés particular del socio interesado.[1286]

92. La aplicación del deber de lealtad al socio mayoritario comporta la exigencia del cumplimiento de los mismos deberes a los que queda sujeto el gestor. Este contenido se sintetiza en la prohibición de actuar interesadamente, salvo autorización, y en la obligación de *disclosure* del interés en el asunto. En primer lugar, la obligación de informar de la posición de conflicto es un requisito necesario para que pueda producirse la autorización.[1287]

[1285] Aquí comportamiento interesado no quiere significar que el socio mayoritario no tenga interés alguno en el asunto, sino que el resultado derivado del acuerdo social afecte de forma desigual respecto de los demás socios, esto es, con beneficio de unos respecto de otros. En estos casos, les es de aplicación el contenido del deber en su totalidad. Cfr. con ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 39, quien postula una exigencia menor para el socio que para el gestor sobre la base de que el socio gestiona intereses parcialmente ajenos.

[1286] Sobre el interés social como interés común de los socios, v. Cap. 5º, núm. 60. Un enfoque paralelo relaciona el deber de lealtad con el abuso de la mayoría, cumpliendo así una función indirecta de control de la mayoría y de protección de la minoría. V. el planteamiento del problema en FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades* (1977) 153, nota 303, esp. pp. 156-7. Defienden la protección de la minoría mediante el deber de lealtad, SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 682-4 [684] («El art. 52 LSRL atiende al socio minoritario en la medida en que aquel ve reforzada su posibilidad de influencia...»); MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 204 (el deber de lealtad del administrador y del socio cumplen una función de «proteger a las minorías»); PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 444 (el deber de fidelidad «juega un papel de primer orden» en la protección de las minorías); MARTINEZ MACHUCA, *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades* (1999) 256 («La finalidad que se persigue con la regulación de los conflictos de intereses es la tutela del socio y de la minoría»); SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 164, 172 (tanto el art. 115.1 LSA como el art. 52 LSRL se configuran como un instrumento de «un instrumento de tutela preferente del *interés social*, y sólo indirectamente puede desarrollar una función tuitiva del socio y de la *minoría*»); id., pp. 214-5 («puede haber casos en que se produzca un daño a los intereses de la minoría pero no exista lesión del interés social»); v. también, id., pp. 173-6 y 196-212. V. asimismo la EM de la LSRL, III, primer párrafo, al señalar que las normas que «regulan el ejercicio del derecho de voto en caso de conflicto de intereses» tienen como fundamento la preocupación de tutela del socio y de la minoría. Cfr con la postura de DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 53-8, para quien el fundamento de la protección de la minoría «es la teoría del abuso del derecho -o de la desviación de poder- de la que no es sino una particularización» y niega que ese fundamento sea el deber de lealtad como particularización del principio de buena fe. V. también en MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 30, nota 21, y 226, nota 528, argumentos en defensa de la protección de la confianza entre los socios a través del deber de fidelidad.

[1287] En base a su deber de fidelidad, el socio debería comunicar a la sociedad o, en caso de no haberlo hecho antes, al presidente de la junta, su posición de interesado en relación a los acuerdos pertinentes. En relación a los supuestos previstos en el artículo 52 LSRL, SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 351, señala que en tales casos el socio «debería comunicarlo al presidente de la junta y abstenerse voluntariamente de ejercitar su derecho de voto... De esta forma cumpliría con las exigencias de su deber de fidelidad hacia la sociedad...».

Sin embargo, es cuestión debatida si existe un deber de información o autodenuncia por parte del socio. En este sentido BOQUERA, “La regulación del conflicto de intereses en la LSRL”, RDM (1995) 1032, entiende que «[d]ado que el socio no tiene la obligación de denunciar el conflicto de intereses habrá que establecer un procedimiento para determinar si éste existe...».

93. En segundo lugar, la autorización deberá llevarse a término mediante la intervención mayoritaria de los socios no interesados, para lo cual se puede recurrir a un doble expediente.[1288] De un lado, los socios no interesados pueden tomar el acuerdo de autorización sin la intervención de los socios interesados a través de un acuerdo separado; de otro, la autorización puede manifestarse implícitamente al practicarse en un único acuerdo en el cual los socios interesados se abstienen de la votación.

94. En consonancia con las distintas alternativas existentes, el ordenamiento no establece un deber general de abstención del socio en caso de conflicto de intereses, aunque lo reconoce singularmente para determinados conflictos relativos al socio de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 52 LSRL).[1289] En este caso, la Ley de sociedades limitadas precisa los supuestos de prohibición de voto y extiende su aplicación a todos los socios, sean o no mayoritarios. A la luz de los términos de la previsión legislativa, no parece que el deber de abstención pueda extenderse, en tales términos, a otras sociedades.[1290]

SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 291 («no existe, dentro de nuestro ordenamiento, una norma que imponga ese deber de abstención..., obligando al accionista a declarar el conflicto...».

[1288] La previsión de autorización no ha sido contemplada con carácter general en el Derecho de sociedades. Sin embargo, en determinados supuestos que la ley regula un conflicto singular prohibiendo la actuación del socio, se contempla la autorización, tal como sucede con la prohibición de competencia en la sociedades colectiva (arts. 136-138 CdC) y cooperativa (art. 15.2.f) LCoop.), y en la prohibición de conceder créditos, préstamos, garantías y asistencia financiera al socio (art. 10 LSRL).

[1289] V. Cap. 5º, núm. 192.

[1290] Postulando una interpretación restrictiva de la norma inserta en el art. 52 LSRL, v. URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1124; BISBAL, «La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 678; JIMENEZ SANCHEZ, "La regulación de los órganos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", DN (1998) 7; EMBID, «Art. 52. Conflicto de intereses», *Comentarios a la LSRL* (1997) 567; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 253-4.

Nuestra doctrina viene negando la exigencia del deber preventivo de abstención del socio en el supuesto de conflicto de intereses. V. GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 327-8; RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas* (1964) 219-220; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 291; MARTINEZ MACHUCA, *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades* (1999) 260-1. Desde una perspectiva más matizada, se admite el deber, pero se le priva de medios eficaces para su ejecución. V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, I (1976) 565. De su lado, PAZ-ARES, *¿Dividendos a cambio de votos?* (1996) 146, cree que «la regla de la abstención se impone sólo indirectamente».

Cfr. con opinión con la de DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 110-136, que afirma la exigencia del deber de abstención sobre la base de la acción de impugnación de acuerdos sociales en conflicto de intereses (ex. art. 115.1 LSA y 56 LSRL). El autor postula el deber de abstención, con fundamento en razones históricas [id., pp. 113-7], analógicas relativas a la extensión de la norma del art. 22.III LSA 1951 referida a los casos de aumento de capital con aportaciones no dinerarias [id., pp. 117-9] y por razones sistemáticas [id., pp. 119-21]. El autor defiende la medida preventiva por aplicación de la doctrina del conflicto de intereses aplicable al representante: «el caso discutido no es más que una forma particular de lo que, en los supuestos de representación, ocurre cuando el representante, por virtud del negocio representativo, puede obtener cualquier ventaja económica para sí, con daño de la persona representada». Id., p. 133: «La concurrencia de un conflicto de intereses comporta como efecto «la falta de legitimación para emitir el voto. Se produce, por tanto, una obligación de abstención de ejercitar su poder de voto», lo cual no le impide «participar en la discusión que precede al acuerdo» [id., p. 135].

95. En este sentido, la norma prevista en el artículo 52 LSRL debe considerarse especial y caracterizadora de la forma social que las regula y atendiendo a las necesidades específicas de la misma.[1291]

96. En caso de que se produzca un acuerdo en el cual el socio interesado interviene de forma decisiva en la conformación de la mayoría, el ordenamiento concede una acción de nulidad del acuerdo, si bien limitado a los casos de lesión de los intereses sociales y de beneficio de un socio o de tercero.[1292]

[1291] El hecho que la prohibición de voto se haya introducido sólo para las sociedades limitadas se ha justificado por razones de carácter tipológico. V. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 682. V. también POLO SANCHEZ, «La nueva disciplina de los administradores de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 732, nota 203, para quien «no hay razón que justifique la introducción de la norma sobre el conflicto de intereses sólo en la sociedad limitada y no en la anónima»; ibidem, p. 736.

V. también, el art. 26.8 LCoop. al indicar que «[l]os estatutos establecerán los supuestos en que el socio deba abstenerse de votar por encontrarse en conflicto de intereses, incluyendo en todo caso aquellos previstos en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada».

[1292] V. arts. 115.1 LSA y 56 LSRL. Sobre esta acción de impugnación v., DUQUE, *Tutela de la minoría* (1957) *in totum;* URIA / MENENDEZ / MUÑOZ, «La Junta general de accionistas», *Comentario al RLSM*, V (1992) 335-41; V. entre otras, las STS 2-11-1993, RJA 8565; STS 19-2-1991, RJA 1512.

III. ESPECIALIDADES DEL DEBER EN EL MERCADO DE VALORES

a) Planteamiento

97. Aunque el deber de lealtad presenta un contenido mínimo dirigido a todas las relaciones gestoras, en el ámbito del mercado de valores el ordenamiento establece una regulación especial del conflicto, si bien concordante con los principios generales que venimos señalando.[1293] La singularidad del régimen se justifica por las características del propio mercado, necesariamente especializado, en la que prestan sus servicios entidades sujetas a autorización, control y verificación.[1294] Un mercado caracterizado por la existencia de información asimétrica posibilita las actuaciones interesadas de sus miembros, hecho por el cual el ordenamiento pretende asegurar los objetivos de la transparencia en el mercado y la protección del inversor.[1295]

98. En este marco, el ordenamiento ha establecido determinadas obligaciones y prohibiciones cuyo incumplimiento ha sancionado a través de la intervención del Derecho administrativo y, eventualmente, del Derecho penal.[1296] Ello no impide la aplicación de las reglas sobre responsabilidad civil a los efectos indemnizatorios frente a quienes incumplimiento las normas de conducta causen un daño a otro,

---

[1293] V. Título VII de la LMV, arts. 78 a 83 ter, según las modificaciones introducidas por los arts. 38, 39 y 55 de la *Ley Financiera* (2002).

[1294] Sobre el concepto y tipología de empresas de servicios de inversión, v. arts. 63, 64 y 65 LMV; CORTES, en *Lecciones de Derecho mercantil* (2003) 674-5; id., *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 211-5.

[1295] V. art. 13.II LVM; art. 2.1 Código general de conducta (1993); SANCHEZ ANDRES, «La nueva Legislación del mercado de valores», *Perspectivas Actuales del Derecho Mercantil* (1995) 112-3, 117-8; FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 70; TAPIA HERMIDA, *Derecho del mercado de valores* (2000) 25-7, 101-4; id., «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2766-8; CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 296.

[1296] Las normas reguladoras de los conflictos en el mercado de valores tienen carácter administrativo y su incumplimiento lleva consigo sanciones de esa naturaleza, cuyo régimen de infracciones y sanciones está previsto en los arts. 95-107 LMV. Según el art. 100.t LVM, la infracción de las normas de conducta establecidas en el Título VII LMV o en las disposiciones dictadas en su desarrollo constituyen infracciones graves, salvo que se hayan tipificado expresamente como muy graves en el art. 99 LMV. El hecho de que el incumplimiento de las normas legales comporte una infracción administrativa comporta una cierta determinación de los supuestos en base a la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad (arts. 9 y 103 CE).

Sobre la naturaleza de tales normas v. CORTES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 390. Sobre el régimen de supervisión, inspección, intervención y sanción, v. id., en *Lecciones de Derecho mercantil* (2003) 688-9; id., *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 220-2, 233-5.

La eventual responsabilidad penal resultará en aquellos casos en los cuales se cumplan los elementos del tipo, sea este de administración desleal (art. 295 CP), de defraudación (estafa y apropiación indebida; arts. 248 y 252 CP) y los tipos penales relativos al mercado y a los consumidores (la alteración del proceso de libre formación de los precios: la manipulación de las cotizaciones, art. 284 CP; el tráfico de información privilegiada, art. 285 CP). V. al respecto, FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 643-63, quien destaca las diferencias entre los tipos penales y las infracciones administrativas. Sobre la tipificación penal del *insider trading*, v. *infra*, núm. 110; Cap. 6º, núm. 125.

exista o no relación contractual entre ambos.[1297] La ordenación administrativa resulta, a su vez, independiente de los efectos civiles derivados del incumplimiento del deber sobre el acto o negocio de ejecución, cuestión que debe resolverse según las reglas generales.[1298]

99. Las normas contenidas en este régimen especial van dirigidas a regular, en primer lugar y fundamentalmente, los conflictos de intereses existentes entre las entidades que prestan los servicios de inversión y los inversores.[1299] En segundo lugar, se disciplinan las conductas interesadas de los sujetos que gestionan tales entidades, con independencia de las obligaciones derivadas de la lealtad que deben a su principal.[1300] Por último, el Derecho del mercado de valores establece normas especiales dirigidas a prevenir los conflictos de intereses que se producen en las sociedades cotizadas en la relación existente entre sus gestores y los inversores, fundamentalmente a través de los deberes de transparencia al mercado (arts. 35.IV, 82 y 116 LMV) y de reserva y confidencialidad (art. 83 bis LMV).[1301]

100. Las disposiciones relativas al conflicto de intereses en el Derecho del mercado de valores forman parte del conjunto de normas de conducta que disciplinan la actuación de los sujetos que participan en el mercado.[1302] En ellas se determinan

---

[1297] Las acciones civiles de carácter resarcitorio pueden tener carácter contractual o extracontractual. V. IGLESIAS PRADA, «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», *Contratación mercantil* (1999) 114-5; TAPIA HERMIDA, «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2818-9; FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 557-616; CORTES, en *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 425; id., en *Lecciones de Derecho mercantil* (2003) 685; id., *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 223.

[1298] El comportamiento gestor es propio de actuaciones de los sujetos privados que no tienen carácter de acto administrativo y debe quedar sujeta al Derecho común. En la medida que la ordenación legal determine conductas relativas al contenido de la prestación del gestor, su incumplimiento tendrá carácter contractual. En tales casos, su incumplimiento puede dar lugar a un incumplimiento del contrato. V. FERNANDEZ DE ARAOZ, L*as normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 86.

[1299] Dentro de la variedad de servicios de inversión que se realizan en el mercado de valores, son de nuestro interés la ejecución de órdenes por cuenta de tercero y la gestión de carteras de inversión por tratarse de prestaciones derivadas de una relación de gestión subyacente. V. sobre estos contratos de servicios de inversión, CORTES, en *Lecciones de Derecho mercantil* (2003) 709-14; id., *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 344-52.

[1300] Sobre los reglamentos internos de conducta, v.*infra*, núms. 115-119.

[1301] Sobre los deberes de transparencia, v. *infra*, núms. 133-138.

[1302] Sobre las normas de conducta, v. BERTRAN / FERNANDEZ-ARMESTO, *El Derecho del Mercado financiero* (1992) 394-413; CACHON BLANCO, *Derecho del mercado de valores*, II (1993) passim; id., «Contratos de gestión en los Mercados de valores», *Contratos de gestión* (1995) 267-344; CORTES, en *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 390-3; id., *Lecciones de Derecho mercantil* (2003) 685-8; id., *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 222-32; FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) passim; id.,, “La responsabilidad administrativa de los administradores y directivos por infracción de la normativa de los mercados de valores y la protección del inversor”, *Responsabilidad civil derivada de los procesos concursales* (1999) 189-99; IGLESIAS PRADA, «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», *Contratación mercantil* (1999) 95-117; KIRCHNER / SALINAS, «Las normas de conducta», *La reforma de la Ley del mercado de valores* (1999) 319-326; NIETO CAROL, *El mercado de valores. Organización y funcionamiento* (1993) 197-9; id., «El contrato de comisión bursátil», *Instituciones del Mercado Financiero*, VIII (1999) 4981-5020 [5002-13]; SANCHEZ ANDRES, «Conflicts of interest: The Spanish

contenidos propios de los deberes de diligencia y de lealtad, sin hacer distinción entre ambos.[1303] El conjunto de las normas de conducta está formado por tres tipos de disposiciones: (i) las normas legales previstas en la LMV (arts. 78 a 83 ter LMV), (ii) los códigos de conducta establecidos en normas reglamentarias y (iii) los reglamentos internos de conducta propios de las entidades que participan en el mercado de valores.[1304]

Experience», *European Securities Market. The Investment Services Directive and Beyond* (1998) 165-173; id., «Apunte sobre el conflicto de intereses en los mercado de valores», *Etica en la actividad financiera* (1998) 161-75; id., «La nueva legislación del Mercado de valores (Fundamentos económicos y jurídicos para la regulación de la materia», *Perspectivas actuales del Derecho mercantil* (1995) 91-119; TAPIA HERMIDA, *Derecho del mercado de valores* (2000) 267-280; id., "Las normas de actuación en los mercados de valores (Primeras reflexiones sobre el Real Decreto 629/1993)", RDBB 50 (1993) 315-360; id., «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, v. V (1999) 2757-2820; ZUNZUNEGUI, «Normas de conducta de las entidades financieras», *Derecho del mercado financiero* (2000) 327-337.

[1303] V. FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 183, 186-7, 195; ZUNZUNEGUI, «Normas de conducta de las entidades financieras», *Derecho del mercado financiero* (2000) 329; CORTES, en *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 391, 425; id., en *Lecciones de Derecho mercantil* (2003) 686; *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 224.

La LMV no hacer referencia expresa a los deberes generales de diligencia y lealtad, si bien estos se explicitan en el art. 2.1 de la Orden de 7 de octubre de 1999, de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión, al indicar que «[l]as entidades que, con arreglo a lo previsto en la presente Orden, realicen el servicio de inversión de gestión de carteras desempeñarán dicha actividad con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, defendiendo los intereses de sus clientes». V. también, *Código de conducta europeo (1977)* principio general quinto.

El Tribunal Supremo ha reconocido el deber de lealtad del comisionista en un supuesto de comisión bursátil. V. la STS 20-1-2003, RJA 350.

[1304] Los tres instrumentos han sido previstos en el art. 78 LMV, que encabeza el título VII de la ley, dedicado a regular las normas de conducta legales. Este título ha sido modificado por la Ley 37/1998 de reforma de la Ley 24/1988 del mercado de valores, art. 6.2-6. V. también el art. 8 RD 867/2001, de 20 de julio, sobre el Régimen Jurídico de las empresas de servicios de inversión y art. 33 del RD 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores.

Atendiendo a la previsión legal (art. 78.1.b LMV) que establece que el Gobierno podrá desarrollar reglamentariamente las normas de conducta contenidas en la LMV a través de códigos de conducta, se ha aprobado el Código General de Conducta en los mercados de valores a través del RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. El *Código General de Conducta* está inspirado en el art. 11 la Directiva 93/22/CEE sobre servicios de inversión. En desarrollo del *Código General de Conducta* l Ministerio de Economía y Hacienda ha aprobado un código de conducta singular con normas de actuación dirigidas a la gestión de carteras de inversión. V. Orden de 7 de octubre de 1999, de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión (BOE 248, de 16 de octubre). V. también, la Circular 2/2000, de 30 de mayo, de la CNMV, sobre modelos normalizados de contrato-tipo de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión y otros desarrollos de la Orden ministerial de 7 de octubre de 1999 de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión,

El régimen español de normas de conducta en el mercado de valores incorpora una serie de principio y recomendaciones que la Unión Europea ha reconocida a través de diversos instrumentos. Entre otros, la Recomendación de la Comisión 77/534/CEE, de 25 de julio de 1977, sobre un Código de conducta europeo relativo a las operaciones sobre valores mobiliarios (en adelante, Código de conducta europeo o Recom. 77/534/CEE); la Directiva 93/22/CEE sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, modificada por la Directiva 95/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 1995; la Directiva 89/592/CEE sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada; la Directiva 80/390/CEE, modificada por la Directiva 87/345, sobre publicación de un folleto informativo previo a la admisión a cotización oficial y la Directiva 89/298/CEE sobre la elaboración

101. Las normas de conducta previstas en la LMV acomodan las normas generales propias de la gestión de intereses ajenos al ámbito del mercado de valores, con algunas singularidades. De un lado, la ordenación de conflicto se contempla a través de la exigencia de una serie de principios caracterizados por ser aplicables a una generalidad de supuestos. Estos principios generales son los de *disclosure*, confidencialidad, prohibición de uso de información privilegiada, prioridad de intereses, paridad de trato y prevención de conflictos.[1305] De otro lado, se establece una regulación específica para la autocontratación, que aunque se admite en este mercado se sujeta a una serie de límites y condiciones.[1306] Finalmente, en el marco de los deberes de transparencia, los emisores han de dar a conocer una serie de contenidos informativos directamente relacionados con los conflictos de intereses.[1307]

b) Principios aplicables

Disclosure

102. El primero de los principios aplicables a la contratación interesada en el mercado de valores se refiere al deber de *disclosure* del interesado. El principio ha sido recogido legalmente a través de la exigencia general de informar a los clientes de cualquier posible conflictos de intereses, esté relacionado con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste (art. 79.1.h LMV).[1308] Aunque la norma se ciñe al deber de informar y no contempla la autorización previa del cliente-principal, el efecto práctico que se consigue es semejante, en la medida que la ausencia de revocación de la orden dada se corresponde con un consentimiento tácito de la operación.[1309]

103. La regla general se completa con dos mandatos especiales. De un lado, el principio se recoge con mayor rigor en el caso de realizar operaciones por cuenta propia con quien no tenga la condición de miembro de un mercado secundario, en cuyo caso la operación de autoentrada no puede concluirse mientras no quede constancia explícita por escrito del conocimiento de tal circunstancia por parte del

---

de un folleto informativo en caso de oferta pública de venta de valores negociables. La Directiva 93/592/CCE ha sido derogada por la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso de mercado), DOUE, 12/4/2003. Los Estados miembros disponen hasta el 12 de octubre de 2004 para incorporar la directiva a su ordenamiento.

También se han tenido en cuenta las normas de conducta derivadas del Comité Técnico de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO): *International Conduct of Business Rules*, de 9 de julio de 1990.

[1305] TAPIA HERMIDA, «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2791-2, señala que se puede enunciar «un principio general conforme al cual "*todas las personas y entidades deberá actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del Mercado*»; id., *Derecho del mercado de valores* (2000) 274-5.

[1306] Sobre la autocontratación, v. *infra*, núms. 122-132.

[1307] Sobre los deberes de transparencia, v. *infra*, núms. 133-138.

[1308] Señala SANCHEZ ANDRES, «Apunte sobre el conflicto de intereses en los mercado de valores», *Etica en la actividad financiera* (1998) 168 que en los modernos mercados de valores «el intermediario que se encuentra en situación de conflicto está también obligado a hacer esta revelación».

[1309] V. SANCHEZ ANDRES, «Apunte sobre el conflicto de intereses en los mercado de valores», *Etica en la actividad financiera* (1998) 168, para quien«[a]nejo a la regla del *disclosure* existe una complementaria, que es la del consentimiento...».

contratante no miembro del mercado (art. 40.I LMV).[1310]

104. De otro, el deber de información tiene como destinatario a la CNMV a quien es preciso comunicar las vinculaciones económicas y relaciones contractuales que el prestador del servicio mantenga con terceros cuando puedan suscitar conflictos de intereses con otros clientes (art. 40.II LMV).[1311] El incumplimiento continuado de ambas obligaciones de comunicación constituye una falta muy grave y si es ocasional o aislada, una falta grave.[1312]

Confidencialidad

105. El segundo principio se corresponde con el *deber de confidencialidad* dirigido, no sólo a quienes realizan operaciones de gestión, sino a todas las personas que poseen información privilegiada.[1313] Al respecto, se establece una obligación de salvaguarda de la información privilegiada que obliga a adoptar «las medidas adecuadas para evitar que tal información pueda ser objeto de utilización abusiva o desleal» (art. 81.4 LMV).[1314]

[1310] V. CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 320, 345. V. también, art. 70.3.b) LMV en relación a las sociedades de valores que presten el servicio de gestión de carteras de inversión. V. CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 349. Sobre la condición de miembro del mercado, v. CORTES, en *Lecciones de Derecho mercantil* (2003) 679.

[1311] En este supuesto, la CNMV determinará los casos y la forma en que tales vinculaciones deben hacerse públicas, según los criterios que reglamentariamente se establezcan.

En relación a las vinculaciones, el *Código general de conducta (1993)* en sus arts. 5.6 y 7.b) establece el deber de manifestar a los clientes y a la CNMV las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida. En este sentido, v. también art. 3 del *Código de conducta en la gestión de carteras de inversión (1999)*. V. FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 201-2, para quien si el cliente está plenamente informado de la situación de conflicto de interés existente y la consiente «no podrá hablarse de abuso (*volenti non fit iniuria*) y, por tanto, de infracción del deber de lealtad».

[1312] V. arts. 99.d) y 100.o) LMV.

[1313] Sobre el ámbito subjetivo, v. IGLESIAS PRADA, «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», *Contratación mercantil* (1999) 106-7; TAPIA HERMIDA, «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2809-10; BERTRAN / FERNANDEZ-ARMESTO, *El Derecho del Mercado financiero* (1992) 398: «Nótese la amplitud de sujetos a los que se refiere... cualquiera que sea la forma en que la hubiera obtenido, sin que se exija una vinculación laboral, profesional o por razón del cargo. Cubriría al que hubiera recibio un soplo ("tippee"); al taxista o al camarero que hubiera oído una conversación entre clientes y a los consejeros, empleados, auditores, abogados, etc. La ley también cubre al accionista que, directamente o a través de un empleado, es consejero de una sociedad y obtiene información privilegiada». Sobre los deberes de confidencialidad de los emisores, v. art. 83.bis LMV.

[1314] La obligación de reserva no se aplica cuando exista un deber de comunicación y colaboración con las autoridades administrativas y judiciales. V. también el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.8.3, que, sin precisar la cualidad de la información objeto de uso habla de «guardar secreto de las deliberaciones del Consejo...», de «abstenerse de revelar cualquier información a la que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo» y de «la información reservada de la compañía»; v. id., sub. III.16. En términos semejantes se pronuncia la *Propuesta del Círculo de Empresarios* (1996) sub. 2.5 y 3.3 en la cual se entiende como obligaciones la de «mantener absoluta reserva sobre la información que le sea facilitada en las sesiones del Consejo y sobre sus deliberaciones [así como] respetar escrupulosamente la normativa vigente en materia de operaciones relativas a títulos de la Sociedad o de sus empresas filiales o asociadas».

Sobre el deber de secreto y la salvaguarda de la información privilegiada, v. BERTRAN / FERNANDEZ-ARMESTO, *El Derecho del Mercado financiero* (1992) 394-6; IGLESIAS PRADA, «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», *Contratación*

106. Según se deriva del concepto legal, se considera información privilegiada a «toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley [LMV], o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación» (art. 81.1.I LMV).[1315]

Prohibición de uso de información

107. La exigencia de confidencialidad se completa con la prohibición de realizar determinadas conductas relativas al uso de información privilegiada (art. 81.2 LMV).[1316] El precepto establece la exigencia de abstenerse de ejecutar, por cuenta

mercantil (1999) 104-5; TAPIA HERMIDA, «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2806-8; id., *Derecho del mercado de valores* (2000) 279; id., *Derecho del mercado de valores* (2000) 279; id, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 229.

[1315] V. HERMIDA, «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2811; CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 227. V. el art. 81.II LMV la extensión del concepto a los casos de valores negociables o instrumentos financieros respecto de los cuales se haya cursado una solicitud de admisión a negociación en un mercado o sistema organizado de contratación; v. art. 81.III LMV, respecto a lo que se considera información privilegiada para los instrumentos financieros derivados sobre materias primas.

[1316] Los antecedentes de la disposición se encuentran en la Directa del Consejo, 89/592/CEE, de 13 de noviembre de 1989, sobre coordinación de las normas relativas a las operaciones con información privilegiada. La directiva está en consonancia con lo previsto en el *Código de conducta europeo (1977)* y, concretamente, en sus disposiciones complementarias octava y novena. V. CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 227-8. Sobre los antecedentes y posición sistemática de la norma, v. TAPIA HERMIDA, «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2808-9. V. también, id, *Derecho del mercado de valores* (2000) 280.

La vigente disposición que regula el *insider trading* es fruto de la nueva redacción que la *Ley Financiera* (2002) ha dado al artículo 81 LMV. No obstante, la materia puede ser objeto de nuevas modificaciones a la luz de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), DOUE, L 96/16, 12/4/2003, que establece el 12/10/2004 como fecha de su incorporación al ordenamiento interno de los Estados miembros.

Aún cuando existe un amplio consenso sobre la necesidad de regular y prohibir el uso de información privilegiada en el mercado de valores, durante las últimas décadas una corriente de opinión viene defendiendo la necesidad de revisar la regulación prohibitiva al considerar la utilidad de tales comportamientos para con el mercado postulando que debería existir un derecho a negociar con valores sobre la base del uso de información reservada. El más destacado defensor de la corriente contraria a la penalización del *insider trading* en los EUA es MANNE, "In Defense of Insider Trading", Harv. BR (1966) 113-122; id., "Insider Trading and the Law Professors", Vand LRev 23 (1970) 547-590; id., *Insider Trading and the Stock Market* (1966) 132-45. Sobre este debate, v. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 353-275; CLARK, *Corporate Law* (1986) 263-356; SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 899-905 (hacen un sumario sobre los argumentos a favor y en contra; trata los temas más relevantes: daño al inversor, retraso de la información y mercado eficiente, costes de capital, forma de compensación empresarial); WANG, William K.S. / STEINBERG, Marc I., *Insider Trading* (1996) 13-117. V. Argumentos en favor de lar regulación en SANCHEZ ANDRES, «La nueva Legislación del mercado de valores», *Perspectivas Actuales del Derecho Mercantil* (1995) 115-6; id., "Política criminal e *insider trading*", *El País*, 28 noviembre 1995, p. 14; MARTINEZ FLOREZ, "En torno a la responsabilidad frente a los inversores de quien utiliza información privilegiada en los Mercados de valores", RDM 217 (1995) 953-1006; BERTRAN

privilegiada

propia o ajena, de forma directa o indirectamente, a todo e que disponga de información privilegiada las siguientes conductas: (i) Preparar o realizar cualquier tipo de operación en el mercado sobre los valores negociables o sobre instrumentos financieros, con excepción de la preparación y realización de las operaciones cuya existencia constituye, en sí misma, la información privilegiada; (ii) comunicar dicha información a terceros, salvo en ejercicio normal de su trabajo, profesión o cargo; (iii) recomendar a un tercero que adquiera o ceda valores basándose en dicha información.[1317]

108. La conducta ilícita requiere el conocimiento del infractor o su deber de conocer que está usando información privilegiada.[1318]

109. La prohibición de uso de información confidencial es también una de las cuestiones que el legislador ha incorporado a la Ley del mercado de valores entre las disposiciones especiales dirigidas a las «sociedades cotizadas» (Título X LMV) indicando en términos más genéricos la prohibición de realizar operaciones sobre los valores de la sociedad o de sociedades filiales, asociadas o vinculadas (art. 114.2 LMV).[1319]

110. El régimen sancionador de las conductas prohibidas por *insider trading* está previsto en sede administrativa y penal, en caso de cumplirse los elementos del tipo correspondiente.[1320] En particular, el artículo 285 CP castiga el uso, de forma

---

/ FERNANDEZ-ARMESTO, *El Derecho del Mercado financiero* (1992) 397; IGLESIAS PRADA, «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», *Contratación mercantil* (1999) 105; FARRAR, *Company Law* (1991) 427-8.

[1317] TAPIA HERMIDA, «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2812; CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 228. Al respecto, el *Informe Olivencia* (1998) sub. III.8.3, distingue entre revelar información a terceros y usarla para fines privados, haciendo una referencia expresa a que «[e]n ningún caso se podrá utilizar dicha información para realizar operaciones de adquisición o venta de valores de la sociedad o cualquier tipo de actuación especulativa con dichos valores». De su parte, el *Reglamento tipo CNMV* (1998) sub. 35, sólo se refiere a un tipo de conducta concreta al referirse a las condiciones que hacen desleal el uso de información por parte del consejero: «que la información... se aplique en conexión con operaciones de adquisición o venta de valores de la compañía...». Finalmente, la *Propuesta del Círculo de Empresarios* (1996) sub. 2.5 y 3.3, en las sugerencias relativas a las obligaciones mínimas dirigidas al consejero señala que éste debería «[r]espetar escrupulosamente la normativa vigente en materia de operaciones relativas a títulos de la Sociedad o de sus empresas filiales».

[1318] V. art. 81.2.II LMV, en su versión de la *Ley Financiera* (2002). La doctrina venía considerado la necesidad del elemento intencional. V. BERTRAN / FERNANDEZ-ARMESTO, *El Derecho del Mercado financiero* (1992) 398, al señalar que «es necesario el elemento de intencionalidad, es decir, que dichas personas sean conscientes que se trata de una información privilegiada e intenten aprovecharse de ella»; para IGLESIAS PRADA, «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», *Contratación mercantil* (1999) 107, se precisa «una convicción o conciencia del carácter privilegiado de la información obtenida y un ánimo o propósito de utilizarla en provecho propio o ajeno, circunstancias éstas cuya apreciación puede suscitar problemas en la práctica, tanto a la hora de fundamentar una presunción de la intencionalidad como para acreditar la inocencia de la conducta del presunto infractor».

[1319] La norma establece que «los administradores deberán abstenerse de realizar, o de sugerir su realización a cualquier persona, una operación sobre valores de la propia sociedad o de las sociedades filiales, asociadas o vinculadas sobre las que disponga, por razón de su cargo, de información privilegiada o reservada, en tanto esa información no se dé a conocer públicamente».

[1320] V. art. 99.o) LMV, que, dándose determinadas circunstancias, la considera una infracción muy grave y el art. 100.x) LMV, que considera la infracción grave, cuando no constituya infracción muy grave.

directa o por persona interpuesta, de «alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad».[1321]

Subordinación de intereses

111. El cuarto principio aplicable a la contratación interesada consiste en la exigencia de subordinar los intereses del gestor a los intereses del cliente, en consonancia con el deber general de lealtad. El principio de dar prioridad a los intereses de los clientes ha sido recogido por la ley (art. 79.1.b, segunda frase, LMV) y encuentra aplicación en los supuestos de conflicto de intereses directo, entre los cuales destaca la autoentrada.[1322]

112. El enunciado general se completa con otras reglas que regulan conflictos concretos que contemplan (i) la prohibición de adquirir por cuenta propia valores sobre los que se realice un análisis específico (art. 79.1.g LMV)[1323]; (ii) la

---

[1321] V. GOMEZ INIESTA, D.J., *La utilización abusiva de información privilegida en el mercado de valores*, 1997; RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 58 y bibliografía en nota 158; RUIZ RODRIGUEZ, *Protección penal del mercado de valores. Infidelidades en la gestión de patrimonios*, 1997 (v. especialmente el cap. V, relativo a la utilización de información privilegiada en los mercados de valores como delito de infidelidad); CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 344-6. V. también, ARROYO ZAPATERO, L., "El abuso de información privilegiada en el derecho español", en ARROYO ZAPATERO, L., y TIEDEMANN, K., *Estudios de Derecho penal económico*. Cuenca: Universidad de Castilla La Mancha (1994) pp. 61-74.

El art. 285 CP ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. V. también el art. 285.2 CP que agrava la pena si concurren determinadas circunstancias (habitualidad, beneficio notorio y grave daño a los intereses generales). V. también los arts. 418 y 442 CP. Dentro de los delitos contra la administración pública, el art. 418 CP sanciona la conducta de aprovechar «para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que [se] obtuviere de un funcionario público o autoridad...». De su parte, el art. 442 CP castiga al funcionario que haga uso de un secreto o información privilegiada con ánimo de obtener un beneficio económico para si o para un tercero.

[1322] V. *Código general de conducta (1993)* en cuyo art. 1 se establece que «[t]odas las personas y entidades deberán actuar en el ejercicio de sus actividades… sin anteponer los intereses propios a los clientes...»; arts. 2.1, 2.2.g del *Código de conducta en la gestión de carteras de inversión (1999)*; por su parte el *Código de conducta europeo (1977)*, principio general sexto, dice que si a pesar de la prevención del conflicto éste se produjera, «los intermediarios tomarán todas las medidas necesarias para no obtener de esa situación ventaja personal directa ni indirecta y para evitar todo perjuicio a sus clientes o a las otras personas con las que estén en relación profesional».

Sobre la idea de subordinación de intereses en el mercado de valores, v. BERTRAN / FERNANDEZ-ARMESTO, *El Derecho del Mercado financiero* (1992) 404; SANCHEZ ANDRES, «Voz: Comisión bursátil», EJB I (1995) 1125; id., «Apunte sobre el conflicto de intereses en los mercado de valores», *Etica en la actividad financiera* (1998) 168; TAPIA HERMIDA, «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2791-2; FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 186-7, 195, 202; CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 225-6.

[1323] Esta disposición establece que la obligación de abstención se produce «desde que se conozcan sus conclusiones [y] hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto». En todo caso, la norma «no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basado en el conocimiento de los resultados del informe». Cfr. con el art. 5.7.c) y d) *Código general de conducta (1993)*.

prohibición de multiplicar las transacciones sin beneficiar al cliente (art.80.b LMV)[1324]; (iii) la prohibición de atribuirse valores solicitados por sus clientes en idénticas o mejores condiciones (art. 80.c LMV)[1325]; y, finalmente, (iv) la interdicción de anteponer la venta de valores propios a los de sus clientes, cuando éstos hayan ordenado vender la misma clase de valor en idénticas o mejores condiciones (art. 80.d LMV)[1326]. Otras prohibiciones tienen presente este principio de subordinación de intereses aun cuando el conflicto de intereses no pueda llegar a determinarse de forma precisa.[1327]

Paridad de trato

113. El quinto principio al que nos referimos es el de paridad o imparcialidad de trato o no discriminación entre clientes.[1328] En la medida que el conflicto no sólo puede acontecer entre el prestador del servicio y el cliente, sino en una gestión entre los intereses de diversos clientes del mismo gestor, se contempla el conflicto indirecto de intereses.[1329] El principio viene recogido legalmente en la prohibición de no privilegiar a ningún cliente en caso de conflicto (art. 79.1.b, al final, LMV) y en la exigencia de garantizar la igualdad de trato entre clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes (art. 79.1.f

---

[1324] V. las reglas 4ª y 5ª del art. 1 del *Código general de conducta (1993)*, la última de las cuales prohíbe «inducir a la realización de un negocio a un cliente con el fin exclusivo de conseguir un beneficio propio. En este sentido, las entidades se abstendrán de realizar operaciones con el exclusivo objeto de percibir comisiones o multiplicarlas de forma innecesaria y sin beneficio para el cliente». V. en análogo sentido, el art. 2.e) del *Código de conducta en la gestión de carteras de inversión (1999).* V. también la disposición complementaria quinta del *Código de conducta europeo (1977)*. Sobre la práctica de multiplicar las transacciones, v. SANCHEZ ANDRES, «Apunte sobre el conflicto de intereses en los mercado de valores», *Etica en la actividad financiera* (1998) 167; FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 331-65; CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 226.

[1325] V. IGLESIAS PRADA, «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», *Contratación mercantil* (1999) 112; CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 226.

[1326] V. art. 1, reglas 2ª y 6ª, *Código general de conducta (1993)* que desarrolla este supuesto. Sobre la prohibición de anteponer la realización de operaciones por cuenta o interés propio a la ejecución de órdenes cursadas por un cliente, v. FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 367-83; CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 226.

[1327] El caso se plantea, por ejemplo, cuando se llevan a término prácticas interesadas que falseen los precios (art. 83.ter LMV) o se produce una manipulación de las cotizaciones de forma interesada (v. art. 80.a LMV). En relación a éstas últimas operaciones, v. el art. 1.1ª *Código general de conducta (1993)*, que concuerda con la disposición complementaria séptima del *Código de conducta europeo (1977)*. V. CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 231-2. Sobre las cuestiones que suscita la delimitación de la línea divisoria entre lo que es manipular la cotización y "cuidar la cotización", v. IGLESIAS PRADA, «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», *Contratación mercantil* (1999) 111; BERTRAN / FERNANDEZ-ARMESTO, *El Derecho del Mercado financiero* (1992) 399-400. V. también art. 284 CP sobre alteración del precio de las cosas.

[1328] V. SANCHEZ ANDRES, «Voz: Comisión bursátil», EJB I (1995) 1125; SANCHEZ ANDRES, «Apunte sobre el conflicto de intereses en los mercado de valores», *Etica en la actividad financiera* (1998) 168; TAPIA HERMIDA, «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2791-2; FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 187.

[1329] Además de cumplir otras funciones generales de protección del mercado de valores, el principio desempeña también un papel clarificador para el deber de lealtad. V. FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 187, 197-8

LMV).[1330]

Prevención

114. El sexto principio se refiere a la exigencia de prevenir posibles riesgos y conflictos.[1331] A estos efectos la LMV establece dos directivas generales para aquellas entidades que reciban o ejecuten órdenes o asesoren sobre inversiones: (i) que deben organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflicto de interés (art. 79.1.b, primera frase, LMV); y (ii) que han de disponer de los medios adecuados y establecer los controles internos oportunos para prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que impone la normativa del mercado de valores (art. 79.1.d LMV). En esta dirección, se hace previsión de mecanismos preventivos encaminados asegurar que los administradores, empleados y representantes de los operadores cumplan las normas de conducta a las que está sujeta la entidad y, en particular, que tales sujetos no aprovechen su posición para realizar conductas interesadas.[1332]

c) Mecanismos preventivos concretos

Reglamentos internos

115. El mecanismo específico previsto para prevenir los conflictos de intereses entre los gestores y empleados de los operadores y sus clientes consiste en los reglamentos internos de conducta.[1333] Los reglamentos internos de conducta «deberán estar

---

[1330] V. al respecto, el art 1.I y, particularmente, art. 6 del *Código general de conducta (1993)* dónde se establece que «[l]as entidades deberán evitar los conflictos de interés entre clientes y, cuando estos no puedan evitarse, disponer de los mecanismos internos necesarios para resolverlos, sin que haya privilegios en favor de ninguno de ellos». Es estos efectos el art. 6 establece determinadas reglas preventivas de obligada observación: no revelar a unos clientes las operaciones realizadas por otros; se prohíbe estimular la realización de una operación por un cliente con el fin de beneficiar a otro y se obliga a establecer reglas generales de prorrateo o de distribución de las órdenes ejecutadas que eviten conflicto en operaciones que afecten a dos o más clientes. Además, se entiende contrario al Código de conducta el «ofrecer ventajas, incentivos, compensaciones o indemnizaciones de cualquier tipo a clientes relevantes o con influencia en la misma cuando ello pueda suponer perjuicios para otros clientes o para la transparencia del mercado» (art. 1.4ª *Código general de conducta*). De igual forma se considera la actuación del intermediario que por «solicitar o aceptar regalos o incentivos, directos o indirectos, cuya finalidad sea influir en las operaciones de sus clientes o que puedan crear conflictos de interés con otros clientes, ya sea distorsionando su asesoramiento, violando la discreción debida o por cualquier otra causa injustificada» (art. 1.7ª *Código general de conducta*). V. CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 225.

De su lado, el *Código de conducta europeo (1977)* establece en su principio general tercero que debe asegurarse a todo tenedor de valores mobiliarios una igualdad de trato, haciendo especial mención al supuesto transferencia de una participación que permita un control, de hecho o de derecho, sobre una sociedad con valores negociados; v. además, la disposición complementaria décimo quinta del mencionado Código.

[1331] V. SANCHEZ ANDRES, «Voz: Comisión bursátil», EJB I (1995) 1125; TAPIA HERMIDA, «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2791.

[1332] Estas ideas han sido recogidas en los arts. 5 y 6 del *Código general de conducta (1993)*, que exigen a las entidades que prestan servicios de inversión y actividades complementarias que adopten los controles y medidas oportunas a los efectos de que los miembros de los órganos de administración, empleados y representantes cumplan tanto con el código de Conducta previsto reglamentariamente, como con los reglamentos internos de conducta que las entidades establezcan para prevenir actividades paralelas o fraudulentas con su clientela.

[1333] La exigencia viene contenida en el art. 3.1 RD 629/1993, que contempla que las entidades que prestan servicios de inversión y actividades complementarias, deben elaborar «un reglamento interno de conducta, de obligado cumplimiento, que regulará la actuación de sus órganos de administración, empleados y representantes». Además, la exigencia de disponer de un

inspirados en los principios citados en la LMV y en el Código General de Conducta», estableciéndose un contenido mínimo exigible para la generalidad de los mismos.[1334]

116. Buena parte de los extremos que deben ser incluidos en los reglamentos internos son relativos a supuestos de actuación por cuenta propia de administradores, empleados, agentes y representantes en general. Al respecto, se prescribe que si los administradores realizan operaciones por cuenta propia deberán dirigir las órdenes a la entidad para la que trabajan o prestan sus servicios.[1335] En todo caso,

---

reglamento interno de conducta es uno de los requisitos necesarios para que una empresa de servicios de inversión obtenga y conserve su autorización. Así lo dispone el art. 14.1.g) del RD 867/2001, de régimen jurídico de empresas de servicios de inversión, que particulariza la cuestión al indicar que el reglamento interno deberá incluir «un régimen de operaciones personales de los consejeros, directivos, empleados y apoderados de la empresa que garantice el cumplimiento de las normas de conducta». Su ausencia puede ser causa de denegación de autorización para la constitución de una empresa de servicios de inversión, tal como se prevé en el art. 67.2.j) LMV y el art. 17.1 RD 867/2001. V. también, el *Reglamento tipo CNMV* (1998) sub. 35, en cuyo párrafo segundo recuerda que «el consejero deberá observar las normas de conducta establecidas en la legislación del mercado de valores y, en especial, las consagradas en el *Reglamento Interno de Conducta en los mercados de valores* de la Compañía».

El RD 629/1993 otorga a las asociaciones profesionales el derecho de «elaborar los reglamentos internos de conducta aplicables a sus miembros» (art. 3.3). La aceptación por parte de los asociados de los reglamento-tipo realizados por asociaciones profesionales «podrá sustituir a la obligación individual de su elaboración». Al respecto, se han elaborado diversos reglamentos-tipo: (i) 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, "El reglamento-tipo interno de conducta de la AEB en el ámbito del mercado de valores", RDBB 52 (1993) 1203-1207]. (ii) El reglamento de la Asociación Española de Instituciones de Inversión Colectiva (INVERCO), con la finalidad de establecer unas normas de conducta uniformes que deben ser observadas por los administradores y empleados de las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva [v. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, M., "El reglamento interno de conducta de INVERCO para Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva", RDBB 53 (1994) 244 ss]. V. FERNANDEZ DE ARAOZ, Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores (2000) 108 y 507-9, con una referencia general a los reglamentos de conducta de las asociaciones profesionales aprobadas y ejemplos de otros países como Italia y Francia. V. también CINDO DIAS, Códigos de conducta de la Banca: BBV y Santander, suplemento especial, 4-3-1993.

V., en general, FERNANDEZ DE ARAOZ, "Los reglamentos internos de conducta de las entidades y profesionales del mercado de valores: líneas generales de una nueva institución", RGD (1995) 6959-79; IGLESIAS PRADA, «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», *Contratación mercantil* (1999) 113-4; FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 475-521; CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 223-4.

[1334] Art. 3.1 RD 629/1993. El Ministerio de Economía y Hacienda, así como la CNMV, con su habilitación expresa, pueden establecer que los reglamentos internos de conducta contengan medidas que garanticen el cumplimiento de las normas legales de conducta (arts. 79 ss. LMV). V. arts. 78.2 LMV y 3.5 RD 629/1993.

En todo caso, la CNMV realiza un control previo sobre los mismos, en la media que deberán serles remitidos antes de entrar en funcionamiento para que contraste si su contenido se ajusta a la legislación del mercado de valores. V. art. 3.4 RD 629/1993.

[1335] V. más ampliamente, art. 3.1a) y c) RD 629/1993. En cuanto a los empleados y representantes, los reglamentos internos deberán incluir a quienes les resulta de aplicación la obligación anterior. V. art. 3.1.b) RD 629/1993. En particular, habrán de fijar un régimen de operaciones personales de los apoderados de la empresa que garantice el cumplimiento de las normas de conducta. En relación con los agentes y apoderados el art. 65.3 LMV remite al desarrollo reglamentario para el establecimiento de *los requisitos que deben cumplir los que*

las órdenes realizadas por administradores, empleados y representantes, deberán realizarse en forma escrita e incluirse en el archivo de justificantes de órdenes.[1336] Un segundo grupo de cuestiones relativas a las operaciones por cuenta propia se refieren a que los reglamentos internos deben contemplar «mecanismos de comunicación o autorización de las operaciones que realicen por cuenta propia sus administradores, empleados y representantes» de forma que se garantice el cumplimiento de las normas de actuación relativas al merado de valores.[1337]

117. Los reglamentos internos de conducta también deben incorporar otras normas dirigidas a cuestiones distintas a las relativas a las operaciones por cuenta propia. De un lado, deberá indicarse el extremo relativo a la obligación de la entidad de recabar y mantener actualizada información sobre sus empleados acerca de los posibles conflictos de interés que puedan estar sometidos por sus relaciones familiares, su patrimonio personal o por cualquier otra causa.[1338]

118. De otro lado, los códigos internos deberán reflejar la prohibición dirigida a los administradores, empleados y representantes de utilizar información obtenida por la entidad, en su propio beneficio o de cualquier tercero sin el conocimiento de la entidad.[1339]

119. El incumplimiento de los reglamentos internos de conducta comportará una infracción administrativa, además de resultar aplicable la infracción laboral que le corresponda al incumplidor de las normas de conducta.[1340]

---

actúen con carácter habitual como agentes o apoderados de las empresas de servicios de inversión, así como los apoderamientos que les sean conferidos y su régimen de actuación. El desarrollo de esta cuestión se hizo a través del art. 9.2-3 del RD 276/1989, de 22 de marzo, sobre sociedades y agencias de valores y la Circular CNMV 7/1989, sobre representaciones de sociedades y agencias de valores. El RD 276/1989 ha sido derogada por el RD 867/2001, de 20 de julio, sobre el Régimen Jurídico de las empresas de servicios de inversión, en cuyo art. 14.1.g) exige que los reglamentos internos deben incluir *un régimen de operaciones personales de los... apoderados de la empresa que garantice el cumplimiento de las normas de conducta*.

[1336] V. art. 3.1.d) RD 629/1993 y arts. 4 a 9 del *Código general de conducta (1993)* para lo referente al archivo y registro de órdenes.

[1337] Art. 3.1.e) RD 629/1993. Las comunicaciones deberán realizarse por escrito, con una antelación mínima de 24 horas y deben ser registrada por la entidad en un archivo separado. Los reglamentos internos pueden prever las clases de valores cuya suscripción, adquisición o venta queda sujeta a la obligación de autorización por la entidad.

[1338] Art. 3.1.f) RD 629/1993. Esta norma de conducta preventiva de conflictos de intereses obliga tanto a las entidades como a los empleados, en la medida que éstos tendrán el deber de facilitarla ante el apremio de la misma.

[1339] Art. 3.1.g) RD 629/1993. Sobre las particularidades que ofrecen determinadas adaptaciones del concepto de información privilegiada a los reglamentos internos de conducta, v. TAPIA HERMIDA, «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2811-2,

[1340] El art. 3.1 RD 629/1993 remite a las correspondientes sanciones administrativas, sin indicarlas especialmente, a consecuencia del incumplimiento de los reglamentos internos en aquello que pudiera ser desarrollo de lo previsto en la LMV y en el Código General de Conducta. Por su parte, el art. 100.t) LMV establece que constituyen infracción grave, la infracción «de las normas de conducta establecidas en el Título VII de esta Ley, o en las disposiciones dictadas en su desarrollo...», cuando no constituyan una infracción muy grave.

El art. 3.1. RD 629/1993 señala que las sanciones administrativas se impondrán «sin perjuicio de lo que resulte de aplicación conforme a la legislación laboral». TAPIA HERMIDA, *Derecho del mercado de valores* (2000) 270, señala que el incumplimiento de estos reglamentos puede traer como consecuencia la «eventual extinción del contrato de trabajo por causa no

Murallas chinas

120. El segundo mecanismo preventivo consiste en la exigencia de disponer de "murallas chinas" a los efectos de impedir el flujo de información privilegiada entre las distintas áreas de actividad (art. 83 LMV). Las murallas chinas son mecanismos preventivos cuyo fin consiste en el bloqueo del trasvase de información relevante entre departamentos distintos de una misma entidad.[1341] Se entiende que el hecho de aislar la información confidencial en el marco del departamento que las usa profesionalmente, reducirá el riesgo de su uso ilegítimo por aquellas personas que no tratan directamente con ellas.[1342]

121. En esta dirección, el artículo 83 LMV obliga a las entidades que prestan servicios de inversión y asesoramiento de inversión a «establecer las medidas para impedir el flujo de información privilegiada entre sus distintas áreas de actividad, de forma que se garantice que cada una de éstas tome de manera autónoma sus decisiones referentes al ámbito de los mercados de valores y, asimismo, se eviten conflictos de interés».[1343] Al respecto, la LMV establece normas concretas, entre las cuales se exige la constitución de áreas separadas, cuanto menos, entre los departamentos que desarrollen las actividades de gestión de cartera propia, gestión de cartera ajena y análisis.[1344]

---

abusiva consignada en el mismo o por despido disciplinario basado en la transgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador (v. arts. 49 y 54 del Estatuto de los Trabajadores)».

[1341] FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 406, define las *murallas chinas*: «como el conjunto de procedimientos, reglas internas y, en su caso, barreras físicas, que establece una entidad multifuncional para evitar los flujos de información entre los diferentes departamentos o áreas de actividad de la misma al objeto de impedir un uso indebido de la información de la que dispone, así como la aparición de conflictos de interés y los abusos como consecuencia de los mismos». Sobre las "murallas chinas", v. FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 401-42; SALA ANDRES, "La regulación de las murallas chinas: una técnica de prevención de conflictos de interés en el mercado de valores español", RDBB (2001) 49-83; CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 229-30.

[1342] Sobre las funciones de las *murallas chinas*, v. SALA ANDRES, "La regulación de las murallas chinas: una técnica de prevención de conflictos de interés en el mercado de valores español", RDBB (2001) 62-5, tratando las mismas como medida estructural para prevenir el conflicto de interés, si bien con efectos limitados. V. también, BERTRAN / FERNANDEZ-ARMESTO, *El Derecho del Mercado financiero* (1992) 396; SANCHEZ ANDRES, «Apunte sobre el conflicto de intereses en los mercado de valores», *Etica en la actividad financiera* (1998) 165; IGLESIAS PRADA, «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», *Contratación mercantil* (1999) 108; FERNANDEZ DE ARAOZ, *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores* (2000) 406. Esta autor señala que una reglamentación estructural más rigurosa para los mismos fines consiste en imponer una segregación absoluta de actividades, tal como se produjo en los EUA a través de la *Glass-Steagall Act* de 1933, que separaba los servicios de la banca comercial con los propios del mercado de valores (id., p. 201). V. también, GRAHAM, P., «The Statutory Regulation of Financial Services in the United Kingdom and the Development of Chinese Walls in Managing Conflicts of Interests», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 43-53.

[1343] V. los arts. 3.4, 4.3 y 6.1 *Código general de conducta (1993).* V. IGLESIAS PRADA, «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», *Contratación mercantil* (1999) 108; TAPIA HERMIDA, «Las normas de actuación en el mercado de valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2796-8; CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 229-30.

[1344] V. art. 83.1.II.a) LMV. Otras medidas concretas consisten en establecer barreras de información entre cada área separada y el resto de la organización y entre cada una de las áreas separadas; definir un sistema de decisión sobre inversiones que garantice que éstas se adoptan autónomamente dentro de cada área separada; y elaborar y mantener actualizada una lista de

d) Regulación de la autocontratación

Planteamiento

122. En contraste con las reglas generales derivadas de la lealtad, en el ámbito del mercado de valores se admiten las operaciones de autocontratación realizadas por determinadas entidades que realizan servicios de inversión.[1345] Al respecto, se ha venido postulando que en el ámbito del mercado de valores el conflicto de intereses queda excluido por la determinación objetiva del contenido contractual a través de un mecanismo ajeno a la voluntad del gestor.[1346] Sin embargo, si la formación del precio fuera objetiva, no sería necesario establecer regulación alguna, de forma que resulta más adecuado entender que precisamente por el hecho de que el conflicto es posible, lo que pretende el ordenamiento consiste en prevenir que los conflictos se produzcan. Además, la eventual formación objetiva del precio no es condición suficiente para la protección del principal, pues los conflictos pueden generarse en aspectos independientes del precio, tales como en el asesoramiento, en la escala temporal de ejecución del mandato, en el uso de información confidencial, etc. Es por esta razón por la cual la admisibilidad de las operaciones de autocontratación en este mercado queda sujetas a un régimen especial, mediante la aplicación de una serie de principios y reglas cautelares que las limitan y condicionan. De esta forma se favorece la contratación interesada a cambio de someterla a control administrativo y de establecer una regulación rígida de las operaciones.[1347]

---

valores e instrumentos financieros sobre los que se dispone de información privilegiada y una relación de personas y fechas en que hayan tenido acceso a tal información.

[1345] Las sociedades de valores pueden actuar por cuenta propia (art. 64.2 LMV), mientras que las entidades de crédito podrán realizar tales actividades si su autorización específica las habilita para ello (art. 65.1 LMV). Las agencias de valores y las sociedades gestoras de cartera sólo pueden adquirir valores por cuenta propia en supuestos excepcionales (art. 69.3.c, y su desarrollo por el RD 867/2001). De su parte, los actos de aplicación no han sido previstos en la LMV, si bien han sido regulados reglamentariamente (v. *infra,* RD 1416/1991).

Bajo el régimen del Código de Comercio, la actuación por cuenta propia y la autoentrada en particular estaban prohibidas a los agentes colegiados (v. arts. 96.1 y 4 CdC). Mientras, las aplicaciones fueron reguladas siguiendo los principios generales de cambios oficiales y precios de subasta –ofertas y demandas más favorables– (v. art. 85 del Reglamento de 12 de junio de 1928 y art. 155 del Decreto de 30 de junio de 1927 que aprueba el reglamento de Bolsas de comercio. Posteriormente, el RD 1849/1980, de 5 de septiembre, regulador de las órdenes de compra-venta y el régimen de aplicaciones sobre valores de cotización oficial, antecedente del régimen actual, contenía un régimen especial para las aplicaciones (arts. 5 a 11), reduciendo su ámbito de operatividad. Sobre la autoentrada del comisionista y de los agentes de cambio y bolsa y sobre las aplicaciones, v. OTERO LASTRES, “La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa”, RDBB (1981) 105-24.

[1346] Existe una conciencia general referida a las virtudes de los mercados secundarios oficiales de valores con respecto a la ausencia de conflictos de intereses. V. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II (1983) 115; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 475; OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 257-8; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 305; id., «Voz: Comisión mercantil», EJB I (1995) 1137; ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 272; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 213; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 372; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 154-5.

[1347] Se ha planteado que la justificación de este régimen abierto a la actuación interesada se encuentre en la supuesta existencia de un mercado de precios objetivo, dónde no es necesaria la protección del inversor en la medida que la voluntad del gestor resulta irrelevante para la determinación del precio. Sin embargo, no existe la certeza de que las reglas generales de funcionamiento del mercado determinen la situación de objetividad antes descrita en los particulares casos de autocontratación, sino más bien que cabe la posibilidad de realizar conductas

123. Los actos de autoentrada y aplicación quedan sujetos a doble régimen. De un lado, a la contratación interesada se le aplican los principios generales que hemos señalado de *disclosure*, prioridad de intereses y paridad de trato, que, en buena parte, han sido precisados a través de normas de conducta. De otro lado, las concretas operaciones con contrapartida propia y las aplicaciones quedan sometidas a una reglamentación especial dirigida a la objetivación de la formación del precio.[1348] A estos efectos, se establece un régimen común para ambas operaciones, junto a las especialidades propias de la autoentrada que hemos señalado más arriba.[1349]

---

interesadas. De otro lado, es sabido que la posibilidad de autocontratar presenta ventajas para el inversor, por la inmediata liquidez que le ofrece y, en general para el mercado, dándole profundidad al mismo. V. SANCHEZ ANDRES, "La reforma del Mercado de valores español: algunas claves orientadoras", RDBB (1990) 21-2.

Atendidos los riesgos de conflicto que genera la intervención interesada en el mercado de sus operadores, así como los beneficios que comporta para sus usuarios, la admisión de la autocontratación debe situarse y justificarse en el marco de un Mercado regulado que a través de las cautelas y límites que establece pretende asegurar que «el encargo (con autoentrada o aplicación) se hace en condiciones de mercado...». V. CORTES, en *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 424; id., *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 345. V. también, OTERO LASTRES, "La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa", RDBB (1981) 120; SANCHEZ ANDRES, «Conflicts of interest: The Spanish Experience», *European Securities Market. The Investment Services Directive and Beyond*. (1998) 169.

[1348] V. el Real Decreto 1416/1991, de 27 de septiembre de 1991, sobre operaciones bursátiles especiales y sobre transmisión extrabursátil de valores cotizados y cambios medios ponderados (modificado parcialmente por el Real Decreto 2590/1998, de 7 de diciembre, sobre modificaciones del régimen jurídico de los mercados de valores). La parte referida a los negocios de autocontratación ha sido desarrollado a través de la Orden de 5 de diciembre de 1991, sobre operaciones bursátiles especiales y ésta, a su vez, lo ha sido mediante la Circular 3/1991, de 188 de diciembre, sobre operaciones bursátiles especiales, posteriormente modificada en algunos detalles por la Circular 7/1998. Por su parte, el RD 1416/1991 deroga los artículos 5 a 11 del RD 1849/1980, de 5 de septiembre, relativas al régimen de aplicaciones vigente desde esa fecha.

El RD 1416/1991 se dicta al amparo de la previsión legal contenida en el art. 38.a) LMV que, habilita al Gobierno para *prohibir determinado tipo de operación o* para *imponer limitaciones o condiciones a su realización* que sean necesarias para *proteger el interés de los inversores* y de *fomentar el buen funcionamiento y transparencia de los mercados*. En este sentido, v. el preámbulo del RD 1416/1991, al referirse a al desarrollo del principio de realizar las operaciones en régimen de mercado y *asegurar un grado de suficiencia de transparencia y eficiencia en la formación de los precios*.

Sobre las aplicaciones y las operaciones especiales con contrapartida por cuenta propia, v. CORTES, en *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 417-8; id., *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 319-20.

V. también las disposiciones previstas en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (2003) y cfr. con los arts. 6 de la ley derogada y el art. 7 del Reglamento de desarrollo. V. CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 380.

[1349] Al respecto, el art. 3 RD 1416/1991 subraya que en las operaciones con contrapartida por cuenta propia «deberá tenerse especialmente en cuenta el principio de prioridad de los intereses del cliente, establecido en el artículo 79 de la Ley del mercado de valores así como lo previsto en el párrafo primero de su artículo 40» relativo al deber de *disclosure* de la existencia de autoentrada y constancia explícita por escrito del conocimiento de tal circunstancia por parte del contratante no miembro del mercado (v. *supra*, núm. 103). El significado que puedan tener tales normas adicionales previstas sólo para las operaciones de autoentrada se relaciona con el mayor riesgo que supone en términos conflictuales, en la medida que la autocontratación significa actuar directamente en interés propio, frente a la aplicación que plantea riesgos en relación a intereses de tercero. Sobre las semejanzas y diferencias entre las operaciones de autoentrada y aplicación, v. OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 260-1.

124. El régimen común aplicable a las operaciones de compraventa de valores relativas a la autoentrada y aplicación distingue entre las operaciones formuladas públicamente de las no formuladas públicamente, dedicando una especial atención a esta últimas.[1350]

Operaciones formuladas públicamente

125. Las operaciones formuladas públicamente se dividen en operaciones realizadas en el sistema de contratación de viva voz y operaciones practicadas en el mercado continuo interconectado junto a los demás que esté establecidos o puedan establecerse. Las operaciones de autocontratación que se practiquen en este segundo sistema quedan condicionadas a que no exista *en el momento de su formulación contrapartidas al mismo precio o a otro más favorable*. Cuando la autoentrada o la aplicación se practique a través del sistema de contratación a viva voz en corro, y existen contrapartidas al mismo cambio propuesto, se exige que se cubran al menos el 20 por 100 de las mismas.[1351]

Operaciones no formuladas públicamente

126. Las operaciones de autocontratación no formuladas públicamente a través del correspondiente sistema de contratación y fuera del horario de éste queda sujetas a una normativa particularmente restrictiva.[1352] La admisión de las operaciones de autocontratación sin formulación pública depende del cumplimiento cumulativo de los siguientes requisitos.

127. (i) El precio al que se realicen las operaciones no puede desviarse del fijado reglamentariamente en relación al cambio medio ponderado o al cambio de cierre del día en que se realice la operación, salvo autorización de las Sociedades Rectoras o la Sociedad de Bolsas.[1353]

Como señala el autor, «los conflictos de intereses que encierran ambas figuras no coinciden totalmente. En la autoentrada, el comisionista interviene por su propia cuenta y es representante de su propio interés... Por el contrario, en el negocio de aplicación, el comisionista interviene siempre por cuenta ajena, e representante de dos intereses ajenos».

[1350] Las normas comunes a las operaciones de compraventa están contenidas en el art. 2 RD 1416/1991, que, previstas para las aplicaciones, le es aplicable a las operaciones de autoentrada en virtud del art. 3 del señalado Real Decreto. Ambas disposiciones regulan las transmisiones por título de compraventa, en sus distintas modalidades. La transmisión por título distinto del de compraventa de valores admitidos a negociación en Bolsa es objeto de reglamentación en los arts. 8 a 12 del RD 1416/1991, dónde se reduce su régimen a un sistema de comunicación y publicidad.

[1351] Art. 2 RD 1416/1991.

[1352] Estas operaciones están reguladas en los párrafos segundo a quinto del art. 2 RD 1416/1991. Con todo, las operaciones de autocontratación sobre valores de renta fija se ajustan a un régimen más flexible, en tanto que no les son exigibles lo previsto en *las letras a) y b) del número 2, así como a lo dispuesto en los números 3 y 4* previstos en el art. 2 del RD 1416/1991; v. art. 2.5 del mencionado Real Decreto.

[1353] El precio al que se realicen las operaciones no puede ser superior al más alto del cambio medio ponderado o el cambio de cierre, incrementado un 5 por 100, ni inferior al más bajo de dichos precios, reducido un 5 por 100 (art. 2 Orden 5/12/1991). Sobre el cambio medio ponderado, v. art. 15 RD 1416/1991.

El órgano supervisor designado por las Sociedades rectoras o, en su caso, la Sociedad de Bolsas puede autorizar la autocontratación a un precio distinto en supuestos de operaciones de volumen excepcional, en operaciones cuya finalidad está ligada a específicas consideraciones de interés societario o que constituyen ejecución de contratos antecedentes o de compraventas complejas, o por otra causa justificada resulte razonable admitir desviaciones respecto de los cambios más significativos del día. La autorización a un precio diferente deberá ajustarse a alguno de los siguientes requisitos establecidos en el art. 7 de la Orden 5/12/1991: a) Superar su importe

128. (ii) La operación de autocontratación queda condicionada a que se cubra en su totalidad el dinero o papel vinculante existente.[1354]

129. (iii) El importe de la operación debe superar la cuantía y porcentaje del volumen medio de contratación exigido por el Ministro de Economía y Hacienda.[1355]

130. (iv) Las órdenes deben ser individualizadas, procedentes de un solo ordenante final, quedando prohibida la agrupación de órdenes.[1356]

131. (v) La operación debe comunicarse al órgano supervisor designado por las Sociedades rectoras o, en su caso, la Sociedad de Bolsas dentro del mismo día, en la forma y el horario que fije la CNMV, previo informe de las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores y de la Sociedad de Bolsa.[1357]

---

los dos siguientes mínimos: 250.000.000 de pesetas efectivas, si se trata de valores negociados en el Sistema de Interconexión Bursátil, o 50.000.000 de pesetas efectivas si se trata de valores negociados por el sistema de viva voz en corro. En ambos sistemas, el 40 por 100 de la media diaria de contratación del valor de que se trate durante el último trimestre natural cerrado. b) Por las siguientes consideraciones de interés societario: Transmisiones relacionadas con procesos de fusión o escisión de sociedades o transmisiones que tengan su origen en acuerdos de reorganización de un grupo empresarial. c) Por tratarse de la ejecución de los siguientes contratos con antecedentes y compraventas complejas: Compraventas que sean consecuencia de transacciones o acuerdos dirigidos a poner fin a conflictos o compraventas que formen parte de operaciones integradas por una pluralidad de contratos especiales relacionados entre sí. d) Por cualquier otra causa que, a juicio del órgano competente justifique suficientemente la autorización de la operación. Es este caso la autorización deberá otorgarse o denegarse dentro del mismo día en que sea solicitada o, siendo precisa la obtención de información o documentación complementaria, dentro del mismo día en que ésta se aporte. V. art. 2.3-4 RD 1416/1991

[1354] No debe existir posición de dinero o papel vinculante, al precio referido en el párrafo anterior o a otro más favorable, manifestada con anterioridad al cierre de la sesión en los términos, cuantía y porcentaje que se fijados reglamentariamente por el Ministro de Economía y Hacienda. V. art. 3 de la Orden 5/12/1991.

[1355] Tratándose de valores de renta variable, el importe de las operaciones deberá superar los 50.000.000 de pesetas efectivas, si se negocian en el Sistema de Interconexión Bursátil, o si se negocian en el sistema de viva voz en corro, de 20.000.000 de pesetas efectivas. Si los valores son de renta fija, el importe deberá superar los 50.000.000 de pesetas efectivas, con independencia del sistema en que se negocien. En cuanto a los porcentajes, el importe de la operación debe superar el 20 por 100 de la media diaria de contratación del valor de que se trate durante el último trimestre natural cerrado, en el caso de valores negociados por el sistema de Interconexión Bursátil, y el 25 por 100 sobre la misma magnitud para los valores negociados por cualquier otro sistema de negociación. V. art. 4 de la Orden 5/12/1991.

[1356] Para la definición de ordenante final, v. art. 5 de la Orden 5/12/1991.

[1357] V. art. 6 de la Orden 5/12/1991, desarrollado por la Norma 4 de la Circular 3/1991. Las Sociedades Rectoras y, en su caso, la Sociedad de Bolsas, llevarán un registro de operaciones comunicadas (art. 7 RD 1416/1991). Asimismo, los mismos organismos darán publicidad a la totalidad de operaciones que se realicen sin formulación de las órdenes a través de los correspondientes sistemas de contratación, antes del comienzo de la sesión siguiente en que dichas operaciones hubieran sido comunicadas. Sobre la publicidad de las operaciones y su registro, v. arts. 9 y 10 de la Orden 5/12/1991 y Norma 6 de la Circular 3/1991, en consonancia con el art. 43 LMV. El contenido informativo que las Sociedades Rectoras de las Bolsas deben publicar antes de la apertura de la siguiente sesión de negociación viene establecido en la Circular 3/1999, 3.B: identidad del valor, cuantía, precio al momento de la perfección de la operación, la identidad del miembro o miembros del mercado que la hubieran intervenido. Esta regulación se acomete mientras tanto no se lleve a término el desarrollo reglamentario del art. 43 LMV.

Sanciones

132. El incumplimiento de los requisitos y limitaciones previstos para la autocontratación comporta una infracción de carácter muy grave, con sanciones que pueden llevar a la revocación de la autorización.[1358]

e) Deberes de transparencia

133. El buen funcionamiento del mercado de valores, la seguridad del mercado y la protección del inversor justifican la exigencia a las sociedades cotizadas de un reforzamiento del carácter informativo a través de un conjunto de normas que giran alrededor del principio de transparencia.[1359]

Deber de informar al mercado

134. El marco de transparencia se establece a través de una obligación general de difundir al mercado, de forma inmediata, mediante comunicación a la Comisión Nacional del mercado de valores, toda información relevante para el mercado. A saber, toda aquella información «cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario» (art. 82 LMV).[1360]

Operaciones vinculadas

135. Entre los contenidos informativos concretos que necesariamente deben hacerse públicos, destaca la exigencia dirigida a las sociedades emisoras de incluir en su información semestral testimonio cuantificado de todas la operaciones realizadas por la sociedad con partes vinculadas, determinando el tipo y naturaleza de las operaciones efectuadas y de las partes vinculadas que han intervenido en ellas (art. 35.IV LMV).[1361] Además, las «[o]peraciones vinculadas de la sociedad con sus

---

[1358] A estos efectos el art. 99.x) LMV establece que constituye infracción muy grave el incumplimiento de las disposiciones o reglas dictadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 38.II.a) LMV, que es la norma que habilita al Gobierno para regular las operaciones de autocontratación y cuyo desarrollo reglamentario se ha producido mediante el RD 1416/1991. En consonancia con ello, v. la DA 2ª RD 1416/1991. Sobre las sanciones por falta muy grave, v. art. 102 LMV.

[1359] V. en el *Informe Aldama* (2003) sub. VI.2.i, la recomendación de la regulación legal imperativa de los deberes de transparencia en materia del gobierno corporativo. El informe, id., sub. II.2, afirma que «[l]a transmisión de información al mercado no puede ser meramente voluntaria, independientemente de la naturaleza vinculante o no de las reglas o criterios de buen gobierno societario». El principio de transparencia (id., sub. II.1) se concreta en las siguientes condiciones: información completa (transmisión al mercado de toda la información relevante), correcta, simétrica, equitativa y en tiempo útil. V. también, el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.10, al referirse a los deberes del consejo con el mercado, y sub. III. Recomendación 19; *Reglamento tipo CNMV* (1998) art.43. V. CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 226-7. Sobre la transparencia contable a través de mecanismos de publicidad obligatoria, v. SANCHEZ ANDRES, «Contabilidad y mercado de valores: sobre la conveniencia de una información contable imperativa», *Estudios Cubillo Valverde* (1997) 577, 581.

[1360] Según el art. 82 LMV, en la redacción dada por el art. 38.4º de la *Ley Financiera* (2002), «[e]l contenido de la comunicación deberá ser veraz, claro, completo... de manera que no induzca a confusión o engaño». V. CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 296.

[1361] V. CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 296. La disposición fue incorporada por el art. 37 de la *Ley Financiera* (2002). La norma deja al desarrollo reglamentario la forma de realizar la comunicación, la determinación de las operaciones sobre las cuales habrá de facilitarse información individualizada, en caso de ser significativas por su cuantía o relevantes para una adecuada comprensión de los estados financieros de la sociedad, así como de las operaciones vinculadas sobre las que no habrá que facilitar información, fundada en causa legítima. V. también el Informe de la Ponencia sobre el *Proyecto de Ley de Medidas de reforma del sistema financiero*, BOCG, Congreso de Diputados, 29/5/2002, núm. 69-15, art. 34, p. 230, que da

accionistas y sus administradores y cargos directivos y operaciones intragrupo» deberán incluirse en el Informe anual de Gobierno Corporativo (art. 116.4.c) LMV).[1362]

Conflictos de los administradores

136. En este mismo Informe anual deben incorporarse las situaciones de conflicto en la que se encuentren los administradores, aspecto que tiene un ámbito más amplio que el anterior (art. 127 ter.3.II LSA).[1363]

137. Por su parte, Memoria anual de la sociedad «deberá informar sobre las operaciones de los administradores, o persona que actúe por cuenta de estos, realizadas, durante el ejercicio social al que se refieran las cuentas anuales, con la citada sociedad cotizada o con una sociedad del mismo grupo». El ámbito de aplicación de la norma se circunscribe a aquellas operaciones que «sean ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o que no se realicen en condiciones normales de mercado» (art. 114.2 LMV).[1364]

Información complementaria

138. En un sentido amplio, las sociedades cotizadas tienen el deber de hacer público un Informe anual de Gobierno Corporativo, que será objeto de publicación como hecho relevante.[1365] El contenido de la información que deben hacer público se relacionan con las estructuras y prácticas de gobierno.[1366] Entre otros contenidos,

---

una definición lo que se entiende por persona vinculada y por operación vinculada, cuya redacción finalmente no ha sido incorporada a la ley.

En relación a este aspecto el *Informe Aldama* (2003) sub. II.2.1.c), celebra la aprobación de esta disposición en el marco de los deberes de información y transparencia a los que debe sujetarse las entidades cotizadas y considera que la aprobación de operaciones vinculadas entre la sociedad y los administradores o accionistas que fueran significativas deberían revelarse en la página web de la sociedad [v. id., sub. II.2.b)].

[1362] La norma se introduce por impulso de la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003), art. 1º.1. V. CORTES, *Lecciones de contratos y mercados financieros* (2004) 298. Sobre el Informe anual deGobierno Corporativo, v. *infra*, núm. 138.

[1363] La disposición señala que «[e]n todo caso, las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores de la sociedad serán objeto de información en el informe anual de gobierno corporativo».

[1364] La disposición debe cumplirse sin perjuicio de la exigencia de la publicidad semestral (art. 35 LMV) y en paralelo a la información anual (art. 116.4 LMV).

[1365] Art. 116 LMV, según la redacción dada por *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003). Además, las sociedades cotizadas deberán incorporar determinados instrumentos de información, entre los que se cuenta el disponer de una página web, tanto para difundir información como para atender el derecho de información de los socios, tal como así lo dispone el art. 117 LMV. Al respecto v. las recomendaciones sobre la página web de la sociedad que establece el *Informe Aldama* (2003) sub. II.2.2.b) y sub IV.1.1. El *Informe Aldama* (2003) sub. IV.8, debería ser «objeto de examen y aprobación, en su caso, por el pleno del Consejo, y habrá de ser puesto a disposición de todos los accionistas con ocasión de la Junta General Ordinaria».

[1366] Las normas hoy vigentes han sido anticipadas por el *Informe Aldama* (2003) sub. II.2, al recomendar el establecimiento de deberes de transparencia respecto de la estructura de la propiedad de la sociedad (dónde se incluyen los pactos parasociales entre accionistas), de la administración de la sociedad, del funcionamiento de la junta general, de los sistemas de control de riesgos y sobre las operaciones vinculadas y operaciones intragrupo (id., sub. II.2.1). Además se postula la transparencia sobre el grado de cumplimiento de los estándares de buen gobierno (id., sub. II.2.3). Estas sugerencias han sido recogidas por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) a través del contenido mínimo que debe incorporar el informe anual de gobierno corporativo (v. art. 116.4 LMV). La publicidad de los pactos parasociales presenta una regulación más compleja, pues además de figurar en el informe anual de gobierno corporativo, se exige comunicación inmediata a la CNMV y su depósito en el Registro Mercantil (art. 112 y DT 3ª LMV).

el informe de gobierno corporativo debe ofrecer información detallada de la estructura del sistema de gobierno de la sociedad indicando la identidad y remuneración de sus miembros, funciones y cargos dentro de la sociedad, sus relaciones con accionistas con participaciones significativas, la existencia de consejeros cruzados o vinculados, etc.[1367] Otro de los contenidos mínimos del informe se refiere a la exigencia de indicar el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones.[1368]

[1367] V. Art. 116.4.b) LMV, y el *Informe Aldama* (2003) sub. II.2.1.b).

[1368] Art. 116.4.f) LMV, y el *Informe Aldama* (2003) sub. II.2.3. El informe señala que en última instancia se trata «de introducir en nuestra práctica el principio reconocido como "cumplir o explicar"» De ahí que «cuando se aparten de los estándares de buen gobierno, sea de los establecidos o recomendados con carácter general –como los que se contienen en este Informe- sea de los adoptados y publicados por cada sociedad, deben ofrecer una explicación o motivación detallada de sus decisiones, para que los mercados puedan valorarlas adecuadamente. Además, en relación a las prácticas efectivamente seguidas, la exigencia de motivación significa evaluar regularmente las propias práctica de gobierno y ofrecer un juicio sobre su grado de observancia, aportando –allí dónde sea posible- datos y soportes que puedan acreditarlos». V. también id., sub. IV.1.2.

Tercera parte

Parte especial: El deber de lealtad del administrador

Capítulo 5º.
Supuesto y aplicación del deber

I. DETERMINACION DEL SUPUESTO

1.
El conflicto de intereses

a) Elementos caracterizadores del conflicto

Introducción 1. El presupuesto de la aplicación del deber de lealtad se encuentra en la situación de conflicto de intereses entre el gestor y el principal.[1369] Consiguientemente, en la

[1369] El estudio de los problemas jurídicos a través del análisis del conflicto de intereses ha sido preocupación doctrinal reciente. V. En los EUA tiene lugar, en los años sesenta, una discusión sobre el conflicto de intereses que sienta los fundamentos sobre los cuales se incorporarán los argumentos doctrinales y normativos de las décadas posteriores. V. *ia*., *Conflicts of Interest: A Symposium*, Bus. Law. 17 (1961) 42; University of Chicago Law School. *Conference on Conflict of Interest*, 1961; *Conflicts of Interest-A Symposium*, Fed. B.J. 24 (1964) 233. *Apud*, ANDERSON, "Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure" UCLA LR (1978) 738-739.

También en Europa, existe una preocupación reciente por dar unidad temática a la materia, de cuyas manifestaciones apuntamos algunos ejemplos. En Bégica, v. AAVV, *Les conflits d'intérêts*. *Conférencies du Centre de Droit Privé*, Facuté de Droit, Université Libre de Bruxelles, vol. VII. Bruxelles: Bruylant, 1997, abarcando diversos aspectos del Derecho privado; v. en relación al tema que nos ocupa, entre otros ensayos, EKELMANS, «Conflits d'intérêts - Contrats d'intermédiaires», *Les conflits d'intérêts*, (1997) 5-30. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, «La représentation et les conflits d'intérêts en droit comparé», *Les conflits d'intérêts* (1997) 261-295. SIMONART, «Conclusions générales», *Les conflits d'intérêts*, (1997) 297-326.

En el Reino Unido, v., McKENDRICK, (ed), *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, 1992. En un plano más general, BENSON, George C.S., «Conflicts of interest», *Business Ethics and Common Sense* (1992) 233-47.

En Francia, v. DE WOLF, «Les conflits d'intérêt au sein des sociétés à forme commerciale: réforme ou réaction?», *Le droit des sociétés* (1999) 290-320. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 1999.

En Italia, al estar regulado el conflicto de intereses en el marco societario, los estudios sobre el tema son numerosos; v. *ia*., VISINTINI, (dir), «Rappresentanza e gestione», *Contrato e impresa*, nº 22, 1992, especialmente su parte tercera: "Abuso dei poteri di rappresentaza e conflitto di interessi", pp. 154-265.

En España, el estudio del tema ha interesado a la doctrina reciente, especialmente, a raíz de la regulación del conflicto de intereses entre socio y sociedad en la LSRL. V., entre otros, BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1007-1047; MODREGO, "El deber de abstención del socio en conflicto de intereses con la sociedad", CDCom (1996) 61-103; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 677-701; ALCALA, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS 9 (1997) 89-141; Id., «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 447-496; COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones*, 1999; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, 2000. A pesar de no haber tenido un tratamiento doctrinal especializado hasta fecha reciente, existía conciencia de su relevancia. De ello da testimonio SUAREZ-LLANOS, "Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima", ADC (1962) 943, al señalar que «[e]l tema del conflicto de intereses... ha sido uno de los más debatidos por la doctrina en materia de Sociedades Anónimas, y su carácter polémico se conserva, incluso, frente a aquellos

delimitación del conflicto encontramos los elementos que configuran el supuesto de hecho de la norma, cuyo cumplimiento reclama la aplicación del deber. La singularidad del conflicto en la relación de gestión resulta de que el contraste de intereses no es solo una situación de hecho, natural entre partes enfrentadas y propia de las relaciones de intercambio, sino una auténtica controversia jurídica ante la cual el ordenamiento concede protección a una de las partes de la relación.[1370] Esta protección del interés de una de las partes en las relaciones gestoras es la consecuencia de la obligación del gestor de actuar en interés del principal, configurándose el deber de lealtad como la norma tutelar del principal y el conflicto como el presupuesto de su aplicación.

2. La definición del conflicto de intereses adquiere, pues, relevancia en la medida que determina el ámbito de aplicación objetivo del deber y establece los límites de la conducta leal del gestor. Sin embargo, la ausencia de una definición legal del supuesto lleva consigo la necesidad de una construcción doctrinal del mismo. El estudio del conflicto de intereses en el ámbito de las relaciones gestoras ha correspondido, en lo fundamental, a la doctrina de la representación, incluyendo tanto la representación legal como la voluntaria.[1371] Recientemente, la atención doctrinal se ha orientado hacia los conflictos societarios; de un lado, los que se producen en la relación entre administrador y sociedad y, de otro, aquellos que se generan en la relación entre el socio y la sociedad.[1372]

---

ordenamientos cuya reglamentación positiva ha dado reconocimiento legal a lo que parecía ser casi unánime aspiración de la doctrina científica...».

[1370] V. DIEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (1993) 14-5, quien subraya que la controversia jurídica existe cuando «además de existir un conflicto de intereses, existe una protección o una tutela preferente por alguno de dichos intereses o una parcial y recíproca tutela de ambos».

[1371] V. PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 37-154 [137]; Id., «Abuso di rappresenanza e conflitto di interessi», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 263; Id., «Programma introduttivo di un corso sulla rappresentanza in Diritto privato», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 499. El autor considera que «el conflicto de intereses dispone de una idéntica disciplina» tanto en la representación legal como en la convencional dado que entre ambas no existen diferencias de estructura (id., p. 102). Sobre el conflicto, la representación y la gestión, v. recientemente, DI ROSA, G., *Rapresentanza e gestione. Forma giuridica e realtà economica* (1997) 171-230.

[1372] V. BISBAL, "La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada", *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 677, al señalar que en el Derecho de sociedades los conflictos de intereses «emergen en dos géneros de relaciones: el de las de cada socio y la sociedad y el de cada administrador y la sociedad»; BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1008; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 740; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, I (1976) 656-60; URIA / MENENDEZ / MUÑOZ, «La Junta general de accionistas», *Comentario al RLSM*, V (1992) 167-8; ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 248; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 91; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 283. V. también, ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratorio di società per azioni* (2000) 141-210; SANTORO, "Il problema del conflitto d'interessi nell'esercizio delle cariche di governo. Prospettive di soluzione in chiave comparatistica con particolare riguardo ad una nuova concezione della fiducia", Riv. Dir. Com. (1996) 1153-76; SOLIMENA, *Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, 1999., passim; ROPPO, E., «Le varie tipologie di conflitto di interessi e y rimedi», *Rappresentanza e* gestione (1992) 188-97.

Colisión u oposición de intereses

3. En una primera aproximación, el conflicto se caracteriza por la idea de incompatibilidad, colisión u oposición de intereses.[1373] El conflicto resulta así de una conducta del gestor en la cual se ponen en relación los intereses del principal con los suyos propios de tal forma que, al ser los intereses concurrentes, la realización del interés de uno o de un tercero signifique el sacrificio del interés del otro.[1374] El ejemplo típico se plantea en el caso en que un administrador con poder de representación adquiere para la sociedad bienes que forman parte de su patrimonio personal. En este caso, el gestor debe comprar en las condiciones más favorables para la sociedad (p.e., el precio más bajo posible) y al mismo tiempo vender en las mejores ventajas para sí (p.e, al precio más alto posible).[1375] En

[1373] Estos parecen ser los atributos más comunes a los que se refiere la doctrina. Al respecto, SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 9, p. 22, entiende que «un conflicto de intereses se origina cuando una misma persona persigue dos o más intereses, de forma que tales intereses sean contradictorios». En la relación socio y sociedad, v. ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 248 (concurrencia de interés antagónico o contrario al interés social); SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 55, 150 («relación de oposición o contradicción entre intereses pertenecientes a sujetos distintos»).

En un sentido más amplio, BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1008, destaca que «nos encontramos ante un conflicto de intereses cuando existe una situación de difícil salida en la que colisionan la conveniencia del socio o el administrador de la sociedad y la necesidad de carácter colectivo o finalidad de la sociedad».

En la representación, v. MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 259 («Existe conflicto (u oposición) de intereses entre representante y representado cuando los intereses del representado y los intereses del representante son incompatibles… de forma que el cuidado de los intereses del representado no se concilia con el cuidado de aquellos del representante o del tercero»); DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 212 (existe conflicto cuando dos sujetos se encuentren en posiciones de contraste en el sentido «de que la tutela del interés del representado no se concilie con la del representante, o viceversa»);

En la patria potestad, según MANRESA, *Comentarios al CC español*, II (1957) 77, se presenta el conflicto de intereses «cuando el interés personal del padre se encuentre en antítesis con el de sus hijos, de modo que el primero para proveer a su propia defensa, se ve constreñido a agravar la condición o posición de los segundos».

En términos más generales, en el ámbito de las relaciones de intercambio, v. DIEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (1993) 11, al referirse a que el conflicto existe «siempre que entre dos o más personas se produce una situación de tensión o de incompatibilidad en sus necesidades o en sus aspiraciones respecto de los bienes vitales que pueden satisfacerlas». V. también, BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I (1969) 110.

[1374] V. GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 372. Desde un perspectiva distinta y de mayor abstracción, CLARK, *Corporate Law* (1986) 147, observa el conflicto en aquellas situaciones en las cuales el interés personal del gestor resulta ser superior al que tendría un tercero no interesado.

[1375] V. un ejemplo similar en GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 372. V. también el ejemplo que propone BISBAL, "La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada", *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 677, sobre un contrato de prestación de servicios entre la sociedad y un administrador y uno de los administradores que es al mismo tiempo socio. El autor señala que «no se trata de una dificultad de orden subjetivo, sino de carácter estructural u objetivo. Es inimaginable que el socio, actuando en interés de la sociedad, pretenda imponer unos términos en ese contrato que acaben siendo perjudiciales para él en su condición de contraparte, sin posibilidad de resarcirse por un lado de la pérdida que experimenta por otro, y viceversa». En el marco del conflicto entre el socio y la sociedad, v. también GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, I (1976) 657: «no es aventurado suponer que el accionista se sienta inclinado a supeditar la conveniencia de la sociedad a su interés personal y egoísta» cuando el accionista tenga un interés propio en el asunto sometido a la decisión de la junta, como puede ocurrir en casos de actos o contratos en los cuales el accionista y la sociedad aparecen colocados frente a frente como partes

definitiva, el conflicto existe cuando, ante un mismo objeto, dos o más voluntades reunidas en una sola persona se encuentran en una posición contrapuesta. Dicho en otros términos, el conflicto se produce cuando la aspiración de una persona hacia el objeto de interés se minora o suprime con la intervención de la otra, de forma que los intereses de ambas partes no pueden ser simultáneamente satisfechos.[1376]

4. En la medida que el interés afectado del principal se convierte en el centro de atención del conflicto, la definición de su contenido y extensión deberá ser concretado en cada hipótesis conflictual. Con todo, el interés del principal objeto de estudio abarca, en términos generales, los derechos subjetivos y se extiende a las expectativas, los intereses legítimos y en general toda la esfera de intereses que lo sean de la satisfacción de sus necesidades o fines propuestos.[1377] Sin embargo, no todo interés del principal resulta protegido y, consecuentemente, forma parte del supuesto de hecho que conforma el conflicto de intereses. En efecto, la delimitación de intereses relevantes se acomoda a la finalidad gestora y al ámbito de poder del gestor, de tal forma que no existe conflicto si el gestor realiza actividades o conductas ajenas al objeto y finalidad de la relación a menos que use bienes o información propios del principal.

Conflicto aparente, hipotético o potencial

5. La determinación del conflicto precisa de la existencia de una primera situación de dualidad o concurrencia de intereses. Este estado de cosas se produce siempre que el gestor pone sus intereses en relación con los del principal, ya sea en un determinado acto o relación jurídica, ya sea en una situación de hecho, porque su comportamiento puede afectar los intereses del principal. En este estadio aún no se puede precisar que exista un comportamiento interesado del gestor que pueda significar una verdadera colisión, oposición o incompatibilidad de intereses con los del principal. El caso se produce cuando el gestor interviene en su propio interés en actos o declaraciones de voluntad frente al principal, cuando realiza actos idénticos o análogos al los de su encargo, cuando gestiona intereses de varios principales, etc. Esta situación que denominamos conflicto aparente, hipotético o potencial constituye el plano o punto de origen sobre el cual se inicia el análisis de indagación que permite deducir la existencia o no del conflicto relevante.[1378]

Conflicto actual

6. El segundo elemento que permite construir el conflicto de intereses consiste en precisar la existencia de un comportamiento interesado del gestor (ya de forma directa o indirecta) y la posibilidad de afectar los intereses del principal. A estos efectos, se produce un conflicto actual cuando además de la concurrencia de intereses se constata una situación real de riesgo que determina la existencia de la

---

antagónicas «(v.g., conclusión de un contrato entre la sociedad y el accionista, tasación de un daño, etc.)».

[1376] Este es el planteamiento de DIEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (1993) 11-2; PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 124, 140; SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 9, p. 23. V. al respecto, la RDGRN 20-11-1989, al subrayar que en un conflicto «una persona con su sola actuación compromete simultáneamente los intereses de dos patrimonios cuya representación ostenta, en forma tal que no queda garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de cada una de las voluntades negociales emitidas...».

[1377] Sobre la distinción entre interés, interés legítimo y expectativas, v. SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 53-5.

[1378] V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 78, que distingue entre «conflicto de intereses en abstracto (virtual o posible) y conflicto de intereses concreto (real o efectivo)». Idem, pp. 114-5.

oposición entre los intereses del gestor y los del principal.[1379]

7. Es decir, se pasa de una situación considerada en abstracto a una concreta situación de conflicto, al contemplar el riesgo de una precisa situación objetiva, determinada por las circunstancias espaciales y temporales que lo acrediten. En este caso, la previsibilidad racional de lesión deriva de las condiciones concretas o particulares que configuran el acto o negocio interesado.[1380]

Noción de conflicto

8. A partir de las notas anteriores es posible delimitar la noción de conflicto de intereses, tarea que, por otra parte, no está exenta de dificultades. El uso de la expresión puede corresponder a concepciones doctrinales y a objetos diversos. Es por ello que en este apartado se subrayan aquellas notas características de la noción de conflicto de intereses que, dentro de las relaciones gestoras, presentan en común el rasgo de su generalidad.[1381] La definición del conflicto no desarrolla sólo una función de orden basada en un criterio formal, sino que pretende servir a la tarea interpretativa respecto de lo que nuestro ordenamiento le confiere

---

[1379] A título de ejemplo, señalamos algunos supuestos. (i) El conflicto actual se confirma cuando el gestor no sólo realiza por su cuenta actos idénticos a los del objeto social, sino que además se trata de una competencia efectiva, en tanto que los realiza en la misma zona que se desarrolla la actividad societaria. V. *infra*, núm. 71. (ii) El conflicto se produce siempre que el administrador contrata con la sociedad, pues aquí no sólo hay dualidad de intereses, sino contradicción en la medida que el gestor, por su propia naturaleza enfrenta sus intereses a los del principal. V. *infra*, núms 51-85. (iii) Ejemplos de esa diversidad de posibilidades se dan frecuentemente en los denominados conflictos funcionales relativos a sociedades con administradores comunes. A saber, si un administrador ocupa el cargo de administrador en dos sociedades dedicadas a un mismo objeto, pero actuando en territorios distintos, plantea un conflicto potencial, aún cuando no pueda considerarse actual, en la medida que aquel, desde su doble posición, puede usar información para llevar a término negocios interesados (p.e, en favor de una de las dos sociedades). Sobre las vinculaciones funcionales, v. *infra*, núm. 46.

[1380] Para PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 138: «el peligro debe existir por el juego de los elementos ciertos en el momento de la conclusión del negocio, y no en base a conjeturas que resultan de una eventualidad futura que pueda o no tener lugar». V. id., p. 139, al señalar que «[e]l conflicto de intereses debe ser *real* y no solo *aparente*: es decir, debe efectivamente existir en el momento de la conclusión del negocio, como resultado necesario de la situación objetiva, sobre la cual debe desarrollarse la relación representativa». Al respecto, ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 188-91, entiende que hay conflicto actual cuando existe una previsibilidad cierta de lesión del interés social a partir de las condiciones de la operación, si bien no es necesario que la lesión del interés social efectivamente se produzca. En términos cercanos, v. SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 290, al decir que «la concurrencia de ambos intereses contrapuestos en una determinada situación supone, sin más, un *riesgo de lesión* para alguno de ellos y, en definitiva, un *conflicto actual de intereses*. Esta incompatibilidad debe resultar *objetivamente apreciable* de forma previa a la adopción del acuerdo ("ex ante"), y consiste en una típica situación de contraste entre los intereses del socio y de la sociedad en relación con el contenido del acuerdo de que se trate». En el derecho de familia, v. MANRESA, *Comentarios al CC español*, II (1957) 77 («El conflicto debe ser actual y efectivo, o aunque potencial y futuro, ciertamente verificable y no meramente hipotético».

[1381] La doctrina ha afirmado que es posible elaborar una doctrina general del conflicto de intereses que abarque tanto la representación legal como la voluntaria. V. PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 102. Sin embargo, existen dudas de que ese concepto tenga un alcance general. Al respecto, MONTES PANADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II (1984) 1094, entiende que «no puede formularse un concepto general de contraposición de intereses válidos para todas las situaciones, pero puede ser conveniente formular indicaciones generales para caracterizar los elementos que intervienen en el concepto de oposición de intereses».

relevancia jurídica.

9. Entendemos que el conflicto de intereses está caracterizado por dos notas esenciales e interrelacionadas: la oposición de intereses y el riesgo de lesión al principal. Venimos señalando que en el conflicto aparente o meramente hipotético no existe verdadera oposición de intereses ni, consiguientemente, riesgo de lesión para el principal. Por el contrario, estas condiciones sí se producen en el conflicto potencial, de forma que el conflicto se caracteriza, por una situación objetiva de riesgo potencial, basado en la existencia de una situación de oposición de intereses. La existencia de esa situación de riesgo para los intereses del principal constituye el elemento determinante del conflicto y el presupuesto objetivo de la colisión o contraposición de intereses.[1382]

10. Siguiendo las consideraciones anteriores, el conflicto de intereses se contempla como una situación jurídicamente relevante de concurrencia o relación de intereses opuestos entre el gestor y el principal, que se concreta en un acto o negocio, objetivamente contemplado, que por su naturaleza y finalidad resulta idóneo para poner en riesgo los intereses del principal.[1383]

[1382] PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 137-8, señala que «[e]l conflicto de intereses debe ser actual, es decir, que el peligro de daño debe existir en el momento de la conclusión del negocio, *pero como simple peligro*». Al respecto, MONTES PANADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II (1984) 1094, precisa que los intereses en conflicto debe ser «actuales y efectivos, reales y no eventuales o hipotéticos y teniendo causa en una situación objetiva...». En un sentido próximo, v. SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 152, quien señala que «[p]ara entender concurrente una situación de conflicto de intereses es preciso que el riesgo de lesión de los intereses del representado no sea sólo aparente o posible, sino que debe ser real y actual, derivado de la situación en que se encuentran los sujetos implicados y detectable en virtud de datos objetivos en el momento en que se aprecie la concurrencia del conflicto». V. también MARTINEZ MACHUCA, *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades* (1999) 237 (incompatibilidad real entre intereses del socio y la sociedad de forma que los intereses concurrentes no pueden ser satisfechos de forma simultánea).

[1383] Este planteamiento responde a las formulaciones de la representación que ya planteara PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 120, quien afirma que «el conflicto de intereses se resuelve en *un peligro de daño con el representado*». Según esta doctrina, «es claro que comúnmente, en caso de conflicto, existe un daño al representado con una correlativa ventaja para el representante o para un tercero; sin embargo, esta correlación de efectos económicos no es esencial en la idea de conflicto de intereses, puesto que un conflicto puede existir aunque no sea, de hecho, una ventaja económica...» (id., p. 122). V. id., pp. 120-4. En esta línea argumental, puede hablarse de conflicto de intereses en vía retrospectiva y es suficiente considerar la situación objetiva en el momento de la conclusión del negocio (id., pp. 137-8). Por todo ello, el conflicto de intereses se presenta como «un peligro actual y real de daño para el representado, quien, al intervenir un elemento extraño, corre el riesgo de ver comprometido el fin que se había propuesto alcanzar cuando confirió el mandato» (id., p. 154). V. al respecto, GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 372, quien subraya que en la representación la «situación objetiva del conflicto de intereses es por sí sola causa de anulabilidad del contrato». En sentido semejante, SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 498, indica que aunque la jurisprudencia tradicional exigía que el representante actuara a sabiendas en perjuicio del representado, para la existencia del abuso del poder de representación es suficiente «la existencia de una violación a su actuación como representante»; LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 386, al señalar que el fin del art.181 del BGB consiste en proteger al representado, sin que en ello tenga importancia si existe o no un perjuicio para el representado.

Tal como indica FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores* sociales (2002) 217, «la mera conducta del administrador promotora y originante de situaciones de conflicto de intereses –llegue o no éste a aprovecharse de ellas– es sancionable por desleal».

11. Esta es la situación que se acomoda al supuesto de hecho general sobre el que se asienta la aplicación del deber, de tal forma que la variada tipología conflictual se construye necesariamente con las notas que hemos señalado, con independencia de que la delimitación legal establezca otra cosa en cada caso.

b) Elementos eventuales del conflicto

12. Al lado de los elementos esenciales que configuran la noción del conflicto existen otros de carácter eventual que sirven a la función de su delimitación: la lesión

---

En el ámbito del Derecho anglosajón, el conflicto se plantea en términos semejantes. V. al respecto, SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 148, quien señala que «[a]nalíticamente, un conflicto de intereses existe si una persona se encuentra en una situación en la que debe elegir entre sus propios intereses y su deber hacia otra persona». V. id., p. 339. Tomando como ejemplo la reciente doctrina relativa al Derecho inglés, DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 173, indica que la aprobación previa de la operación interesada no requiere mostrar que exista un conflicto actual de intereses entre el administrador y la sociedad, siendo suficiente que se produzca un conflicto potencial; es más, no es necesario demostrar que el interés del administrador ha tenido un efecto sobre los términos de la operación. De esta forma, aunque el negocio sea de interés para la sociedad, ésta necesita la aprobación de los socios.

V. también la definición de conflicto de SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* (1999) núm. 9, p. 25, al considerar que a través de la expresión conflicto de intereses comprende «toda situación en la cual un accionista o un directivo decide ejercer sus derechos y poderes en violación del interés común, ya sea para satisfacer un interés personal exterior a la sociedad, ya sea para otorgarse dentro de la sociedad una ventaja en perjuicio de los demás accionistas». De una forma más sintética, v. SIMONART, «Conclusions générales», *Les conflits d'intérêts* (1997) 304, define el conflicto de intereses como la «divergencia u oposición que aparece en operaciones determinadas entre los intereses personales de una persona y otros intereses que ésta debe defender activamente». Esta noción está directamente relacionada con la de poder en el sentido de «aptitud para invadir la esfera jurídica ajena actuando validamente en su interés».

En el conflicto entre el socio y la sociedad, v. SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 291, para quien el conflicto de intereses «puede constatarse de forma objetiva antes de la adopción del acuerdo, y consiste en la mera posibilidad de que del acuerdo pueda derivar un daño. De ahí que, en la técnica estudiada, el *daño al interés social* sea simplemente *posible o eventual*. El conflicto de intereses, pues, consiste en un mero riesgo o peligro de que pueda llegar a producirse un daño». El autor sigue este planteamiento de un razonamiento más general en el contexto de las relaciones representativas. Al respecto señala que el conflicto de intereses describe una situación en la que el representante tiene un interés particular incompatible con el del representado en un acto o negocio, de forma que si «el interés contrapuesto llegara a prevalecer, necesariamente se derivaría de ello un daño para el interés del representado. La mera concurrencia de aquel interés, por tanto, determina un *riesgo de perjuicio* para este último, porque cabe presumir que su conducta pueda no estar exclusivamente orientada a la tutela de los intereses del representado». De ahí que el «elemento definidor del conflicto, por tanto, es el *riesgo de lesión* a los intereses del representado, que no debe ser confundido con la lesión o daño efectivo. El conflicto de intereses es previo a toda actuación de que pueda derivar un resultado lesivo, centrándose más bien en la concreta situación en que se encuentran dos sujetos, representante y representado, en relación con el acto o negocio de representación» (id., pp. 150-1). El conflicto implica únicamente un *riesgo cierto de lesión de un interés* que, de acuerdo con las circunstancias, permita racionalmente presumir que se producirá aquel daño o lesión como consecuencia de la satisfacción de otro interés incompatible. V. id., p. 152-4 y 241.

En el ámbito de la autocontratación, v. BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 41, en relación a un supuesto de garantía de deuda ajena, «no es necesario que se produzca un perjuicio; basta... un objetivo conflicto de intereses». En relación a la autocontratación del comisionista, v. OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 264-5, al entender que «el criterio determinante de la prohibición de autoentrada es... el deseo de evitar el peligro de que el comisionista sacrifique el interés del comitente en beneficio de su propio interés».

patrimonial y la intencionalidad del gestor.

Convergencia y lesión de intereses

13. En la medida que el conflicto de intereses se fundamenta en un conflicto actual o de riesgo para los intereses del principal pueden diferenciarse dos subtipos de conflictos según el resultado final del mismo. En un extremo, pueden examinarse aquellos conflictos que tengan como resultado una convergencia de intereses.[1384] La convergencia de intereses se desprende de un examen posterior a la ejecución del negocio que permite concluir que los intereses del principal no fueron lesionados a pesar de estar sometidos a un riesgo de lesión.[1385] Por el contrario, en el otro extremo aparece el conflicto lesivo o eficiente que se caracteriza porque la conducta del gestor ha causado un daño efectivo al principal. Precisamente, la acreditación del daño es el elemento que permite valorar con mayor rigor el resultado del efectivo enfrentamiento de intereses.[1386] Finalmente, desde una

[1384] V. Cap. 2º, núm. 70, al respecto del Derecho italiano reciente.

[1385] Cfr. con las posiciones de MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 260 («no hay conflicto cuando los dos grupos de intereses sean convergentes y coexistentes, de modo que deriva de ello ventajas equivalentes para los titulares de unos y para los titulares de los otros [intereses]...»); JAEGER, *L'interesse sociale* (1972) 209 («a la expresión "conflicto de intereses" se debe atribuir un significado técnico, y que tal expresión indica una relación de incompatibilidad absoluta, no comprendiendo, por el contrario, otros tipos de interferencias de intereses las cuales dan lugar sólo a relaciones de incompatibilidad relativa o potencial. La justificación de esta afirmación se encuentra ya sea en el origen histórico del precepto, ya sea en razones de carácter sustancial»); COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 70 («No hay conflicto cuando al contenido de un acuerdo social la satisfacción del interés no social del socio es compatible con la satisfacción del interés social...»). ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 191-2, hace referencia al «conflicto actual "de suma cero"», según el cual el conflicto actual sea cualificado por un daño a la sociedad equivalente a la utilidad obtenida por el administrador. En el Derecho de familia, v. MANRESA, *Comentarios al CC español*, II (1957) 77 («no existe conflicto cuando los intereses son concurrentes y no antitéticos»); MONTES PANADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II (1984) 1094 (no existen intereses opuestos cuando los intereses concurrentes sean «coincidentes, paralelos o comunes e, incluso, distintos, siempre que sean compatibles»).

[1386] En el sentido de que la lesión del interés social es un requisito del conflicto, v. HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1726: «lo prohibido es resolver el conflicto de intereses... lesionando el interés del representado, de la sociedad». V. también, i d., p. 1724.

En la relación ente socio interesado y la sociedad, v. SUAREZ-LLANOS, "Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima", ADC (1962) 944 (el conflicto sólo podrá determinarse a posteriori cuando se haya puesto de manifiesto un cierto daño a la sociedad); ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS 9 (1997) 94 (existe conflicto cuando «la satisfacción de este interés privado implica la lesión del interés social»). V. también, DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 62, quien aunque señala que el acuerdo perjudicial puede consistir «tanto en la pérdida sufrida por el patrimonio social, como en la ganancia dejada de obtener, a consecuencia de la simple adopción o ulterior ejecución del acuerdo impugnable», admite tanto el daño efectivo como el daño «potencial» (id. p. 62). Se manifiesta con dudas ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 263 («nos preguntamos si dentro del conflicto se incluye también cualquier conducta que impida el desarrollo óptimo del interés social o si, por el contrario, consiste únicamente en la lesión directa del interés de la sociedad»). Recogiendo ese argumento en un sentido afirmativo, v. BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1010 («dentro del daño o lesión no sólo estarán las conductas que perjudiquen directa y patrimonialmente a la sociedad, sino también aquellas que impidan el desarrollo óptimo del interés social»).

En el ámbito de la representación voluntaria, la doctrina defiende el requisito del daño como elemento esencial del conflicto de intereses, por favorecer «la libertad de contratación y la agilidad

posición intermedia, se afirma una corriente que entiende el daño en un sentido tan amplio, que no solo incluye el daño patrimonial, en lo que significa de daño emergente y lucro cesante, sino toda desventaja que afecte a los intereses del principal derivada de la actuación interesada del gestor, a lo que se asimila el daño potencial.[1387]

14. La noción de conflicto que venimos analizando se caracteriza por ser una conducta de riesgo, de suerte que, la existencia de una lesión del interés del principal es irrelevante para la determinación del supuesto.[1388] Por el contrario, y según el

---

del tráfico». En este sentido, v. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 146, y más ampliamente, pp. 155 y 144-5; id., "Comentario a la RDGRN 29-4-1993", CCJC (1993) 366.

[1387] Este es el planteamiento de PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 120, al postular que «el daño debe entenderse en un sentido especial: no en el sentido de *damnun emergens* y ni siquiera, en rigor, en el sentido de *lucrum cessans*: aquí se debe hablar de daño cada vez que el representante, por la intervención de un elemento extraño (interés opuesto), *no cuide de modo exclusivo la realización del interés del representado*. Todo lo que el representante no hace, a causa de la existencia del interés contrario, en ventaja del principal, violando por ello la obligación que le incumbe, por el contrato de gestión, se puede decir que lo hace en su daño». Desde esta perspectiva, la idea de daño «no supone como elemento esencial un criterio económico, sino un criterio jurídico: el daño no se tiene en relación a la consecuencia patrimonial del acto, sino con relación a la legitimidad del ejercicio del poder representativo» (id., p. 121). Sigue este planteamiento, VISINTINI, «Della rappresentanza», *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca* (1993) sub. art. 1394, p. 272, al señalar que es un principio consolidado en la jurisprudencia que «en caso de conflicto de intereses no es necesario el perjuicio efectivo, sino que es suficiente un daño meramente potencial, a los fines de la acción de nulidad prevista en el art. 1394». En esta línea puede acogerse el argumento de FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) 211, al indicar que «la infracción del deber de lealtad no presupone la causación de un daño patrimonial efectivo a la sociedad, entendiendo este daño o perjuicio como disminución patrimonial efectiva del acervo de bienes y derechos existentes en ese momento en la sociedad». La idea de daño que propugna una interpretación no estrictamente patrimonial del daño entendido «como pérdida del beneficio posible y esperable; esto es, pérdida de una oportunidad de negocio o de una ventaja empresarial, sin que estas pérdidas supongan necesariamente una efectiva disminución del patrimonio social, aunque sí un menoscabo del valor de empresa...» (id., pp. 213-4).

V. también MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 259, quien afirma que del conflicto de intereses «surge daño, para el representado mismo». Sin embargo, «no hay conflicto... cuando el provecho de un sujeto no se traduzca en un daño (actual o potencial) sobre el otro» (id., p. 260).

[1388] V. VISINTINI, «Della rappresentanza», *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca* (1993) sub. art. 1394, p. 273, al indicar que «el daño puede ser un síntoma del conflicto y puede fundar una acción de responsabilidad contractual frente al representante, pero no es un elemento constitutivo del supuesto ex artículo 1394 cod. civ.». En esa dirección, v. FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) 217, al precisar que «la deslealtad del administración social se configura jurídicamente como ilícito de conducta que se enjuicia y sanciona por su resultado lesivo al interés de la sociedad –tanto en lo patrimonial como en lo empresarial–, sea dicho resultado plenamente efectivo o sólo razonablemente previsible (riesgo de lesión)». El autor hace referencia a que la prohibición de entrar en conflicto se dirige a los resultados efectivos o previsibles de lesión del interés social (id., p. 218). Con mayor concreción señala que el daño «no es presupuesto de la deslealtad de conducta del administrador, sino de la responsabilidad» (id., p. 313).

En el Derecho de sociedades se sigue el razonamiento según el cual para la existencia del conflicto no es necesario que la lesión del interés social efectivamente se produzca. V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 146-8, 183-4, 188-9 (el conflicto potencial no queda subordinado a la verificación del contenido efectivo del acuerdo tomado, lesivo o no, del interés social, siendo suficiente que sea predecible un posible

argumento seguido en este trabajo, el elemento determinante del conflicto se encuentra en la situación de intereses enfrentados que existe desde el momento en que el gestor encamina su conducta hacia la realización de sus intereses, valorándose la oposición de intereses en un momento anterior al resultado final de la conducta del gestor, con independencia de que ésta sea finalmente dañosa para el patrimonio o intereses del principal.[1389]

15. Esta nota aparece claramente reflejada en la regulación de los supuestos de la representación legal, habida cuenta del contenido preventivo de la regulación protectora de los intereses del tutelado.[1390] Sin embargo, en ello no reside la singularidad relativa a la protección del incapaz, pues la situación de conflicto o supuesto de hecho es el mismo en todo tipo de representación, sea legal, voluntaria y orgánica. Esta protección del menor o incapaz no se manifiesta en la situación de conflicto sino en la sanción de nulidad radical dirigida al acto ilícito, frente a la sanción de anulabilidad o ineficacia prevista para los actos de representación voluntaria desleal.

16. Lo mismo sucede en la relación de administración, donde la infracción del deber de lealtad se produce independientemente de que la conducta del administrador provoque un daño a la sociedad, siendo suficiente que cause un riesgo de lesión de los intereses sociales.[1391] Un supuesto particular que pone de manifiesto que el

---

perjuicio del interés social), 190-1. V. también, MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 405-6.

[1389] V. SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 151, 291, al señalar que el «conflicto de intereses puede constatarse de forma objetiva antes de la adopción del acuerdo, y consiste en la mera posibilidad de que del acuerdo pueda derivar un daño. De ahí que, en la técnica estudiada, el *daño al interés social* sea simplemente *posible o eventual*. El conflicto de intereses, pues, consiste en un mero riesgo o peligro de que pueda llegar a producirse un daño».

[1390] En relación al conflicto de intereses en la representación legal, v. PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 89-99. En la representación legal, la defensa de la existencia de intereses contrapuestos como requisito suficiente para integrar el supuesto conflictual, se ha basado en la posición del representado, quien no puede soslayar los peligros que la situación de conflicto plantea entre las partes, pues no poder ejercer un control sobre el representante. V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 141 («la representación legal tiene como finalidad la salvaguardia de los intereses de las personas que no pueden actuar por sí solas»); v. más ampliamente, id., pp. 140-4 y 73-4. V. BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 40, a señalar que en la prohibición del art. 221 CC «no se exige un prejuicio efectivamente ocasionado al menor -ni al otro representado-, sino que basta el mero y objetivo conflicto de intereses; y éste se presume por la situación en sí, abstracción hecha del efectivo o posible perjuicio». V. también, BADOSA COLL, *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela* (1986) 253-4.

[1391] En esta dirección, v. LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 92: «la infracción de este deber, a diferencia de la infracción del deber de diligencia, no conlleva siempre la causación de daños al patrimonio social, al menos, con el significado que a este concepto se le atribuye en el contexto del régimen de responsabilidad de los administradores contenido en los artículos 133, 134 y 135 de la LSA, esto es, como presupuesto de la responsabilidad social o individual de aquellos».

Cfr. con SALELLES, *El funcionamiento del consejo de administración* (1995) 189 («el conflicto de interés sólo tiene lugar si el contenido y la modalidad de la operación pueden perjudicar el interés común en beneficio de los administradores o de terceros. Conviene precisar que el perjuicio no ha de entenderse necesariamente como pérdida en el patrimonio social, sino también como ganancia que se deja de obtener por haber adoptado ese acuerdo»); ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», en El gobierno de las sociedades cotizadas (1999) 492 («el conflicto se configura como la existencia

daño resulta irrelevante para la afirmación del conflicto se desprende de la regulación de la prohibición de competencia del administrador con la sociedad.[1392]

17. Finalmente, la construcción del conflicto a través del riesgo de lesión comporta una ulterior consecuencia de carácter sistemático. A saber, aquellos que caracterizan el conflicto con la nota del daño, son quienes postulan la protección del principal a través de medidas indemnizatorias evaluadas una vez que se ha producido la conducta y el daño. Frente a ello, quienes construyen la noción de conflicto de intereses mediante el elemento del riesgo de lesión, defienden medidas preventivas para tratar de evitar su producción.[1393]

Conocimiento, negligencia e intencionalidad

18. Por otro lado, el análisis del conflicto de intereses plantea la relevancia de la intencionalidad del gestor. En esta dimensión corresponde considerar y distinguir, de un lado, el conocimiento y el deber de conocer la situación de conflicto y, de otro, la intención del gestor de obtener determinadas ventajas en perjuicio de los intereses del principal. En este sentido, el requisito necesario para vincular al gestor con la situación de conflicto reside en el conocimiento o el deber de conocer del gestor de la situación de incompatibilidad de intereses.[1394] Consiguientemente, el conflicto de intereses se enmarca en una situación objetiva de incompatibilidad de intereses cuya valoración se enjuicia sin tener en cuenta la intencionalidad del

---

de dos intereses contrapuestos de forma que la consecución de uno de ellos implica la lesión del otro»).

[1392] V. la afirmación de PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 33, al señalar que «[n]o es preciso... que la actividad competitiva del administrador haya provocado un perjuicio contablemente perceptible. La prohibición de competencia tiene un carácter preventivo». Cfr. con GARCIA VILLAVERDE, "Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad", La Ley (1987) 147, quien entiende que «el perjuicio tiene significación en el tema» y afirma que «el art. 136 CdC cuenta con la existencia de perjuicio y pone la demostración de este perjuicio a cargo de quien lo alega…». Con todo, matiza que «[c]osa distinta es que por perjuicio deba entenderse el menoscabo de los beneficios o que haya de concretar numéricamente el daño causado y no baste la mera susceptibilidad de producirlo». V. al respecto, la STS 6-3-2000, RJA 2000\1205, en un caso de competencia del administrador de una sociedad limitada. Sobre el Derecho alemán, v. Cap. 2º, núm. 116.

[1393] V. al respecto, PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 120, al señalar que «el conflicto de intereses se resuelve en *un peligro de daño con el representado* y todas las normas que regulan sus efectos no son más que remedios prestados por el legislador con el fin de evitar el daño al representado». V. también, DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (1995) 42.

[1394] Sobre el reconocimiento en la propia definición de *conflicto de intereses* de que el administrador debe tener conocimiento de que es parte, directa o indirectamente, en un negocio con la sociedad o puede beneficiarse de una conducta relacionada con sus intereses, v. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.23(a)(4); ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(1). Sobre el momento en que se exige el criterio del conocimiento (*time of commitment*), v. ABA, id., sub. 8.60(5) y 8-8, pp. 395-6. Este conocimiento se exige en el momento en que la sociedad queda afectada por la conducta o actividad económica. La justificación de este requisito reside en que ante su ausencia no puede existir riesgo de conflicto de interés (id., p. 8-396). Uniendo este criterio del conocimiento con el anterior de la relevancia o *de minimis*, en el comentario sobre la noción de administrador interesado del ABA, id., 8-396 se señala que «en una sociedad con un tamaño significativo, las operaciones rutinarias en el curso ordinario del negocio que requieren decisiones en los niveles inferiores de gestión, normalmente no serán conocidos por el administrador y de esta forma quedan excluidas de la definición por el criterio del conocimiento». V. también, ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-401

gestor, que a estos efectos resulta irrelevante.[1395] Sin embargo, ello no significa que la acreditación del dolo en la conducta del gestor no pueda tener relevancia a los efectos de la exigencia de responsabilidad, ya sea ésta patrimonial o penal.[1396]

c) Delimitación negativa

19. El conflicto no sólo exige que el gestor tengan un interés personal en el acto o negocio, sino que este interés pueda poner en riesgo los intereses del principal. Consiguientemente, si existen circunstancias que permiten determinar la inexistencia del riesgo de lesión para el principal, no cabe hablar de una situación de conflicto.[1397] Tales situaciones en las cuales no existe conflicto de intereses se presentan especialmente en aquellos casos en los cuales la actuación gestora

---

[1395] En el ámbito de la representación, SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 498, subraya que si bien la mala fe o la intención dañosa del representante es típica, sin embargo, ésta no es precisa para el abuso del poder de representación. «Por el lado del representante es suficiente que el acto jurídico sea objetivamente violatorio de sus obligaciones».

El conflicto actual sicológicamente cualificado existe en el supuesto de contraste de intereses unido al ulterior requisito del dolo específico del administrador, en el sentido de que éste debe actuar con el específico fin de obtener ventajas con daño a la sociedad. V. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 405-6 (se refiere a un conflicto de intereses objetivo); ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 192. En relación al conflicto entre el socio y la sociedad se entiende el interés particular en sentido objetivo. V. SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 283, para quien «[n]o se consideran relevante a estos efectos las motivaciones individuales que puedan inducir al socio a votar en uno y otro sentido, sino la *relación o vinculación objetiva que es posible apreciar entre el objeto del acuerdo y el sujeto que omite su voto*».

También en el Derecho de familia, la constatación de intereses opuestos es requisito suficiente para considerar que el representante legal se encuentra en una situación de conflicto. V. al respecto, MONTES PANADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II (1984) 1095, para quien «la Ley presupone que la existencia de conflicto de intereses impide al representante legal del menor cumplir su función con objetividad. No admite prueba en contrario consistente en probar que el representante está dispuesto a sacrificar su propio interés por el del menor. La Ley, por tanto, sólo contempla el conflicto de intereses como una situación objetiva sin tener en cuenta el comportamiento anterior, ni mucho menos, la predisposición de ánimo, del que ostenta la representación legal».

Como ejemplo reciente que considera en conflicto en su vertiente objetiva, v. el *Informe de la NYSE* (2002), recomendación núm. 10: «Un "conflicto de intereses" ocurre cuando un determinado interés privado interfiere de cualquier forma –o incluso cuando interfiere potencialmente (*appears to interfere*)- con el interés de la sociedad en su conjunto. Una situación de conflicto puede suceder cuando un empleado, alto cargo o administrador lleva a término conductas o tiene intereses que puedan dificultarle el llevar a término su actuación de forma objetiva y efectiva…».

[1396] V. Cap. 6º, núms. 135-136, en relación al estudio del dolo como uno de los elementos que conforman el tipo penal de administración fraudulenta.

[1397] En tales casos, la situación hipotética no se entiende como un conflicto relevante en tanto que el principal no requiere protección del ordenamiento por faltar la posibilidad o riesgo de lesión. V. DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 126-7 (el conflicto no existe porque el «el peligro de que los intereses sociales sean sacrificados a los extrasociales del socio haya desaparecido»); ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 262 (el conflicto no existe porque «faltaría uno de sus requisitos necesarios: la posibilidad de lesión del interés social»).

En relación a la autocontratación, v. GARCIA VALDECASAS, A., "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP (1960) 461; ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 154; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 212-3; CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 671; LEON ALONSO, «Arts. 1718 y 1719 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 231.

aporta exclusivamente una ventaja al principal.[1398] Aun cuando estos casos no están expresamente regulados, no cabe incluirlos en el supuesto de deslealtad en la medida que no tiene sentido prohibir un comportamiento que sólo puede aportar ventajas para la otra parte atendiendo a la finalidad de la norma protectora del principal, hecho por el cual la interpretación de la norma aplicable excluirá los supuestos beneficiosos por su naturaleza de su ámbito de aplicación.[1399]

20. Sin embargo, la total exclusión del conflicto de intereses fuera del ámbito del Derecho de familia, y particularmente en el marco de las relaciones jurídico patrimoniales se corresponden a situaciones excepcionales. Estas situaciones deberán apreciarse caso por caso, y examinarse bajo el criterio general los negocios onerosos, pues frente a la prestación de una de las partes se espera una prestación de la otra, sea esta presente o futura. Es más, el criterio de gratuidad previsto en algunos negocios por nuestro Código civil (art. 1711.I CC), debería interpretarse en sentido restrictivo, para evitar que lo que no se pueda exigir por el Derecho se obtenga a través de un aprovechamiento ilícito de la posición del gestor.[1400]

Liberalidades puras

21. El primer supuesto que conviene analizar corresponde a las donaciones entre las partes de una relación gestora en relación a los posibles conflictos de intereses que pueden presentarse. En primer lugar, existe un conflicto potencial o actual cuando el gestor actuando por cuenta del principal se hace donación de bienes que forman parte del patrimonio del segundo. Por el contrario, cuando el gestor realiza un acto de liberalidad pura por el cual dispone gratuitamente de un bien de su patrimonio en favor del principal y acepta la donación actuando por cuenta del principal, no parece que ello comporte conflicto alguno al no cumplirse la condición de la puesta en riesgo de intereses del principal.[1401] Sin embargo, para que el conflicto deje de tener relevancia es preciso que la liberalidad tenga carácter puro, si esta se realiza de forma modal o con cargas, la posibilidad de conflicto permanece, a pesar de que el valor donado exceda del gravamen impuesto.[1402] En todo caso, cuando las liberalidades no se concedan al principal sino que se otorguen en favor de tercero deben considerarse actos conflictuales por su propia naturaleza.[1403]

[1398] V. LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 774-775; id., *Metodología de la ciencia del Derecho* (1994) 386-7; FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 945.

[1399] La interpretación de la norma en el sentido indicado operaría a través de la técnica de la reducción teleológica, o tal como lo describe LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 774-775, como una «limitación de su ámbito de aplicación correspondiendo a su finalidad».

[1400] V. Cap. 3º, núm. 16, sobre la idea apuntada de la necesidad de reforma del criterio legal supletorio de la gratuidad de la actividad gestora.

[1401] El paradigma que ejemplifica el supuesto de operación en beneficio exclusivo del principal consiste en el caso de donación sin carga alguna por el gestor en favor del principal. V. DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 126-7 (donación del socio a la sociedad).

El supuesto se ha planteado en el ámbito de la representación legal cuando el representante (el padre) practica la donación en favor de los representados donatarios (sus hijos menores) aceptándola por representación. V. los comentarios a la STS de 5 de noviembre de 1956 de DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 212-3; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 148; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 307.

V. ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 154; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 147.

[1402] Cfr. con la opinión de DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 147.

[1403] Una excepción a este supuesto se puede encontrar cuando el representante del principal realiza un acto de cesión de bienes a favor del accionista único de la sociedad representada. V. un supuesto de esta naturaleza en la RDGRN 28-1-1999, RJA 614, dónde un

El cumplimiento de una obligación

22. Queda también excluido el conflicto de intereses en aquella situación en la que el comportamiento del gestor esté encaminado a realizar prestaciones relativas al cumplimiento de una obligación. La cuestión se plantea en un doble sentido, ya sea porque el gestor satisface deudas propias frente al acreedor–principal desplazando bienes de su patrimonio a favor del segundo, ya sea porque el gestor se autosatisface una deuda que el principal tiene con él mismo obteniendo el pago de una obligación contraía frente a él a través de los bienes del segundo.[1404] Con todo, la aplicación de esta regla queda condicionada a que el gestor estuviera autorizado a llevar a término el negocio jurídico del que la conducta trae causa, de tal forma que el acto jurídico de cumplimiento sólo signifique un acto de ejecución del negocio autorizado.[1405]

Contenido contractual determinado

23. Algunos ordenamientos han establecido que el supuesto de deslealtad no se plantea en casos de contenido contractual determinado de tal forma que excluyan el conflicto de intereses.[1406] La regla está pensada para los casos de representación voluntaria en los cuales el principal ha encargado directamente la realización del negocio, ya sea estableciendo todos los términos relevantes del mismo, ya sea teniendo en cuenta que su contenido será objeto de determinación a través de un mecanismo objetivo, ajeno a la voluntad del gestor.[1407] En estos casos, la ejecución del negocio por parte del representante queda limitado a elegir

---

liquidador practica una cesión gratuita de un crédito en favor de la sociedad accionista única de la entidad en liquidación, en cuyo caso no se produce la situación de conflicto de intereses.

[1404] Este es el único supuesto que se exceptúa a la prohibición de autocontratación en Alemania. El art. 181 BGB establece que «Un representante no puede, en tanto que otra cosa no le esté permitida, celebrar un contrato en nombre del representado consigo mismo, en propio nombre o como representante de un tercero, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de un obligación». V. al respecto, LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 773; FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 954. Para este autor, la compensación debe equipararse al cumplimiento, mientas que a la dación en pago debe aplicársele la prohibición o norma general. En este mismo sentido, ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 154, entienden que los «casos de cumplimiento normal y exacto de obligaciones» se exceptúan en España de la prohibición de autocontratación, pero no los casos de dación en pago. La excepción se justifica por que la contraprestación está previamente determinada. V. la casuística (pago de una obligación natural, pago de deuda prescrita, pago por compensación) en DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 149-53.

[1405] Tal como señala FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 954, el representante puede actuar en perjuicio del representado en los negocios de cumplimiento.

[1406] El supuesto está previsto en el art. 1395 CC it.: «Es anulable el contrato que el representante concluye consigo mismo... a menos que... el contenido del contrato se determine de modo tal que excluya la posibilidad de conflicto de intereses". V. GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 473. V. este razonamiento en DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 126-7, para la relación entre el socio y la sociedad. Sigue este planteamiento, ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 262. V. también, DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 153; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 195-6; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 307. Sobre la distinción entre autorización y determinación del contenido, v. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 157.

[1407] Sobre la exclusión del conflicto por razón de que el contenido contractual viene determinado de forma objetiva por un mecanismo ajeno a la voluntad de las partes, como así se ha postulado respecto de la autocontratación por parte del una entidad miembro del mercado de valores. Sobre ello, v. Cap. 4º, núm. 122, en relación a la autocontratación, dónde se niega esta tesis. También se postula que la autoentrada de un comisionista cuya libertad queda sujeta a los límites de un mercado público, que no necesariamente deber ser de valores, el contrato no deja margen al conflicto; v. al respecto, DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 154-5.

la persona con la que contrata el principal, en las condiciones de precio, de pago, de duración del contrato, de garantías, de calidad, etc, que ha previsto el principal.[1408] En otros casos, se defiende que el conflicto queda excluido cuando el contenido del negocio viene determinado por la ley o por un contrato tipo, que sólo permite al gestor la adhesión al mismo, e incluso cuando el único elemento a tener en cuenta es el precio y éste debe ser autorizado por una autoridad administrativa.[1409]

24. Esta línea argumental resulta idónea para defender la exclusión del conflicto en los supuestos en los que las únicas circunstancias relevante se deducen del contenido contractual. Sin embargo, aunque el contenido del contrato se fije sin la intervención del gestor, el conflicto puede plantearse en otros aspectos no menos importantes, tales como la oportunidad o la necesidad del negocio, la información reservada que maneja el gestor, el asesoramiento que ha dado al principal, etc. Consiguientemente en todo contrato oneroso en el que intervenga el gestor, aunque su contenido esté determinado, puede producirse un conflicto de intereses.[1410] Por esta razón, consideramos que en el ámbito de la administración de sociedades, se entiende que existe un conflicto de intereses cuando este contrata con la sociedad, aunque no establezca el contenido contractual, pues por el hecho de formar parte de la estructura orgánica de la sociedad puede influir en la toma de decisiones.[1411]

[1408] V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 213; ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 272. A la hora de concretar los supuestos, ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 154, hacen mención a los casos de venta con «arreglo al precio corriente en una Lonja», «las subastas, [la] venta al precio corriente o *sub arbitrio tertii*». V. otros ejemplos en DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 156: «el del taquillero del teatro que compra una entrada para sí, el del empleado de ferrocarril que adquiere un billete y el dependiente de una tienda que compra un objeto de la misma que tiene precio fijado».

[1409] Sobre la exclusión del conflicto respecto de los contratos normados, en los que el Estado dota de un contenido imperativo irrenunciable, y respecto de los contratos en masa o contratos tipo, v. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 153-4. Sobre los casos de «venta de mercancías cuyo precio está predeterminado por la autoridad gubernativa», v. GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 372.

[1410] Un supuesto que ha llamado la atención a la doctrina se refiere a los casos en que el gestor realiza un negocio cuyo contenido económico está previamente determinado, de tal forma que la voluntad del gestor resulta irrelevante. V. Tal como señala DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 213, «en todos aquellos contratos que sean de naturaleza onerosa, con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, el juego mismo de la estructura onerosa del contrato determina que entren en contradicción los intereses de ambas partes». Además, también en aquellos en los cuales no exista sinalagma, por que las declaraciones de voluntad se dirijan a una misma dirección, como sucede en el contrato de sociedad, el contraste de intereses también puede producirse, pues la posiciones pueden ser distintas.

[1411] Distinto es el caso en el ámbito de los contratos de tipo asociativo, tal como resulta de la RDGRN 14-5-1998, RJA 4455, dónde uno de los socios otorgantes de la escritura de fundación representando a otro socio fundador, sin haberse hecho previsión de autocontratación en el poder. La Dirección General apunta que aunque en tales contratos de tipo asociativo no es tan patente la presencia de una contraposición de intereses entre las partes como en los onerosos con obligaciones recíprocas, no por ello queda excluida aquella posibilidad [v. RDGRN 9-5-1978]. Sin embargo, cuando las facultades conferidas son tan precisas que desaparecen los riesgos que genera la autocontratación o, al menos, de aquellos elementos «en los que pudiera darse el conflicto de intereses, al punto de hacer intrascendente la identidad de las restantes partes que intervengan e el mismo». Esta es la situación que se produce cuando la parte representada «otorgó un poder especial para serlo en la constitución de una concreta sociedad, con fijación de

Regla de *minimis*

25. Además de que el gestor quede afectado por alguna de las circunstancias que le hacen interesado, el conflicto adquiere relevancia jurídica sólo si se reúne una ulterior condición: a saber, que el interés tenga una entidad suficientemente relevante para ser considerado que pueda afectar el interés del principal. Esta valoración es comúnmente conocida como la regla *de minimis*.[1412] Diversos ordenamientos reconocen una exención para las operaciones corrientes y las pequeñas operaciones, que funciona como una regla *de minimis* que excluye aquellos negocios que por su naturaleza económica de poca relevancia, cuya sanción crea más problemas de seguridad jurídica y de costes que su tolerancia.[1413] El criterio objetivo sobre la importancia económica, ha sido en ocasiones completado con un criterio subjetivo que atiende a la influencia que razonablemente pueda ejercer el concreto interés en la decisión que deba tomar el administrador.[1414]

---

su capital, las participaciones en que habría de estar dividido y las que la representada habría de asumir, señalando igualmente cuál habría de ser su desembolso y el medio de realizarla».

[1412] Derivado del aforismo latino, *de minimis lex non curat* o *de minimins non curta praetor*.

[1413] V. en el Derecho comparado, el reconocimiento legal de los casos de operaciones corrientes concluidas en condiciones normales (Cap. 2º, núms. 25, 27, 47, 71); operaciones practicadas por establecimientos financieros (Cap. 2º, núm. 19); los casos de créditos que no rebasen el salario mensual (Cap. 2º, núm. 127); las operaciones cuyo valor en el momento de su celebración no 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, que no exigen autorización (Cap. 2º, núm 178). V. también en Portugal, el art. 397.5 CSCom. port.,que establece que no es necesaria la autorización previa del consejo de administración, ni la comunicación en el informe anual, «cuando se trata de un acto comprendido en el propio comercio de la sociedad y no se haya concedido al administrador ninguna ventaja especial». Lo cual no es propiamente una regla de minimis, sino una regla de compatibilidad.

Desde una perspectiva general, no estrictamente societaria, la doctrina alemana se plantea la justificación de las pequeñas operaciones. FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 955-6: «... la licencia puede resultar, según la doctrina dominante, de los usos del tráfico, por ejemplo, cuando un cajero cambia dinero a sí mismo, o un empleado de correos envía un giro postal, o una taquillera del teatro se compra una entrada para sí... Pero lo que de ningún modo ocurre es que la habitualidad en el tráfico, como hecho, derogue la Ley. Más bien en el uso del tráfico se constata de manera directa la convicción jurídica general de que el representante puede realizar consigo mismo los negocios jurídicos que sean “habituales en el tráfico”».

Aun cuando la regla *de minimis* no tiene expresión como tal en las disposiciones reguladoras de la contratación desleal, la interpretación de su contenido parte de que la regla *de minimis* tiene una aplicación general en relación a operaciones de escasa importancia. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 212: «Bajo el principio *de minimis*, la sección 5.02 no debe aplicarse a operaciones que comportan cantidades relativamente triviales».

ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 212-213: En particular, «no deberían aplicarse a aquellas operaciones que traigan consigo bienes y servicios que son adquiridos por o vendidos a un administrador o alto cargo en el ordinario curso de los negocios siempre que las condiciones aplicadas sean disponibles en los mismos términos a los miembros del público. Por las mismas razones, el *fairness test* y la obligación de *disclosure* no deben aplicarse a las operaciones cuyas condiciones sean determinadas por ofertas competitivas sometidas a la sociedad, salvo que la competencia haya sido artificialmente disminuida o eliminada». Como ejemplo de regla de *minimis* se cita la adquisición a una gran sociedad abierta de un ordenador de segunda mano por un administrador que paga por él un tercio de su valor de adquisición. La operación no debe quedar sujeta a obligación de *disclosure* ni de revisión judicial.

[1414] Como ejemplo, v. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(1); id, 8-396 a 397, dónde se indica sobre la base de un estándar objetivo que el interés del administrador debería considerarse en base de que el beneficio económico que recibiera debería ser de tal relevancia que «pudiera esperarse razonablemente que ejerciera una influencia en su decisión si [el administrador] fuera llamado a votar [en el consejo o comisión] sobre este asunto». Mientras,

26. A pesar de que nuestro ordenamiento no dice nada al respecto, aquellas operaciones que tienen una importancia económica irrelevante para el interés social no deben considerarse conflictuales por el hecho de que el administrador tenga un interés en ellas.[1415] Mas arriesgado resulta, a falta de norma que así lo indique, la defensa del criterio de las operaciones corrientes que tengan una relevancia económica para la empresa, en la medida que el interés del administrador no decae por ser una operación usual, sino que precisamente por ser usuales el interesado puede usar su posición para aprovecharse de la sociedad con mayor ocultación de su interés que si se trata de una operación extraordinaria, sujeta a mayores controles.[1416] El centro de atención no se dirige pues a las características de la operación o a las condiciones contractuales que la regulan –p.e., por modificar el contenido contractual usual de la operación, quedando sujeta a condiciones particulares– sino a la relevancia económica de la misma, que es el

---

los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.23(a)(2)(3) y (4), utilizan una formulación similar; sin embargo, aquí la base sobre la cual se predica la influencia no es sólo el interés del administrador; a éste se le añade la relación que el administrador pueda tener con el contratante o con el beneficiario del negocio que afecta a la sociedad. En estos casos es preciso considerar si la relación económica del administrador con el contratante o actor de las conductas interesadas resulta ser de tal naturaleza que pueda «razonablemente esperarse que pueda afectar» la actuación (*judgment*) del administrador respecto de la operación de forma adversa para la sociedad; v. id., sub. 1.03(a)(2).

[1415] Atendiendo a una tipología conflictual concreta, PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 24, entiende que la prohibición de hacer uso de activos sociales tiene como límite el «criterio de adecuación social». En esta dirección, «[n]o habrá deslealtad cuando se trate de un uso inocuo para la sociedad (v.gr., emplear el teléfono para asuntos particulares, utilizar un botones de la sociedad para llevar un mensaje relativo a un asunto privado, etc.)».

[1416] En la jurisprudencia inglesa existe un caso reciente de un alto cargo de una compañía mayorista de reservas hoteleras en una comunidad mediterránea que exigía una comisión para sí a los hoteleros con los cuales contrataban las plazas de la temporada. Aunque se trataban de operaciones ordinarias, coincidentes con la actividad de desarrollo normal de la actividad societaria, un tribunal escocés ha condenado al interesado a una pena de privación de libertad además de reintegrar lo indebido y a indemnizar los daños causados. Sin embargo, el administrador que reposta en el surtidor de la sociedad, que viaja en la línea aérea explotada por la compañía, que compra libros u otros artículos en uno de los establecimientos de la sociedad no se sitúa en posición de conflicto, aún cuando se transmita a sí mismo tales productos o servicios, por su carácter de ser operaciones, en principio, irrelevantes. Sin embargo, el administrador que, en los casos mencionados, actúe como proveedor de la sociedad, aunque de operaciones ordinarias se traten, se sitúan en una posición conflictual. V. algunos de los mencionados ejemplos en ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 212-213.

[1417] Cfr. con la opinión de HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1723, para quien aunque el ámbito objetivo de la prohibición de autocontratación lo constituye la adquisición de los bienes sociales, aquella no debe aplicarse a «a las operaciones ordinarias que constituyen el tráfico de la empresa, efectadas en condiciones normales» sobre la base de la «'ratio' del art. 1459.2CC, explicitada especialmente en la STS de 10 de marzo de 1953». El argumento se basa «en el hecho de que aún cuando los conceptos 'mandato para enajenar o administrar' (art. 1459-2), pueden aplicarse extensivamente a los administradores de una sociedad, por apreciarse identidad de razón, ello no autoriza a subsumir toda la actividad de la función administradora de la sociedad anónima dentro de aquellos conceptos (y por ende dentro de la prohibición), sino únicamente en cuanto aquella actividad implique una especial relación de los administradores respecto de determinados bienes de la sociedad que suponga, bien deber de conservarlos, bien facultad excepcional de enajenarlos, quedando excluida la enajenación de aquellos bienes que deben ser enajenados en ejercicio de la normal actividad de realización del objeto social. Salvo,

elemento clave para valorar si afecta o no al interés social.[1417]

d) Tipología conflictual

Conflicto permanente u ocasional

27. En relación al orden temporal en el que se acomoda el conflicto, se distingue entre conflicto permanente y ocasional, distinción mantenida por nuestra doctrina para diferenciar los casos aislados o excepcionales de oposición de intereses -p.e., un supuesto de autocontratación- de aquellos otros que, al menos de forma hipotética, la situación de conflicto se mantienen en el tiempo, como así sucede en los casos de administrador de sociedades en competencia recíproca.[1418]

Conflicto económico y posicional

28. Los conflictos pueden caracterizarse según el interés que persigue el gestor sea de carácter económico o patrimonial, en cuyo caso la utilidad del beneficiario puede ser valorada como un bien o derecho que ingresa en el patrimonio del interesado.[1419] Sin embargo, al lado de ese conflicto de carácter patrimonial, cabe añadir aquellas situaciones incompatibles cuya naturaleza no permite ser considerada un bien económico en sí mismo. En estas situaciones se dan conductas que la doctrina denomina posicionales, que tienen como finalidad la obtención de determinadas ventajas que le son de su interés, en la medida que pretendan mantener o mejorar una determinada ventaja, posición o cargo.[1420] De

---

naturalmente, que la actividad social consista en la comisión, en cuyo supuesto no se trata de bienes de la sociedad y nos encontraríamos en el supuesto del art. 267 del CdC».

[1418] V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 1047 (refiriéndose a que el Código de comercio no regula ninguno de los dos tipos de conflicto); GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976)128; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 216 (el conflicto permanente deriva ya de «la condición de administrador de una sociedad competidora o, en general, de cualquier otra forma de oposición de los intereses del administrador y los de la sociedad»); BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1012; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 740 (distingue entre conflicto de carácter permanente o aislado «en relación con determinados negocios, operaciones o relaciones»). V. también SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 145-61, quien, en la relación socio-sociedad, diferencia entre conflictos ocasionales o coyunturales y conflictos estructurales. Los primeros «se suscitan entre los socios con ocasión del funcionamiento ordinario de dicho órgano [la junta de socios]»; los segundos «producen una alteración de las bases en las que se asientan las relaciones internas en la sociedad de tal entidad que no es posible su reconstrucción».

[1419] En general, la doctrina española se ha centrado en la patrimonialidad del interés. Al respecto, DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 132, entiende que en la relación entre el socio y la sociedad «apenas si sería posible imaginar relaciones que carezcan de este requisito de la patrimonialidad, por lo menos indirectamente». Otros autores han puesto de manifiesto que el conflicto no ha de tener necesariamente una motivación directa de lucro personal. V. ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 264-5, quien señala que «[p]odría plantearse algún caso en el cual el carácter patrimonial no fuera esencial, por ejemplo, cuando la situación conflictiva surge precisamente como consecuencia del cargo que ocupa un accionista en la sociedad; sería el supuesto de la revocación del cargo de administrador o de la acción de responsabilidad. En ellos, el conflicto existe y sus motivaciones o repercusiones en algunos casos no serán estrictamente económicas...». Para otros, aunque el conflicto no tenga carácter económico patrimonial, «consistirá en ventajas objetivamente valorables»; v. BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1010. V. también, ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 149-54. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.04, respecto al uso de la posición del cargo de administrador.

[1420] El conflicto posicional ha encontrado reconocimiento en *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, al comprender entre los deberes de lealtad de los administradores el de «[n]o … valerse de su posición en esta última para obtener, sin contraprestación adecuada, una ventaja patrimonial». Una expresión semejante se utiliza en el art. 34.1 *Reglamento tipo CNMV (1998)*.

esta categoría destacan aquellos supuestos en los que el interesado usa de los poderes gestores en una sociedad para mantener y perpetuar su posición de administrador.[1421] Especial relevancia tienen, en este capítulo, aquellos conflictos que se generan en las operaciones de control y de ofertas públicas de adquisición (opas) que tiene por objeto tratar de mantener su cargo y posición en el órgano de administración.[1422] Con todo, el conflicto posicional resulta, a la postre, y por regla general, de carácter patrimonial, en la medida que el gestor persigue un interés o utilidad que de forma directa o indirecta, actual o futura, pretende que afecte a su situación patrimonial.

Conflictos relativos a

29. Considerando la relación que la sociedad tiene con el resultado de la conducta interesada, los conflictos de interés pueden agruparse en dos grandes

[1421] La doctrina comparada reciente ha concedido notable interés a los conflictos posicionales. El profesor EISENBERG, *The Structure of the Corporation* (1976) 30-36, se refería a este tipo de conflictos de interés de motivos no económicos en relación las decisiones estructurales que se plantean en la sociedad. Con posterioridad se ha subrayado que, en el mundo real, los conflictos posicionales (*positional conflicts*) son «mucho más importantes» que los otros tipos de conflictos puesto que no son normalmente internalizados como puede suceder en la autoestima respecto del trabajo o la moral respecto de la deslealtad tradicional. V. este planteamiento en EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1471-3, 1480. El autor señala que la autonomía y discrecionalidad de los administradores es lo que permite a los administradores que realicen conductas encaminadas a mantener y aumentar su poder en la sociedad. Entre otros ejemplos, tales conflictos pueden expresarse en comportamientos que tratan de dificultar el control de sus actos, imponiendo barreras para su cese por ineficiencia u otros motivos; pueden buscar incrementar el tamaño de la sociedad como forma de maximizar su poder, prestigio, salario, a pesar de que tales cambios en la sociedad no comporten un incremento de riqueza para los accionistas, etc. V. también el ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-392, en cuya amplia casuística señala el caso del administrador que «decide establecer la sede de una área de negocios en su ciudad natal».

En estos conflictos no se produce un flujo de recursos económicos, lo que por su carácter intangible incrementa las dificultades de su control. V. al respecto, HOPT, «Self Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information», *Corporate governance and directors' liabilities* (1985) 315. Sin embargo, no por ello deja de existir un uso de poderes societarios para fines particulares. Sobre el uso de fondos sociales para perpetuar el status personal y la posición de control, v. del mismo autor, "Derecho y obligaciones", RDM (1993) 874. V. también SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 542, quien destaca que como dice la sentencia de 19 de febrero de 1991, RJA 1512 («Esther y León c. Estudio 2.000, SA»), el beneficio en favor de accionista o de tercero, no hay que entenderlo «"exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino también en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional"».

V. sobre el conflicto posicional, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.04; *Reglamento tipo CNMV (1998)* art. 34 (el consejero no podrá valerse de su posición en la sociedad para obtener una ventaja patrimonial).

[1422] V. al respecto la contribución de ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.15 (cambios de control en los cuales el administrador está interesado); 6.01-02 (papel de administradores y socios en operaciones de control y ofertas públicas de adquisición). V. el comentario de las *tender offers* de EISENBERG, "An overview of the Principles of Corporate Governance", Bus. Law. (1993) 1288-90 y su relación con los conflictos posicionales en id., "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1472 nota 47. V. también CLARK, *Corporate Law* (1986) 145-146, 571-592 [588], quien advierte que «en ningún contexto, el conflicto de intereses es tan serio como en la situación de ofertas públicas de adquisición». Sobre el deber de neutralidad ante una OPA, v. HOPT, "Derecho y obligaciones", RDM (1993) 863, 878-882 (deber de neutralidad concreto o abstracto); id., pp. 882-906 (derechos y obligaciones de la dirección tras la presentación de una oferta pública de adquisición). V. RECALDE, *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales* (1996) 156-60, 178-9, con referencia particular al establecimiento interesado por parte de los administradores de limitaciones al derecho de voto en caso de OPA.

actos y negocios y a situaciones de hecho

categorías.[1423] La primera, viene referida a la hipótesis según la cual la sociedad es parte de una relación jurídica con el gestor o con una persona vinculada con él. Dentro de este grupo de casos, las situaciones conflictuales pueden subclasificarse en orden a la naturaleza del acto jurídico practicado por la sociedad. Si tiene carácter negocial, la finalidad jurídica irá dirigida al nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica, cuyo ejemplo común se encuentra en el contrato.[1424] Sus manifestaciones más comunes se encuentran en las relaciones de trabajo, de servicios y de obra, de préstamo, de garantía, etc. Si el interés se dirige hacia la realización de actos jurídicos no negociales, estos irán dirigidos al ejercicio de derechos (requerimientos, dar por vencidas las deudas, etc.) o a la práctica de actos de ejecución o cumplimiento de las obligaciones (cobrar, pagar, practicar provisiones de fondos, etc.).[1425]

30. El segundo grupo de supuestos atañe a los casos caracterizados por el hecho de que, de un lado, el administrador interesado realiza un comportamiento independiente de la voluntad de la sociedad y, de otro, la conducta del interesado no responde a un acto de ejecución de su actividad gestora.[1426] Un caso típico de este grupo consiste en el caso de uso de bienes sociales sin autorización y para uso personal. Otros supuestos se dirigen a realizar conductas dirigidas a celebrar actos o negocios jurídicos con terceras personas. Son ejemplos de esta categoría los actos de competencia del administrador con la sociedad o los comportamientos de aprovechamiento de oportunidades de negocio u información reservada. En estos casos, el conflicto se convierte en una situación de hecho para el principal que afecta a sus intereses y que frente a ella, esa conducta significa un incumplimiento de las obligaciones contractuales del gestor.[1427]

Conflicto en interés propio y ajeno

31. El tipo normal de comportamiento interesado viene referido al conflicto individual o privado, según el cual el propio gestor actúa por su cuenta y en su propio interés. A su lado, el conflicto entre el principal y el gestor también se manifiesta cuando éste actúa en interés ajeno.[1428] La situación conflictual en la que el comportamiento interesado tiene como finalidad beneficiar a un tercero se presenta comúnmente cuando el gestor actúa en interés de otro, normalmente fruto de un previo mandato.[1429] En tal caso, el gestor está practicando una doble gestión respecto de

---

[1423] V. la ordenación de supuestos de los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5: operaciones con la sociedad (id., 5.02), remuneraciones de administradores y altos cargos (id., 5.03), uso por el administrador o alto cargo de propiedades societarias, información societaria no pública o la posición societaria (id., 5.04), obtención de oportunidades societarias (id., 5.05), competencia con la sociedad (id., 5.06), operaciones entre sociedades con administradores o altos cargos comunes (id., 5.07) y conductas por cuenta de personas vinculadas a los administradores o altos cargos (id., 5.08).

[1424] V. Cap. 3º, núm. 34.

[1425] V. *infra*, núms. 81-95.

[1426] CLARK, *Corporate Law* (1986) 149, dice que en estas situaciones se produce una actuación unilateral del interesado.

[1427] V. *infra*, núms. 67-80, los supuestos de uso de información, competencia, uso de bienes, aprovechamiento de oportundades.

[1428] V. ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 154-58, al referirse al conflicto "por cuenta propia o de tercero".

[1429] V. PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 140; MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 406; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 202, nota 21 y p. 219. En la relación socio y sociedad, v. DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 128-31; ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 262-3. En relación a la actividad competidora del

un mismo objeto y consiguientemente está generando una situación de incompatibilidad de intereses y un riesgo de lesión de los intereses del principal. Este tipo de conflicto se extiende a un ámbito heterogéneo de situaciones, entre las que destacan los conflictos que se generan en el marco de la gestión del mercado de valores o en el ámbito societario.[1430] En este último, los conflictos suelen producirse en el seno de los grupos de sociedades, en relación a los accionistas institucionales con intereses externos, o respecto de otros sujetos relacionados con el entorno societario como pueden ser los accionistas de control, los obligacionistas, trabajadores, sindicatos, competidores, acreedores, proveedores, clientes, instituciones públicas, grupos de presión, etc.[1431]

Conflicto directo e indirecto o mediato

32. El conflicto de intereses, sea en interés propio o de tercero, no se presenta siempre de forma clara y manifiesta. En unos casos, que denominamos conflictos directos, el gestor realiza la conducta interesada, personalmente o a través de sus representantes, y en este caso, sin ocultar su participación en la situación conflictual. El supuesto típico de conflicto directo responde al esquema de la autoentrada, dónde el administrador participa como contratante en nombre propio en un contrato en el que sea parte la sociedad.[1432] A su lado, también tiene la misma consideración de conflicto directo la hipótesis en la cual el administrador realiza por su cuenta actividades directamente competitivas con las de la sociedad. En ambos casos, y por la propia naturaleza de las situaciones, cabe entender que el administrador está interesado directamente pues ocupa la posición que tendría un tercero frente a la sociedad y, por hipótesis, al no ser actos de colaboración entre las partes, gestor interesado actuando como contraparte defiende sus propios intereses frente a los de la sociedad.[1433]

33. A diferencia de los anteriores, los casos de conflictos indirectos se caracterizan por el hecho de que en la situación de conflicto concurren terceras personas, distintas al gestor o a un representante directo suyo.[1434] En este caso, el gestor aún cuando

---

administrador, v. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 61.

[1430] Sobre las aplicaciones en el mercado de valores, v. Cap. 4º, núms. 122 ss.

[1431] V. al respecto, HOPT, "Self Dealing", *Corporate governance* (1985) 320-321, quien distingue entre lealtades múltiples, conflictos entre sociedades de un mismo grupo y conflictos en las empresas públicas. V. también, CLARK, *Corporate Law* (1986) 251-252. En relación al conflicto institucional con intermediarios financieros tales como bancos, compañías de seguros, fondos de inversión en el ámbito de a las oportunidades sociales, v. BRUDNEY / CLARK, "A new look" Harv. LR (1981) 1037-1042.

[1432] GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 127: El conflicto de intereses «puede producirse en diversa medida, según se trate de intereses directos o indirectos del administrador en los asuntos en que participa la sociedad. El interés es directo cuando el administrador, o un testaferro suyo, aparece como contratante en nombre propio en el mismo contrato en que intervenga él o el Consejo de administración en nombre de la sociedad».

[1433] V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.23(a)(1); ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(1).

[1434] GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, I (1976) 660, distinguen aquellos supuestos en los que «el accionista titular de intereses contrapuestos al de la sociedad no interviene directamente en el acto, contrato y operación en que se da la colisión de intereses…». Estos autores, id., II, p. 127, consideran que «[e]l interés es indirecto cuando el administrador no asume el papel de parte contratante en su propio nombre...», hecho por el no cabría incluir en esta categoría la actuación en nombre ajeno, aunque ésta fuera manifiesta.

Otros autores entienden que existe un conflicto indirecto en los casos que aquí denominamos conflicto en interés ajeno o de tercero. V. la terminología usada por MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 259, quien distingue entre

no participe personalmente en tales negocios mantiene un interés económico relacionado con el resultado de la conducta que practica el tercero.[1435] Ese interés del gestor unas veces puede obtenerse como una consecuencia natural de la operación (p.e., una comisión, una participación en beneficios derivada del negocio, etc.), pero otras veces el interés puede disiparse por el hecho de que la conducta del gestor aparentemente pretenda beneficiar al tercero, sin recibir por ello una contraprestación inmediata.

34. Es más, el beneficio que obtenga el gestor puede ser totalmente ajeno al negocio o situación que envuelve al administrador con el tercero (p.e., el tercero puede agradecerle la gestión a través de terceras relaciones, como puede ser la consecución de una exclusiva, la concesión de un crédito o un aval con una reducción de costes, etc.). Cabe también la posibilidad de que el administrador no reciba contraprestación económica alguna que repercuta en su patrimonio personal, como cabe esperar de determinadas relaciones familiares entre el tercero y el administrador (p.e., en los casos en que el tercero es el cónyuge o el hijo del administrador).

---

conflicto inmediato o directo, cuando el representante persigue el propio interés, y el conflicto mediato, cuando el representante «persigue intereses de un tercero, en menoscabo de los del representado…»; v. también FRÈ, «Società per azinoni», *Comm. del codice civile* (1982) 493 (distingue entre conflicto mediato e inmediato). En esta misma dirección, SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 695 (la contraposición de intereses existe por su vinculación con otros socios que sí están en conflicto con la sociedad); COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 255 (el socio es portador de un interés propio de una «una tercera persona con la que le une algún tipo de vinculación jurídica, económica, de parentesco o de amistad y que resulta estar directamente afectada por el acuerdo sometido a votación»); SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 283-4 (el socio tratará de satisfacer el interés del tercero).

Sigue un planteamiento mixto BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1009, para quien el conflicto indirecto se produce cuando el administrador o socio «actúen por cuenta y en interés de un tercero» y también cuando el conflicto «surge en relaciones contractuales entre sociedades en las cuales una misma persona es administrador en ambas, e incluso pueden existir casos de conflictos "indirectos" cuando…, el socio tiene relaciones de parentesco, de dependencia societaria, comercial u obligaciones con el socio que está en conflicto de intereses».

V. además, PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 124 y 136-7 (distingue entre conflicto directo, cuando los intereses inmediatos se excluyen recíprocamente, y conflicto indirecto, cuando la posición del sujeto en la relación representativa valorando las circunstanstancias del caso pone en peligro de daño al representado); VISINTINI, «Della rappresentanza», *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca* (1993) sub. art. 1394, p. 271-2, 74-5.

[1435] La ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-396, considera que el interés económico que el administrador tenga en el negocio ha de depender directamente de la operación de forma que «[u]na ganancia contingente o remota (tal como una reducción futura en los impuestos locales) no sería suficiente para dar lugar a un conflicto de interés...». Los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.23(a)(3) se refieren a un *material pecuniary interes in the trasaction or conduct* que sea distinto al usual de la remuneración del administrador.

2.
Ambito subjetivo y objeto de protección

a) Ambito subjetivo

Sujeto activo y titular del Interés protegido

35. La existencia de distintos interesados relacionados con la actividad que desarrollan los administradores plantea la determinación de qué intereses se protegen y quien es el titular de las acciones dirigidas a su tutela. En el desarrollo de la actividad societaria concurren los socios, los trabajadores, los acreedores, la comunidad en la cual se lleva a término la actividad, etc. Sin embargo, el ordenamiento no establece la existencia de un deber del administrador a actuar a favor de todos ellos, si bien se plantea cierta discusión sobre el alcance de sus deberes.

36. Según venimos apuntado, el objeto de protección que se tutela a través del deber de lealtad resulta ser el interés del principal.[1436] La aplicación de esta regla en el ámbito del Derecho de sociedades trae como consecuencia la identificación del interés del principal con el interés de la sociedad. De ello se sigue que la sociedad es el sujeto activo o persona titular del interés protegido y legitimada para exigir su cumplimiento.[1437] Ello resulta de que la sociedad es quien actúa como principal en la relación de gestión en la que el deber de lealtad encuentra su fundamento.[1438] De esta premisa básica se deduce, además, que el deber de lealtad no restringe su ámbito de aplicación a los administradores de un determinado tipo de sociedades, sino que afecta a todas las formas y estructuras societarias, abiertas y cerradas, personalistas y capitalistas.[1439]

37. Al lado de la sociedad, se plantea si el socio resulta acreedor de los deberes del administrador. El punto de partida reside en el hecho de que la relación gestora se desenvuelve entre la sociedad y el administrador y no existe una relación jurídica entre el administrador y el socio de la cual nazcan obligaciones y derechos entre ambos.[1440] Consiguientemente, tanto las obligaciones del administrador y como los derechos del socio se plantean frente a la sociedad.

38. Sin embargo, la posición obligatoria del administrador frente a la sociedad no resulta ajena a los intereses del socio.[1441] En efecto, el deber de lealtad del administrador alcanza al interés del socio en aquellos casos en que el primero se sitúa en conflicto de intereses con el segundo usando las facultades o la

---

[1436] V. Cap. 4º, núms. 35, 36.

[1437] Cfr. la posición de SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV, (1994) 105, que estima que la lealtad del administrador «se refiere, sobre todo a los intereses de la sociedad que gestiona»; o la de TEUPNER, «Corporate Fiduciary Duties», *Corporate Governance* (1985) 149, con la de ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 36, quien considera que la sociedad «no puede ser destinataria (final) de deberes fiduciarios. Tales lo son siempre frente a los demás socios».

[1438] V. Cap. 3º, núms. 52-55.

[1439] V. Cap. 1º, núms. 32, 91.

[1440] La ausencia de relación jurídica entre administrador y socio se ha puesto también de manifiesto en relación a la afirmación de la naturaleza extracontractual de la acción individual de responsabilidad. V. Cap. 6º, núm. 30, acción individual.

[1441] Como señala GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 358, no se puede transpersonalizar la Sociedad, hasta el punto de entender que los administradores actúan para un ser distinto de los mismos componentes.

información propia de su cargo.[1442] Si en esa situación el administrador se procura un beneficio en contra de los intereses del socio, el administrador está contraviniendo sus deberes de lealtad frente al socio, como derivación de su deber de lealtad frente a la sociedad.[1443] Consiguientemente, en estos casos, de un lado, procede aplicar el contenido general del deber relativo al *disclosure* y a la prohibición de actuar en conflicto de intereses. Y, de otro lado, una conducta que incumpla los deberes de lealtad del administrador frente al socio, legitima a éste último para ejercer las acciones indemnizatorias y de nulidad propias del incumplimiento del deber.[1444]

39. Con todo, el socio no dispone de legitimación individual y directa para reclamar las acciones sociales derivadas del incumplimiento del deber de lealtad frente a la sociedad, alegando su condición de interesados.[1445] En todo caso, el socio puede ejercitar la acción social de responsabilidad de forma subsidiaria y en los términos que establece el ordenamiento (art. 134.5 LSA).[1446]

40. En último término está en discusión si existen otros legitimados a reclamar el cumplimiento del deber de lealtad del administrador entre aquellos sujetos que están directamente relacionados con la sociedad, como puedan ser los trabajadores, los acreedores, los proveedores, los consumidores, etc. Aún cuando resulta un tema en controversia, lo más razonable es considerar que el administrador diligente tendrá en cuenta los intereses de aquellos que se sientan afectados por la actividad de la sociedad en la medida que tales intereses coincidan con los de la sociedad, pero no está obligado a defender los intereses externos, sino, por el contrario, a gestionar los sociales.[1447] Si el deber de lealtad

---

[1442] La situación típica que resume lo dicho se corresponde con el supuesto de uso de información confidencial por parte del administrador en relación con la práctica de negocios jurídicos sobre las acciones o participaciones sociales. El caso está especialmente regulado en el mercado de valores en cuando a la delimitación del supuesto y las sanciones administrativas propias de ese mercado. V. Cap. 4º, núms. 107-110, *insider trading*; Cap. 6º, núm. 30, acción individual. Sin embargo, su alcance no se limita ni a las sanciones penales y administrativas, ni al contexto de los valores.

[1443] Al respecto, PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 458, señala que el deber de diligencia de los administradores «no se dirige sólo frente a la sociedad, sino también frente a los socios»; idem, PAZ-ARES, *Comentario del CC* (1991) art. 1665, sub. XI, 2.d), dónde se añade que la infracción de los deberes de lealtad «determina la obligación de indemnizar a la sociedad (acción social). Pero asimismo genera la obligación de indemnizar los daños ocasionados a los socios en su esfera personal».

[1444] V. Cap. 6º.

[1445] Al respecto, LLEBOT, "El sistema de la responsabilidad de los administradores", RdS 7 (1996) 65, señala que «el deber de lealtad constituye también un deber que los administradores están obligados a satisfacer únicamente frente al grupo de socios instrumentalmente unificado. Lo anterior significa, por tanto, que ni los accionistas individualmente ni cualquier tercero pueden, ejercitando la acción individual de responsabilidad, pretender la declaración de responsabilidad de los administradores por la infracción de dicho deber».

[1446] Sin embargo, una eventual reforma legislativa debería facilitar el ejercicio de acciones sociales por un grupo minoritario inferior al cinco por cien del capital en casos de infracciones del deber de lealtad pues, particularmente en las grandes sociedades, esta acción no tiene eficacia práctica, en la medida que los socios titulares de esos porcentajes suelen participar directamente de la gestión.

[1447] V. al respecto, SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV, (1994) 105-6, al señalar que «la lealtad del administrador impone la necesidad de hacer prevalecer» los intereses de la sociedad sobre los intereses de los socios, trabajadores y acreedores, si bien deberá ponderarse la existencia de tales intereses. De su lado, la doctrina

resulta de una relación de gestión, por el hecho de que ésta no existe frente a los terceros, no cabe fundamentar una obligación del administrador frente al tercero. En todo caso, los intereses legítimos del tercero deberán tutelarse a través de las reglas generales (Derecho de obligaciones, Derecho laboral, Derecho del consumo, etc.) y en su caso, a través de la acción de responsabilidad del tercero frente al administrador.[1448]

El sujeto pasivo del deber

41. El sujeto pasivo del deber es el administrador actuando en el ejercicio de sus funciones administrativas. La delimitación de las circunstancias que determinan su obligación de lealtad requiere plantear las siguientes cuestiones.

42. En primer lugar, el deber de lealtad se aplica a los administradores que han sido nombrados por la junta general o por cooptación, que han aceptado su cargo y durante el período en el cual lo ejerzan. Sin embargo, determinados aspectos relativos al uso de información que ha adquirido durante el ejercicio del cargo derivados de la obligación de lealtad continúan en el tiempo aún después de haber cesado el administrador.[1449] El administrador de hecho quedará obligado al deber de lealtad en la medida que realice tareas gestoras y se encuentra sujeto a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que el propio deber genera.[1450] En iguales términos queda obligado el administrador oculto y quienes

---

contractualista descarta la defensa de otros intereses que no sean los de los socios. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *Economic Structure* (1991) 37-38; ROMANO, *Foundations* (1993) 187; PAZ-ARES, "Infracapitalización" RdS, núm. extraordinario (1994) 254, 267; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 53, 56. En igual sentido, MARTINEZ SANZ, «Artículo 61», *Comentarios a la LSRL* (1997) 669. El debate se mantiene abierto a diferentes concepciones y planteamientos, en particular en relación al interés social. Para una revisión de la doctrina alemana sobre esta materia, en la segunda mitad de este siglo hasta los años ochenta v., ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión* (1982) 585-594.

El reconocimiento de los intereses de terceros en la actuación del administrador ha sido incorporado en algunos ordenamientos. V. art. 309 de la *Companies Act* 1985; art. 64 del Código de sociedades portugués. V. además, el art 10.1.2 Propuesta de V Directiva según la cual todos los miembros de los órganos de dirección y de vigilancia ejercerán sus funciones en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los accionistas y de los trabajadores. La *Companies Bill* 2002, *Schedule 2.2 (2*) reitera que el administrador al promover los intereses sociales debe tener en cuenta qu ela sociedad necesita fomentar las relaciones con los empleados, proveedores y clientes, así como debe tener en cuenta el impacto que las operaciones sociales tengan en las comunidades afectadas y en el medio ambiente. V. también el derogado art. 87 AktG, que junto al interés del accionista incluía el interés de los trabajadores y el interés general de la comunidad.

[1448] V. ESTEBAN VELASCO, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros...”, RdS 5 (1995) 47-78; sobre los ilícitos más frecuentes, v. id., pp. 59-61.

[1449] V. FERNANDEZ-ALBOR, “Deber de lealtad del administrador cesado. (Observaciones a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de septiembre de 1997)”, RGD 655 (1999) 3991-4011.

El deber de lealtad también resulta de aplicación a todos aquellos cargos o empleados que realicen tareas gestoras y en particular quienes tengan poder para representar a la sociedad. Este deber no trae causa por extensión del deber aplicable al administrador, sino por aplicación del un deber propio de todo gestor.

[1450] Sobre la noción de administrador de hecho, v. PEREZ ESCOLAR, “Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico (Comentario a la RDGRN de 24 julio 1968)”, RDM (1968) 399-414; OLIVARES JAMES, «En torno a los administradores de hecho en la sociedad anónima», AAMN XXI (1978) 267; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 351-2; ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, RDM (1990) 672; MARTINEZ SANZ, *Provisión de vacantes en el Consejo de*

representen a los administradores que sean personas jurídica.[1451] Lo mismo sucede respecto de los liquidadores de la sociedad.[1452]

43. En segundo lugar, el deber de lealtad se extiende por igual a todos los administradores, sea cual sea la estructura del órgano de administración y las funciones que desempeñen en ellas.[1453] En este sentido, el deber se aplica tanto al administrador consejero como al administrador ejecutivo, sin que existan grados de exigencia entre ellos y con independencia de las funciones concretas que tengan atribuidas o las cualidades personales de los administradores, como pueda ser su experiencia o conocimientos científicos o técnicos.[1454] Con todo, el administrador que desarrolle tareas ejecutivas dispone de una situación que le ofrece mayores oportunidades de realizar conductas interesadas frente a los administradores no ejecutivos, ya sea por tener a su disposición una más amplia y actualizada información, ya sea por su influencia en su entorno, tanto orgánico societario como jerárquico, ya sea por su contacto directo con los negocios de la sociedad.[1455]

b) Determinación del interés indirecto

Planteamiento

44. El problema que plantea el conflicto indirecto reside en el hecho de que si el interés del administrador no se hace manifiesto, el conflicto no sólo permanece oculto sino

---

Administración de la Sociedad Anónima (La cooptación) (1994) 335-6; ARROYO, «Art. 133. Responsabilidad», *Comentarios a la LSA* (2001) 1415-6.

[1451] En esta dirección, el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.3, postula la extensión subjetiva del deber de lealtad a aquellas personas que «aún sin ostentar una posición formal de administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar». «La extensión debería alcanzar al menos a las siguientes personas: (i) a las personas físicas que representan a los administradores que sean personas jurídicas; (ii) a los altos ejecutivos de la sociedad aunque no ostenten la condición de consejeros; (iii) a los administradores de hecho, es decir, a aquellas personas que en la realidad del tráfico desempeñen sin título –o con título nulo o extinguido- las funciones anteriores; (iv) a los administradores ocultos, bajo cuyas instrucciones suelen actuar los administradores de la sociedad; (v) a los accionistas de control». V. también la referencia a la responsabilidad de los administradores de hecho en la nueva redacción del art. 133.2 LSA. V. Cap. 6º, núm. 32.

[1452] V. LOIS CABALLE, *La prohibición de competencia de los administradores de la SRL* (2000) 56-7 (los liquidadores de la sociedad de responsabilidad limitada les es aplicable la prohibición de competencia).

[1453] Al respecto, la distinción entre los títulos de actuación que sirven para modular la exigencia de responsabilidad (*in comittendo*, *in omittendo*, *in eligendo*, *in instruendo* e *in vigilando*) no tiene relevancia en esta sede. La infracción del deber de lealtad siempre exige un comportamiento activo u omisivo, este último para los supuestos de conflicto indirecto. Sobre la relación del deber de lealtad y el deber de vigilancia, v. Cap. 5º, núm. 164.

[1454] Frente al deber de lealtad, la aplicación del deber de diligencia exige particularizar las funciones concretas atribuidas al administrador, las exigencias de la actividad económica de la empresa, la estructura del órgano y todas aquellas circunstancias que sean necesarias para concretar la actividad promotora exigible al gestor en un determinado momento. V. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 161, 163-5; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 667-9; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 53

[1455] V. al respecto, SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS (2002) 27, para quien la retribución del administrador y la dimensión de la sociedad, las funciones que desempeñe el administrador (consejero delegado, presidente ejecutivo, consejero minoritario o independiente) son circunstancias que modulan el rigor en la observancia por el administrador del deber.

que se hace más difícil su detección.[1456] Además, la determinación de la existencia del conflicto no puede depender de que el gestor tenga vocación para ser receptor directo de un resultado o utilidad determinado, en la medida que puede ocultar fácilmente este hecho. Ante esta situación, la dificultad de la prueba del interés del gestor ha llevado al legislador a establecer presunciones que identifican vinculaciones o relaciones existentes entre el gestor y el tercero.[1457] Con ello se trata de precisar aquellas relaciones que previsiblemente pueden generar una influencia en el comportamiento del gestor a los fines de hacerle desviar sus obligaciones de gestionar en el exclusivo interés del principal.[1458]

45. La tipología de relaciones que encuentran cabida en una situación de conflicto de interés indirecto no responde a un único criterio ni puede elaborarse un catálogo exhaustivo de supuestos. En términos generales se puede sostener que estas relaciones son de naturaleza familiar, económica, funcional, societaria o gestora.[1459]

[1456] El hecho de que el conflicto permanezca oculto, ofrece un mayor riesgo y dificultad de ser detectado. V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, I (1976) 657, 660.

[1457] Las relaciones propias de intereses indirectos se han introducido en nuestro Derecho de sociedades a través de la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003), al incorporar el art. 127 ter.5 LSA, en cuya disposición se definen las personas que tienen la consideración de "personas vinculadas a los administradores". El concepto de operación vinculada se había incorporado al Derecho del mercado de valores a través del art. 37 de la *Ley Financiera* (2002) a efectos de dar información al público de las operaciones que realice la sociedad emisora con partes vinculadas (información semestral, art. 35.IV LMV) o con los administradores o socios (Informe anual de Gobierno Corporativo, art. 116.4.c) LMV). La información sobre vinculaciones económicas y relaciones contractuales que el prestador del servicio mantenga con terceros cuando puedan suscitar conflictos de intereses con otros clientes también debe ser objeto de *disclosure* ante la CNMV (art. 40.II LMV). V. Cap. 4º, núms. 104, 135, 138.

Con anterioridad a las reformas mencionadas, el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.8.2, se había referido genéricamente al conflicto indirecto al señalar que en el conflicto de intereses «entran en colisión el interés de la sociedad y los intereses personales, directos o indirectos, del consejero». Al informe la sigue el *Reglamento tipo CNMV* (1998) que prohíbe de realizar *transacciones profesionales o comerciales con la sociedad* tanto de forma directa o indirecta (sub. 33.2) y concreta distintos casos de intereses indirectos (sub. 33.1.II y 37).

[1458] V. al respecto los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.23(a)(2-4), dónde se señala que el administrador se entenderá interesado si la relación existente entre el administrador y el tercero «pudiera razonablemente afectar las decisiones del administrador de forma adversa para la sociedad». En la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(1)(i-ii), se desprende un argumento semejante; que existe un conflicto de intereses por el hecho de que el administrador conoce que determinadas personas contratan con la sociedad o que el interés que tiene el administrador «pudiera razonablemente ejercer una influencia en el juicio del administrador si fuera llamado a votar sobre la operación». V. también ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 146-8, quien señala que debe apreciarse un conflicto de intereses en una determinada operación cuando existan motivos razonables para considerar que en las concretas circunstancias del caso el administrador obtiene de la ejecución o de la omisión de la operación una utilidad cuantitativamente y cualitativamente relevante y reconocible. Por su parte, CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 684-5, entienden que el objetivo del Derecho de sociedades no consiste en definir el concepto de administrador 'desinteresado' a través de cuestionar la imparcialidad del administrador, sino en definir el término «en forma de límites que incluyan solamente determinados tipos de intereses». Además, tampoco se trata de establecer un régimen de objetividad categórica, en la medida que no se espera de él un examen equivalente al de un juez a quien se le exige un régimen de imparcialidad sancionado con la recusación.

[1459] En el ámbito comparado se usan terminologías y conceptos distintos para referirse a las relaciones indirectas. La ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) distingue, de un

Vinculaciones funcionales

46. Las relaciones funcionales se plantean respecto de sociedades que tienen administradores comunes.[1460] Un primer grupo de casos que cumplen esta condición hace referencia a la hipótesis del gestor interesado que es, a su vez, administrador de una sociedad competidora. Un segundo grupo, se plantea en los casos de administradores comunes de sociedades contratantes.[1461] En tales casos, el motivo de la doble posición gestora del administrador solamente afirma la existencia de un conflicto hipotético y potencial, si bien el conflicto actual sólo se pondrá de manifiesto si se añaden determinadas condiciones, tales como que el administrador participe de forma decisiva en las negociaciones.[1462] Un tercer grupo

---

lado, las "*related person*", entre las cuales delimita aquellos sujetos que forman parte de relaciones familiares y de *trust* [id. sub. 8.60(3)]; de otro, habla de otras personas con las cuales el administrador mantiene relaciones gestoras, laborales o de influencia [id., sub. 8.60(1)(ii) al final]. En términos generales, los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.03(a)(1) utilizan la noción "*associated*", con un contenido similar al anterior, si bien más amplio que el previsto en la *Model Act*, pues incluye en el mismo a aquellos sujetos con los que administrador mantiene una relación económica. Para los, *Principles of Corporate Governance*, el administrador se considera interesado ante distintas situaciones: a) cuando el administrador es parte en el negocio o conducta que afecte a la sociedad; b) cuando mantiene una relación económica o familiar con quien es parte en el negocio o realiza la conducta que afecte a la sociedad; c) cuando tiene interés económico en el negocio o conducta; y d) cuando el administrador está sujeto a una influencia de control por quien es parte de la operación. De su parte, el art. 346 de la *Companies Act* 1985, se refiere a la vinculación del administrador con el tercero a través de la expresión "*connected persons*" entre las cuales incluye relaciones familiares, de *trust* y de cooperación societaria. V. Cap. 2º, núms. 170, 179.

Sobre la definición en el Derecho comparado de personas o empresas vinculadas por relaciones familiares, de gestión o económicas, v. Cap. 2º, núms. 17, 21, 103, 125, 170, 179. En relación a la persona interpuesta, v. Cap. 2º, núm. 17, 21, 37, 125, y Cap. 5º, núm. 50.

[1460] Las relaciones funcionales se extienden al supuesto en que el administrador es un alto cargo directivo de la otra sociedad o de su socio mayoritario o de control. V. también el *Reglamento tipo CNMV* (1998) al considerar que «también existe interés personal del consejero cuando el asunto afecte a... una sociedades la que desempeñe un puesto directivo» (sub. 33.1.II y 37).

[1461] V. como ejemplo el art. 16.2 LORCA, al establecer la prohibición dirigida a los consejos de obtener créditos, avales o garantías de la Caja respectiva o enajenar a la misma bienes o valores de su propiedad o emitidos por tales Entidades, extiende la prohibición de realizar tales operaciones respecto de las Sociedades «en las que desempeñen los cargos de Presidente, Consejero, Administrador, Gerente, Director general o asimilado».

[1462] La regla ha sido propuesta en los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.07. La doble relación jurídica existente cuando el administrador lo sea también del tercero contratante, no se considera por sí sola causa suficiente para entender que existe una relación conflictual (*asociated of a director*) (id., sub. 1.03(b)). A la luz de las reglas del deber de lealtad, solamente deben revisarse aquellas operaciones que (1) el administrador común a las dos sociedades participe en negociaciones de forma personal y substancial por parte de las dos sociedades o (2) que la operación sea aprobada por el consejo de una de las sociedades y el administrador participe en la votación en la que su voto es necesario par que la operación sea aprobada. Estos supuestos quedan sujetos a las mismas reglas que las operaciones o contratos entre administradores y sociedades. Si no se cumplen estos requisitos sólo quedan sujetas a revisión a través del deber de cuidado y la *bus. judg. rule* (v. id., p. 309). En los EUA los cuatro Estados que han regulado este tipo de operaciones lo han hecho utilizando con planteamientos diferentes. California cierra la revisión judicial de *fairness* siempre que se haya cumplido con la condición de *disclosure* y aprobación desinteresada. Connecticut condiciona la operación a que no sea manifiestamente *unfair* o a que sea aprobada por los socios. Las leyes de Maine y Carolina del Sur disponen que la carga de la prueba de demostrar la *unfairness* descansa en aquellos que cuestionen la operación. V. de California, Cal. Corp. Code, art. 310(b); de Connecticut, Conn. Gen, Stat., art. 33-323(b); de Maine, Me. Rev. Stat. Ann. tit. 13-A, art. 717(3); de Carolina del Sur, S.C.

de casos de vinculaciones funcionales se manifiesta cuando las sociedades con administradores comunes llevan a término a operaciones societarias entre ellas, tales como fusiones, escisiones, OPAs, etc.

47. Un cuarto grupo de casos, se refiere al administrador común de sociedades de un mismo grupo que mantienen relaciones contractuales entre ellas, cuyo centro de atención se dirige a varios planos distintos. De un lado, es preciso considerar el deber de lealtad de la sociedad dominante con la dominada, por la posición de socio de control de la primera respecto de la segunda.[1463] De otro, el conflicto se plantea en relación a los administradores de cada una de las sociedades, que han de cumplir sus deberes con respecto de la sociedad administrada, con independencia de la relación de dominio. Finalmente, cuando las sociedades del grupo tengan administradores comunes, se producen relaciones funcionales típicas cuyo conflicto exige el cumplimiento de los deberes en ambas sociedades, a través de la comunicación y autorización de la situación conflictual en ambas sociedades.

Vinculaciones de doble gestión

48. Las relaciones gestoras entre el administrador y el tercero admiten un variada tipología. Un primer grupo de casos se plantea cuando el administrador actúa por cuenta del tercero, en cuyo caso el interesado realiza una actividad de doble gestión, situación que ofrece, a su vez, dos variantes distintas.[1464] (i) La primera variante se corresponde a los supuestos en que el administrador es promotor de los intereses del tercero a través de un mandato sin representación. Tales hipótesis que denominamos encargos de influencia, atienden a los supuestos en los cuales el administrador interesado recibe del tercero el encargo de realizar, a cambio de una comisión o remuneración, determinados actos materiales (mantener conversaciones, recomendar las prestaciones del tercero, etc.) y eventualmente actos jurídicos (p.e, emitir el voto en el consejo o en una comisión) ante la sociedad administrada, con el objeto de influir en la consecución de determinados fines (de intercambio, de financiación, de garantía, etc.) de interés para el tercero.[1465]

Code, art. 33-8-310(h). Los tribunales generalmente exigen un examen de *fairness* de la operación; v. las sentencias citadas en id, 312, y en 3 Fletcher, Cyc. Corp., sub. 961, 962.1 y 964 (Rev. 1986, 1991 Supp.). Idem, ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-425, sin embargo añade que treinta y siete Estados se refireren en sus disposiciones a este supuesto específico. V. al respecto, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 308.

[1463] V. Cap. 4º, sub. II.2.b), deber de lealtad del socio de control. V. DINE, *The Governance of Corporate Groups*, 2000. Sobre el problema más geneal de la tutela de la minoría en el grupo, v. EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, 1987; id., "La protección de la minoría en el grupo de sociedades (El punto de vista del Derecho español)", RDM 214 (1994) 913-23. Sobre la responsabilidad de los administradores en el ámbito del grupo, v. GIRGADO PERANDONES, *La Responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, 2002; SANCHEZ ALVAREZ, "Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores", RDM 227 (1998) 117-153.

[1464] V. MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 58-59, al indicar que del deber de lealtad deriva «la imposibilidad de que un gestor acepte otros encargos de gestiones que puedan ser incompatibles, salvo autorización del principal...».

V. la definición de *related person*, en la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(1)(ii) y 8.60(2), al referirse a las situaciones en las cuales el administrador es, en sentido amplio, un fiduciario del tercero, ya de un *trust*, de un menor o de un incapaz. V. también, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.03(a)(1)(B).

[1465] El caso más común que pone manifiesto este conflicto se produce cuando un tercero interesado en un contrato incentiva su celebración o la estipulación de determinado contenido contractual a través del ofrecimiento de comisiones al administrador que se harán efectivas si se cumplen los objetivos y fines del tercero. Sobre las comisiones y sobornos, v. ALI, *Principles of*

49. (ii) La segunda variante se refiere a la denominada aplicación, doble representación, o representación múltiple o plural, en cuyo caso, el gestor interesado reúne la condición de administrador de una sociedad y de representante de un tercero contratante y actúa por cuenta de ambas partes en un mismo negocio.[1466] En tal caso, se ha defendido que el conflicto está ausente o es menos probable que se produzca en la medida que en la doble representación el gestor no defiende sus propios intereses, sino los de un tercero.[1467] Sin embargo el conflicto tiene lugar, de un lado, porque el interés del administrador puede consistir en beneficiar al tercero frente a la sociedad a cambio de una remuneración, que puede estar, además, directamente vinculada a la consecución de determinados objetivos contarios al interés del principal.[1468] De otro lado, la existencia del conflicto en la doble representación deriva del carácter estructural y causal de la relación que se establece entre las partes, en tanto que cada representado se encuentra en una posición en la cual ha de defender los intereses de las dos partes contratantes.[1469] El doble representante que se propone hacer esa doble defensa o equilibrio de intereses estaría, en el mejor de los casos, arbitrando y buscando la equidad entre las partes.[1470] Sin embargo, con ello estaría contrariando el mandato recibido por cada uno de los representados, pues al representante no se le pide que haga un juicio de recomposición de intereses, una especie de transacción entre la oferta y la demanda, sino que en cada gestión representativa está obligado por su finalidad propia a defender única y exclusivamente los intereses del representado, por lo que no puede ser imparcial en su gestión.

Vinculaciones de gestión oculta / persona interpuesta

50. Un segundo grupo de casos de relaciones gestoras entre el administrador y el tercero se deduce del caso inverso al anterior. Esta situación se produce cuando el administrador se comporta como principal o representado del tercero, a quien ha encargado que haga por su cuenta e interés determinadas gestiones, ya sean

---

Corporate Governance, vol. I (1994) sub. 5.04, pp. 254-262. V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, I (1976) 660, para quienes («[e]ntre los casos de colisión indirecta entran... las operaciones de terceros con la sociedad en las que el accionista se lleva una comisión»).

[1466] V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 505 («sólo interviene un agente o comisionista en lugar de intervenir dos»); DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 201 (el gestor sustituye «a cada una de las partes con una diferente representación»); OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 259-60 (el comisionista casa «las órdenes que recibe en sentido inverso de dos comitentes distintos y que se refieren a una misma mercadería»; HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1709 («una misma persona, ostentando la representación de dos, realiza, para ambas y entre ellas, un contrato»). V. *infra*, núm. 84; Cap. 4º, núms. 122 ss., mercado de valores.

[1467] Esta es la posición defendida por ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 153, para quien debería distinguirse entre representación simple o autoentrada y doble representación, de forma que a la primera correspondería aplicar las normas comunes y a la segunda las normas especiales. V. la argumentación de esta doctrina en OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 261; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 76.

[1468] V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 77.

[1469] V. BLASCO, “Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989”, CCJC (1990) 40; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 77-8

[1470] V. la idea del arbitraje entre intereses ajenos en contradicción las partes en el supuesto de doble representación en ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 153-4.

representativas, ya de simple promoción de intereses, frente a la sociedad.[1471] En estos casos, la relación existente entre el gestor y el tercero puede tener como finalidad encubrir la actividad del interesado a través de la actuación mediata del tercero o persona interpuesta.[1472] El supuesto comprende dos subtipos de comportamientos: la interposición ficticia y la interposición real, de los cuales solamente el segundo encaja en los supuestos de conflicto de intereses. Ciertamente, en la interposición ficticia se produce una especie de simulación en la cual participan todos los sujetos que intervienen en la operación, hecho por el cual no cabe integrar el supuesto entre los conflictos de intereses.[1473] Mientras, en la interposición real de persona, el principal no tiene intervención alguna, dado que el negocio se celebra en base a un previo mandato o pacto de fiducia entre el tercero contratante y el administrador.[1474] El supuesto ha sido previsto en el artículo 1459 CC en relación a la autocompra del mandatario, a través de la expresión «persona intermedia».[1475]

51. En caso de interposición, el conflicto sólo nace en la hipótesis en las cuales la persona interpuesta realiza el negocio por encargo del interesado, existiendo entre ambos una relación previa según la cual el tercero se compromete a realizar frente al principal un negocio prohibido para el representante interesado.[1476] Con ello, el supuesto plantea un problema de carácter práctico en relación a la prueba del

---

[1471] Sobre el supuesto relativo al representante del administrador persona jurídica, v. *infra,* núm. 56.

[1472] V. la STS 19-2-1991, RJA 1512 («Esther y León c. Estudio 2.000, SA»), en relación a un supuesto de conflicto indirecto en el cual un accionista percibe la utilidad derivada del conflicto «a través de una persona interpuesta» (FD 2º). Se refiere también a la persona interpuesta como supuesto de conflicto indirecto, ia., GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, I (1976) 660(«[e]ntre los casos de colisión indirecta entran los ... los negocios realizados por un testaferro por cuenta del accionista»); FERNANDEZ DEL POZO, "La sociedad de capital de base personalista", RGD (1994) 5460; FERNANDEZ DEL POZO, "La sociedad de capital de base personalista", RGD (1994) 5460.

[1473] La interposición ficticia de persona se caracteriza por el hecho de que las partes del negocio acuerdan los términos del negocio e interponen a un tercero con quien simulan celebrar el negocio, con la finalidad de ocultar la participación de una de las partes en el negocio. V. DIEZ-PICAZO, "La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios", ADC (1965) 660; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 118.

[1474] La interposición real de persona se caracteriza por la existencia de una relación jurídica previa entre el administrador interesado o promotor del negocio y el tercero, con la finalidad de que éste sea el verdadero contratante, la parte real del negocio y quien se obliga frente a la sociedad, sin perjuicio de que posteriormente deba transmitir lo adquirido al administrador. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 119. V. el caso resuelto por la RDGRN 2-12-1998, RJA 10481, en el cual los poderdantes son dos personas que son, a la vez, Consejeros-Delegados mancomunadamente de las sociedad vendedora y de la compradora, que nombran a sendos apoderados.

[1475] V. DIEZ-PICAZO, "La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios", ADC (1965) 661; id., *La representación en el Derecho privado* (1979) 115, 119.

[1476] V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 119, quien señala que en el art. 1459 CC «no veda en términos absolutos que el mandatario compre los bienes que fueron de su mandante al primer adquirente de éste, quienquiera que sea, sino solamente cuando este primer adquirente realizó la adquisición por encargo suyo, es decir, cuando existió entre ambos una previa relación jurídica en virtud de la cual la adquisición se llevó a cabo. En cambio, cuando el primer adquirente ha sido una persona totalmente extraña, la posterior compra es perfectamente válida». Idem, DIEZ-PICAZO, "La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios", ADC (1965) 661.

acuerdo subyacente.[1477]

Vinculaciones familiares

52. Las relaciones familiares entre el administrador y el tercero dan origen a un conflicto en la medida que en su círculo más estrecho (cónyuge, ascendiente o descendiente del administrador interesado) puede considerarse que todos sus miembros tienen intereses próximos o idénticos. Las vinculaciones patrimoniales y afectivas existentes dentro de este núcleo familiar es suficientemente fuerte como para ejercer una influencia relevante en el comportamiento del gestor frente a su obligación de actuar en interés del principal.[1478]

Vinculaciones de control societario

53. Una categoría de relaciones indirectas que precisan atención son aquellas en las cuales la vinculación existente entre el administrador y el tercero es de carácter societario. Las relaciones que presentan relevancia a los efectos conflictuales se limitan a los casos en que el administrador ejercer una influencia relevante a través de una participación mayoritaria o de control que el administrador interesado mantiene con la sociedad que actúa de tercero frente al principal.[1479]

[1477] V. DIEZ-PICAZO, "La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios", ADC (1965) 661; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 119.

[1478] En el ámbito de la sociedad anónima, la ley ha incluido un amplio grupo de personas que conforma las personas vinculadas en las relaciones familiares. Al respecto el nuevo art. 127 ter.5.I LSA en su redacción dada por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) establece que tienen la consideración de personas vinculadas a los administradores: «1º El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad. 2º Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador. 3º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y los hermanos del administrador». Antes de la reforma, el *Reglamento tipo CNMV* (1998) había considerado que «existe interés personal del consejero cuando el asunto afecte a un miembro de su familia» sin concretar el ámbito de aplicación (sub. 33.1.II y 37). En el ámbito singular de las cajas de ahorro, el art. 16.2 LORCA al referirse a la contratación de los administradores y directivos extiende la prohibición a sus «cónyuges, ascendientes o descendientes». En el ámbito de las fundaciones, la Ley sólo se refiere a los patronos (v. art. 28 LF). V. la Interpretación restrictiva que de su aplicación hace VERDERA SERVER, "La autocontratación en las fundaciones", RJN (1996) 99-100. Entre la jurisprudencia española v. el Caso Duralfe, STS 24-11-1989, RJA 7903, en el cual el presidente del consejo de administración hipoteca bienes sociales en garantía del pago de un crédito concedido por una caja de ahorros a su mujer. Entre la jurisprudencia inglesa v. el *leading case* Daniels v. Daniels (1978) Ch 406, 2 W.L.R 73, en el que se plantea una venta de propiedades de la sociedad a la mujer del administrador. Aquí la mujer era socia y junto con su marido poseían la mayoría de las acciones. V. BOYLE, *Corporate governance* (1985) 264-266; HOPT, *Corporate governance* (1985) 314.

V. también la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(3), al considerar que la condición de "*Related person*" de un administrador incluye el cónyuge (o un padre o hermano suyo) o un hijo, nieto, hermano o padre (o cónyuge de cualquiera de ellos) del administrador; o una persona que conviva en el mismo domicilio con el administrador...»; v. id, pp. 8-403 a 404. Los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.03(a)(1); 1.23 (a)(2), definen la noción de "*associate*" de forma semejante. Una esfera más reducida de personas se concibe en la *Companies Act* 1985, art. 346(2)(a), que incluye sólo al cónyuge del administrador e hijos y, además, excluyendo a aquellos que tienen edad superior a 18 años (id. art. 346(3)(a)).

[1479] La reciente reforma operada por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) incorpora la siguiente disposición: «A los efectos del presente artículo, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:... Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores» (art. 127 ter.5.I LSA). La remisión no resulta ajena de dificultades interpretativas, en la medida que la referencia al administrador se corresponde con el administrador persona física –el administrador persona jurídica se regula a continuación – y la norma prevista en la Ley del mercado de valores regula el concepto legal de grupo de sociedades, que a su vez distingue entre las situaciones

54. En tal caso, el administrador se encuentra en una posición semejante –si bien no equivalente– a la señalada anteriormente en la cual el tercero actúa por cuenta del interesado. Un segundo grupo de relaciones societarias que establecen un vínculo indirecto que afecta al interés del administrador y le convierten en interesado resulta del caso de las relaciones de asociación en sociedades personalistas entre el administrador y el tercero.[1480]

---

contempladas en el art. 42.1 CdC y las referidas a la relación entre sociedad dominante y dominada. Una interpretación posible de esta norma puede consistir en que las personas vinculadas son las sociedades dominadas de grupo respecto de la dominante, que sería la administrada por el gestor interesado. Si esta fuera la interpretación, el deber de lealtad del administrador no se referiría a la dominante sino a la dominada por extensión del deber de lealtad del socio de control, que es la sociedad dominante. En tal caso, la ubicación sistemática de la norma corresponde al deber de lealtad del socio. Una segunda interpretación, más acorde con la relación de interés indirecto consiste en entender que son personas vinculadas aquellas sociedades respecto de la cuales el administrador interesado, por sí solo o con otras personas «ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, [su] control». Antes de la reforma, el *Reglamento tipo CNMV* (1998) hacía referencia genérica a la sociedad participada al decir que existía «interés personal del consejero cuando el asunto afecte a... una sociedad en la que... tenga una participación significativa» (sub. 33.1.II y 37). V. también el art. 16.2 LORCA, al referirse a la contratación de los administradores de Cajas de Ahorro, extiende la prohibición a «las sociedades en que dichas personas [vocales de los consejos de administración, así como sus cónyuges, ascendientes o descendientes] participen mayoritariamente en el capital, bien de forma aislada o conjunta».

V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.03(b): Si la relación es de carácter corporativo, la sociedad en la cual participa el administrador no se considerará asociado, mientras aquel no sea titular de un porcentaje superior al del 10 por cien del capital de la sociedad contratante. Se trata de una presunción *iuris tantum* en la medida que el interesado tiene la carga de probar que el interés que tiene en el tercero no tiene suficiente relevancia como para afectar su juicio o decisión de forma adversa para la sociedad. V. más ampliamente el comentario a esta sección. Este mismo porcentaje es el que toma en consideración la SEC Rule 405 relativa a la *Securities Act* 1933 y la SEC Rule 12b-2 relativa a la *Securities Exchange Act* 1934 donde se entiende como asociado a los titulares de la misma proporción de capital a efectos de exigencias de *disclosure*; v. id, p. 11. V. también, id., sub. 5.10-14. Por su parte, la *Model Act* no establece un porcentaje determinado para apreciar la situación de interesado en supuesto de participación del administrador en el tercero. Para el art. 346(4) de la *Companies Act* 1985, la participación se considera significativa a efectos del conflicto cuando el administrador por sí solo o junto a otros asociados (familiares, socios personalistas o fiduciarios) reúnen una participación equivalente al 20% del capital o dispongan del control de ese mismo porcentaje de votos en la junta general.

V. también, FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 203-4 (un ejemplo de conflicto indirecto se da cuando el fiduciario interesado es socio mayoritario de la sociedad directamente beneficiada); CLARK, *Corporate Law* (1986) 142-143; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 127 (existe interés indirecto cuando el contrato se cierra con una sociedad administrada o dominada en cualquier forma por el administrador); id., I (1976) 660 («[e]ntre los casos de colisión indirecta entran los apoyos o beneficios a sociedades rivales o concurrentes en las que el accionista tenga participación»); LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 100 (existe riesgo de perjudicar a la sociedad «cuando el administrador contrata en nombre de la sociedad que representa con otra sociedad en la que ostenta una participación».

[1480] La *Companies Act* 1985, art. 346(2)(d) entiende relevante la actuación del tercero siendo socio personalista (*partner*) del administrador; también la ley francesa en sus arts. 101.III y 143.III LSCom. somete a autorización los contratos entre la sociedad y una empresa en la que el administrador «fuese propietario, socio sin limitación de responsabilidad, gerente, administrador, director general o miembro del directorio o del Consejo de Vigilancia de la empresa». La ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(1)(ii), se refiere a los supuestos en los que el tercero es socio administrador (*general partner*) en sociedad con el administrador o que el administrador es socio administrador (*general partner*) en sociedad con el tercero. Los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.03(2), se refieren en general a las

Vinculaciones económicas

55. Otro segundo grupo de relaciones indirectas de influencia tiene su origen en determinadas relaciones económicas de cierta relevancia que el administrador mantenga con el tercero.[1481] Estas relaciones económicas pueden tener en general un carácter continuado y de colaboración (franquicia, suministro), de crédito, de garantía o simplemente de intercambio (el tercero es cliente especial para el negocio del administrador o éste es uno de los proveedores del tercero).[1482] También pueden considerarse las relaciones laborales o de prestación de servicios entre ambas partes, administrador y tercero, como casos de influencia, si bien

---

relaciones financieras que pudieran afectar el juicio del administrador de forma adversa para la sociedad, sin precisar las relaciones societarias.

[1481] Los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.03(a)(2) y 1.23(a)(3), incluyen el supuestos de forma explícita al referirse a aquella «persona con quien el administrador... mantiene una relación económica o financiera que razonablemente pudiera afectar las decisiones del administrador de forma adversa para la sociedad en relación a la operación o conducta en cuestión». La ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(1) no se refiere a esta situación de forma expresa. V. sin embargo, el comentario de la sección, id, pp. 8-397 a 398. A título de ejemplo, cabe señalar el caso del administrador interesado que es el único proveedor o uno de los principales clientes de la empresa del tercero y viceversa; también se plantea en aquellos casos en que el administrador y el tercero participan en un mismo negocio -pe., con la creación de una *joint venture*- y tienen una fuerte vinculación entre ellos.

GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 127 (existe interés indirecto cuando el contrato «se concluye con un acreedor suyo, o con cualquier persona cuyos intereses estén estrechamente vinculados a los del administrador»); LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 100 (existe riesgo de perjudicar a la sociedad cuando el administrador contrata «representando a la sociedad en la que ostenta el cargo, con otra persona con la que tiene identidad de intereses económicos».

[1482] Pueden resultar ilustrativos los ejemplos señalados en ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 314-315 y el cometario previo en pp. 312-314. El supuesto allí indicado se construye sobre los siguientes elementos. A es administrador de la Sociedad X, fabricante de ropa, y de la Sociedad Y, vendedora de prendas de vestir a través de una cadena de establecimientos. El administrador A no es socio de ninguna de las dos sociedades, pero es proveedor de la sociedad X, siendo ésta su principal cliente. Ambas sociedades acuerdan que X venda sus prendas a Y, sin la intervención de A en las negociaciones y sin que el contrato sea aprobado por el órgano de administración de X e Y. (i) Entre la Sociedad X y el administrador A existe una relación económica que configura a la primera como asociada del administrador, en tanto que su relación es suficientemente relevante para que se pueda razonablemente esperar que pueda afectar el comportamiento de A en el contrato entre las dos sociedades en una forma adversa para Y. A pesar de ello, no se puede presumir que el administrador A haya facilitado la información sobre el interés económico a la Sociedad X y tenerse como interesado (esto es, asociado en el sentido regulado en los ALI *Principles*, v. id. sub. 5.08). (ii) Siguiendo el mismo ejemplo, si el administrador A es titular de un 20 % del capital de la Sociedad X, pero no posee el control de la misma, y el contrato entre las dos sociedades es aprobado por los consejos de administración de cada una de ellas después de informar de sus intereses, pero no de los hechos relevantes. Aunque se puede presumir la relación de asociado entre la Sociedad X y el administrador A, no se puede entender que el administrador haya facilitado el interés a la Sociedad X por no informar sobre los hechos relevantes del contrato, pues no participa en la negociación ni es un accionista de control. (iii) En un tercer supuesto, el administrador A es titular del 100 % del capital de la sociedad X y ejerce el control; el contrato entre las sociedades X e Y es aprobado por administradores desinteresados e informa al consejo de la Sociedad Y de sus relaciones con la Sociedad X. Partiendo de que la Sociedad X es un asociado del administrador A, se presume que éste ha canalizado sus intereses a través de la Sociedad A, que controla, aunque no haya participado directamente en la operación. De ello se deriva que la Sociedad Y puede demandar la nulidad del contrato si prueba que el Administrador A faltó a su obligación de informar sobre los hechos relevantes referidos a la operación o en base a que la operación no es razonablemente de su interés (*fair*).

deberán valorarse individualmente a efectos de su posible relevancia en el cumplimiento del deber del administrador de actuar en el exclusivo interés de su principal.[1483]

Vinculaciones del administrador persona jurídica

56. Un ulterior supuesto de relaciones indirectas se plantean respecto del administrador persona jurídica. El supuesto, singular en nuestro vigente régimen de sociedades anónimas, contempla cuatro grupos de personas vinculadas: (i) los socios de control de la persona jurídica administrador; (ii) los administradores y gestores de la misma; (iii) las sociedades que forman parte del mismo grupo; y (iv) las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas.[1484]

c) Presupuesto objetivo del deber y objeto de protección

Introducción

57. Para la aplicación del deber de lealtad a una determinada situación jurídica, es necesario que la conducta del administrador afecte a los intereses sociales, en la medida que pueda causar un riesgo o daño sobre los mismos. En ambos casos, se pone de manifiesto que el objeto de tutela o protección consiste en el interés de la sociedad (o lo que es lo mismo, el interés del principal, si atendemos a la relación de gestión que media entre la sociedad y el administrador), mientras el deber de lealtad del gestor consiste en el medio de protección que el ordenamiento pone al alcance del principal para prevenir la lesión de sus intereses en caso de conflicto. En este sentido, la relación entre el interés social y el deber de lealtad se concreta en la exigencia de un comportamiento dirigido a la defensa del interés social, frente al interés del administrador.[1485] El punto de partida de esta línea argumental reside en la exigencia del administrador, como gestor, de actuar en interés social.[1486]

Aproximaciones al interés social

58. El hecho de que el ordenamiento no establezca reglas para delimitar la noción de interés social ha comportado que se hayan desarrollado dos concepciones que acentúan el interés en aspectos distintos. La relevancia de este aspecto deriva de la necesidad de determinar qué intereses han de promover y defender los

---

[1483] Los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub.1.23(a)(4), establecen una regla abierta al señalar que se entiende interesado al administrador o alto cargo que esté sujeto a una influencia de control por el tercero de tal forma que la influencia pudiera, dentro de lo razonable, afectar el juicio que el administrador tuviera que realizar sobre el negocio o conducta. V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(1)(ii).

[1484] El art. 127 ter.5.II LSA, incorporado al ordenamiento por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003), establece lo siguiente. «Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes: 1º Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores. 2º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderse generales del administrador persona jurídica. 3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo, tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y sus socios. 4º Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior».

[1485] V. Cap. 3º, núm. 129; Cap. 4º, núm. 35.

[1486] ARROYO, «Reflexiones en torno al interés social», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1846: «el interés social es un principio rector, en cualquiera de los tipos societarios mercantiles, que actúa como límite a la libertad de los socios y de los órganos sociales». v. Cap. 4º, núm. 35.

administradores en el cumplimiento de sus obligaciones.[1487]

59. Desde la visión institucional, el interés social responde al interés de la empresa y la empresa en su conjunto debe considerarse como objeto digno de tutela. Desde ese enfoque, los administradores han de considerar la empresa como interés primordial y autónomo, en particular, su rentabilidad y conservación o continuidad empresarial y, atendiendo a su sentido amplio, a los intereses de los socios, los intereses de los trabajadores, la comunidad en general, así como a otros aspectos relacionados con la actividad empresarial.[1488]

60. El planteamiento contractual, que se corresponde con la noción de interés social más extendida en nuestra doctrina y jurisprudencia, parte de la idea de que el interés social debe entenderse como el interés común de todos los socios.[1489]

[1487] V. las reflexiones de SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "El interés social y varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada", RDM 246 (2002) 1659-63, sobre la dificultad, la relevancia y la vigencia de la determinación del interés social. El autor señala, además, que es inviable un pronunciamiento legislativo que defina el interés social, si bien el respeto a los diversos intereses presentes en la sociedad anónima pueden resultar tutelados a través de disposiciones laborales, concursales, medioambientales, etc. (v. id., pp. 1685-9). También resultan interesantes sus comentarios sobre la adopción de programas de *responsabilidad social* por parte de las empresas y su relación con la moderna concepción del concepto de interés social (v. id., pp. 1716-21). V. BISSARA, Ph., "L'intérêt social", Rev. Soc. (1999-1) 5-31; JAEGER, P.J., "L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)", *Giurisprudenza commerciale* (2000-6) 795-812.

[1488] V. los argumentos de las principales posiciones institucionalistas en ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 80-96; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 586, 650, 669. Cfr. los argumentos institucionalistas con DUQUE, *Tutela de la minoría* (1957) 78-82. V. recientemente, SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 59-61. La doctrina española ha destacado esporádicamente el valor de la empresa como elemento determinante del interés social. Entre otros, v. RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas* (1967) 217 («No hay otra manera de determinar objetivamente los intereses del empresario... más que refiriéndose a los intereses de la empresa»). V. la referencia a la doctrina institucionalista que hace STS 19-2-1991, RJA 1512 («Esther y León c. Estudio 2.000, SA») al señalar que ésta «considera a la Sociedad Anónima como una 'institución-corporación', en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.)» [FD 2º]. V. también, HOPT, "Derecho y obligaciones", RDM (1993) 869, al señalar que el *interés propio de la empresa en su conservación* posee como límite el derecho de disolución y liquidación que tienen los socios mayoritarios. Cfr. con ARROYO, «Reflexiones en torno al interés social», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1854-8, para quien el interés social se configura como un concepto distinto de la mayoría y dotado de un valor superior al interés de la mayoría. En este sentido, es contrario al interés social el acuerdo de disolución y consiguiente liquidación de una sociedad rentable, auque la mayoría alegue razones superiores que convienen a la política del grupo empresarial.

Respecto a los ordenamientos que incluyen otros intereses que deben perseguir los órganos sociales, además del de los socios, v. *supra*, núm. 41, sujeto activo, otros legitimados.

[1489] V. DUQUE, *Tutela de la minoría* (1957) 101; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, I (1976) 761; GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 199; Id., *Derecho de sociedades*, I (1976) 315; ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 125; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1666, sub. II; ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión* (1982) 583; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de un sociedad anónima" RDM (1990) 671; URIA / MENENDEZ / MUÑOZ, «La Junta general de accionistas», *Comentario al RLSM*, V (1992) 335; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 24; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 42; HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal"

61. Aquello que es común a todos los socios es objeto de análisis desde distintos puntos de vista; de un lado, el interés común mantiene una estrecha relación con el objeto y el fin social en el sentido de que aquellas actividades que se encaminen hacia el fin común realizando el objeto social son de interés común para la sociedad.[1490] A estos efectos, su realización se orienta hacia la maximización de la producción (interés preliminar), del beneficio (interés intermedio) y del dividendo (interés final).[1491] Esta orientación parece ser la que está contenida en la referencia que la ley de sociedades anónimas hace al interés social entendido como el interés

---

RdS (1996) 109; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 61-2, 215. V. también, POLO, «Abuso o tiranía», *Estudios Menéndez* (1996) 2276, 2280.

La jurisprudencia participa de la formulación contractual. V. la STS 19-2-1991, RJA 1512 («Esther y León c. Estudio 2.000, SA») que al distinguir las dos corrientes de pensamiento sobre el interés social se refiere a «la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social...» [FD 2º]. V. las diversas referencias jurisprudenciales sobre impugnación de acuerdos sociales apuntadas en URIA / MENENDEZ / MUÑOZ, «La Junta general de accionistas», *Comentario al RLSM*, V (1992) 335-341.

[1490] Un planteamiento precisa que el fin social es el elemento determinante del interés social. V. DUQUE, *Tutela de la minoría* (1957) 73 («El interés de la sociedad viene determinado por el fin a que ésta tiende»); ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de un sociedad anónima" RDM (1990) 671 («el fin o interés social, entendido éste como interés común de los socios que se presume consistente, salvo disposición estatutaria en contrario, en la finalidad de lucro»); LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 42 («el fin social, no es otra cosa que el interés común de los socios y que éste, a su vez, coincide con la noción del interés social»).

Sobre la relación entre el fin social y el objeto social, v. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni* (1956) 149 (el objeto social es «el fin-medio respecto del objeto final, que es la obtención del lucro»); GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 345-346 (el objeto social en su sentido estricto se emplea «en el sentido de fin concreto de la sociedad, y por tanto, de causa en sentido objetivo»); GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 200 (el fin común «se concreta en el objeto social»); SAENZ GARCIA DE ALBIZU, *El objeto social en la sociedad anónima* (1990) 41, 75, 162 (mientras que el fin común «se concreta en el objeto social», «el interés social, viene definido por la actividad o conjunto de actividades que la sociedad pretende desarrollar», si bien el interés social «puede ser modificado por la voluntad de una determinada mayoría de socios»); PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II, art. 1665 (1991) sub. IX.2.a) («el *fin común* como elemento causal del contrato se integra de dos subelementos: el fin común último o fin abstracto (v.gr.: ánimo de lucro) y el fin común próximo o fin concreto, que es el objeto social (v.gr.: fabricación de productos lácteos)»).

[1491] Sobre este programa que distingue entre el interés social preliminar, equivalente al desarrollo del objeto social, el interés social intermedio u obtención de ganancias y interés final o reparto de ganancial, v. GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 212-214. De particular interés resulta el análisis de ALONSO LEDESMA, "Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social", *Estudios Girón* (1991) 39-47, en cuyo planteamiento distingue entre la noción de interés social, «liminarmente contractualista por exigencias de nuestro orden constitucional económico», el contenido del interés específico, «un contenido concreto» y un procedimiento para su determinación (id., pp. 44-5). V. también, ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión* (1982) 583-4; COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 67-8.

En el sentido económico contractual, el interés social se concreta en forma de presunción, respecto de lo que habrían pactado la totalidad de los socios en el momento de la fundación de la sociedad, lo que resulta equivalente a lo que maximiza las ganancias comunes de los socios. En estos términos, v. ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 33, 34, 39. Para PAZ-ARES, *¿Dividendos a cambio de votos*? (1996) nota 20, se satisface el interés común de las partes «si las decisiones mayoritarias sirven los intereses de todos o, si sirviendo sólo los intereses de una parte, no perjudican los intereses de los demás».

de la sociedad.[1492]

Objeto material: esfera jurídico patrimonial y de intereses del principal

62. La puesta en relación de esta aproximación al interés social con el deber de lealtad del administrador supone concretar la delimitación de intereses frente a los cuales puede generarse o debe excluirse una situación de conflicto. En efecto, no se produce el conflicto si el administrador persigue intereses personales que pueden afectar a los trabajadores, los proveedores, los acreedores, la comunidad o a los socios individualmente considerados.[1493] Por el contrario, puede manifestarse una situación de conflicto cuando el administrador persigue intereses personales que puedan afectar el desarrollo del objeto y fin social.[1494] Esta delimitación sirve de punto de partida para concretar el objeto material sobre el que puede recaer la situación de conflicto.

63. En un sentido genérico, este marco de intereses comprende todas aquellas situaciones en las cuales la sociedad pueda obtener una ventaja, valorable económicamente o no, que pueda favorecer el desarrollo del objeto y cumplimiento del fin social.[1495] Esta perspectiva amplia toma en consideración la situación de una

---

[1492] Según el art. 127 bis LSA, incorporado por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003), los administradores deben cumplir sus deberes «con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad». De esta forma la ley se ha decantado por introducir el concepto de interés social frente a otras propuestas. Al respecto, el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.1.3, recomendaba «establecer como objetivo último de la compañía y, consiguientemente, como criterio que debe presidir la actuación del Consejo, la maximización del valor de la empresa o, para decirlo con una fórmula que ha arraigado en medios financieros, la creación de valor para el accionista». Esa preferencia por la creación de valor se planteaba frente «a otras definiciones o interpretaciones más amplias –pero también más confusas- del llamado "interés social"». V. el enunciado de este criterio en el *Reglamento tipo CNMV* (1998) art. 6, junto a las premisas para su aplicación. Previamente, el *Informe del Círculo de Empresarios* (1996) sub. 2.5.II, sin hacer referencia al interés social postulaba el deber de los consejeros de actuar «hacia la consecución del interés general de la sociedad que es el de todos los accionistas».

Mientras, los informes de otros países han adoptado soluciones distintas. De un lado, el *Informe Vienot* (1999) sub. I.1, identifica el interés social con «el interés superior de la persona moral misma, es decir, de la empresa considerada como un agente económico autónomo, persiguiendo fines propios, notoriamente distintos de los de los accionistas, de los asalariados, de sus acreedores, entre ellos el fisco, de los proveedores y de sus clientes, que por el contrario se corresponden con el interés general común, que es el de asegurar la prosperidad y la continuidad de la empresa». De otro, El *Informe Hampel* (1998) sub. 1.16, considera que «[e]l único y primordial objetivo que comparten todas las sociedades cotizadas, sea cual sea su tamaño o tipo de actividad, es conservar y revalorizar en la mayor medida posible la inversión de sus accionistas a lo largo del tiempo. Todos los Consejos de Administración tienen esa responsabilidad, y su política, estructura, composición y procesos de gobierno deben ser reflejo de esta circunstancia». V. ibi, más ampliamente. V. también, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 2.01, 6.02 (*objective and conduct of the corporation*).

[1493] En relación a los intereses particulares de los socios, es preciso hacer la salvedad de que el administrador si debe considerar sus derechos sociales y, además, está obligado frente al socio cuando usa las facultades e información derivados de su cargo. V. *supra,* núm. 39, sujeto activo, socio acreedor de los deberes.

[1494] Desde la perspectiva contractual, el interés social concreta los deberes fiduciarios de los administradores en el sentido de que estos cumplen con sus deberes fiduciarios si toman decisiones que maximicen las ganancias comunes de los socios. V. ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 32, 34, 39.

[1495] Esta perspectiva amplia ha sido recogida por la STS 19-2-1991, RJA 1512 («Esther y León c. Estudio 2.000, SA»), en relación al conflicto de intereses en la junta, señalando que el beneficio que podían obtener los socios frente a la sociedad, «no hay que entenderlo

sociedad que desarrolla una empresa en funcionamiento en la cual caben tanto las relaciones patrimoniales y las expectativas que puedan surgir de las anteriores y las que puedan determinarse en un futuro. Este conjunto define la esfera jurídico-patrimonial y de intereses del empresario o principal.[1496] Con ello se pone de manifiesto que el círculo de intereses abarca típicamente los derechos subjetivos que conforman el patrimonio social.[1497] Los intereses sociales que pueden verse afectados se extienden, además, a las relaciones jurídicas de las que la sociedad es parte interesada y también en los intereses legítimos exigibles por la sociedad, así como a las expectativas de derechos que aún no han nacido por la falta de algún requisito.[1498]

64. Al lado de los intereses relacionados con la esfera patrimonial en sentido amplio, también deben considerarse como elementos que integran el interés social todos aquellas informaciones, conocimientos técnicos (know how), experiencias, estudios, proyectos, listas de clientes, estrategias financieras, corporativas, comerciales, de producción, la información contable sobre la marcha de la empresa, sus relaciones con los proveedores, etc., que genera la actividad empresarial y societaria y que sirven a la función de la toma de decisiones racionales encaminadas a llevar a término el fin social y el funcionamiento societario.[1499] En este círculo de intereses se incluyen tanto los proyectos empresariales no ejecutados como los que aún están sujetos a consideración y, además, aquellos que aún no han nacido como proyectos pero que pueden desarrollarse a partir de la información que dispone la sociedad.

65. Puede afirmarse que tales elementos son de interés para la sociedad en la medida que para ella tienen un valor por cuanto significan un medio, actual o potencial, para el desarrollo de la iniciativa empresarial de la sociedad.[1500] Es más, dentro de

---

exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional... » (FD 2º).

[1496] Sobre la noción de esfera jurídica y los grupos de relaciones patrimoniales y personales que lo constituyen, v. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1981) 399-400.

[1497] El contenido típico de la esfera jurídico patrimonial está formado por el conjunto de derechos subjetivos en la medida que tales derechos confieren un poder de libre goce sobre determinados bienes y su tutela y protección por parte del ordenamiento jurídico. Sobre el concepto de derecho subjetivo, v. DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1981) 395; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 57. Sobre la noción de patrimonio, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 39; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, I (1981) 395, 398.

[1498] Sobre la relación jurídica en general, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 57; DIEZ-PICAZO, Sistema, I (1982) 246-253. Sobre la idea de interés legítimo, v. LOPEZ Y LOPEZ, «Voz: Relación jurídica (Dº civil)», EJB, IV (1995) 5763-4. Sobre la idea de expectativa, v. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 76.

[1499] El contenido de bienes sobre los cuales la sociedad tiene un interés es más amplio que relativo al fondo de comercio. Sobre éste, v. DERRUPPÉ, J., *Le fons de commerce*. Paris: Dalloz, 1994.

[1500] Señalan DIEZ-PICAZO/GULLON, *Sistema*, I (1982) 243 que «Todo... el mundo exterior... en cuanto posee un valor cultural o económico, constituye objetivamente un “bien” y en cuanto es objeto de una tendencia o de una aspiración de la persona hacia él, constituye subjetivamente un “interés”. Los bienes y los intereses son todas las relaciones exteriores que sirven o pueden servir para satisfacer una necesidad o para conseguir una determinada finalidad económica o cultural».

La noción de interés ha sido objeto de estudio en el ámbito del seguro, entendiéndose como una relación económica entre un sujeto y un bien que pueda suponer la obtención de una utilidad económica. El objeto del interés puede ser tanto bienes materiales como inmateriales, así como cosas futuras. V. SANCHEZ CALERO, «Comentarios al Código de Comercio y legislación

esta consideración amplia de la esfera de intereses del principal se incluyen las expectativas de ganancias derivadas de la actividad empresarial, ya sean consecuencia de la clientela propia de la actividad ordinaria de la sociedad, ya se deriven de negocios atípicos encaminados a cumplir con el fin social.[1501]

mercantil especial», tomo XXIV, *Ley de Contrato de Seguro*, vol. 1º. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado (1984) 345 ss., 347.

[1501] V. *infra*, sub. I.3.b) y c), los supuestos de competencia y de aprovechamiento de oportunidades sociales.

3.
Supuestos típicos de conflictos de intereses

66. En el proceso de determinación del supuesto al que va unido el deber de lealtad, es preciso reconocer en cada uno de los casos típicos el doble presupuesto de su aplicación: la condición de administrador interesado y el objeto material de protección.[1502] En este orden de cosas que tienden a la delimitación del ámbito objetivo del deber en cada caso concreto, la doctrina y distintos ordenamientos toman como referencia determinados grupos de conductas conflictuales que, por ser más comunes, van adquiriendo una cierta tipicidad normativa y doctrinal.[1503] Con todo, las agrupaciones y descripciones de tipos singulares resulta independiente de la configuración práctica de supuestos mixtos con elementos de distintos casos aislados. La mayoría de ordenamientos regula la contratación del administrador con la sociedad, en menor medida, las situaciones de competencia, y aisladamente, las oportunidades sociales.[1504]

[1502] Como señala QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 203, la lealtad como tipo abstracto de la diligencia, ha de ser sometida a un proceso de determinación casuística en cada supuesto de hecho concreto. Sobre la relación entre la elaboración de casos y el principio general, v. Cap. 1º, núms. 112, 127.

[1503] A este núcleo, además de los que a continuación señalamos, se suelen añadir otros casos, tales como el uso de información, oportunidades y bienes, la remuneración excesiva, las indemnizaciones, etc. A título de ejemplo, v. HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 627 (distingue entre contratación en conflicto, uso de oportunidades societarias, competencia con la sociedad, *insider trading*, operaciones que opriman a la minoría de socios y adquisiciones y ventas del control); HOPT, «Self dealing and use of corporate opportunity and information», *Corporate governance and directors' liabilities* (1985) 320 (distingue entre la autocontratación interesada, la excesiva remuneración, la competencia con la sociedad y el uso de la información y control social); CLARK, *Corporate Law* (1986) 141-261 (por un lado, diferencia entre *basic self-dealing*, remuneraciones de ejecutivos, uso de bienes sociales y acciones sociales con diversos motivos; a su lado trata específicamente los supuestos de *insider trading* (id., pp. 263-356) y los cambios de control con abuso de la mayoría (*freezeouts and buyouts*) (id. pp. 499-530)); CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 647 ss. (contratos, remuneraciones, uso de activos sociales, competencia con la sociedad, oportunidades sociales, deberes del socio de control, transmisión del control; un capítulo especial se dedica al insider trading); SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 747 ss. (contratos, remuneraciones, oportunidades societarias, deberes del socio de control; en capítulos aparte, *insider trading*, venta del control (id, pp. 1133-1167) y *cash out mergers* (id, pp. 1286-1358)).

De su parte, la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sólo reglamenta los contratos (sub. 8.60 a 8.63), las indemnizaciones (sub. 8.50 a 8.8.59) y la remuneración a los administradores (sub. 8.11). A su lado, los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) contemplan los siguientes supuestos: operaciones con la sociedad (sub. 5.02); remuneraciones a los administradores y altos cargos (sub. 5.03); uso por los administradores y altos cargos de propiedades sociales, información societaria no pública o de la posición societaria (sub. 5.04); uso de oportunidades sociales por administradores o altos cargos (sub. 5.05); competencia con la sociedad (sub. 5.06); operaciones entre sociedades con administradores comunes (sub. 5.07); conductas en representación de asociados de administradores o altos cargos (sub. 5.08).

[1504] La reciente reforma de la Ley de sociedades anónimas operada a través de la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas (2003)* al introducir el nuevo art. 127 ter LSA ha incorporado a nuestro ordenamiento los supuestos típicos: la contratación, el uso de bienes y oportunidades y la competencia. Esta reforma ha sido precedida por la *Propuesta de Código de Sociedades (2002)* arts, 123 a 127, con amplias similitudes, y del *Informe Aldama (2003)* sub. III.2.2, p. 23-4, con recomendaciones orientadas a la regulación de los supuestos señalados. Sobre ello, v. *supra,* núms. contiguos. Sobre el Derecho comparado, v. Cap. 2º.

a) Uso de información

Deber de reserva

67. En términos amplios, el uso de información propia de la sociedad en interés del administrador o de tercero conforma un primer supuesto general que configura un conflicto de intereses.[1505] Todo gestor de asuntos ajenos esta sujeto a un deber de reserva respecto de aquellas informaciones que conoce a través del desempeño de sus funciones, deber de reserva que forma parte del contenido del deber general de administrar.[1506] Su construcción se ha venido haciendo a partir de la comunicación de información reservada a terceros y de ahí que tradicionalmente se articule sobre el denominado deber de secreto o de confidencialidad, a cuyo orden de ideas responde su reconocimiento legal en los arts. 127 quater LSA y 61.2

[1505] El uso de información confidencial con fines competitivos puede ser objeto de valoración a través del ilícito previsto en el art. 13 LCD (divulgación o explotación de secreto), de forma que un mismo hecho puede atraer la aplicación de dos regímenes distintos y con fines parcialmente distintos. V. también la protección penal por la violación de secretos en los arts. 278-280 CP. Cobre el secreto industrial, v. GOMEZ SEGADE, *El secreto industrial ("know how"). Concepto y protección*, 1974; MASSAGUER, *El contrato de licencia de "know how"*, 1989; GOMEZ SEGADE, Voz: «Secreto industrial (Dº Mercantil)», EJB, IV (1995) 6084-8; PORTELLANO, «Protección de la información no divulgada», en *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio* (1997) 335-362; LLOBREGAT HURTADO, *La protección del secreto empresarial en el marco del Derecho de la competencia*, 1999; MASSAGUER, *Comentario a la Ley de competencia desleal* (1999) sub., art. 13, pp. 383-401. Sobre la relación entre la prohibición de competencia y el Derecho de la competencia, v. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 32. V. también, MARTINEZ SANZ, «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1327; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS (2002) 40-3.

A la hora de distinguir entre la prohibición de uso de información derivada del deber de lealtad y la procedente de la regulación contra la competencia desleal, es preciso destacar que la protección por la violación de secretos sólo se produce mientras que el conocimiento se mantenga reservado. Sin embargo, el ámbito de protección del deber de lealtad alcanza conocimientos empresariales que tienen valor económico para la empresa –elemento análogo al del secreto empresarial – pero que no son necesariamente confidenciales, ni la empresa desea mantener ocultos, pues, a pesar de que sean conocidos por el público, la empresa quiere utilizarlos para el desarrollo de sus propios fines.

[1506] Esta obligación negativa forma parte de los contenidos que configuran el deber de diligencia de todo gestor. Sobre el deber de confidencialidad del administrador, v. POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 135-41; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 101-2; 110-3; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 117-9; MARTINEZ SANZ, «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1326-8. Sobre el deber del comisionista, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 475-476. VICENT CHULIA, «Voz: Comisión mercantil», EJB I (1995) 1136; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 300-301; GARRIDO, *Las instrucciones en el contrato de comisión* (1995) 109. En relación al deber de secreto en la agencia, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 552-553; DOMINGUEZ GARCIA, «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», *Contratos internacionales* (1997) 1295, 1296-1297; MERCADAL VIDAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 449-450; PALAU, "Las obligaciones del agente", RDM (1998) 1550-1553. En las relaciones de servicios no estrictamente gestoras, como las laborales, v. NOGUEIRA, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo* (1997) 140; MONTOYA MELGAR, Voz: «Deber de buena fe (Dº del Trabajo y Seguridad Social)», EJB, II (1995) 1907.

Sobre la prohibición de uso de información confidencial en las relaciones fiduciarias, v. FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 130 ss.; SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 319-38. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.04, págs., 253-283 (disciplina el uso por el administrador y el alto cargo de bienes sociales, información societaria relevante no pública y el uso de la posición del administrador en su cargo); ABA, *Corporate Director's Guidebook* (2001) sub. 2.B.5 (*confidentiality*)

LSRL.[1507]

Supuestos 68. Ello sin embargo, el uso de información constituye un supuesto genérico de aplicación del deber de lealtad cuando ésta se concreta en los casos de uso interesado por parte del administrador.[1508] De hecho, el uso interesado de información puede concurrir, de una u otra forma, en cualquier supuesto de

[1507] La LSA 1951 no incluía expresamente el deber de secreto, si bien la doctrina entendía que estaba implícito en el deber de lealtad del administrador. V. al respecto, QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 203. Su introducción al Derecho positivo se produce con la reforma de 1989 en la anónima (art. 127.2) y en 1995 en la ley de limitadas (art. 61.2 LSRL) con igual contenido. Sin embargo, a raíz de la reforma operada por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) se deroga el art. 127.2 LSA y se incluye una nueva disposición, el art. 127 quater LSA. La redacción dada a este artículo viene a confirmar que el supuesto está pensado para la comunicación o divulgación a terceros de información de carácter confidencial, sin tener en cuenta el supuesto de uso privado o interesado de la información. En este sentido, v. también, DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 108; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 59

Por otro lado, esta ha sido un planteamiento seguido por los informes y propuestas recientes. En este sentido v. el Proyecto de V Directiva, art. 10.a.2, que postula la obligación de confidencialidad; la *Propuesta del Círculo de Empresarios* (1996) sub. 2.5 y 3.3, en cuyas sugerencias recomienda absoluta reserva sobre la información facilitada al consejero y deber de respeto sobre las normas sobre operaciones con títulos; el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.8.3, dentro de la obligación de discreción postula el deber de guardar secreto de las deliberaciones y de abstenerse de revelar informaciones que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo; en las recomendaciones previstas en el *Código de buen gobierno*, sub. III.16, se recomienda que sea «la normativa interna de la sociedad» la que detalle las obligaciones que dimanan del deber de confidencialidad; la *Propuesta de Código de Sociedades* (2002) art. 127 (deber de secreto) también relaciona este deber respecto de las informaciones «cuya *divulgación* pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social». Cfr. con el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, que indica con toda la extensión que requiere el supuesto que deberían contemplarse entre los deberes de lealtad del los administradores el de «[n]o utilizar con fines privados información no pública de la sociedad».

De su parte, el *Reglamento tipo CNMV* (1998) sub. 35, puntualiza las condiciones que hacen desleal el uso de información por parte del consejero, refiriéndose a los casos de (a) aplicación la información «en conexión con operaciones de adquisición o venta de valores de la compañía; (b) en casos de que su utilización cause un perjuicio a la compañía; y (c) que la compañía «ostente un derecho de exclusiva o una posición jurídica de análogo significado sobre la información que desea utilizarse». Por ser el Reglamento tipo un instrumento dirigido a las sociedades cotizadas, en su apartado 35.2 recuerda que «el consejero deberá observar las normas de conducta establecidas en la legislación del mercado de valores y, en especial, las consagradas en el *Reglamento Interno de Conducta en los mercados de valores* de la Compañía».

[1508] En general la doctrina no precisa este aspecto y relaciona groso modo el deber de secreto como una exigencia del deber de lealtad. V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 161; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 108; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 203 (relaciona el deber con la promoción del interés social); PAZ-ARES, *Comentario del CC* (1991) art. 1665 (1991) sub. XI.1.c); FERNANDEZ DEL POZO, "La sociedad de capital de base personalista", RGD (1994) 5461; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 59; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil* (1997) 189.

Con todo, el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.8.3, al distinguir entre obligación de discreción y de pasividad establece que esta última «le obliga a no hacer uso de la información reservada de la compañía para fines privados. Obviamente, no es ésta una obligación absoluta, puesto que si la aplicación de la información resulta inocua para la sociedad, no hay razón para privar al consejero de la oportunidad de utilizarla; pero se recomienda a las compañías destinatarias del Informe que regulen los procedimientos a seguir en casos de duda en cuanto a que la utilización no cause perjuicio alguno a la compañía».

deslealtad, de manera que en ciertos casos el elemento informativo no singulariza el supuesto y la categoría o grupo de casos, tal como ocurre en relación al uso de información para fines competitivos o para las oportunidades sociales.[1509] Un supuesto en que la información presenta un carácter más específico o delimitador del grupo de casos sucede en relación a los casos de *insider trading*, en el marco del mercado de valores.[1510] También puede producirse el uso de información en los conflictos posicionales, que si bien hasta ahora han recibido poca atención en nuestra doctrina, no puede desconocerse su realidad.[1511] Con todo, se mantiene como supuesto de deslealtad y, con carácter residual, el uso de información societaria en interés propio, particularmente cuando ésta sea confidencial y no conocida por terceros y de relevancia para la sociedad o para los socios.[1512] También es desleal el uso de información no confidencial, hecha pública y conocida, cuando su contenido tenga un valor empresarial para la sociedad y esté al servicio de la actividad efectiva de la sociedad o de una oportunidad de negocio.[1513]

b) Competencia

Planteamiento

69. La competencia del administrador con la sociedad se explica como conflicto de intereses sujeto al deber de lealtad en la medida que el comportamiento competitivo afecta a las expectativas de ganancias de la sociedad y, en particular, al desarrollo del objeto y cumplimiento del fin social.[1514] En esta dirección, la

---

[1509] V. *infra*, núms. 69 ss, para los casos de competencia y uso de oportunidades.

[1510] V. Cap. 4º, núms. 107-110, *insider trading*.

[1511] Sobre el conflicto posicional, v. *supra,* núm. 29.

[1512] El uso de información reservada para hacer operaciones sobre acciones o participaciones sociales resulta desleal fuera del mercado de valores, a pesar de que no exista una reglamentación administrativa y penal sobre la misma, si bien deben considerarse los efectos civiles de tales actos desleales. Señala 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) 367, que la cuestión relativa a las informaciones que no constituyan información privilegiada relacionada con los mercados de valores debe resolverse a través del deber de lealtad del administrador. «La utilización por el consejero de tales informaciones, en beneficio propio o ajeno (por ejemplo, para realizar transacciones económicas), sólo será admisible en la medida en que ello no perjudique de ninguna manera a la sociedad». V. LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 117-8.

[1513] V. *infra*, núm. 74 ss., aprovechamiento de oportunidades.

[1514] La afirmación de la interdicción de la competencia como derivación del deber de lealtad suele hacerse sin entrar a considerar el objeto sobre el cual recae el conflicto. V. RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas* (1964) 242-4; GIRON, *Derecho de sociedades*, I (1976) 423-4 (en relación al socio de la colectiva); DIEZ-PICAZO *La representación en el Derecho privado* (1979) 106-7 (en la relación gestora para negocios del mismo género); PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub. XI.1.c); SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 224, 228; FERNANDEZ DEL POZO, "La sociedad de capital de base personalista", RGD (1994) 5461; PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 32; EMBID, «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 688; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1136; LOIS CABALLE, *La prohibición de competencia de los administradores de la SRL* (2000) 27, 38-9, 40-1; MARTINEZ SANZ, «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1326; id., «Art. 132. Separación. Supuestos especiales», *Comentarios a la LSA* (2001) 1382; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS (2002) 25-6; PORTELLANO, «Las oportunidades de negocio en el "Informe Olivencia" y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2874. A mayor abundamiento se tiene en cuenta la idea del daño concurrencial en el sentido de que el deber consiste en evitar el sacrificio al interés social que causa el comportamiento competitivo. V.

competencia está directamente relacionada con la desviación de la clientela actual o potencial y las consecuencias que ello significa en términos de reducción de las ganancias derivadas del negocio. Una conducta interesada encaminada a tales fines resulta incompatible con la finalidad del encargo gestor.[1515]

70. Consiguientemente el deber de no competir derivado del deber de lealtad resulta independiente del deber de plena dedicación del administrador, pues ambos deberes presentan fundamentos distintos, aún cuando si se pacta el segundo, necesariamente incluye al primero en su contenido obligatorio.[1516] Ello está en consonancia con la admisibilidad de realizar gestiones por cuenta de varios principales (administrador o representante de sociedades diversas), salvo pacto de exclusiva que indique lo contrario o que la doble gestión resulte incompatible con las funciones propias del cargo.[1517]

Supuestos 71. El conflicto afecta a una doble tipología de supuestos, en tanto que la actividad

---

GIRON, *Derecho de sociedades*, I (1976) 424 («la idea directriz de la demarcación de las actividades prohibidas es la evitación del daño concurrencial en la misma actividad»); PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II, (1991) art. 1683, sub. I y III.1; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 124-5; PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 29, 34; FERNANDEZ-ALBOR, "Deber de lealtad del administrador cesado", RGD (1999) 3999. Cfr. con PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 33 (la prohibición tiene carácter preventivo); EMBID, «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 689 (no es necesario que la competencia cause daños efectivos a la sociedad); LOIS CABALLE, *La prohibición de competencia de los administradores de la SRL* (2000) 71 (no es necesario acreditar perjuicio económico). V. también, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.06; ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 393 y 394 (competencia directa entre gestor y el principal, y actuación por cuenta de competidores del principal); *Reglamento tipo CNMV (1998)* sub. art. 32. FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 252 ss.

[1515] En este sentido, la prohibición de competencia dirigida al administrador no deriva tanto de la interdicción de competir *deslealmente* en el sentido previsto en la Ley de Competencia Desleal (LCD) sino de la simple prohibición de competir derivada de la obligación de administrar. Esta obligación exige realizar aquellos actos necesarios para desarrollar el objeto y realizar el fin social, lo que trae consigo que todo acto de competencia con la sociedad resulte contradictorio con el objeto y fin de la prestación gestora. Consiguientemente, mientras que la *leal concurrencia* es un bien tutelado por la LCD, los actos competitivos son actos de deslealtad para los administradores de sociedades. Desde esta perspectiva, la prohibición de competencia del administrador constituye una limitación a la libertad de competencia prevista en el art. 38 de la Constitución española. V. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 32 («la prohibición de competencia del administrador es una limitación inmanente y absolutamente justificada de la relación que le liga con la sociedad y que, por tanto, no supone contradicción valorativa alguna con el Derecho de la competencia»); LOIS CABALLE, *La prohibición de competencia de los administradores de la SRL* (2000) 22 («las prohibiciones de competencia representan derogaciones parciales al principio general de libertad de competencia, consagrado por la Constitución en el art. 38»).

[1516] Sobre el deber de plena dedicación en el ordenamiento alemán, v. Cap. 2º, núms. 114, 116.

[1517] V. PORTELLANO, «Las oportunidades de negocio en el "Informe Olivencia" y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2870, al entender que la dedicación exclusiva «no es una manifestación natural del deber de lealtad del administrador para su compañía». En general, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 107-8. Al respecto existe incompatibilidad «cuando la aceptación de la nueva representación signifique alguna merma de la capacidad de diligencia, de tiempo y de esfuerzo que el principal puede razonablemente esperar». Sobre este aspecto en el contrato de agencia, v. MERCADAL, *El contrato de agencia mercantil* (1998) 445-6.

competidora puede hacerla el gestor actuando por cuenta propia y en su propio interés, ya sea por sí mismo o a través de otros, o puede llevarla a término el gestor actuando por cuenta ajena.[1518]

72. Dentro del conflicto indirecto de intereses que se puede generar en relación a este grupo de casos, caben dos hipótesis típicas.[1519] La primera se refiere al supuesto del administrador que tiene una participación significativa en una sociedad competidora.[1520] La segunda hipótesis se manifiesta como supuesto típico de conflicto funcional cuando el interesado ejerce funciones de alto cargo o de administrador de sociedades competidoras.[1521]

[1518] El art. 127 ter.4 LSA recoge la doble hipótesis de actuar en actividades competitivas ya sea «por cuenta propia o ajena». La expresión se incorpora en el art. 12 de la derogada LSRL 1953. V. CARLON SANCHEZ, L., «Ley de sociedades de responsabilidad limitada», en MOTOS / ALBALADEJO, *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, tomo XXIII (1984)151; SUAREZ-LLANOS, «Prohibiciones de competencia», *Estudios Garrigues*, I (1971) 415-29. El antecedente inmediato de la expresión vigente se encuentra en el art. 65.1 LSRL la prohibición de «dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta General». V. también los arts. 135 y 218.1º CdC que se refieren exclusivamente a la realización de «negocios por cuenta propia». Sobre la discusión de relativa a que la prohibición de competencia no sólo afecta a la actuación por cuenta ajena, sino que también afecta a la actuación por cuenta propia, v. PORTELLANO, «Las oportunidades de negocio en el "Informe Olivencia" y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2876-7; y más ampliamente, id., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 35-8. V. también el art. 32 del *Reglamento tipo CNMV (1998)*, que parece limitar la actividad competitiva los «servicios profesionales en sociedades que tengan un objeto total o parcialmente análogo al de la compañía».

La expresión no aparecía en el *Anteproyecto LSA* (1949) que en su art. 149.II establecía que no podían ser administradores «las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos». Tampoco se recogió en la LSA 1951, que recogía la formula utilizada en el Anteproyecto citado pero sólo a los efectos de que cesaran en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general (art. 83.II). V. las referencias sobre los orígenes de la prohibición de competencia en LOIS CABALLE, *La prohibición de competencia de los administradores de la SRL* (2000) 24-5.

V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 106 (se refiere sólo a la actividad llevada a cabo por cuenta del gestor); PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 36; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1137 (competencia directa o indirecta); FERNANDEZ-ALBOR, "Deber de lealtad del administrador cesado", RGD (1999) 3999.

Sea por cuenta propia o por cuneta ajena, resulta indiferente que la actividad sea permanente u ocasional. V. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 42-4.

[1519] V. la STS 19-3-2003, RJA 56213/2003, Caso «Dirección 001, SL» FD 2º y 3º, en un supuesto en el que el administrador quebranta el deber de lealtad «por constituir una sociedad nueva con el mismo objeto que la anterior, depatrimonializando ésta». El administrador desleal administra las dos sociedades, de manera que la nueva sociedad «fue asumiendo paulatinamente el negocio y la clientela de la primera a la par que la sociedad administrada se empobrecía hasta llegar a un límite en el que se hizo necesaria su disolución».

[1520] V. art. 127 ter.4 LSA, que establece una obligación dirigida al los administradores de comunicación de «la participación que tuvieren en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social», sin indicar cual sea la relevancia de la participación. LOIS CABALLE, *La prohibición de competencia de los administradores de la SRL* (2000) 70 y nota 141 (el administrador no puede participar en otra sociedad como socio ilimitadamente responsable).

[1521] A los fines de conocer su existencia y evaluar el conflicto, el art. 127 ter.4 LSA determina que los administradores deben comunicar «los cargos o las funciones» que ejerzan en

Delimitación

73. La delimitación del conflicto se establece sobre la base de la competencia efectiva en un mercado relevante preciso, que se concreta dentro de un espacio temporal y geográfico determinado, a través de una actividad igual, análoga o complementaria a la prevista en el objeto social.[1522] De ahí que cuando se trata de una actividad

«una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social». La exigencia tiene el mismo tenor que el previsto en el art. 126.1 de la *Propuesta de Código de Sociedades (2002)*. De su parte, el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, entiende que deben contemplarse entre los deberes de lealtad el «[n]o desempeñar cargos en empresas competidoras de la sociedad o de su grupo». V. también, el art. 32.2 del *Reglamento tipo CNMV (1998)* que se refiere a la autorización que requieren los consejeros «antes de aceptar cualquier puesto directivo en otra compañía o entidad», sin exigir que sean sociedades competidoras.

Esta disposición debe armonizarse con el art. 132.2 LSA que establece que los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General. La norma ha sido interpretada restrictivamente en el sentido de exigir una competencia efectiva que no proceda de una coincidencia formal de administradores y de objetos sociales. Al respecto, POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 263-5, entiende que el supuesto requiere la coincidencia de la actividad de hecho de las dos sociedades lo que implica un conflicto permanente de intereses. Cfr. con el *Anteproyecto LSA* (1949) que en su art. 149.II establecía que no podían ser administradores «los administradores de otra sociedad competidora». En términos semejantes, SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 225 (es preciso que las sociedades mantengan de una manera efectiva una confrontación en la prestación de bienes o servicios para el mercado); LOIS CABALLE, *La prohibición de competencia de los administradores de la SRL* (2000) 68-9 (se incluye en la prohibición al administrador que sea administrador, gerente o apoderado en otra sociedad competidora); MARTINEZ SANZ, «Art. 132. Separación. Supuestos especiales», *Comentarios a la LSA* (2001) 1383.

En estos casos se produce una incompatibilidad de naturaleza objetiva en base a que los intereses gestionados tienen entre ellos puntos de colisión o de conflicto. V. en general, DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 108.

[1522] A estos efectos, el art. 127 ter.4 LSA delimita el supuesto considerando de forma más amplia todos los actos relativos «al mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social». La expresión, previamente incorporada al art. 65.1 LSRL, ha sido interpretada de forma restrictiva. Así, URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1136, entiende que a pesar de la dicción legal relativa al objeto social, la prohibición no se refiere tanto al «conjunto de actividades programado en los estatutos, como la actividad realmente desarrollada por la sociedad, que es la verdaderamente relevante a efectos concurrenciales». Cfr. con EMBID, «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 689, quien considera que no se ha establecido salvedad alguna de carácter espacial o temporal que limite el automatismo de la prohibición legal, ni tampoco es necesario que la competencia desarrollada por el administrador cause daños a la sociedad, por lo cual la ley parte de que debe ser prohibida «la competencia en sí misma, sea real o potencial, cause daños efectivos a la sociedad o no».

En general, la doctrina viene considerando el criterio de la competencia efectiva como elemento delimitador del supuesto. V. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1683, sub. III.1, al señalar que el deber de no competencia «sólo opera respecto del *mercado relevante*, objetiva y geográficamente relevante, para la sociedad, no alcanzando a aquellos ámbitos dónde no hay competencia efectiva, aunque potencialmente pudiera haberla». V. también, URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1136 (la valoración del conflicto de intereses ha de proyectarse «en la coincidencia de los elementos geográfico y temporal, que definen el mercado relevante en el que se enmarca la actividad habitual de la sociedad»); LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 125; PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 39, 40 (los «elementos que delimitan un mercado relevante son tres: objetivo o funcional, geográfico y temporal»), id., 41-2; id., «Las oportunidades de negocio en el “Informe Olivencia” y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2875 (la interdicción se circunscribe al mercado relevante en el que se enmarque la actividad habitual, además de la

comprendida en el objeto pero no desarrollada por la sociedad o que resulta ajena al objeto social, el supuesto debe contemplarse en relación a los criterios relativos a las oportunidades sociales.[1523]

c) *Aprovechamiento de oportunidades*

Planteamiento

74. La construcción de la doctrina de las oportunidades societarias corresponde a la jurisprudencia y doctrina anglosajona, de forma que este supuesto conflictual ha tenido un escaso tratamiento legal en los ordenamientos comparados.[1524] El aprovechamiento o desvío de oportunidades societarias por parte de los administradores responde a un grupo de casos que sólo recientemente ha recibido la atención del legislador y de nuestra doctrina.[1525]

Objeto

75. En un sentido amplio, por aprovechamiento de oportunidades de negocio se entiende la realización por parte de los administradores, por cuenta propia o de

---

realización de actividades complementarias habituales); FERNANDEZ-ALBOR, "Deber de lealtad del administrador cesado", RGD (1999) 3999 (sólo existe infracción del deber de no competir en «aquellas actuaciones que impliquen la realización de una actividad concurrente real y efectiva»); SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS (2002) 28, 32 (tiene que producirse una «situación de efectiva concurrencia que además ha de tener un carácter relevante» y no simplemente nominal o aparente). En un sentido más amplio, LOIS CABALLE, *La prohibición de competencia de los administradores de la SRL* (2000) 66-7, se refiere a que la actividad de los administradores ha de suponer un «riesgo, actual o potencial, de colisión con los intereses de la sociedad».

[1523] V. *infra,* núm. 79.

[1524] V. Cap. 2º, Reino Unido, núms. 184-188; Estados Unidos, núms. 222-234. V también, Cap. 2º, núms. 67, 101, derecho italiano reciente.

[1525] Nuestro legislador ha introducido el supuesto en la sociedad anónima a través de la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) al incorporar el art. 127.ter LSA. En el párrafo segundo de esta disposición se indica que «[n]ingún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o a la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador». La norma encuentra su antecedente en el art. 124 de la *Propuesta de Código de Sociedades* (2002), si bien esta disposición no hacía mención a los bienes sociales, que de forma más clarificadora, separaba de las oportunidades sociales. Las oportunidades de negocio fueron también reflejadas en los informes sobre el gobierno corporativo. V. *Informe Olivencia – Código de buen gobierno (1998)* núm 16 (se recomienda que la normativa interna de la sociedad contemple la explotación de oportunidades sociales); *Reglamento tipo CNMV (1998)* art. 36 (el consejero no puede aprovechar una oportunidad de negocio de la compañía); *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2 (los deberes de lealtad deberían contemplar el deber de «[n]o aprovecharse de las oportunidades del negocio que conozca por su condición de consejero»).

V. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, 1996; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 119-22; FERNANDEZ-ALBOR, A., "La doctrina de las 'corporate opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB 66 (1997) 477; PORTELLANO, «Las oportunidades de negocio en el "Informe Olivencia" y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2865-95.

La STS 6-3-1992, RJA 2398, «Socio c. Agrupación de viviendas», trata de un supuesto de aprovechamiento de oportunidades societarias por el socio de una sociedad civil que adquiere en subasta pública una cuota proindivisa de una parcela copropiedad de la sociedad. La sentencia ha sido comentada por RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 304-16 y por VERDERA, "Dovere di fedeltà nei confronti della società ed esclusione del socio", Le Società, (1993) 862-865.

tercero, de operaciones que son de interés para la realización del fin social.[1526] Su ámbito objetivo comprende tanto la realización de actos patrimoniales aislados frente a terceras personas como de iniciativas tendentes a desarrollar una actividad empresarial.[1527]

76. Su delimitación a través de los criterios finalista y material, permiten establecer los casos de uso legítimo de aquellos que significan una violación del deber de lealtad.[1528] En el sentido material, la conducta del administrador recae sobre elementos que pertenecen a la esfera de intereses de la sociedad, tales como los bienes sociales, los proyectos empresariales propios u ofrecidos por terceros, etc.[1529] El sentido finalista, la relación con la sociedad se pone de manifiesto cuando tales oportunidades resultan adecuadas para la realización del fin social.

[1526] V. la propuesta articulada de regulación de las oportunidades en los reglamentos internos de la sociedad de PORTELLANO, «Las oportunidades de negocio en el "Informe Olivencia" y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2892. Según esta propuesta (art. 1.1) se «entiende por oportunidad de negocio aquella cuyo aprovechamiento por parte del administrador tendría como consecuencia que la sociedad se viera impedida de tomar parte en ella total o parcialmente». De su parte, LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 119, se refiere a la hipótesis en que «los administradores se aprovechan en beneficio propio de negocios que podrían ser desarrollados por la propia sociedad que administran». V. también FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores* sociales (2002) 214, quien delimita a las oportunidades de negocio para los casos en que el administrador evita o impide el incremento del valora patrimonial de la sociedad o de la valoración de la empresa en el mercado por la sustracción de oportunidades de negocio o ventajas competitivas y aprovechadas por el administrador.

[1527] Mientras que el art. 218.1º CdC habla de «negocios», el art. 127 ter.1 LSA se refiere a «operaciones» y el art. 127 ter.2 LSA hace referencia a «inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad». De su parte, el *Informe Olivencia* (1998) II.8.4 y el *Reglamento tipo CNMV* (1998) art. 36.2, incluyen «cualquier posibilidad de realizar una inversión u operación comercial». Para LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 120, con la expresión "negocios" entiende «no sólo la conclusión de cualquier contrato beneficioso para la sociedad sino también cualquier posibilidad de adquirir empresas, bienes, muebles o inmuebles, o derechos (v.gr., patentes o marcas, etc.)».

[1528] V. al respecto, BRUDNEY / CLARK, "A new look" Harv. LR (1981) 999, al señalar que frente a los administradores, a oportunidad de negocio se considera como un activo de la sociedad. En este sentido, se trata de una iniciativa económica de mayor entidad que un simple deseo o esperanza y, sin embargo, de con menor contenido que un derecho de propiedad (id, pp. 1013-1014). Desde la perspectiva contractual, v. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 21, al hacer referencia al problema de atribución de derechos sobre la oportunidad. Sobre la titularidad y la protección de los derechos, visto desde una perspectiva de análisis económico, v. PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2843 [2852-2870 y *passim*].

[1529] Al respecto, la nueva Ley de Sociedades Anónimas se refiere a «inversiones» u «operaciones ligadas a los bienes de la sociedad» (art. 127 ter.2 LSA). El *Informe Olivencia* (1998) II.8.4, se refiere genéricamente a una operación comercial «que haya surgido en conexión con el ejercicio del cargo por parte del consejero...». El *Reglamento tipo CNMV* (1998) art. 36.2, añade al supuesto anterior que la operación comercial se practique «mediante la utilización de medios e información de la compañía, o bajo circunstancias tales que sea razonable pensar que el ofrecimiento del tercero en realidad estaba dirigido a la compañía». Al respecto, LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 121-2, distingue dos supuestos: la actuación del administrador en representación de la sociedad respecto de negocios ofrecidos por terceros y los negocios que realice el administrador usando la información a la que ha accedido en virtud del cargo.

La tipología varía desde el uso de bienes sociales (dinerario, inmuebles, etc.) para hacer negocios (de arrendamiento, préstamo, etc.), a la exigencia de comisiones a los proveedores o terceros para cerrar negocios, o al aprovechamiento para si de negocios ofrecidos a la sociedad.

Supuestos

77. A estos efectos es conveniente distinguir entre dos categorías de operaciones para poder concretar los elementos que permiten valorar la adecuación de la oportunidad al fin social en un caso concreto.[1530] La primera categoría hace referencia a las operaciones coincidentes con la actividad efectiva que realiza la sociedad, se haga ésta dentro o fuera del objeto social. Las oportunidades relacionadas con este grupo no están necesitados de una pauta de ponderación del interés para la sociedad, pues significan actos de competencia efectiva.[1531] La segunda categoría comprende, a su vez, tres grupos de actividades: (i) las comprendidas en el objeto social, pero que no ha sido desarrollada por la sociedad; (ii) las actividades complementarias al objeto no desarrolladas por la sociedad; (iii) y finalmente aquellos actos que son ajenos al objeto social, pero que pueden ser de interés para cumplir sus fines.

78. Las actividades comprendidas en esta segunda categoría son las que precisan criterios para delimitar el ámbito del conflicto, a cuyos efectos pueden aplicarse las siguientes pautas. Primera, los actos que pueden significar un desarrollo del objeto social, deben considerarse oportunidades sociales aun cuando la posibilidad de su ejecución no haya sido previamente considerada.[1532] Segunda, también deben

---

V. BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities" Harv. LR (1981) 1006, la distinción entre *hard and soft assets*, dentro de una variada lista de posibilidades de uso de bienes, así como la jurisprudencia allí mencionada. V. también el ejemplo que cita CLARK, *Corporate Law* (1986) 223-224, en relación a una destilería que quiere adquirir una fábrica de envases de cristal, respecto de la cual su administrador no puede comprar la fábrica por su cuenta considerando que puede ser un buen negocio para él; sin embargo un tercero, ajeno a la destilería y sin conexión a los intereses del administrador no encuentra norma que le impida comprarla primero. V. *ALI, Principles of corporate governance* (1994) sub. 5.05 (b)(1)(B), al señalar que el uso de información o de bienes sociales se considera una oportunidad de negocio si el administrador sabía o debía conocer que la oportunidad era de interés para la sociedad.

Las ofertas que terceras personas hagan personalmente a los administradores entran dentro del ámbito de aplicación de las oportunidades sociales, aunque el ofertante no considerara la participación de la sociedad. En esta dirección, v. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 48; id., «Las oportunidades de negocio en el "Informe Olivencia" y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2872. En un sentido más restringido, v. *ALI, Principles of corporate governance* (1994) sub. 5.05 (b)(1)(A), dónde se postula que se considera oportunidad cuando el administrador la conoce en relación con el desarrollo de sus funciones de administrador o cuando sea razonable entender que el tercero ofrecía la oportunidad a la sociedad. En una dirección semejante, v. *Reglamento tipo CNMV (1998)* art. 36.II, al final («bajo circunstancias tales que sea razonable pensar que el ofrecimiento del tercero en realizad estaba dirigido a la compañía»).

[1530] V. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 27 ss., id, «Las oportunidades de negocio en el "Informe Olivencia" y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2865 ss., distingue entre tres supuestos: actividades competitivas, actividades convenientes para la realización o desarrollo de los fines sociales y actividades respecto de las que la sociedad ha manifestado su interés. En esta dirección v. también, MARTINEZ SANZ, «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1326.

[1531] V. *supra*, núm. 72.

[1532] Los actos comprendidos en el objeto social deben entenderse conflictuales en la medida que los estatutos de la sociedad establece el marco de desarrollo de la actividad societaria y el administrador está obligado a desarrollar esa actividad en beneficio de la sociedad, de forma que si aprovecha una oportunidad que debiera desarrollar a favor de la sociedad estaría incumpliendo sus deberes.

entenderse oportunidades sociales aquellas operaciones ajenas al objeto social, que la sociedad esté proyectando ejecutar, ya sean derivadas de una iniciativa de la propia sociedad o una propuesta de terceros interesados en llevarla a término con la sociedad.[1533] Tercero, no tienen la consideración de oportunidades sociales aquellos actos o negocios que la sociedad ha decidido rechazar de forma expresa, sin la participación del interesado.[1534]

Delimitación con la competencia

79. De lo dicho podemos establecer una delimitación entre el uso de oportunidades en sentido estricto respecto de los actos de competencia desde una doble dirección.[1535] En primer lugar, en cuanto al supuesto, la competencia entendida en

---

Un criterio distinto, relativo a las actividades convenientes para la consecución de los fines sociales ha sido propuesto por PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 44-9; id., «Las oportunidades de negocio en el "Informe Olivencia" y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2878-9. El grupo de casos es más amplio en la medida que no está delimitado por el contenido estatutario, sino por los fines sociales. En otro sentido, es más reducido, en cuanto a que tales actividades son convenientes sólo para «la realización o desarrollo de la actividad habitual de la sociedad o de las actividades complementarias regulares». Si embargo, en caso de duda«se presupone la pertenencia de la oportunidad a la sociedad».

[1533] Cfr. con criterio propuesto por PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 49-58; id., «Las oportunidades de negocio en el "Informe Olivencia" y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2880-2, relativo a las actividades respecto de las que la sociedad ha manifestado su interés. Esta manifestación puede producirse a través de instrucciones de la junta o a través de manifestaciones del órgano de administración. Cuando se trate de declaraciones de interés que tienen su origen en el órgano de administración, «aún siendo ajeno en sentido amplio al objeto social, esté amparado por el objeto social».

[1534] Criterio legal incorporado al art. 127 ter 2. LSA, al señalar que el administrador no puede llevar a término la oportunidad «siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación si mediar influencia del administrador». En este sentido, v. FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores* sociales (2002) 214, para quien el administrador podrá usar las oportunidades cuando «la Sociedad –en realidad su Consejo de administración– decida declinar posibles propuestas de negocios o, incluso, más ampliamente, decida rehusar aprovecharse de oportunidades de negocio que se le presenten». V. también ALI, *Principles of corporate governance* (1994) sub. 5.05 (a)(3).

V. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 63-72, quien distingue varios supuestos de impedimentos de la sociedad: la incapacidad financiera, la negativa del tercero a contratar con la sociedad y la imposibilidad legal. A su vez, dentro de esta última hipótesis se refiere a los casos de oportunidades de negocio no encuadrables en el objeto social, los casos de sociedades en liquidación y los supuestos de prohibición legal.

[1535] La doctrina americana tradicional no suele hacer una referencia separada para los casos de competencia del administrado con la sociedad, incluyendo tales supuestos dentro de las oportunidades societarias. V. La ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-447 a 450, que, aunque no regula las oportunidades, incorpora los supuestos de competencia con la sociedad dentro de las oportunidades societarias. Al respecto el ABA, *Corporate Director's Guidebook* (1978) I.C, pone como ejemplo de oportunidades societarias las adquisiciones de otro negocio empresarial, de bienes o de licencias de patentes o invenciones, o la introducción de nuevos productos en el mercado, de las cuales todas pueden ser objeto de una situación de competencia con la sociedad. V. su versión más reciente, id., *Corporate Director's Guidebook* (2001) sub. 2.B.2.b, dónde no se hace referencia a los supuestos de competencia. En esta dirección, PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 28, señala que «se aboga desde la perspectiva continental... por la integración del supuesto de la prohibición de competencia en un marco más general y –esto es lo importante- con mayor capacidad heurística que unifique las reglas de tratamiento de una pluralidad de grupos de casos, precisamente aprovechando el caudal legal, doctrinal y

su sentido estricto no alcanza las operaciones ajenas a la actividad efectivamente desarrollada, ámbito respecto del cual encuentran su espacio natural las oportunidades sociales. En segundo lugar, las hipótesis de oportunidades requieren un examen más preciso orientado a la determinación del interés de la sociedad sobre ellas y unos criterios, positivos, de afirmación del interés, y negativos, de exclusión o imposibilidad que condicionan el proceso de autorización del supuesto. En este sentido, una oportunidad rechazada no requiere de nueva autorización, mientas que un acto de competencia rechazado en un determinado momento, no significa su autorización tácita, por lo que exige la autorización actual para ejecutarla.[1536]

d) Uso de bienes

Planteamiento

80. El conflicto de intereses relativo al uso de bienes sociales nace porque el comportamiento interesado del administrador afecta al patrimonio social en un sentido amplio, cuyo uso exclusivo debe ir dirigido al cumplimiento del fin social.[1537] El uso no autorizado de los recursos sociales equivale a un uso sin contraprestación, una contraprestación menor a la que la sociedad podría encontrar en el mercado o una pérdida de los beneficios que esos recursos dejan de generar (lucro cesante).[1538] Por esta doble razón el uso de la organización empresarial debe ser considerada contraria al interés social. En todo caso, tales supuestos quedan sujetos a la regla *de minimis*, por cuanto conductas de usos sobre bienes que no tengan relevancia económica, aun cuando puedan considerarse desleales, no presentan entidad suficiente para ser tenidas en cuenta

---

jurisprudencial que se ha elaborado a partir de aquella interdicción». V. id., «Las oportunidades de negocio en el "Informe Olivencia" y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2868.

Sin embargo, una nueva tendencia de separación de supuestos se va imponiendo a raíz de su postulación por los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.06 (competencia con la sociedad), sub. 5.05 (oportunidades societarias) y comentarios en id., pp. 301-7. En esta dirección v. también a HENN / ALEXANDER, *Laws and corporations* (1983) 628-32, aun cuando estos autores reconocen que la mayoría de supuestos de fiduciarios compitiendo con sus sociedades pueden ser subclasificados en situaciones de usurpación de oportunidad societaria o de conflicto de intereses. V. también la separación de supuestos en el *Reglamento tipo* CNMV (1998) sub. 32 (obligación de no competencia) y 36 (oportunidades de negocio).

[1536] En esta dirección v., especialmente, ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) sub. 5.06, *comment* g.

[1537] PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II, art. 1695 (1991) sub. II.1 (el uso extrasocial del de los bienes sociales resulta contrario al contrato de sociedad); PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 24. V. *Informe Olivencia (1998)* sub. II.8.4 y III.16 (recomienda la regulación del uso de los bienes sociales «con objeto de impedir su aplicación con fines exclusivamente privados o el aprovechamiento de ventaja patrimoniales»).

En la representación, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 106 (las aplicaciones a usos propios ha de considerarse ilícita, salvo cuando el mandante lo hubiera autorizado).

[1538] V. LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 117. El conflicto nace sin necesidad de que se produzca un perjuicio efectivo para la sociedad. V DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 398.

Al respecto el *Reglamento tipo CNMV (1998)* art. 34, establece la prohibición del uso de los activos de la compañía «para obtener una ventaja patrimonial a no ser que haya satisfecho una contraprestación adecuada. Excepcionalmente podrá dispensarse al consejero de la obligación de satisfacer la contraprestación, pero en ese caso la ventaja patrimonial será considerada retribución indirecta y deberá ser autorizada por el Consejo, previo informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones».

para los efectos jurídicos de la deslealtad.[1539]

Supuestos 81. En esta categoría relativa al uso de bienes incluimos los conflictos generados por el aprovechamiento del administrador de los recursos propios de la organización empresarial como supuesto del deber de lealtad. Hacemos referencia al aprovechamiento de la organización empresarial por parte del gestor para individualizar aquellos supuestos en los cuales el administrador usa para su propio provecho, y sin estar autorizado para ello, bienes, derechos o servicios pertenecientes a la organización empresarial de la sociedad.[1540] La tipología abarca casos de uso particular del administrador de bienes adquiridos por la sociedad, de los servicios laborales y profesionales de la sociedad, el pago de facturas y gastos personales, el uso de efectivo, etc.[1541]

[1539] PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 24, nota 16, al señalar que «[n]o habrá deslealtad cuando se trate de un uso inocuo para la sociedad (v.gr., emplear el teléfono para asuntos particulares, utilizar un botones de la sociedad para llevar un mensaje relativo a un asunto privado, etc.)». Sobre la regla de minimis, v. *supra*, núms. 26, 27.

[1540] La Ley de Sociedades Anónimas ha unido los supuestos de uso de bienes y de oportunidades sociales, de forma que la prohibición general relativa al primer supuesto ha quedado poco definida. Así el art. 127 ter.2 LSA establece que el administrador no puede «realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o a la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador». La redacción dada por el art. 123 de la *Propuesta de Código de Sociedades* (2002) resultaba más clara al respecto («[l]os administradores no podrán usar en beneficio propio los bienes de la sociedad») a su vez que reservaba el art. 124 para la regulación de las oportunidades sociales. De su parte, el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, concretaba entre los deberes de lealtad el de «[n]o hacer uso indebido de activos de la sociedad … para obtener, sin contraprestación adecuada, una ventaja patrimonial», siguiendo el enunciado previsto anteriormente en el art. 34 del *Reglamento tipo CNMV (1998)*. También el *Informe Olivencia (1998)* sub. II.8.4 y sub. III, recomendación 16, hacía reconocimiento del «uso de activos sociales» como grupo de casos respecto de los cuales la normativa interna debería contemplar. V. también la previsión de los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.04.

Nuestro ordenamiento contemplaba el supuesto del uso de bienes a través de los arts. 135 y 218.1º CdC (uso de los fondos o capitales comunes). V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 165. La doctrina ha venido considerando el caso como supuesto desleal. V. PUIG BRUTAU, "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima", RDP (1961) 363; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 106; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 58; CAPILLA, *La sociedad civil* (1984) 191; FERNANDEZ DEL POZO, "La sociedad de capital de base personalista", RGD (1994) 5460; LEON ALONSO, «Art. 1724 CC», *Comentario del Código Civil*, II (1991) 1561; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 117; PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 24. Sobre el uso de bienes empresariales por el trabajado, en el ámbito de la relaciones laborales, v. NOGUEIRA, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo* (1997) 138-139. Sobre el tratamiento que los deberes fiduciarios dan al uso de bienes, v. FINN, *Fiduciary Obligations* (1977) 89-110.

El supuesto se viene construyendo sobre la idea del uso de bienes o de activos de la sociedad, aunque aquí utilizamos un término más amplio, el aprovechamiento de la organización empresarial, que permite incluir todos aquellos elementos de la empresa que tienen para el empresario un valor económico. V. también el comentario que hace GIRON, *Derecho de sociedades*, I (1976) 497, al referirse que la prohibición del art. 135 CdC (aplicar fondos y uso de fondos sociales) se justifica por la afectación del patrimonio al fin social.

[1541] Sobre el cargo de gastos personales a la sociedad incluidos en las cuentas anuales v. la STS 7-7-1990, RJA 5784. V. la STS 22-2-1996, RJA 2366, «Vives Pastelería y Bollería c.

82. En su delimitación con supuestos conflictuales afines, distinguimos entre el uso de bienes en sentido estricto o uso de los bienes para fines personales y el uso de oportunidades sociales o uso de los bienes para llevar a término un acto o negocio frente a terceras personas.[1542] Con todo, la distinción no se construye sobre una disparidad de efectos frente a la sociedad, para quien resulta irrelevante que el uso sea personal o empresarial.[1543]

e) Contratación

Caracterización del supuesto

83. La realización por el administrador de actos negociales o contractuales frente a la sociedad configura un supuesto típicamente conflictual, sujeto al deber de lealtad. En la contratación con la sociedad, el conflicto actual existe desde el momento en que el administrador actúa por su cuenta e interés, de forma directa o indirecta, frente a la sociedad, sin que su consideración de interesado signifique un resultado perjudicial para los intereses de la sociedad. El medio empleado por el interesado para conseguir sus fines, consistente en la celebración de contratos y actos negociales con la sociedad, unifica el grupo de casos y sienta los criterios tanto para delimitar el supuesto como para fijar la sanción de deslealtad, cuyo centro de atención gira alrededor del régimen de ineficacia del acto o negocio objeto de la relación entre las partes.[1544]

84. Los supuestos que reúnen las anteriores notas presentan una variada fenomenología, entre cuyas operaciones pueden encontrarse relaciones de

---

socios», en un supuesto de aprovechamiento de bienes por el socios gestor en el cual se produce una disposición de cantidades sin consentimiento de los demás socios. La sentencia reconoce que el socio gestor «ha infringido deberes de lealtad y fidelidad para sus consocios» [FD 6º]. V. el ejemplo que cita CLARK, *Corporate Law* (1986) 144, según el cual el presidente de una compañía usa el yate de la sociedad para su propio placer durante un cierto tiempo, sin que ese uso fuera incluido en su retribución por el desempeño del cargo y sin que la compañía pudiera alquilado o ponerlo a disposición de los negocios de la sociedad.

En sus términos más amplios, cabe incluir la figura de la confusión de patrimonios. V. al respecto, OLIVENCIA, «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», *Estudios Uría* (1978) 508, para quien en tales casos, «[e]l titular de un patrimonio se sirve, para sus fines, de bienes integrados en otro, bajo titularidad distinta. El esquema de titularidades no responde ya a la identificación de patrimonios diversos, porque ambos sirven a una misma comunidad de fines. Consecuencia económica, las ventajas y las pérdidas repercuten, de hecho, no en el titular del patrimonio, sino en otra persona diferente. Aunque, a efectos de responsabilidad frente a terceros, se invoque la separación».

[1542] Sobre la distinción entre el aprovechamiento de bienes y de expectativas empresariales, v. BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities" Harv. LR (1981) 1006 y 1010; CLARK, *Corporate Law* (1986) 144-145, para el primer grupo de casos y más ampliamente, págs. 223 y ss. para el segundo. Sobre el necesario uso de información para llevar a término la oportunidad, v. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 48.

[1543] V. en este sentido, PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1682, sub II.3; PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 24.

[1544] La caracterización del supuesto por la existencia de una relación, directa o indirecta, entre la sociedad y el administrador permite delimitar este grupo de casos con otros supuestos típicos, pues esta relación jurídico negocial no se produce, al menos necesariamente, en los casos de competencia. En segundo lugar, la relación esencialmente negocial existente entre la sociedad y el administrador no existe en los casos de uso de bienes, información u oportunidades, dónde el origen de una eventual relación responde a una situación de hecho, en la que no interviene la voluntad de la sociedad. Sobre la sanción de ineficacia del negocio, v. Cap. 6º.

intercambio dirigidas a la adquisición, aprovisionamiento o arrendamiento de bienes, el mantenimiento de relaciones de crédito o de garantía, la prestación de servicios (asesoramiento jurídico, comercial, de inversiones, relaciones laborales de alta dirección u otra naturaleza), etc.[1545] El conjunto de relaciones que cabe ubicar en este grupo de casos puede ordenarse, a la par, en dos categorías, según que el administrador interesado tenga o no atribuidos poderes de representación de la sociedad. En el primer caso hablamos de autocontratación y en el segundo se simple contratación.

Autocontratación

85. Existe autocontratación cuando el administrador con poder para disponer sobre dos patrimonios independientes, el de la sociedad, por un lado, y el suyo propio o el de un tercero, por otro, realiza declaraciones de voluntad con la finalidad de constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas obligatorias entre ambas partes.[1546]

86. A partir de esta noción se constata que la autocontratación comprende en su seno a dos figuras distintas: la autoentrada y la aplicación.[1547] En la autoentrada el gestor celebra un negocio en el que interviene en su doble condición de representante de una de las partes y actuando personalmente como parte en el

---

[1545] V. los ejemplos en ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 212; ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-400.

[1546] Seguimos la noción de autocontrato de DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 377; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 205; v. también, ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 144; ALBALADEJO, *Derecho civil*. I.2º (1989) 392; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato*, 1990; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (1995) 41, 599; CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 670; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 294; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 305; RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*. Marcial Pons, 2002. En el Derecho comparado, v. Cap. 2º, núm. 21 (Francia); núm. 42 (Bélgica); núm. 94 (Italia); núm. 136 (Alemania).

Sobre la doctrina que estudia el autocontrato como un fenómeno de la representación, v. TRAVIESAS, "La representación y otras instituciones afines", RDP (1923) 36-40; ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 143-58; LEON ALONSO, «Arts. 1718 y 1719 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 224-231; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 200-6; ALBALADEJO, *Derecho civil*. I.2º (1989) 392-5; BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 40; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 73-87; CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 670; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 305-9. Cfr. con la opinión de DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 364, que admite la hipoteca como un acto unilateral con un alcance mayor al de la representación; v. *supra,* tipología, hipoteca a favor de tercero.

[1547] Los términos "autoentrada" y "autocontrato" fueron introducidos en España por TRAVIESAS, "La representación y otras instituciones afines", RDP (1923) 33, para quien la intervención «del que opera, emitiendo una declaración de voluntad *negocial*, de la cual es destinatario y con interés de un tercero, se llama *Selbseinttrit*, autoentrada, en el derecho alemán, y al negocio así concluido se le denomina *Selbscontrahirung*, auto-contrato o contrato consigo mismo». Autoentrada y aplicación son términos comúnmente usados por la doctrina mercantil, en referencia a la regulación de la figura estudiada en el ámbito de la comisión, si bien la terminología para denominar cada figura no es siempre común en la doctrina. V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 11, nota 1. Sobre las fuentes y el derecho histórico, v. DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 334-339; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 20-30. Sobre las similitudes y diferencias entre la autoentrada y la aplicación v. OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 260-1.

negocio en su propio nombre e interés.[1548] En la aplicación, doble representación o representación múltiple o plural, el gestor celebra un contrato en representación de las dos partes del negocio y a consecuencia de los mandatos contrapuestos que le han conferido ambos representados.[1549]

87. Determinados supuestos que no reúnen los requisitos necesarios para ser considerados como un supuesto de autocontratación han sido tratados como tal por la jurisprudencia por la vía analógica. Un ejemplo de estas situaciones tiene lugar en actos de garantía de deuda ajena, cuando una sociedad hipoteca o avala el pago de deudas del administrador o de otra sociedad cuya única relación con la primera consiste en que quien ha celebrado el negocio o realizado la gestión es un administrador común de ambas sociedades. En rigor, en es<te supuesto no existe autocontratación en la medida que la hipoteca es un acto unilateral en el que el administrador participa en su calidad de representante del titular de los bienes.[1550] Sin embargo, el acto que vincula a la sociedad genera un conflicto de intereses al poner en riesgo los bienes del principal con el fin de beneficiar al administrador por ser éste el deudor –conflicto semejante al de la autoentrada- o a un tercero deudor de quien se favorece con la garantía –conflicto semejante al de la doble

---

[1548] V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 504 (intervención exclusiva del comisionista en todo el desarrollo de la comisión»; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 201 (intervención del gestor en un doble papel); OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 255 («el comitente y el comisionista son las únicas partes de los dos contratos que normalmente implica el negocio tipo de comisión»; HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1709 («el representante ejecuta el encargo a su propio favor»). Sobre las ventajas que ofrece la autoentrada, v. OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 256-7.

En rigor, la autoentrada es una figura más amplia que la autocontratación, en la medida que las declaraciones de voluntad de la segunda son negocios jurídicos, mientras que puede producirse autoentrada «respecto de actos jurídicos que no merezcan la calificación estricta de negocios jurídicos» (p.e., hacer pago de un crédito), tal como así lo indica DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 201.

[1549] V. *supra,* núm. 49, vinculaciones por doble representación. El tratamiento jurídico de la doble representación es el mismo que en el caso de autoentrada. V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 78; BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 39-41. Cuando el ordenamiento recoge supuestos de doble representación reconoce que las aplicaciones quedan sujetas a un régimen de prohibición semejante al de la autoentrada, tal y como así sucede en determinados supuestos de representación legal. En relación a la tutela, el art. 221.2º CC prohíbe al tutor representar al tutelado «cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y exista conflicto de intereses». V. BADOSA COLL, *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela* (1986) 259; BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 39-40; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 79. V. también la RDGRN 17-11-2000, RJA 865/2001, dónde se indica que existe autocontratación «cuando una misma persona actúa como administrador único de la Sociedad apoderada para vender y de la Sociedad compradora».

En el ámbito de la representación voluntaria, la doble representación se recoge en el art. 267.I CdC al referirse a las aplicaciones del comisionista cuando prohíbe la compra «para sí ni para otro». En el ámbito del mercado de valores se admite la doble representación condicionada al cumplimiento de determinados requisitos especiales (art. 2 RD 1416/1991). Sobre ello, v. Cap. 4º, núm. 123. Sobre el reconocimiento de la doble representación en el marco de las fundaciones (art. 28 LF), v. *infra*, núm. 97. En relación a la representación legal del administrador concursal, v. *infra,* núm. 93.

[1550] Cfr. con DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 364, 367.

representación–.[1551]

Simple contratación

88. El centro de atención que caracteriza el supuesto de la simple contratación no reside en que el administrador actúe en su calidad de representante de la sociedad, sino de la circunstancia de que el administrador reúne la condición de interesado por el hecho de contratar con la sociedad, sea de forma directa o indirectamente. El caso típico se plantea respecto del administrador sin poder de representación que contrata directamente con la sociedad a través de la intervención de otro administrador con poder de representación o de un apoderado de la sociedad.[1552] Visto desde la perspectiva del administrador no representante, el supuesto no puede considerarse autocontratación, si bien no por ello deja de ser interesado. En términos semejantes se plantean los casos de contratación simple pero de forma indirecta, ya sea porque el interesado utiliza una persona interpuesta para contratar con la sociedad, con la finalidad de ocultar la participación del administrador en el contrato, ya sea porque el interesado reúne esta condición por practicar una doble gestión respecto del tercero contratante de quien recibe una comisión por el éxito de la operación.[1553]

Reconocimiento legal

89. El ordenamiento contempla determinados supuestos en los cuales se regula la contratación del gestor con su principal en sedes de la representación legal y voluntaria, sea para regular las relaciones de familia, el mandato, la comisión, la

---

[1551] V. el ejemplo comentado por BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 41, dónde el representante de una sociedad reconoce una deuda y libra cambiales para su pago y la misma persona representado a otra sociedad avala e hipoteca dos fincas en garantía del pago de las deudas de la primera. Como señala el autor, «[e]n el supuesto de hecho objeto de la Resolución no hay autocontrato, ciertamente, pero sí una objetiva situación de conflicto o colisión de intereses porque el representante actúa con una doble representación... En esta situación el representante no puede realizar el interés de una de las sociedades anónimas representadas sin sacrificar el interés de la otra: la colisión de intereses es, a mi juicio, bastante clara». V. también, el Caso Duralfe, STS 24-11-1989, RJA 7903, relativo a una hipoteca sobre bienes sociales en garantía de un crédito concedido por una caja de ahorros a la mujer del presidente del consejo. V. la RDGRN 1-6-1999, RJA 4191, en la que la hipoteca en favor de un tercero, se considera claramente un acto de autocontratación, en ese caso, autorizada por los poderdantes. V. también la RDGRN 20-11-1989, dónde en un supuesto relativo a una hipoteca constituida en garantía de una deuda ajena aunque se considera que no existe autocontratación [FD.2], la Dirección General considera aplicable el mismo régimen que a la autocontratación [FD.3]. Al respecto se indica que «no puede ignorarse que esta relación de subordinación y accesoriedad entre los dos negocios celebrados, recíprocamente dependientes y económicamente contrapuestos (es innegable tanto la repercusión de la prestación de la garantía en la concesión del crédito y en sus condiciones, como el sacrificio patrimonial actual que la hipoteca implica para el propietario agravado) provoca, en el caso debido, una situación similar a la que subyace en la figura del autocontrato *strictu sensu* y que es la que determina las cautelas y prevenciones con que ésta es considerada jurídicamente; efectivamente, en ambos casos, una persona con su sola actuación compromete simultáneamente los intereses de dos patrimonios cuya representación ostenta, en forma tal que no queda garantizada la independencia necesaria entre los procesos de formación de cada una de las voluntades negociales emitidas; no se asegura que en cada uno de ellos haya sido considerado exclusivamente lo más conveniente y beneficioso para el patrimonio afectado».

Sobre la hipoteca de deuda ajena y su relación con la aplicación del art. 129 LSA, v. MERCADAL, "Comentario a la DGRN de 17 de noviembre de 1998", CCJC 50 (1999) 629-44.

[1552] En general, sobre los negocios realizados por un representante del mandante con otro de sus mandatarios, v. DIEZ-PICAZO, "La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios", ADC (1965) 659; id., DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 117.

[1553] Sobre la doble gestión, v. *supra*, núm. 49. Sobre la persona interpuesta, v. *supra*, núms. 51-52.

contratación en el mercado de valores o en el Derecho concursal.

90. (i) El Código Civil acoge la figura en dos ámbitos. De un lado, lo hace al regular los conflictos que surgen en el Derecho de familia, tanto en la patria potestad como en la tutela y, en particular, en relación a la prohibición de adquirir o transmitir bienes entre el tutor y el tutelado.[1554] De otro, el Código Civil establece la prohibición dirigida al mandatario de adquirir por compra los bienes que el mandante hubiera encargado administrar o enajenar (art. 1459.2º CC).[1555] La disposición, cuya interpretación y alcance ha sido objeto de discusión, viene siendo la referencia común para reglamentar los casos de autocontratación, aun cuando no existe plena coincidencia con ella. Siendo cierto que la autocompra del mandatario constituye un supuesto de autocontratación, la norma presenta un ámbito más reducido por no reunir todos los supuestos de autocontratación posible, en tanto que, de un lado, sólo se refiere a los casos de compra y, de otro, tampoco hace mención a los supuestos de doble representación.[1556] A la inversa, el artículo 1459 CC integra determinados conflictos indirectos que no forman parte del supuesto de autocontratación en sentido estricto, al establecer que la prohibición alcance a los casos de compra a través de persona interpuesta.[1557]

[1554] En relación a la patria potestad, el art. 162.2º CC excluye la representación legal a lo padres en los supuestos «en que exista conflicto de intereses entre padres e hijos». En cuanto a la tutela, el art. 221.2º CC prohíbe al tutor «representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses». El supuesto contemplado en ambos normas abarca, por ser más amplio, los casos de autocontratación.

Para la concreta prohibición de adquirir y transmitir relativas al tutor previstas en los arts. 1459.1º y 221.3º, v. MONTES PANADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II (1984) 1077-1101. BADOSA COLL, *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela* (1986) 259. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 35-7. CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 671. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 191. MANRESA, *Comentarios al CC español*, II (1957) 74-7. DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 416-27.

DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 428-9 y 430-2, también se a los supuestos de autocontratación cuando interviene el albacea y los administradores judiciales de testamentarias y abintestatos. A este respecto, v. el art. 1459.3º CC que prohíbe al albacea adquirir los bienes confiados a su cargo.

[1555] V. DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 393-5; GARCIA VALDECASAS, A., "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP (1960) 449-462; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 108-121; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 34, con normas y referencias del Derecho comparado; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II (1993) 5893; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 287-9.

[1556] V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 79, quien considera que aunque el art. 1459.2º CC no prohíbe expresamente la doble representación, «hay que entender que la prohibición está incluida». Cfr. GARCIA CANTERO, «Art. 1459 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales*, XIX (1980) 139, según el cual el supuesto de doble representación«queda excluido de la regla prohibitiva y sometido únicamente a la problemática general de la autocontratación».

[1557] V. *supra*, núms. 50-51. La doctrina de la persona interpuesta se aplica tanto al administrador con poder de representación como al que no es titular del mismo. Con todo, el régimen del art. 1459.2º CC tiene un ámbito de aplicación reducido a la autocompra de mandatario, cuya interpretación restrictiva dejaría fuera a un buen número de supuestos de conflictos indirectos. Al respecto, más que una solución por la vía analógica, es preciso aplicar las normas generales derivadas del deber de lealtad del gestor. Consiguientemente, procede exigir el deber de *disclosure* y la autorización de la conducta interesada. Sobre la exigencia de plena revelación del propósito de mandatario que actúa indirectamente a través de persona interpuesta, v. DIEZ-PICAZO, "La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios", ADC (1965) 662; id., *La representación en el Derecho privado* (1979) 120.

91. (ii) El Código de Comercio regula casos de compra para sí o para otro de lo mandado vender y de venta de lo encargado comprar, estableciendo su prohibición, salvo licencia del comitente, tanto para las operaciones de autoentrada como para las aplicaciones o actos de doble representación del comisionista (art. 267.I CdC).[1558] Aunque de su literalidad se desprende que su ámbito de aplicación se reduce a los casos de compraventa, una interpretación finalista permite abarcar otros supuestos análogos.[1559] De otro lado, el Código establece la prohibición la autoentrada de los Agentes mediadores de comercio, hoy de aplicación únicamente a los corredores intérpretes marítimos (art. 96 CdC).[1560]

[1558] Sobre ello, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 104-105, 504-10, 525-527; Id., *Curso de Derecho mercantil*, II (1983) 114-115; OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 255-279. Id, "La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa", RDBB (1981) 103-126; ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 272; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 474-475; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II (2004) 160-1; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 304-306; ALONSO ESPINOSA, «Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil», *Contratos de gestión* (1995) 149-150; SANCHEZ ANDRES, «Voz: Comisión bursátil», EJB I (1995) 1122-6. VICENT CHULIA, «Voz: Comisión mercantil», EJB I (1995) 1137-8; NIETO CAROL, «El contrato de comisión bursátil», *Instituciones del Mercado Financiero*, VIII (1999) 5006-5007; CORTES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 417-8, 423-5; URIA / MENENDEZ / ALONSO SOTO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 160; VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 676.

V. también, LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*. *Trattatato di Dir. civile e comm*., XXXII (1984) 606-25; MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial* (1954) 56-8, en relación al precepto del Derecho italiano (art. 1735 CC it.) que hace previsión de la autoentrada del comisionista. Sobre el Derecho alemán, v. SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 945-9.

[1559] En general, la doctrina establece el alcance de la prohibición de la autoentrada y la aplicación en los límites compraventa. V. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 104-105, 507, 525-527; id., *Curso de Derecho mercantil*, II (1983) 115; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 474-5; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II (2004) 160-1; ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 272; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 304; id., «Voz: Comisión mercantil», EJB I (1995) 1137; ALONSO ESPINOSA, «Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil», Contratos de gestión (1995) 149-150.

Sin embargo, el profesor OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 263-5, entiende que si «el criterio determinante de la prohibición de autoentrada es... el deseo de evitar el peligro de que el comisionista sacrifique el interés del comitente en beneficio de su propio interés; y a esto se añade que este peligro existe... cuando la fijación de las condiciones del negocio de realización depende de la voluntad del comisionista, debe concluirse que los límites de esta prohibición han de extenderse justamente hasta abarcar todos los supuestos en los que exista este peligro. Y este peligro puede existir no solo en la compraventa, sino en los demás supuestos de comisión en los que la fijación de las condiciones del negocio de realización quede a la libre voluntad del comitente». Cfr. con la opinión de URIA / MENENDEZ / ALONSO SOTO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 160, para quienes al preguntarse si la prohibición debe extenderse a otras comisiones que no sean las de compraventa, entiende que «tratándose de una regla prohibitiva no debe ampliarse ni extenderse al margen de los casos previstos en ella».

[1560] Para los Agentes colegiados, el CdC prevé en su art. 96. 1º y 4º la prohibición de "comerciar por cuenta propia" y de "adquirir para sí los efectos de cuya negociación estuvieren encargados, salvo en el caso de que el Agente tenga que responder de faltas del comprador al vendedor". Téngase en cuenta que, con independencia de su plena aplicación a los Corredores Intérpretes Marítimos, los Agentes de Cambio y Bolsa se integraron, primero, en el cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados (DA 2ª LMV 24/1988) y, posteriormente, por medio de la DA 24ª de la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social se establece que a partir del 1 de octubre de 2000, los Corredores de Comercio Colegiados y los Notarios pasan a

92. (iii) La Ley de mercado de valores y las normas que la desarrollan incorporan disposiciones que regulan la contratación de valores por parte del gestor en relación a los encargos practicados por los inversores.[1561]

93. (iv) En fin, la nueva Ley Concursal ha establecido una prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa dirigida a los administradores concursales.[1562]

94. Deteniéndonos en el ámbito de la administración de las personas jurídicas, el legislador ha introducido un conjunto de disposiciones, en su mayoría recientes, que regulan la contratación del administrador con la sociedad o la fundación. Con todo, no existe una regulación general de la contratación para las personas jurídicas en general, ni para las sociedades mercantiles, en particular, de tal manera que las previsiones legislativas se encuentran en determinadas formas sociales, unas veces para regular todo tipo de negocio contractual, mientras que en otras, se reducen a singulares relaciones obligatorias.

95. (i) La reciente reforma de anónimas ha incorporado el supuesto de la contratación del administrador con la sociedad a través de la prohibición de hacer uso del nombre social para realizar operaciones por cuenta propia o de personas vinculadas (art. 127 ter LSA).[1563] La expresión *uso del nombre de la sociedad*

---

formar parte de un solo Cuerpo de Notarios. Sobre los antecedentes legislativos del art. 96 CdC, v. OTERO LASTRES, "La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa", RDBB (1981) 112-4; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 508. Sobre la funciones actuales, naturaleza y régimen del corredor marítimo, v. ARROYO, «Personal colaborador del empresario de la navegación», en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil* (2001) 1154-7.

Por su parte, el CdC no prohíbe la doble representación en relación a los Agentes Mediadores de Comercio (art. 96 CdC). La disposición solo prohíbe comerciar por cuenta propia y nada se dice de la doble representación. V. OTERO LASTRES, "La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa", RDBB (1981) 119.

[1561] V. Cap. 4º, núms. 120 a 132, mercado de valores, autocontratación.

[1562] V. la prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa incorporada en el art. 151 Ley Concursal (2003): «1. Los administradores concursales no podrán adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integren la pasa activa del concurso.» «2. Los que infringieren la prohibición de adquirir quedarán inhabilitados para el ejercicio de su cargo, reintegrarán a la masa, sin contraprestación alguna, el bien o derecho que hubieren adquirido y el acreedor administrador concursal perderá el crédito de que fuera titular.» «3. Del contenido del auto por el que se acuerde la inhabilitación a que se refiere el apartado anterior se dará conocimiento al registro público previsto en el artículo 198.». V. MACHADO, «Art. 35. Ejercicio del cargo», en SALA / MERCADAL / ALONSO CUEVILLAS, *Nueva Ley Concursal* (2004) 217.

Sus precedentes en el Derecho concursal se encuentran en las prohibiciones de comprar bienes dirigidas al síndico de concursos de acreedores (art. 1218 LEC derog.) y al síndico de la quiebra (art. 1089 CdC 1829). Esta última disposición establece que «no pueden los Síndicos comprar para sí ni para otra persona, bienes de la quiebra de cualquier especie que sean». La vigencia de esta disposición se debía a la remisión que los arts. 1359 y 1395 de la LEC derogada. V. DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 431-2; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 43. GARCIA CANTERO, «Art. 1459 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales*, XIX (1980) 136-7, amplía la prohibición a los «los administradores judiciales de las testamentarías y abintestados».

Al comparar el art. 151 Ley Concursal (2003) con el art. 1089 CdC 1829 destaca que la segunda recogía la prohibición de adquirir «para sí o para otra persona», incluyendo expresamente el supuesto de doble representación.

[1563] El art. 127 ter.1 LSA dice que «[l]os administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de

resulta novedoso en nuestro ordenamiento que ha venido empleando el del *uso de la firma social* (arts. 135 y 218.1º CdC) para hacer referencia a los actos representación en interés propio o contratación interesada.[1564] La prohibición de contratación con la sociedad incluye tanto los negocios directos como indirectos o llevados a términos a través de persona interpuesta.[1565]

96. (ii) La también reciente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ha prestado atención a la contratación, si bien sólo para regular dos supuestos a los que sujeta a la aprobación previa de la junta general. De un lado, la Ley de Limitadas se refiere al «establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores» (art. 67 LSRL).[1566] De otro, regula la concesión de créditos, préstamos, garantías, asistencia financiera, así como el anticipar fondos a los

---

operaciones por cuenta propia o de personas a ellas vinculadas». El enunciado es el mismo que el utilizado por la *Propuesta de Código de Sociedades* (2002) en su art. 123. De su parte, el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, hace también una recomendación al legislador para que contemple la contratación al señalar que «[e]n todo caso, de las relaciones económica o comerciales entre el consejero y la sociedad deberá conocer el Consejo de Administración». Los negocios entre la sociedad y el administrador también estaban previstos en el *Reglamento tipo CNMV (1998)* art. 33.2 («el administrador no podrá realizar transacciones profesionales o comerciales con la compañía a no ser que informe anticipadamente de la situación de conflicto de intereses, y el Consejo, previo informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, apruebe la transacción»). Cfr. con el *Informe Olivencia (1998)* sub. 8.2.I y el *Código de buen gobierno,* art. 16, que sólo se refiere al supuesto general de conflictos de intereses.

[1564] La interpretación de este supuesto se restringe a los casos en que el administrador tiene poder de representación y usa sus poderes para realizar negocios por cuenta propia o ajena. Sobre la idea del uso de la firma social como actos de representación, v. GIRON, *Derecho de sociedades*, I (1976) 507-8

[1565] Aunque el art. 127 ter.1 LSA no hace referencia a los negocios indirectos, el párrafo tercero del mencionado artículo se refiere al deber de comunicación de «cualquier situación de conflicto, directo o indirecto» que el administrador pueda tener con la sociedad, quedando éste obligado a abstenerse «de intervenir en la operación». Con todo, la solución no concede a la sociedad una protección y eficaz, tal como procedería de la prohibición de los conflictos indirectos a través de una norma legal clara y aplicable a todas las formas sociales.

En diversos ordenamientos la interposición de persona ha sido expresamente recogida en la legislación societaria. V. Cap. 2º, núms. 17, 21 y 37, para el ordenamiento francés. V. también, el art. 397.2 CSCom. port. al señalar que «serán nulos los contratos celebrados entre la sociedad y sus administradores, directamente o por persona interpuesta...». Aún cuando el art. 181 BGB no se refiere al supuesto de interposición y la jurisprudencia se ha mostrado contraria a la aplicación analógica para los conflictos no contemplados en la literalidad del mismo, la doctrina alemana se pronuncia a favor de dar el mismo efecto sancionador: la ineficacia del negocio. V. FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 954.

[1566] V. IGLESIAS PRADA, “Los órganos sociales en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", RCDI (1994) 194; QUIJANO, "Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores", RdS, núm. extraordinario (1994) 421; id., «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 667-8; ARANGUREN, «Los órganos de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada*, I (1996) 1358-63; EMBID, «Art. 67. Prestación de servicios por los administradores», *Comentarios a la LSRL* (1997) 700-707; JIMENEZ SANCHEZ, “La regulación de los órganos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, DN (1998) 3; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1135. V. también, SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 324-7, sobre los acuerdos relativos al establecimiento de una relación de prestación de obra o servicios con un socio-administrador.

administradores (art. 10.1 LSRL).[1567] Desde el punto de vista relativo a la información contable que debe hacerse pública, este último supuesto ya estaba previsto para las sociedades de capitales al exigirse publicidad de las operaciones a través de las cuentas anuales.[1568]

97. (iii) A diferencia de la regulación de las sociedades mercantiles, la ordenación positiva referida a los administradores de las sociedades cooperativas, las sociedades de inversión colectiva, las cajas de ahorro y las fundaciones hace una previsión dirigida a un ámbito más amplio, pues se refieren a la contratación general, condicionando la validez de sus negocios a la aprobación previa del órgano social establecido en la ley.[1569]

[1567] V. ARANGUREN, «Los órganos de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada*, I (1996) 1357-8; TAPIA, «La financiación de la sociedad de responsabilidad limitada (con especial referencia a los arts. 9 y 10)», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 129-41; ARROYO / MIQUEL, «Art. 10. Créditos y garantías a socios y administradores», *Comentarios a la SRL* (1997) 94-102; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 752-753; POLO SANCHEZ, «La nueva disciplina de los administradores de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 724; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1051-1052. V. también, POLO SANCHEZ, «La reforma del régimen jurídico de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada», *La reforma de la Sociedad de responsabilidad limitada* (1994) 599-600. Para un análisis desde el punto de vista contable, v. DOMINGUEZ PEREZ, J.L., "Las relaciones financieras de la sociedad limitada con sus socios y administradores", *Actualidad Financiera* 16 (1996) 1353-1358. Sobre la prohibición absoluta que establecía el *Anteproyecto LSRL* (1993) y el *PL de SRL* (1993), v. *infra*, núm. 158n.

El objeto de regulación también afecta al conflicto de intereses entre el socio y la sociedad. Al respecto y en su relación con el art. 52 LSRL, v. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 691-2; COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 228-245; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 320 ss.

La asistencia financiera al administrador resulta uno de los casos conflictuales más relevante en la medida que con ella se ponen a disposición del administrador recursos sociales sin que contablemente ello signifique una reducción del patrimonio social. V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 128.

[1568] Así el art. 200.13ª LSA establece que : "La memoria deberá contener... El importe de los anticipos y créditos concedidos a los miembros de los órganos de administración, con indicación del tipo de interés, sus características esenciales y los importes eventualmente devueltos, así como las obligaciones asumidas por cuenta de ellos a título de garantía. Estas informaciones se darán de forma global por cada categoría".

[1569] Sobre el régimen actual v. art. 42 LCoop. Para el anterior régimen cooperativo, previsto en el art. 63 de la Ley 3/1987, para el caso de conflicto de intereses, v. VICENT CHULIA, F. / PAZ CANALEJO, N., «Ley General de Cooperativas. Arts. 29 a 66», *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, XX-2, 1990. V. también, art. 47 LC de Cataluña; 43 LC Andaluzas; 43 LC Comunidad Valenciana; 47 LC País Vasco (sólo responsabilidad); 43 LF Navarra (sólo responsabilidad).

La legislación sobre los órganos rectores de las cajas de ahorros prohíbe a los vocales del consejo y personas vinculadas a los mismos, obtener créditos, avales ni garantías de la Caja respectiva o enajenar a la misma bienes o valores de su propiedad o emitidos por tales Entidades (art. 16.2 LORCA).

En relación a las fundaciones, el art. 28 LF, exige a los patronos autorización previa del Protectorado para contratar con la Fundación. «ya sea en nombre propio o de un tercero», incluyendo expresamente los casos de doble representación. Sobre este particular ya previsto en el art. 26 de la derogada Ley 30/1994, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, v. CABRA, «Comentario al art. 26. Autocontratación», *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales* (1995) 234-8; VERDERA SERVER,

"La autocontratación en las fundaciones", RJN (1996) 87-146, esp. 89; SALELLES / VERDERA, *El patronado de la Fundación* (1997) 100-1.

II. CARACTER Y APLICACION DEL DEBER

1.
Carácter del deber de lealtad del administrador

a) Especialidades de la administración societaria

98. El conflicto de intereses que se desenvuelve en la administración de sociedades y, particularmente, en aquellas sociedades con estructura corporativa, presenta singularidades derivadas de la propia estructura y configuración jurídico societaria de la que participa el administrador.

La estructura organizativa societaria

99. Como hemos señalado más arriba, el elemento distintivo de la administración societaria respecto de las relaciones de gestión representativa deriva de la estructura organizativa del principal. En primer lugar, la relación de administración viene determinada por el hecho de que la posición del principal se manifiesta a través de la persona jurídica, y ésta se caracterizada por no poder actuar por sí misma ni a través de las personas que forman su base personal, sus socios, sino a través de los órganos, de los cuales forma parte el administrador. En segundo lugar, la relación interna del administrador con la sociedad se lleva a término a través de las relaciones inter orgánicas, en relación con la junta general, o intra orgánicas, en relación con el propio órgano de administración, en el caso de que éste último se configure como órgano colegiado.[1570]

100. Esta configuración estructural de la gestión orgánica trae como consecuencia que los mecanismos de control de la actividad del administrador no puedan ejercitarse directamente ni por la sociedad ni tampoco por los socios, actuando éstos de forma individual.[1571] En primer lugar, el socio de una sociedad capitalista, frente al socio colectivo o el mandante, dispone de un derecho de información limitado y sujeto a unas reglas para su ejercicio. En segundo lugar, la posibilidad de dar instrucciones al órgano de administración (pe., en el momento de autorizar conductas conflictuales) o a los delegados de éste, deberá seguir las formalidades establecidas y se circunscribirá dentro los límites legales. Finalmente, medidas tales como la censura de cuentas, el cese del administrador, la acción de responsabilidad, se despliegan en el ámbito de la junta general, con lo que decae la inmediatez y la intervención del socio depende de su participación en el capital.[1572] En estos casos, el control directo e inmediato del principal aparece sustituido por un control orgánico indirecto y sometido al cumplimiento de los plazos y requisitos legalmente establecidos. Las decisiones de control tomadas en órganos colegiados deberán seguir un procedimiento formal, manifestándose la voluntad social a través de acuerdos sociales tomados según el régimen de las

---

[1570] Sobre la relación de administración, Cap. 3º, sub. II.3.

[1571] V. Cap. 2º, núms. 145, 146, el razonamiento de esta cuestión a través de la distinción entre *agency* y administración de sociedades. V. LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 35, nota 13. V. también, control de la gestión en la sociedad cerrada y en la sociedad abierta, Cap. 1º, núms. 51 a 55; 65 a 82.

[1572] Sobre el cese del administrador, v. Cap. 5º, sub. 1.b). Sobre la acción de responsabilidad, v. Cap. 5º, sub. 3.

mayorías.[1573] Es más, en la medida que el número de socios aumenta, el grupo de socios que tienen posibilidades de ejercer un control sobre la administración suele reducirse, lo cual se explica a través del fenómeno conocido como la separación entre propiedad y gestión, característica tipológica de la gran sociedad.[1574]

Autonomía y discrecionalidad del administrador

101. Por otra parte, la actividad gestora en buena medida es una competencia propia de los administradores, lo cual confiere una notable autonomía y discrecionalidad a la actuación del administrador, que a su vez le distingue de la posición del mandatario. Los administradores al dirigir su actividad a la realización del fin social y el desarrollo de su objeto, disponen de amplios poderes que, aún cuando pueden estar sujetos a límites internos y, eventualmente, a instrucciones, los ejerce con la autonomía que le confiere la ley. Ello se pone de manifiesto en el ámbito externo de la sociedad en la medida que la representación de la sociedad corresponde a los administradores y que los actos de representación obligan a la sociedad frente a terceros de buena fe.[1575] Ello no significa que el administrador esté exento de responsabilidad por los daños que cause a la sociedad, sino que toda acción indemnizatoria que se derive contra el administrador vendrá a consecuencia de un acto abusivo realizado por el administrador, y siempre que la causa de la pretensión indemnizatoria haya sido conocida por los socios y se ejercite la acción en los términos legales.

Posición oportunista del administrador

102. Las especialidades propias de la posición gestora societaria contribuyen a explicar el hecho de que, dentro del grupo de las relaciones gestoras, el administrador de sociedades se encuentre en una posición con mayores oportunidades para defraudar.[1576] Si la gestión voluntaria sometida a control del principal comporta riesgos de conflicto, las oportunidades de aprovechar los recursos ajenos se incrementan si el gestor participa en el proceso de decisión, de control y de ejecución de la actividad gestora. Este modelo de amplia discrecionalidad derivada de los poderes y facultades que dispone el administrador y de su posición corporativa facilita el comportamiento desleal a través de realizar conductas oportunistas o estratégicas con el fin de canalizar intereses ajenos hacia la esfera propia de intereses.

[1573] El modelo de organización corporativa se caracteriza por el régimen de mayorías, la pluralidad de órganos el organicismo de terceros. V. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 277; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1109; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, en *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 485; PEREZ DE LA CRUZ, en *Derecho mercantil*, I (2002) 415-6. Respecto de la participación de los socios en las sociedades personalistas en la formación de los acuerdos sociales a través del voto, v. PAZ-ARES, en *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 599-601.

[1574] Sobre la separación entre propiedad y gestión, v. Cap. 1º, núms. 32 a 34.

[1575] Sobre la competencia general para realizar la actividad gestora, v. Cap. 3º, núm. 109.

[1576] Desde un planteamiento económico, ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 768, señala que los costes de detectar y penalizar el comportamiento interesado del administrador es más elevado que en otros casos, tanto por su especialidad, su poder de decisión centralizado y su naturaleza incierta. Históricamente la gestión de las sociedades por acciones ha sido planteada con cierta desconfianza precisamente por el hecho de que el gestor lo es de patrimonio ajeno. V. al respecto Adam SMITH, *La riqueza de las naciones*, vol II, versión castellana, Barcelona (1988) 773, al señalar que de los administradores de tales sociedades no se puede esperar que pongan tanto empeño en su manejo como los miembros de una sociedad colectiva ponen en el de los suyos de forma que en tales compañías siempre hay cierto grado de negligencia y prodigalidad en su administración.

103. Sin embargo, el comportamiento oportunista resulta disuadido por las normas morales del administrador, los controles de carácter jurídico societario (exigencias de información, acción de responsabilidad, etc.) y también por las exigencias de carácter económico social (reputación, reducción de oferta laboral, etc.).[1577] En suma, el hecho de que el administrador de sociedades disponga de un estatuto especial como gestor que le permite desarrollar el mandato general de realizar los fines sociales a través de amplios poderes y esté ausente un sistema de controles directos sobre su actuación pone en evidencia la relevancia que el deber de lealtad adquiere para completar y valorar la actuación del administrador. En esta dirección, el sistema de protección de los intereses de la sociedad debe contemplar las singularidades del administrador frente a los medios de tutela de otros tipos de gestión.

b) Códigos de conducta versus regulación legal

104. En un primer nivel corresponde el estudio del papel que le corresponde jugar a los mecanismos voluntarios de regulación del conflicto. A este grupo pertenecen las cláusulas estatutarias, el mercado de control y los mecanismos de descentralización a través de la distribución de tareas en comisiones y la incorporación de consejeros independientes en la sociedad abierta.[1578] Con todo, aún cuando significan medios de control sobre la actividad del administrador, resultan insuficientes para evitar y regular eficazmente los conflictos de interés. En particular, entre los mecanismos de carácter voluntario, podría sugerirse que los códigos de conducta, por su vocación de establecer una regulación privada de los conflictos, adecuada a las necesidades de cada sociedad en particular, incorporan una regulación completa que hace innecesaria la intervención legal.[1579] Sin embargo, tales códigos, al igual que el conjunto de los restantes medios privados, no resultan adecuados para el cumplimiento de la función que el deber de lealtad

---

[1577] V. este planteamiento en Cap. 1º, núm. 91.

[1578] Sobre los acuerdos societarios y pactos contractuales, v. Cap. 1º, núms. 53 y 54. Sobre el mercado de control, v. Cap. 1º, núms. 42 y 43. Sobre los administradores independientes, v. Cap. 1º, núms. 78 a 82. Sobre las comisiones especiales, v. Cap. 1º, núms. 83 a 88.

[1579] Sobre el tratamiento de los informes de la *corporate governance* sobre el deber de lealtad, v. Cap. 1º, núms. 65 y 66.

Con independencia de tales informes, cada día es más común que las grandes sociedades regulen y prohíban los conflictos de intereses entre la sociedad y todos los empleados. V. sobre ello, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 245. En España, tales códigos suelen reducir su ámbito de aplicación a la regulación de los conflictos en el seno del órgano de administración. Al respecto, SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 453, señala que «[e]s relativamente frecuente que las grandes sociedades regulen con cierto detalle la posición jurídica de los Consejeros, con descripción de ciertos deberes y derechos que les afectan (lo que en ocasiones se denomina “estatuto del Consejero”). En tal sentido se regula el deber de fidelidad de los miembros del Consejo a los intereses sociales, la notificación al Presidente de la existencia de una eventual conflicto de intereses, la amplitud del deber de sigilo y la abstención de empleo de información privilegiada, la presentación de la dimisión a una determinada edad, etc.».

V. como ejemplo la extensa regulación del *Reglamento del Consejo de Telefónica* (1998) art. 30 (Deber de confidencialidad del consejero); art. 31(Obligación de no competencia); art. 32 (Conflicto de intereses / abstención, *disclosure* y aprobación; v. art. 15, sobre nombramiento y reelección; v. art. 5.3.II.g: autorización del consejo de las operaciones con conflictos de interés); art. 33 (Uso de activos sociales); art. 34 (Información no pública); art. 35 (Operaciones indirectas); art. 37 (Deberes de comunicación del consejero); art. 38 (Transacciones con accionistas significativos); art. 39 (Principio de transparencia).

está destinada a desarrollar.[1580]

Eficacia jurídica

105. En primer lugar, la regulación del conflicto a través de códigos de conducta no resulta idónea para cumplir los fines de tutela del principal en caso de conflicto de intereses, si consideramos la propia naturaleza y eficacia del mecanismo.[1581] Por hipótesis, las sociedades pueden no incorporar los códigos a la ordenación privada societaria, simplemente por razones de oportunidad o de desconocimiento, en cuyo caso no cumplen fin tutelar alguno. Entonces, es preciso confiar exclusivamente en los mecanismos generales y en la ordenación externa del mercado, cuya eficacia disciplinar está lejos de ser eficaz en este ámbito.[1582]

106. En segundo lugar, la adopción de códigos de conducta no indica por sí misma su eficacia jurídica. En efecto, los códigos pueden configurarse como simples recomendaciones éticas dirigidas a los empleados, altos cargos, administradores, etc., de cuyo incumplimiento no se deriva sanción alguna, con independencia de las medidas internas que eventualmente tomen los órganos sociales en caso de conocer su inobservancia.[1583]

[1580] 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) 657-60; ALONSO UREBA, «El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal versus Códigos de conducta)», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 95-133; FERNANDEZ DE LA GANDARA, «El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 75-90.

[1581] En términos generales, se ha afirmado que los códigos de conducta voluntarios, que no llevan aparejados ningún tipo de sanción jurídica no resultan adecuados para dar solución a los nuevos problemas relativos a la organización y control de la gran sociedad. V. FERNANDEZ DE LA GANDARA, «El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 72, 78, 79, 87; ALONSO UREBA, «El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal *versus* Códigos de conducta)», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 95-133.

[1582] V. Cap. 1º, núms. 140 a 143. V. HOPT, "Self Dealing", *Corporate governance* (1985) 312-3; 320-321.

[1583] V. al respecto el *Informe Olivencia – Código de buen gobierno* (1998) y las aclaradoras palabras del profesor OLIVENCIA RUIZ, «El gobierno de las sociedades», *Homenaje a Sánchez Calero* , II (2002) 1779, al señalar que «[e]l vocablo "ético" tiene en la denominación del Código más un sentido negativo que positivo; se trata de excluir el carácter obligatorio propio de las normas jurídicas, la exigibilidad de las conductas y la sanción por su incumplimiento». Refiriéndose al *Informe Olivencia – Código de buen gobierno* (1998), dice que las «"reflexiones" del Informe carecen incluso del propósito persuasivo y desembocan en simples "recomendaciones" del Código; pero además, éstas se limitan a proponer a las sociedades destinatarias que "tomen en consideración" unas concretas medidas. Ni siquiera se recomiendan la adopción de éstas, sino exclusivamente su toma en consideración». V. también, OLIVENCIA RUIZ, "Tendencias actuales en la administración de la sociedad anónima", RGD (1994) 12841-2, y URIA / MEMENDEZ / GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 911, al señalar que el mencionado Código «no suple ni altera en ningún caso la ordenación jurídica de los administradores contenida en la Ley de sociedades anónimas...». Al respecto, v. también, ALFARO, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", RDM (1999) 953, para quien «si las sociedades cotizadas incluyen en sus estatutos sociales y en sus reglamentos del Consejo de Administración las recomendaciones del *Código Olivencia*, el efecto es prácticamente el mismo que si se hubieran promulgado sus recomendaciones como normas dispositivas: las reglas así introducidas son tan vinculantes para los administradores y para los socios como reglas de origen legal, (¡maravillas de la autonomía privada!) de forma que si las incumplen, los accionistas no tienen por qué conformarse con "votar con los pies" vendiendo sus acciones y con el castigo del mercado, sino que podrán demandar a la sociedad y a los administradores por incumplimiento de sus deberes (art. 115 LSA o arts. 131 y sigs. LSA en su caso)».

107. Por el contrario, sólo en el caso de que tales códigos se incorporan a los reglamentos internos del Consejo o eventualmente a los Estatutos, su infracción adquiere relevancia jurídica y puede ser objeto de sanción.[1584]

Definición y aplicación

108. En tercer lugar, los códigos de conducta presentan un ámbito de regulación de conductas limitado a considerar los conflictos más usuales o referenciados en modelos o tipos genéricos. Los supuestos indicados y los procedimientos internos para su control pueden fácilmente ser ejemplificadores y ayudar a crear una cultura interna de respeto a lo ajeno, pero no pueden ordenar todos los conflictos posibles ni anticiparse a toda eventualidad futura relativa a supuestos conflictuales.[1585] Es más, difícilmente en el seno de una determinada sociedad puede establecerse una doctrina ordenada y compleja sobre el ámbito subjetivo y objetivo del supuesto, sus límites y su contenido obligatorio. Además, si esta hipótesis se generalizara, sería altamente ineficiente, pues la suma de los costes de regulación de todas las sociedades, resultaría muy superior al coste de establecer la regulación legal general. En fin, la tutela del principal no se puede solventar con una lista de casos y procedimientos, es preciso aplicar unas sanciones a un supuesto general en el que se engloban todos los conflictos posibles y unos deberes concretos.

Integración

109. Cabría decir que esta limitación de la ordenación privada puede soslayarse estableciendo una remisión general al derecho dispositivo y a la buena fe. La incorporación de una cláusula general en el régimen interno de una sociedad comporta, a su vez, la necesidad de su integración a través de las reglas

---

Algunos informes se refieren específicamente a los códigos de conducta, como es el caso del *Informe de la NYSE* (2002) recomendación núm. 10, que establece que las compañías cotizadas deberían «adoptar y hacer público un código de conducta (*code of business conduct*) y de ética para administradores, altos cargos y empleados, y hacer público de forma inmediata cualquier modificación del código para administradores y altos cargos ejecutivos». El informe justifica su pretensión al señalar que aun cuando ningún código puede reemplazar el comportamiento ético de un administrador, los códigos presentan distintas ventajas: dirigen la atención de los consejeros y ejecutivos sobre áreas de riesgo ético (*éthical risk*), ayudan a reconocer y tratar con aspectos éticos, facilitan mecanismos para dar a conocer conductas no éticas y ayudan crear una cultura de honestidad y responsabilidad. El informe establece que cada compañía debe determinar su propia política, si bien todas las compañías cotizadas deberían incluir en sus códigos los siguientes aspectos: el conflicto de intereses en general, las oportunidades societarias, el uso de información, la contratación, el uso de activos sociales, así como el establecimiento de mecanismos que promuevan conductas tendentes a hacer público y a establecer consultas sobre dudas relacionadas con cualquier actividad desleal.

[1584] V. QUIJANO, «Responsabilidad de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 544-7, 550, 557. 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) 1747.

[1585] Así lo reconoce la propia doctrina contractual. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 92, al señalar que «[u]n mayor detalle contractual no resulta una solución plausible; recordemos que la necesidad de la discrecionalidad de la actuación del administrador proviene de los altos costes de anticipación a todos los problemas, incorporarlos al contrato y aplicarlos a través de los tribunales». V. en esa dirección, QUIJANO, «Responsabilidad de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 564, quien señala que «los listados establecidos... no agotan el contenido del deber genérico, aunque contribuyan a precisarlo.... [L]a existencia de un catálogo de deberes al estilo de los conocidos no impedirá aplicar la cláusula general de diligencia a supuestos no previstos...».

generales.[1586] En tal caso, el problema se resuelve desde la concepción económico contractual a través de los mecanismos previamente señalados referidos a la voluntad hipotética de las partes.[1587]

110. Sin embargo, si la hipótesis consiste en considerar que lo no reglamentado por las partes se integra en a través de la buena fe contractual (art. 1258 CC), la concepción presume que el deber de lealtad es disponible. La hipótesis de trabajo puede enunciarse como sigue: la sociedad decide, en base a la autonomía de la voluntad, el objeto y ámbito de reglamentación del conflicto a través del código de conducta, de forma que la integración a través de la buena fe es residual o subsidiaria. En otros términos, la sociedad es libre para autoregularse y puede establecer el margen de regulación que consideren oportuno. Precisamente en base a la libertad de autoconfiguración y la ausencia de un contenido imperativo que limite su voluntad, la sociedad podría establecer que los administradores no están sujetos a limitación alguna o que los límites son unos y no otros. Por ejemplo, que pueden aprovechar las oportunidades, usar los bienes sociales y recibir cuantas comisiones provengan del mercado, y todo ello sin necesidad de dar cuenta a la sociedad. A través de estos medios, podría añadirse, la sociedad remunera los servicios que prestan como administradores.[1588]

111. Desde un planteamiento contractual más acorde con la doctrina general imperante, al reconocer la diferencia entre los deberes de lealtad y de diligencia se ha aceptado que los actos desleales no quedan disciplinados por los mecanismos de control del mercado, hecho por el cual los gestores interesados no disponen de

---

[1586] En definitiva, la inclusión o no de la cláusula general es irrelevante para la aplicación del Derecho contractual, pues en ambos casos la solución es la misma.

[1587] V. Cap. 1º, sub.I.3.c). V. al respecto PAZ-ARES, “La economía política como jurisprudencia racional. (Aproximación a la teoría económica del derecho)”, ADC (1981) 681 y, más ampliamente pp. 676-682, al indicar que «si el mercado no funciona -a causa fundamentalmente de la desigual distribución de la información y del poder de negociación(*bargaining power*)- y, por ende, no podemos confiar en la *autonomía de la voluntad*, será necesario *simular* el mercado... Para ello es absolutamente necesario el *control intervencionista* de las condiciones generales, cuyos medios serán, por una parte, las cláusulas generales de control de Derecho privado (buena fe, equidad, etc.) en cuyo seno siempre será posible encontrar una solución *racional* desde el punto de vista del mercado... Por otra parte, tenemos que contar con el derecho dispositivo».

[1588] Para una posición favorable al mercado y a la disponibilidad de los deberes, v. en BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 28-9; BAYSINGER / BUTLER, “The role of corporate law in the theory of the firm”, JL& Econ. (1985) 179 [180], la idea de que los deberes fiduciarios son una parte del contrato de sociedad y, consiguientemente, de naturaleza contractual. Desde esta perspectiva, se plantea una alternativa que consiste en confiar en los términos implícitos del contrato, incluyendo la buena fe en su actuación y los deberes fiduciarios. Estas disposiciones son ejecutables a través de los mecanismos legales y reducen los costes de transacción a través de hacer innecesario por las partes proyectar en el contrato explícito las contingencias remotas. Otra alternativa, reside en renunciar a la aplicación de los deberes legales en favor de los mecanismos del mercado. En tales casos, si los administradores deciden renunciar al deber de lealtad, los inversores pueden concluir que ello va a reducir los incentivos de los administradores a actuar en interés de los accionistas, lo que puede llevar a una previsible caída de los beneficios; la variación de los posibles resultados positivos incrementa el riesgo y baja el precio de las acciones. V. este último argumento en BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 39-40. Sin embargo, el problema que se plantea entonces reside en saber si los inversores que confiaron en la aplicación del deber tienen derecho a recuperar la inversión reducida por el cambio de ordenación, sin haber dado su consentimiento. En fin, esta cuestión no deja de ser una especie del género de los *latecomer terms*. V. *infra*, núms. 126-127.

incentivos apropiados para su prevención y sanción.[1589] Además, toda forma de aprovechamiento unilateral de los intereses sociales se basa en la ausencia de un acuerdo o negociación entre las partes.[1590] Habida cuenta de que tales conductas, aunque se pueden prevenir no se pueden evitar, la ausencia de una norma que regule esta situación crearía incertidumbre entre los socios inversores.[1591] Además añadiría costes de vigilancia y ejecución de los deberes, así como una mayor intervención de los tribunales de justicia para dirimir disputas que pueden evitarse por la regulación normativa.[1592]

Regulación necesaria

112. El corolario preliminar de lo dicho pone de manifiesto que los propios límites de la autorregulación privada no permiten configurar un modelo de gobierno corporativo que dé una respuesta suficiente a los conflictos de intereses y que garantice a los socios de cualquier tipo de sociedades una tutela jurídica suficiente para la protección de los intereses sociales. Si el sistema vigente estuviera basado en la disponibilidad del deber a través de un mecanismo de modificación convencional que permita enervar la prohibición de actuar en conflicto podría producirse el efecto inverso al buscado, pues los propios interesados quedaría legitimados por las decisiones contractuales y el ordenamiento jurídico facilitaría la expropiación de los derechos de los socios.[1593]

113. Consiguientemente si el objetivo o fin del deber de lealtad consiste en la protección

---

[1589] Esta idea la explican claramente EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 103, al señalar que «[u]na explicación satisfactoria de la distinción [entre deber de lealtad y de cuidado] puede encontrarse en las diferencias de resultados de las infracciones y política jurídica (*policing*). Los problemas de deber de lealtad comportan espectaculares apropiaciones individualizadas (*one-shot approprioations*) de la clase de "toma el dinero y corre", en las que las sanciones subsiguientes a través de los mercados son inadecuadas. Las reglas de responsabilidad son más útiles cuando otros mecanismos fallan. Un administrador a punto de su jubilación no va a ser probablemente disuadido de actuaciones desleales a través del descenso en su futuro salario. El deber de lealtad sustituye a las sanciones del mercado por incumplimiento en aquellas situaciones donde las sanciones del mercado pueden ser insuficientes».

[1590] CLARK, *Corporate Law* (1986) 154; BRUDNEY / CLARK, "A new look at corporate opportunities ", Harv. LR (1981) 999-1000. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 155-6, que considera el siguiente ejemplo. El Presidente de la Sociedad A toma 100.000 € de la caja social para su propio uso sin autorización ni informar de ello. El administrador es un excelente hombre de negocios y bajo su presidencia la sociedad ha presentado un avance notable y considera que tiene derecho a ello como una merecida compensación adicional a su remuneración. El administrador sabe que puede renegociar su salario, pero también que su petición puede ser denegada, lo que significaría que sus servicios se valorarían en menos de lo que él pensaba. En tales casos de beneficios privados, siguiendo los postulados del contrato hipotético, los accionistas racionales, de haber contratado sobre este particular, no habrían consentido que el administrador se apropie de forma secreta de activos sociales.

[1591] Especialmente en las sociedades abiertas, dada la naturaleza de las conductas desleales los inversores se enfrentan en un elevado nivel de incertidumbre sobre el abrochamiento secreto por parte del administrador, que no puede ser suprimido por una cartera diversificada de inversiones. En tales casos, es necesario que el legislador incorpore reglas que prevengan la actuación desleal. V. el argumento en CLARK, *Corporate Law* (1986) 156-157; BRUDNEY / CLARK, "A new look" Harv. LR (1981) 1000. Cfr. con la idea de que el riesgo es valorado por el mercado y los precios responden al conocimiento de los inversores profesionales que postulan EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 25 y 29.

[1592] V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 153-154.

[1593] Si este fuera el caso, tal como estima EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1473 y 1480, en las sociedades abiertas la configuración convencional de los deberes quedaría en manos de los interesados.

del principal en caso de conflicto de intereses, parece lógico pensar que cualquiera que sea el mecanismo, legal o contractual, debe ir orientado al cumplimiento de estos fines. Si a través de la autorregulación no pueden satisfacerse esta finalidad tutelar, es preciso remitirnos de nuevo al sistema de fuentes legal y principial. En efecto, es a través de la regulación legal y de los principios generales dónde encontramos la solución a la tutela del principal en los casos de conflicto al generalizar la aplicación del deber a todo supuesto desleal, sea cual sea la relación gestora en la que se produce y el tipo o forma de sociedad que la ampara. La regulación legal evita la regulación privada favorable al interesado y, en fin, establece mandatos y sanciones frente al ilícito desleal, que pueden ser invocados por la sociedad.[1594] De todo ello se sigue la negación del carácter negocial del deber y la consiguiente afirmación del origen normativo o legal del mismo.[1595]

Función de los códigos

114. Situados en esta perspectiva, resulta más fácil conciliar la regulación privada en el ámbito del deberes de lealtad en la medida que aquella cumple con una función complementaria y auxiliar de la regulación legal.[1596] Los acuerdos sociales que regulen determinados conflictos a través de modificaciones estatutarias, de reglamentos internos o de códigos de conducta voluntarios sirven a una triple función relativa a la aplicación de los deberes legales.

115. Primera, determinar casos conflictuales ejemplares, particularizando supuestos que sean aclaratorios para los sujetos que los han de cumplir los deberes con una clara función instructiva y propedéutica encaminada a establecer los principios éticos sobre los que se basa la empresa.[1597]

[1594] En este sentido, la ley sustituye la contratación individualizada e imprevisible, evita que las sociedades tengan que proveer prohibiciones contractuales. Por ello se afirma que resulta a su vez eficiente, por cuanto ahorra costes de contratación. V. BRUDNEY / CLARK, "A new look" Harv. LR (1981) 999; HOPT, "Self Dealing", Corporate governance (1985) 313.

[1595] V. RECALDE, “Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil”, La Ley (1993) 306 («el deber de promover el fin común tiene origen negocial, mientras que el de fidelidad es de naturaleza legal»); ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 487 («la coherencia con el sistema jurídico exige que la previsión de medidas de control y de solución de conflictos y, en general, la superación de las deficiencias de las normas vigentes se efectúe mediante los instrumentos tradicionales, es decir, a través de normas jurídicas»). V. también, HOPT, "Self Dealing", *Corporate governance* (1985) 312-3; 320-321; FRANKEL, “Fiduciary Law”, Cal. LR (1983) 811-6.

[1596] V. ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 487-8.

[1597] Las aproximaciones al tema plantean distintos matices. FERNANDEZ DE LA GANDARA, «Códigos de conducta y administración de sociedades», *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital* (1996) 340, (los códigos de conducta desarrollan una función de jurisprudencia cautelar, propia de los profesionales del Derecho); ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999). 488 («el Código Etico en Derecho español puede cumplir sólo una función complementaria o auxiliar de la norma imperativa reforzando su eficacia en función de un efecto disuasorio o, incluso, de publicidad»); FERNANDEZ-ALBOR, “Deber de lealtad del administrador cesado”, RGD (1999) 3998, nota 37 («los Reglamentos internos de conducta podrán desempeñar esa función de concreción de los deberes de lealtad de los administradores»); FERNANDEZ DE LA GANDARA, «El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 82 («importante contribución de los Códigos de Conducta como medio auxiliar de valoración e interpretación de determinadas normas legales»); QUIJANO, «Responsabilidad de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 563 (l«hay

116. Segunda, precisar y restringir el contenido legal de los deberes adaptando las exigencias del deber a las necesidades propias de cada empresa, a sus sistemas de control y a los riesgos de oportunismo de cada actividad expone a la sociedad.

117. En tercer lugar, los códigos de conducta cumplen la función de establecer procedimientos internos de control de los conflictos. Muy especialmente, los códigos de conducta, propios de las sociedades abiertas, son el mecanismo adecuado para que el Consejo de Administración, en su función de control, establezca los criterios para el desarrollo de los programas de cumplimiento de los deberes de los administradores. En esta medida, los administradores individualmente considerados, disponen de un mecanismo interno adaptado a las necesidades de la sociedad que les sirvan de referencia para el cumplimiento de su deber de diligencia en sus obligaciones concretas relativas al control interno.[1598]

118. De lo anterior se sigue que la función de los códigos no responde a la necesidad de ordenar la parte del estatuto jurídico del administrador relativa a sus deberes, pues, la técnica reguladora voluntaria presupone la existencia de unas normas generales que le otorgan su contenido esencial y le confieren la generalidad necesaria para su aplicación a todo tipo de relación gestora y de esta forma evitan, a su vez, el carácter eventualmente incompleto o interesado de la regulación privada.

119. Con todo, parece evidente que la intervención del mercado junto con la regulación privada y la regulación legal tampoco pueden evitar la producción de conflictos de intereses en la medida que la disposición de información estratégica por parte de los gestores les coloca en una posición que permite hacer gestiones sin control, lo que unido a la discrecionalidad en el ejercicio de sus poderes resulta imposible

---

una doble función implícita en estos códigos de conducta: tipifican supuestos de responsabilidad con criterios que dependerán menos de una aplicación extensiva, ocasional o discrecional del deber genérico y, a la vez, tasan de alguna manera causas de exoneración mediante una especie de prueba preconstituida conectada a la comprobación del cumplimiento personal de lo deberes específicos»); OLIVENCIA RUIZ, «El gobierno de las sociedades», *Homenaje a Sánchez Calero* , II (2002) 1785 («los Códigos de conducta pueden actuar con un papel de guía u orientación, siempre bajo el signo de la "voluntariedad" esencial de esa función»).

En relación al *Informe Olivencia – Código de buen gobierno* (1998), URIA / MEMENDEZ / GARCIA DE ENTERRIA, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 911, matizan que «se limita a precisar y a matizar el contenido de las reglas jurídicas aplicables o, en su caso, a ofrecer pautas de conducta en aquellas materias que no se encuentran legalmente reguladas». También respecto del mencionado informe, ALFARO, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", RDM (1999) 956, señala que «el Informe Olivencia concreta y desarrolla principios que *están ya en la ley*...» (cursiva añadida).

[1598] EISENBERG, "The Board of Directors and Internal Control", Cardozo LR (1997) 251, señala que en el marco del deber de cuidado los administradores debe estar especialmente preocupados en asumir que los programas de cumplimiento de los aspectos que componen el control interno. «Estos programas deben incluir la creación y distribución de códigos de conducta sustantivos basados en políticas corporativas y reglas legales, procedimientos para asegurar que las reglas sustantivas se van a cumplir y métodos para que los programas sean efectivamente conocidos». V. más ampliamente, id., pp. 250-5.

En esta dirección se sitúa, si bien de forma obligatoria, la exigencia prevista en el art. 78.2 LMV, en su redacción dada por la *Ley Financiera* (2002) art. 38, primero. En ella se indica que reglamentariamente podrá establecerse que los reglamentos internos de conducta que acuerden las propias emisoras y otras empresas de inversión «contengan medidas concretas tendentes a garantizar el cumplimiento de lo dispuesto» las normas de conducta previstas en la LMV.

impedir que los administradores puedan realizar prácticas desleales.[1599] Sin embargo, el planteamiento que postula la necesaria regulación jurídica del conflicto pretende la consecución de un doble objetivo; por una parte, mantener el margen de discrecionalidad del administrador para que pueda desarrollar su gestión de forma eficiente; y, por otra, tutelar de forma eficaz los intereses sociales en los supuestos conflicto de intereses.[1600]

c) Carácter imperativo

Relación gestora societaria

120. La regulación legal del deber de lealtad se afirma y justifica por razones de carácter sustantivo relativa a la propia configuración de la relación jurídica que da origen al deber. El punto de partida del argumento se encuentra en que el deber de lealtad es parte esencial del contenido obligatorio de toda obligación gestora, de la que la administración de sociedades constituye una especie.[1601] En este sentido, si el deber de lealtad forma parte del contenido nuclear de la relación de gestión, la supresión voluntaria del mismo determina una relación diferente a la gestora. Desde un punto de vista general, este resultado no resulta más que una manifestación de la autonomía de la voluntad propia del Derecho privado, cuyo ejercicio comporta la sustitución de un tipo contractual por otro distinto (p.e., cambiar gestión por donación o por contrato en favor de tercero, etc.). Sin embargo, en el ámbito del Derecho de sociedades no es posible la creación voluntaria de relaciones jurídicas de naturaleza distinta a la gestora para ordenar la administración sociedades. El Derecho de sociedades establece necesariamente una relación gestora típica como medio para desarrollar el objeto y fin de la sociedad, sobre la base de que los administradores tienen la obligación fundamental de actuar en interés de la sociedad y no en su propio interés.[1602]

[1599] El derecho de sociedades se enfrenta, en este tipo de supuestos, a un problema de carácter práctico de difícil solución, en tanto que los conflictos de intereses se caracterizan por la dificultad de su detección, persecución y sanción. Los administradores pueden ocultar las conductas interesadas, actuar indirectamente a través de terceras personas y retener toda la información relevante sobre las mismas. V. HOPT, "Self Dealing", *Corporate governance* (1985) 314; COOTER, / FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1051

[1600] Dentro de la doctrina económico contractual es muy extendida la idea de que los mecanismos de mercado optimizan el control al administrador, mientras que los mecanismos jurídicos que establecen normas especiales resultan costosos e innecesarios. Sin embargo, parte de la doctrina económica defiende la necesidad de regular aquellos conflictos que presenten un mayor riesgo. Con todo, el argumento utilizado es distinto al que hemos expuesto dado que encuentra su base en la idea de la alta probabilidad de que se produzca la conducta fraudulenta, la difícil detección del conflicto y los altos costes que ello determina. En tales casos, si confiar en otros resulta necesario, el tratamiento legal regulador de la relación fiduciaria queda justificado. Con todo, permanentemente existirá una tensión y compromiso constante entre la regulación prohibitiva protectora de los intereses del socio y una menor regulación que facilite la actuación discrecional del gestor con la consiguiente ganancia en términos de eficiencia. V. ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure”, UCLA LR (1978) 740, 748, 760-761.

Una segunda aproximación que se complementa con la anterior hace mención a que la protección de la confianza se hace necesaria si existe una asimetría de los costes de información. En tales casos se justifica el control sobre el comportamiento del gestor a través de prohibiciones, mandatos y sanciones, tal como ocurre cuando se incorporan normas de calidad. V. SCHÄFFER / OTT, *Manual de análisis económico del Derecho Civil* (1991) 318; ANDERSON, “Conflicts of interest: efficiency, fairness and corporate structure” UCLA LR (1978) 760. V. también, el planteamiento de COOTER / FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1045-1075.

[1601] V. Cap. 3º, núms. 52 a 55; Cap. 4º, núms. 35 y 36.

[1602] V. Cap. 3º, núms. 129; Cap. 4º, núms. 23 y 35; v. *supra*, núms. 59 y 61.

121. La cuestión afecta a todo tipo de sociedades, pues en su amplia tipología todas ellas responden al mismo prototipo en lo referente a la obligación de gestión. En este sentido, tanto para las sociedades abiertas como para las cerradas, el contenido esencial del deber de lealtad es el mismo y no puede modificarse por la intervención de las partes.[1603] Consiguientemente, ni los socios a través de normas estatutaria, ni los administradores mediante reglamentos internos pueden configurar una relación de administración que modifique el contenido nuclear del deber de lealtad.

122. Este razonamiento tiene, pues, su incidencia en las normas que disciplinan el negocio jurídico de administración de sociedades y el deber de lealtad en particular. A la hora de la determinación de la reglamentación del negocio y la jerarquía de fuentes aplicables, la primera que debe tenerse en cuenta es la norma imperativa (art. 1255 CC) conformada por el contenido esencial del deber, antes que acudir a las reglas derivadas de la autonomía privada y a las normas jurídicas de carácter supletorio, ya sean relativas al derecho dispositivo o a las normas derivadas de la buena fe contractual (art. 1258 CC).[1604] Por lo tanto, así planteada la cuestión, el primer problema que se enfrenta la reglamentación del negocio responde a la definición de su contenido imperativo y sólo después cabe abordar la cuestión en términos de integración del contrato.

Afirmación de los principios éticos

123. Una razón más que subraya la necesidad del carácter imperativo del deber consiste en que su regulación refuerza los principios éticos sobre los que se asienta la práctica de los negocios. La idea considera el hecho de que la mayoría de los administradores actuarán honestamente y en interés de los socios no porque lo exija la ley, sino porque han internalizado las normas morales que rigen

---

[1603] V. la argumentación de EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1462 y ss., quien defiende el carácter indisponible de los deberes fiduciarios en las sociedades abierta y cerradas. Con anterioridad, el profesor EISENBERG, *The Structure of the Corporation* (1976) 68, ya había postulado que para el control de los conflictos de interés y la ineficiencia de los administradores, las reglas de la distribución del poder entre accionistas y administradores no deben diferenciarse en lo substancial tanto en sociedades abiertas como en cerradas, al menos sobre la base del elemento diferencial entre ambos tipos; a saber, que en la sociedad abierta, la toma de decisiones empresariales corresponden fundamentalmente a los administradores sin la intervención de los accionistas.

Al respecto, el *Informe Aldama* (2003) sub. VI.2.ii, recomienda una regulación imperativa del deber de lealtad «…tanto en las sociedades cotizadas como en los restante agentes del mercado que se consideran en este Informe».

Cfr. con ALFARO, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", RDM (1999) 941, para quien el deber de lealtad «es imperativo para los administradores, pero es dispositivo en la medida en que puede ser "derogado" en algunas de sus concreciones con el consentimiento de todos los socios». Según esta opinión, el deber de lealtad no puede ser derogado en todo su conteniendo –de acuerdo con la tesis aquí mantenida- si bien puede "derogarse" en parte por los socios. Frente a ello, el contenido esencial de deber no cabe ser dispuesto ni aún por unanimidad, pues la relación derivada de ese pacto no tendría carácter gestor, ni menos podría darse a través de una de las formas de sociedades reconocidas en nuestro Derecho de sociedades. Si el enunciado debe interpretarse como que los socios pueden autorizar conductas conflictuales de los administradores, la afirmación es demasiado restrictiva, pues la regla de la unanimidad es un recurso de las sociedades personalistas, y en las capitalistas rige el mecanismo de la mayoría, que también resulta idóneo para resolver los casos relativos a conflictos de intereses.

[1604] En general, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I (1993) 334-8.

la administración y las aplican a su comportamiento gestor.[1605] Sin embargo, si estas reglas fueran meramente dispositiva, debilitarían la fuerza de tales principios.[1606]

Contenido imperativo

124. Siguiendo este planteamiento, es de concluir que la parte nuclear del deber de lealtad tiene un carácter imperativo y su contenido normativo esencial no es disponible por las partes.[1607] En primer lugar, este contenido nuclear está conformado por aquellas exigencias que son consustanciales a la relación gestora y cuya modificación alteraría su naturaleza. En particular, el deber de lealtad deriva o se contiene en la exigencia más general de que el gestor actúe en interés del principal.[1608] La formulación general del contenido básico del deber de lealtad se manifiesta a través del principio de subordinación de intereses.[1609] Este contenido esencial se condensa, a su vez, en un contenido preventivo mínimo: la prohibición relativa de actuar en conflicto y la obligación de *disclosure*.[1610]

125. En segundo lugar, el derecho imperativo va dirigido a un objeto de regulación

---

[1605] V. el *Informe Aldama* (2003) sub. VI.2, al final, al «llamar la atención sobre la necesidad de un comportamiento ético por parte de todos los sujetos a los que se refiere el Informe para orientar tanto la función de autorregulación de sus conductas como *la observancia de las normas* que en cada momento sean aplicables o el seguimiento de las recomendaciones que se formulen». El mismo informe subraya, sub. III.3, que «la experiencia demuestra que ni las leyes más exigentes ni los códigos mejor elaborados resultan suficientes para garantizar el buen gobierno de las empresas. Este exige, además, competencia profesional y un comportamiento ético por parte de los administradores y gestores, que impulse siempre a buscar el bien de la empresa a largo plazo por encima de sus propios intereses a corto plazo. El respeto a hacia los valores éticos en la vida profesional es imprescindible y sin él las reglas y prácticas relativas al gobierno de la empresa resultarán insuficientes. En último término, la ejemplaridad de administradores y gestores resulta imprescindible para crear una cultura de buen gobierno».

[1606] EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1505.

[1607] V. ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 485: «la fuente de las obligaciones inherentes al cargo de administrador se derivan del conjunto de normas legales de naturaleza imperativa prevista en la Ley».

FERNANDEZ-ALBOR, "Deber de lealtad del administrador cesado", RGD (1999) 3998, y nota 37: los deberes de lealtad son «de carácter orgánico, si bien es posible su modulación negocial por medio de distintos cauces... En cualquier caso, la modulación negocial de los deberes de lealtad no puede suponer una derogación de los deberes orgánicos mínimos».

Los códigos de conducta no debe vaciar de contenido las exigencias que impone el deber de lealtad; ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 318.

Cfr. con ALFARO, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", RDM (1999) 941, quien señala que «los deberes fiduciarios, como ya explicaba Zöllner, sustituyen al pacto expreso, es decir, se imponen a aquella parte contractual cuyo comportamiento no está regulado expresamente en el contrato y en la medida en que no lo esté». Si ello fuera así, la regulación contractual haría innecesaria la aplicación del deber de lealtad, en la medida y sólo en caso de que las partes hubieran incorporado el contenido del deber de lealtad al contrato, que para el caso sería jurídicamente redundante, aunque puede ser útil para el reconocimiento entre las partes. Sin embargo, cuando las partes incorporen "pactos expresos" en materia de conflicto de intereses, sólo tendrá validez si no se oponen al derecho imperativo, esto es al contenido esencial del deber de lealtad. De ello se deduce que la tesis aquí mantenida se enuncia mejor diciendo que los deberes fiduciarios existen tanto si el pacto expreso existe o no, pues este no puede suprimir el deber ni determinar su contenido esencial.

[1608] Cap. 4º, núm. 35.

[1609] Sobre la subordinación de intereses, v. Cap. 2º, núms. 103, 152; Cap. 4º, núms. 46, 47, 80, 81, 82, 111, 112; *supra*, 124.

[1610] V. Cap. 4º, sub. I.2.b).

distinto. Se trata de la ordenación de los mecanismos dirigidos al efectivo cumplimiento del deber y, en particular, a las normas que regulan los presupuestos para el ejercicio de la acción de responsabilidad.[1611] Tampoco caben, en este ámbito, modificaciones convencionales, códigos de conducta o reglamentaciones internas encaminadas a exonerar de responsabilidad a los administradores por actos desleales.[1612] Aunque en términos generales se admiten los pactos de indemnización y seguro de la responsabilidad civil, no cabe ni asegurar el dolo, ni la contratación de indemnizaciones que soslayen los efectos de las sanciones impuestas por actuaciones desleales, que en definitiva son pactos de exclusión de la responsabilidad por actos desleales.[1613] De otro lado, no parece que existan inconvenientes en admitir cláusulas penales negociales que establezcan sanciones patrimoniales a los administradores por la violación del deber de lealtad.[1614]

126. En todo caso, el aspecto imperativo del deber de lealtad no debe confundirse con el tratamiento legal que recibe el deber de cuidado, pues su configuración y caracterización resulta distinta de la del deber de lealtad.[1615]

[1611] Tal como señala QUIJANO, «Responsabilidad de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 564, «[q]uienes atribuyen a los deberes generales de diligencia y lealtad carácter legal e imperativo encontrarán graves dificultades para admitir en ellos materia disponible por medio de cláusulas contractuales... El desarrollo contractual de los deberes atendiendo a las recomendaciones, en tanto tiene carácter voluntario, podrá concretar y precisar pero no limitar el alcance de la responsabilidad por falta de diligencia o lealtad. Sólo desde un planteamiento desregulador intenso del Derecho de sociedades, que conduciría a un principio de derogabilidad casi absoluta de las normas, cabría asignar una naturaleza contractual al propio deber y, en consecuencia, admitir modificaciones convencionales en su alcance o contenido». Id., p. 591: «... no se puede olvidar que la disciplina de la responsabilidad constituye un régimen legal imperativo, susceptible de matices en su aplicación, pero no modificable por reglas derivadas de la facultad de autorregulación».

[1612] V. Cap. 6º, sub. 3.c).

[1613] V. Cap. 6º, sub. 3.c).

[1614] Otra cosa se plantea en relación al deber de lealtad del socio. V. la RDGRN 30-3-1999, RJA 2189, «Pizarrerías Bernardos, SL», relativa a un recurso sobre una cláusula estatutaria que prevé que la Junta general puede establecer sanciones a los socios por incumplimiento del deber de lealtad del socio. La disposición estatutaria señalaba lo siguiente: «El incumplimiento del deber de lealtad y fidelidad recogido en el presente artículo, en perjuicio de la sociedad o especialmente en beneficio de cualquier otra empresa o sociedad, nacional o internacional, dedicada a la misma o complementaria actividad empresarial, será sancionado con la imposición de una multa equivalente al 50 por 100 del valor contable -valor nominal + reservas- de las participaciones sociales del socio desleal según lo que resulte del último balance aprobado por la Junta general. El acuerdo de sanción deberá ser adoptado en Junta general». La DG rechaza su inscripción señalando que «siendo el deber de fidelidad social materia cuya valoración corresponde a los Tribunales de Justicia, quienes tienen encomendada la función de juzgar, no siendo posible su solapamiento por la Junta general, solución por lo demás, coherente con lo establecido en el art. 98 de la Ley en cuanto a las causas de exclusión de los socios».

Cfr. con la STS 6-3-1992, RJA 2398, «Socio c. Agrupación de viviendas», en un supuesto de aprovechamiento de oportunidades societarias por el socio, relativo a la adquisición en subasta de cuota proindivisa de una parcela copropiedad de la sociedad. Los estatutos de la sociedad establecían la sanción de “causar baja” en la sociedad en caso de “mala conducta”.

[1615] El caso paradigmático se ha presentado en Delaware, dónde el derecho manifiesta especialmente dispositivo y el Del. Code Ann. tit. 8, art. 102 (b)(1), permite que los estatutos incluyan «cualquier disposición que cree, limite, defina y regule los poderes de los... administradores». En particular, la naturaleza de las normas que deben regular los deberes de los administradores ha sido planteado en los años ochenta a raíz de un supuesto de limitación de responsabilidad visto ante el Tribunal Supremo de Delaware [caso Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 864 (Del. 1985)]. Lo cierto es que entre otras reacciones a este caso, se modificó la ley de

Visión institucional

127. Este planteamiento general que pone de manifiesto el carácter imperativo del deber de lealtad, encuentra su encaje en el debate más general relativo a la naturaleza de la sociedad. De un lado, esta visión va en consonancia con la naturaleza institucional del Derecho de sociedades, que al establecer la sociedad como forma de organización, ordena su estructura y funcionamiento esencial a través de normas imperativas y deja a la autonomía privada la regulación de otros aspectos.[1616] El Derecho de sociedades tiene como funciones básicas regular la forma de constitución de la sociedad, definir los derechos y deberes de los participantes en la institución y delimitar los poderes de la sociedad en relación al mundo externo.[1617] En este sentido, los deberes de lealtad conforman una parte estructural de la organización societaria.[1618]

Visión contractual

128. Sin embargo, desde la visión contractual existe una reflexión constante dirigida a poner de manifiesto la ineficiencia de la regulación imperativa, al señalar que los costes de regulación y ejecución que comportan las normas imperativas pueden se más elevados que los derivados de los mecanismos contractuales.[1619] Los motivos

---

sociedades de Delaware en el sentido de permitir la renuncia al deber de cuidado del administrador. V. Del. Code Ann., tit. 8, art. 102(b)(7) (Supp. 1988). Sin embargo, el deber de lealtad mantiene su carácter original de forma que se reconoce en el art. 141 la exigencia del deber de *disclosure*, la exigencia *fainess* y la ratificación.

[1616] Así, EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1486-7, quien señala que la sociedad no es liber de modificar las reglas más importantes que conforman el Derecho de sociedades (deber de lealtad, insider trading, representación del accionista y obligaciones de *disclosure*) son mandatos y prohibiciones. Aún cuando existe un amplio margen para la autorregulación y la disponibilidad, en aquellos casos en que las normas regulan supuestos en los que los intereses de los administradores y los accionistas pueden divergir, las reglas deben tener un carácter imperativo. Sobre las claves del pensamiento institucional en la evolución del Derecho de sociedades, v. FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades* (1977) 252-259; sobre la sociedad como negocio de organización, v. id., 280, y pp. 189 y 197, sobre la autonomía de la voluntad y la libertad contractual.

Cfr. con PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 509-510, para quien «[l]a visión institucionalista tiende a considerar los tipos sociales como figuras consolidadas por el legislador, expresivas de una ordenación objetiva de las relaciones entre socios y garantes de la funcionalidad del orden societario, y por esa razón les atribuye un cierto carácter vinculante que naturalmente acaba interponiendo una barrera difusa al desarrollo de la autonomía privada. Las razones que en última instancia propician esta comprensión de los tipos sociales como modelos vinculantes se hallan en una comprensión tecnocrática y paternalista del Derecho de sociedades: la complejidad y sofisticación de los problemas societarios hace pensar que el legislador está en mejores condiciones que las partes para dotar a la sociedad de reglas adecuadas y eficientes». V. id, pp. 510-11, la postulación de que las normas del Derecho de sociedades -incluidas las sociedades de capital- sigan el principio general de dispositividad. V. también la crítica al pensamiento institucional de PAZ-ARES, «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 161-205.

[1617] EISENBERG, *The Structure of the Corporation* (1976) 1; CARY, *Corporations - Cases and Materials* (1969) 150; EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1525

[1618] En esta dirección FERNANDEZ-ALBOR, “Deber de lealtad del administrador cesado”, RGD (1999) 3998, considera que los deberes de lealtad son de «carácter orgánico».

[1619] La idea se suele resumir a través de la figura de la falacia del nirvana, que viene a combatir el argumento de que las regulaciones gubernamentales son necesarias por el fallo de los mecanismos contractuales y del mercado. Por el contrario, la doctrina económico-contractual afirma la concurrencia de unos y otros mecanismos, dando preferencia a los segundos frente a los primeros. V. POSNER, *Economic analysis of law* (1986) 384; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 106; BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary

que se alegan para combatir la regulación imperativa y, en particular, las acciones de responsabilidad derivadas del incumplimiento de sus deberes, son diversos.[1620] Primero, los altos costes en capital humano para la sociedad por la sustitución de los administradores y de estos para incorporarse a otras empresas.[1621] Segundo, el menor incentivo de los administradores para el riesgo empresarial si pueden ser objeto de responsabilidad.[1622] Tercero, la información insuficiente del juez para resolver sobre decisiones empresariales que han dado un resultado negativo.[1623] Cuarto, los altos costes de litigar tanto para el demandante como para la defensa, así como la interferencia que ello significa en las relaciones entre los gestores y la sociedad y las posibilidades de usar las acciones de forma interesada.[1624] A ello se añaden distintas razones que reafirman el carácter dispositivo del Derecho de sociedades.[1625] Primero, la excepcionalidad de las normas imperativas, salvo el Derecho federal de valores; segundo, la posibilidad de elección entre distintas formas de organización y de inversión;[1626] tercero, la facilidad para soslayar los

---

duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 18; COASE, “El problema del coste social”, *La empresa* (1994) 137. Entre nuestra doctrina, v. ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 82-83; id., «Los costes de transacción», *Estudios Menéndez*, I (1996) 145, 158; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 36, nota 15. V. *supra*, núms. 107-108,

[1620] V. ALFARO, «Los costes de transacción», *Estudios Menéndez*, I (1996) 158, al indica que «[l]os costes de las normas imperativas son muy elevados. En primer lugar, son costes de cualquier regulación los errores del legislador en la identificación del problema; errores en la identificación de la solución y los costes de administración de las normas, es decir, de garantizar su aplicación por órganos administrativos o judiciales. Además, cualquier regulación imperativa, en conjunto, reduce la innovación contractual, esto es, los incentivos para innovar».

[1621] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 5,7, 30, 97-8.

[1622] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 99-100; BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 53-54.

[1623] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 98-103. También se añade que los tribunales tienen una capacidad limitada para formular una política legislativa a partir de los supuestos que se les plantea en un proceso contradictorio; v. BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 56-57.

[1624] EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 100-2; BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 55.

[1625] BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 10-11.

[1626] Sobre el el fenómeno llamado *state competition for chartering* o el *market for corporate charters*, v. BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 19-20; EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 17. Cfr. con EISENBERG, “The structure of the corporation law”, Colum. LR (1989) 1507.

[1627] BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 68-69, afirman que las partes del contrato de sociedad han de poder derogar los deberes de lealtad con el registro en un Estado con una legislación que lo permita. Cfr. CARY, “Federalism and corporate law: reflections upon Delaware”, Yale LJ 83 (1974) 663 [701]. V., también, EISENBERG, “The structure of the corporation law”, Colum. LR (1989) 1505-1514, que hace un crítica a las dos posturas extremas.

[1628] Como ejemplo de ello se señala que si la sociedad A quiere adquirir la sociedad B, pero no quiere que los socios de la sociedad A participen en la votación, pueden realizar la operación a través de la creación de una sociedad filial. V. BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 10-11.

deberes a través de seleccionar la legislación del Estado más conveniente y su correspondiente registro;[1627] y, quinto, la facilidad de eludir las reglas aparentemente imperativas.[1628]

129. Con todo, el planteamiento contractual acepta la intervención residual del legislador para la regulación imperativa de un sistema de responsabilidad civil y penal dirigidas a la prevención de operaciones fraudulentas y, en particular, al control de operaciones interesadas aisladas.[1629]

130. Recientemente, la doctrina contractual española ha iniciado una reflexión en favor de una regulación legal imperativa del deber de lealtad.[1630] En el marco del mercado de valores, se justifica la regulación sobre la base de que los en mercados continentales existe la necesidad del proteger a «los accionistas frente al riesgo genérico de abuso o expropiación por parte de los accionistas significativos o de control».[1631] La presencia de accionistas significativos en las grandes sociedades presenta como ventaja el control de los equipos directivos, sin embargo, su presencia incorpora costes de agencia en tres direcciones: apropiaciones o expropiaciones directas a los inversores, expropiaciones indirectas en la búsqueda de objetivos personales y expropiaciones de incentivos de otros

---

[1629] V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 98-9. Siguiendo a estos autores (id., p. 34) los límites a la autonomía privada se encuentra exclusivamente en las las situaciones en que se producen efectos a terceros y en las modificaciones sobrevenidas que a través de acuerdos mayoritarios pueden afectar la riqueza de los inversores (*latecomer terms*).

[1630] Señala PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 510, que el primer límite a la autonomía privada «viene dado por las *normas imperativas*, que se prodigan básicamente en el ámbito de la protección de terceros, aunque ciertamente también las encontramos en el ámbito de la protección de los socios». Como límite a la autonomía privada, deben tenerse en cuenta «los límites de ejercicio, que tienen también una extraordinaria importancia en el Derecho de sociedades debido a la imposibilidad de definir de antemano todas las circunstancias en que puede ejercitarse un derecho y a la posibilidad de que las circunstancias del momento se alteren sustancialmente en el curso de la duración del contrato. Bajo esta perspectiva, cobra un especial relieve el principio general de buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC), que en buena parte de los casos aparece en la escena del Derecho de sociedades bajo la indumentaria del deber de fidelidad o del deber de no infringir el interés social» (id., pp. 512-513). El mismo autor [«¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 182, nota 44] añade que la cláusula de interés social es indisponible.

V. también la evolución de ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 39, nota 48, para quien, frente al estándar del "contratante leal", el estándar más estricto del "representante leal " puede ser dispuesto por las partes. En este sentido, «la partes podrían establecer por contrato que el mandatario no tiene por qué posponer el propio interés al del mandante, por ejemplo, como una forma de retribución… y, consecuentemente, no hay inconveniente alguno en afirmar que los deberes fiduciarios de los administradores son dispositivos…». Sin embargo, «las partes –en el derecho contractual general- *no pueden derogar la obligación de cumplir el contrato de conformidad con la buena fe* (art. 1258 CC), porque eso significaría tanto como afirmar que no quieren quedar vinculados (art. 1256 CC)». Sin embargo, más recientemente, el mismo autor ["Imperialismo económico y dogmática jurídica", RDM (1999) 956] precisa que, aun cuando «el Derecho vigente deja un amplio margen a la autonomía privada... contiene igualmente normas imperativas, entre ellas, las que tratan de resolver el conflicto de intereses típico entre administradores y accionistas y entre accionistas mayoritarios y minoritarios (arts. 115 y 127 LSA)».

[1631] V. PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1815. El autor añade que de tales grandes accionista, comúnmente denominados *núcleos duros*, se excluyen a los accionistas institucionales.

agentes.[1632] Para reducir el riesgo de expropiación se propone la codificación legal de los deberes fiduciarios de los administradores, su especificación y agravamiento de sus sanciones, así como su extensión a los accionistas significativos.[1633]

Regulación reciente

131. La exigencia de que el deber de lealtad de los administradores de sociedades cotizadas sea objeto de un tratamiento legal imperativo tiene en España una formulación reciente a través del *Informe Aldama* (2003).[1634] El Informe sugiere dar soporte normativo a «[l]a definición y régimen de los deberes de lealtad y diligencia más allá de la actual "diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal" (art. 127 de la LSA)».[1635] La justificación de estas medidas se basan en el principio de seguridad en el mercado. Cuando se producen conflictos de intereses graves en los cuales los administradores y accionistas de control obtienen beneficios que no se ajustan a sus remuneraciones las medidas derivadas del principio de transparencia son insuficientes para proteger a los inversores. En tales casos, la autorregulación es insuficiente y es preciso reforzar la seguridad a través de reconocimiento normativo de los deberes de lealtad.[1636] El propio informe reconoce la insuficiencia de la disciplina del mercado para tutelar a los inversores y la necesidad de dar un desarrollo legislativo a los supuestos y régimen de responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad.[1637]

132. En consonancia con las recomendaciones formuladas en el *Informe Aldama*

[1632] PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1815-6. En relación a las expropiaciones de otros inversores, los grandes accionista pueden tratarse con preferencia a los demás accionistas. «Su preferencia y habilidad para hacerlo es especialmente grande si sus derechos políticos exceden de sus derechos económicos, si sus derechos de control exceden sus derechos sobre los *cash flows*, lo que ocurre normalmente. Los grandes accionistas pueden hacer esto pagándose dividendos ocultos especiales (remuneraciones, *greenmails*, recompras de acciones), tomando ventaja en transacciones interesadas con la compañía (operaciones comerciales en buenas condiciones, financiación, y, en general *self dealing*), haciendo uso de activos sociales, explotando sus oportunidades de negocio o empleando los derechos de voto de que disponen para adoptar medidas o realizar operaciones societarias en su exclusivo favor».

[1633] PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1817-8.

[1634] El lugar dónde se ha afirmado con mayor claridad la necesidad de una regulación imperativa del deber de lealtad ha sido en el *Informe Aldama* (2003) sub. VI.2, al señalar que algunas de sus recomendaciones, entre las que figura el deber de lealtad, «tendrían un más adecuado soporte con una regulación heterónoma que contuviese mandatos cuyo cumplimiento no dependiera sólo de la libre y voluntaria determinación de la empresa afectada».

[1635] En particular, el informe postula la regulación de la «definición y régimen de los deberes de lealtad y diligencia más allá de la actual "diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal" (art. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas), especialmente en el ámbito de los conflictos de interés, tanto en las sociedades cotizadas como en los restantes agentes del mercado que se consideran en este informe» [id., sub. VI.2.ii].

[1636] V. *Informe Aldama* (2003) sub. III.1, al señalar que «[e]l Informe Olivencia dio un paso fundamental en esta línea al llamar la atención sobre la importancia de los deberes de lealtad de los administradores y accionistas significativos, pero sus indicaciones seguramente deben completarse e incorporarse a la legislación societaria. La autorregulación parece insuficiente cuando se trata de afrontar situaciones de conflictos de interés grave».

[1637] V. *Informe Aldama* (2003) sub. III.1, al final. Allí se indica que en opinión de la Comisión redactora del informe, «resultaría conveniente una intervención legislativa, cuya función fuera suplementar la debilidad de los mecanismos disciplinares que proveen las fuerzas del mercado en aquellos casos en los que se enfrenta abiertamente el interés social y el interés personal de quienes tienen influencia en la gestión de la sociedad».

(2003), la recientemente aprobada *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) ha incorporado una nueva disposición bajo el título de deberes de lealtad (nuevo art. 127 ter LSA), cuyo contenido no sólo resulta aplicable a las sociedades cotizadas o emisoras de valores sino al ámbito más amplio de las sociedades anónimas.[1638]

d) Carácter preventivo

133. Existe un amplio consenso en considerar necesaria la protección del principal en caso de conflicto de intereses a través del deber de lealtad, si bien caben modelos distintos de enfocar su tutela. Atendiendo a sus elementos configuradores, pueden ser agrupados en distintos tipos de regulaciones.[1639]

Modelo no preventivo

134. Un primer modelo parte de la idea que el ordenamiento establece un régimen general que autoriza al gestor a actuar en una situación de conflicto. Este modelo no presenta carácter preventivo y defiende un régimen de protección de la sociedad basado en una acción indemnizatoria consecuencia de un comportamiento interesado que comporte un resultado dañoso para la sociedad. En síntesis, esta doctrina parte de considerar que, en defecto de pacto expreso, el gestor queda autorizado de forma implícita a llevar término conductas interesadas, pues la prohibición sólo alcanza los comportamientos con resultados lesivos, hecho que sólo cabe determinar una vez que las mismas se han producido. Consiguientemente, el ordenamiento sólo actúa *a posteriori*, sancionando aquellas conductas que han causado un daño al principal.[1640]

[1638] La disposición se refiere a tres supuestos concretos de deslealtad (contratos, oportunidades y competencia) y establece su contenido general (deber de *disclosure* y prohibición de actuar en conflicto).

[1639] La regulación de los conflictos de intereses entre administrador y sociedad es el resultado de un modelo mixto de regulación que contempla normas especiales del Derecho de sociedades y del Derecho común. Ni en los ordenamientos comparados más avanzados se encuentran modelos completos y especiales para el Derecho de sociedades que excluyan de aplicación el derecho común. Así sucede en Alemania, con la aplicación de las reglas relativas a la autocontratación (art. 181 BGB) y el abuso de poder (art. 177 BGB); v. Cap. 2º, núm. 136. También en Italia, dónde a pesar de que el art. 2391 CC it. parece establecer una cláusula general, lo que hace es preceptuar las especialidades de la administración, si bien no por ello dejan de ser de aplicación otras normas generales como los son las relativas a la autocontratación (arts. 1394 y 1395 CC it.). V. Cap. 2º, núm. 94. También es el caso del Reino Unido, dónde a pesar de que la *Companies Act* contenga un título especial dedicado al *enforcement of fair dealing by directors* (arts. 311-347 CA), no por ello dejan de ser de aplicación complementaria los principios del *common law*. Lo mismo sucede en los Estados Unidos. V. Cap. 2º, sub. III.

[1640] Resulta común en nuestra doctrina formular el contenido general del deber a través de la idea de evitar o abstenerse de causar un perjuicio para los intereses de la sociedad, sin postular medidas preventivas. V. ESTEBAN VELASCO, «Art. 14», *Comentarios LAIE* (1992) 238; id., «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 753; id., «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 250. Consiguientemente, «las eventuales operaciones que encierran situaciones de conflicto, de las que deriva el riesgo de lesión de los intereses sociales, se someten a la aplicación de las reglas de la impugnación de acuerdos (art. 70) y de responsabilidad en caso de daño (art. 69). El fundamento de la responsabilidad reside precisamente en la infracción del deber de fidelidad y el daño ha de determinarse en relación con la naturaleza de la actividad empresarial y de la posición orgánica que corresponde a los administradores en impulsar su desarrollo en interés de la sociedad»; id., «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 753. En relación al deber de fidelidad del accionista, GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 198, reconocía la existencia de «un deber negativo [que] se puede separar como indiscutible: no dañar el interés social en propio beneficio».

135. La justificación de este planteamiento se encuentra en que el principal, confiando en su gestor, le permite evaluar las consecuencias derivadas de su conducta y, por tanto, valorar si el resultado final resulta acorde con los fines propuestos en el encargo. Siguiendo este planteamiento, siempre que no resulte acreditado un daño para la sociedad, el administrador podrá desarrollar comportamientos en los cuales sus intereses y los de la sociedad se encuentran en situación de conflicto. Un enfoque paralelo considera que el comportamiento desleal del administrador se articula sobre la regla de interdicción de obtener beneficios de la sociedad.[1641]

136. Esta manera de enfocar el problema del conflicto de intereses trae como consecuencia que el control del comportamiento desleal se realiza *ex post*, por vía judicial, en la medida que es necesario acreditar la lesión del interés social dentro de los plazos y ante las instancias previstas al efecto. De esta manera no se tiene en cuenta el hecho de que el gestor ocupa una posición privilegiada para realizar conductas interesadas y ocultas, ni esta perspectiva tampoco considera que las protección *ex post* comporta una carga para el principal, al tener que denunciar y probar el daño a sus intereses y, en su caso, soportar la lesión que no pueda acreditar en tiempo y forma.[1642]

Modelo preventivo absoluto

137. Frente a éste modelo, un segundo planteamiento construye el contenido de la lealtad a través de la prohibición al gestor de actuar en conflicto de intereses. En su extremo más riguroso, se postula la tesis preventiva de la prohibición absoluta que no tiene en cuenta la causación de un daño al principal, ni admite la autorización a su conducta, ni la subsanación de los actos o negocios derivados de la actuación desleal.[1643] La vigencia de este modelo se debe fundamentalmente a

---

[1641] Este criterio es seguido por LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 91-2, para quien «[e]l contenido específico del deber de lealtad consiste... en que, como consecuencia de la obligación de los administradores de perseguir en el desempeño del cargo exclusivamente la satisfacción del interés social, deben abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad». Id., pp. 92, 95, 97-8. V. también, id., pp. 116-7. En una formulación semejante, PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 23, precisa que «[e]l núcleo de las obligaciones negativas [nacidas del deber de fidelidad] puede condensarse en el siguiente principio: el administrador tiene prohibido obtener ventajas propias (o para un tercero) a costa del sacrificio de la sociedad. Esto es, el administrador debe abstenerse de todas aquellas actividades que, aun reportándole un beneficio, supongan, sin embargo, un daño para la sociedad y que, por consiguiente, aminoren su valor».

[1642] Por solo imaginarse el supuesto de sobornos o comisiones, se advierte que tales conductas no resultan fácilmente detectable debido a la facilidad de los administradores de encubrir y silenciar sus conductas. Señala HOPT, «Self Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information», *Corporate governance and directors' liabilities* (1985) 314, que «[l]os administradores se encuentran en una posición estratégica que les facilita, por una parte, el encubrimiento de las operaciones con interés directo y, por otra, llevarlas a término de una forma tan sutil que dificulte la interferencia de la ley. Es el "caso Poullain" [Bundesgerichtshof 28 marzo 1983, II ZR 111/82] en el que un banquero aceptó un millón de marcos por asesoramiento a un cliente del banco a quien extendió sustanciosos créditos. El asunto vio luz cuando el cliente fue a la quiebra. (Poullain fue absuelto, en última instancia, sobre la base de error justificable sobre su propio estatus legal) No es legalmente cuestionable que un administrador deba dar cuenta a su sociedad por los beneficios que realiza en tales actos de soborno-cohecho mercantil, ya sea directamente en dinero, reducciones de precio o pagos aplazados. Otra cosa es que sean detectables».

[1643] Sobre la doctrina tradicional de los deberes fiduciarios, v. Cap. 2º, núms. 156, 168, 191, 192, 198. En particular, sobre la postura tradicional relativa a la prohibición absoluta de las

la regulación de determinados ámbitos de la representación legal, en los cuales el principal, por ser incapaz, no puede prestar consentimiento para autorizaciones singulares y, además, quien debe hacerlo por él resulta ser el propio interesado, en cuyo caso la protección del principal sólo puede darse a través de la prohibición.[1644] También en el mercado de valores existen singulares supuestos de prohibición absoluta, en los que no es posible la autorización de las conductas interesadas.[1645]

138. Este modelo preventivo absoluto ha sido abandonado, como regla general, en el Derecho de sociedades, salvo en la regulación de supuestos aislados.[1646] Con todo, existe una generalidad de supuestos que no admiten autorización, si bien no puede decirse que ello configure el modelo o sistema. El ejemplo típico se encuentra en los casos de apropiación indebida, de estafa o de administración desleal respecto de los cuales toda autorización por parte de la sociedad debe

---

conductas interesadas que respondía a doctrina dominante en el siglo diecinueve, v. MARSH, "Are Directors Trustees?", Bus. Law. (1966) 36-39.

[1644] En el Derecho de familia, las normas que recogen los conflictos de intereses del gestor suelen ser de carácter prohibitivo absoluto, habida cuenta de que el titular de los intereses protegidos no puede manifestar su voluntad y regular sus propios intereses. Es el supuesto de los arts. 162.2º y 163 CC, para la representación legal de los padres en caso de conflicto de intereses con los hijos. De igual regla preventiva se sirve el ordenamiento en el caso de tutela; v. art. 221.2º CC.

[1645] Ello significa que los reglamentos internos encuentran un límite dónde no cabe autorización en determinados ámbitos conflictuales de prohibición absoluta como son los relativos al uso de la información confidencial de la sociedad, en cuyo caso los órganos sociales no pueden a través de un reglamento interno licenciar su uso en beneficio del interesado. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 319. V. Cap. 4º, sub. III, b), confidencialidad, uso de información.

[1646] En nuestro Derecho de sociedades, la prohibición absoluta es poco común. Como ejemplo aislado viene a colación el caso de prohibición de créditos y garantías a socios y administradores, prevista en el art. 10 Anteproyecto LSRL (1993) y en el art. 10.1 Proyecto de LSRL (1993), cuyo texto fue enmendado en la tramitación parlamentaria con el fin de establecer una prohibición relativa (v. art. 10.1 LSRL). Entre las críticas que fueron objeto los mencionados textos preparatorios, y a favor de un régimen de autorización, v. IGLESIAS PRADA, "El proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar" RGD (1994) 5427; MASSAGUER, José, "La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada", RGD 603 (1994) 12971.

Un ejemplo de prohibición absoluta reside en la prohibición de voto del socio administrador de la sociedad limitada cuando éste se encuentra en un conflicto de intereses. V. el art. 52.1 final LSRL: «El socio no podrá ejercer el derecho de voto... cuando, siendo administrador el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia con la sociedad o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios». En parecidos términos se pronuncia el art. 42.1 LCoop., si bien esta disposición sólo se refiere a los conflictos sobre relaciones obligatorias, de forma que nada dice de la hipótesis de la competencia del consejero con la sociedad; si el consejero fuera socio, este problema se resuelve a través de la autorización expresa de la actividad competitiva por el propio Consejo Rector (art. 15.2.f) LCoop.), quedando sin solución legal expresa para el caso de consejero no socio (previsto en el art. 34.2 LCoop., para los casos en que los Estatutos así lo admitan).

V. GARRIGUES / URIA, *Comentarios a la LSA*, II (1976) 127, quienes reafirman la idea de que la prohibición absoluta no resulta conveniente, al recordar que la LSA 1951 no contiene normas en ese sentido, pues sus «redactores creyeron que el formular normas prohibitivas de carácter general encierra el peligro de impedir a veces la celebración de contratos que pueden ser beneficiosos para la sociedad, aunque en ellos tenga un interés propio el administrador».

V. Cap. 2º, núms. 125-132 (Alemania); núms. 17-20 (Francia); núms. 179-182 (Reino Unido); núms. 219-221 (Estados Unidos).

considerarse sin efecto alguno. En este ámbito también deben considerar aquellos casos de donaciones o de negocios de intercambio que aunque no cumplan los requisitos de un tipo penal traten de conductas contrarias al interés social que no tienen justificación alguna para el desarrollo del objeto y fin social y consiguientemente están sujetas a una prohibición igualmente absoluta.

Modelos híbridos

139. El ensayo de estos dos modelos ideales sirve de esquema para situar a los modelos reales, que son sistemas híbridos o mixtos con elementos de ambos, cuyas expresiones pueden formularse desde una doble perspectiva: de un lado, el sistema de autorización general con prohibiciones particulares; de otro, el sistema de prohibición general con autorizaciones singulares.

Modelo de prohibición relativa

140. En este trabajo se postula que nuestro sistema jurídico, al igual que los demás de nuestro entorno, está inspirado en el modelo preventivo presidido por el principio de prohibición relativa.[1647] Este enfoque se condensa en la premisa siguiente: el contenido de la relación gestora no autoriza al gestor a actuar en conflicto de intereses, hecho por el cual éste requiere de una autorización singular para llevar a término conductas interesadas, lo cual queda a su vez condicionado a que el gestor haya informado plenamente al principal de todos los datos relevantes relativos a su conducta interesada.[1648] En este sentido, el gestor que actúa en conflicto creando el riesgo para el principal estará abusando de su posición siempre y cuando no haya sido autorizado por el principal para actuar en tal situación.[1649] Además, el sistema que contempla la prohibición relativa no solo

---

[1647] V. PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1818, para quien la codificación legal de los deberes fiduciarios sentaría «las bases para una eficaz prevención de los abusos más graves». Cfr. con EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 5, 7, para quien desde un punto de vista general, los procedimientos preventivos son innecesarios, pues un sistema regulador que de forma preventiva establezca controles y aprobación asegura que los costes serán altos.

Esta tesis resulta aplicable tanto a los supuestos no regulados, como a los regulados. Respecto de estos últimos, v. como ejemplo el caso de la prohibición de establecer relaciones de prestación de servicios o de obras en la sociedad limitada (art. 67 LSRL). V. URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1135, al señalar que a norma está concebida «con la finalidad de poder actuar preventivamente frente al riesgo de eventuales perjuicios para los intereses sociales en beneficio del administrador afectado». En términos semejantes, v. IGLESIAS PRADA, “Los órganos sociales en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", RCDI (1994) 194.

[1648] V. *infra*, sub. II.2, autorización y ratificación.

[1649] El planteamiento que seguimos armoniza con lo dicho anteriormente sobre la noción de conflicto de intereses, al indicar que el conflicto de intereses nace de las situaciones de riesgo de lesión de los intereses del principal (v. *supra*, núms. 10-12). En este sentido, v. también, FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores sociales* (2002) 217, al señalar que «si la mera conducta del administrador promotora u originante de situaciones de conflictos de intereses –llegue o no a aprovecharse de ellas– es sancionable por deslealtad, no es dudoso mantener que el paradigma de la lealtad de conducta del administrador protege, incluso con carácter preventivo, el interés patrimonial y empresarial de la sociedad frente a las meras situaciones de riesgo de conflicto de intereses creadas por la conducta del administrador».

En un sentido diferente, v. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 113, para quien «existen diferencias entre el conflicto de intereses y el abuso de representación. El conflicto de intereses, en cuanto indica posiciones de contraste, se resuelve en una situación, detectable aun antes del ejercicio del poder de representación. Por el contrario, el abuso de representación, al ser una desviación del ejercicio del poder, consiste en una vicisitud, en un accidente y será sólo individualizable después del ejercicio del poder de representación». Cfr. con PUGLIATTI, «Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 261 ss.

obtiene los beneficios de la prohibición de las conductas que causan un riesgo, sino que favorece aquellas conductas que pueden ser de utilidad para la sociedad a través de su autorización.[1650]

141. Esta reflexión permite completar la caracterización del deber de lealtad subrayando sus elementos configuradores: el primero consiste en la prohibición de actuar en conflicto de intereses; el segundo se refiere a la autorización singular del principal, y, el tercero, reside en la obligación positiva de comunicar a la sociedad todo conflicto de intereses como condición necesaria para su eventual autorización.[1651] De los tres elementos, el primero y el último constituyen el contenido preventivo de toda obligación gestora y, consiguientemente, despliegan sus efectos en un momento anterior en el tiempo a la producción de la conducta interesada.[1652] La prohibición de actuar en conflicto de intereses está en consonancia con la posición del administrador en el contexto societario, en la medida que la falta de control directo del socio al administrador, sustituido por un control orgánico, confirma la necesidad del carácter preventivo de la prohibición.[1653]

[1650] V. al respecto, el *Informe Aldama* (2003) sub.III.2.2, que señala que aunque el sistema de autorización «incremente las posibilidades de eludir efectivamente la observancia del deber de lealtad, la solución contraria podría impedir operaciones potencialmente productivas para la sociedad y ser menos conveniente».

[1651] Sobre el contenido del deber, v. Cap. 4º, sub. II.1.b).

Para EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1480, la defensa de su regulación legal como forma eficaz de defender los intereses sociales, plantea el ámbito y extensión de su tratamiento a través de normas imperativas. Si partimos del principio de que las normas prohibitivas deben regular aquellas áreas donde los intereses de los accionistas y los administradores pueden divergir, los tres contenidos fundamentales a regular son los siguientes: (1) a través de tales normas se debe imponer un deber de lealtad (*duty of fair dealing*); (2) las operaciones interesadas deben ser transparentes con revelación de toda la información (*disclosure of self-interested transactions*), (3) debe establecerse un efectivo mecanismo para su cumplimiento (*efective enfrocement mechanism*). Estos contenidos básicos tienen igual tratamiento tanto en sociedades abiertas como en sociedades cerradas.

Desde la perspectiva contractual, v. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 103-105, que se manifiestan a favor de regular el deber de lealtad y la acción de responsabilidad, y con menor medida, el deber de informar.

V. también la reciente propuesta de PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1818, que enfoca la regulación desde una doble perspectiva. De un lado, se trataría de concretar una serie de supuestos: «Los extremos sobre los que debería versar esa concreción de los deberes fiduciarios generales son muy variados, pero sin duda destacan los relativos a la fijación de retribuciones, al control de las operaciones vinculadas (en su sentido más amplio), a las medidas de blindaje frente a las tomas de control...». De otro, las regulación debería referirse a cuestiones procedimentales y de transparencia: «Mi punto de vista no conduce tanto a establecer una prohibición de todas estas transacciones, que en algunos e incluso en muchos casos pueden estar justificadas financieramente, cuanto a someterlas a controles procedimentales (obligación de abstención, votaciones separadas, informes de órganos independientes, etc.) y dotarlas de transparencia, al objeto de que también puedan ser evaluadas por los mercados y, en su caso, por los jueces y tribunales».

[1652] Como señala HOPT, "Self Dealing", *Corporate governance* (1985) 313, el debate sobre la regulación nos lleva al estudio de un conjunto de problemas generales: si la prohibición se hace con normas prohibitivas estrictas o no y a la cuestión de las sanciones, ya sean derivadas de acciones penales o civiles (nulidad, anulabilidad, daños y perjuicios, restitución de beneficios). Todo ello con independencia de la eficiencia y coste de la aplicación de tales normas y sanciones.

[1653] Tal como indica FARRAR, *Company law* (1991) 379, los administradores no pueden gozar de una discreción absoluta en el ejercicio de sus poderes. La respuesta del ordenamiento para su control ha sido la de imponer reglas preventivas destinadas a asegurar ciertos estándar

Naturaleza del negocio

142. El origen y la justificación de medidas preventivas que establezcan controles eficaces para prevenir y, consiguientemente, sancionar al gestor interesado se basa en la naturaleza del propio negocio de gestión.[1654] Si la gestión consiste en conferir poderes al gestor para que actúe por cuenta del principal, ello significa que el gestor dispone de un ámbito de discrecionalidad para realizar el encargo. A diferencia de los actos de intercambio directo, en que los contratantes toman decisiones racionales de contratar por si mismos en base a la información que disponen, en las relaciones de gestión, el gestor actúan por cuenta del otro, quien no alcanza a disponer en todo momento de toda la información relevante para valorar y llevar a término un control exhaustivo sobre la actuación del gestor. Si las medidas tuvieran solo un carácter sancionador *a posteriori* se estaría situando al principal en la misma posición que el contratante normal y no se tendría en cuenta su singular posición y la existencia del ámbito de discrecionalidad que dispone el gestor.[1655] Consiguientemente, por el hecho de que el principal no puede realizar un control directo de todos los actos del gestor, se hace necesaria la exigencia de un control previo a todo acto interesado ante el riesgo que tales operaciones pueden tener para los intereses del principal.[1656]

Carácter prohibitivo del deber

143. Siguiendo este argumento, los administradores como gestores de intereses ajenos quedan sujetos a una primera medida preventiva que consiste en la prohibición de actuar en conflicto en conflicto de intereses y así lo ha reconocido expresamente la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas (2003)*, aunque sólo para el ámbito de la sociedad anónima.[1657] En este sentido, el administrador en conflicto

---

mínimos de comportamiento, tanto a los administradores como a los altos cargos ejecutivos cuando actúan por cuenta de los primeros.

[1654] Estas medidas preventivas, por regla general, sólo se justifican en relación a las relaciones de gestión; consecuentemente, salvo referencia legal expresa, en aquellas relaciones no gestoras en las que les sea aplicable el deber de lealtad por intervenir un interés común a proteger, las medidas reguladoras *a priori* del conflicto no resultan necesarias, como es el caso del deber de lealtad del socio. V. ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 246, dónde señala que «[e]s discutible la posibilidad de defender que con carácter general nuestro derecho de sociedades de capital conoce mecanismos de tutela *ex ante*, con finalidad preventiva, para los supuestos de conflictos de intereses».

[1655] Sobre el margen de autonomía jurídica y de discrecionalidad del gestor, v. Cap. 4º, núm. 32. Idem del administrador, v. Cap. 5º, núms. 101-102. Sobre la falta de un control directo del socio sobre el administrador, v. Cap. 4º, núm. 32.

[1656] Señala ENRIQUES, *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni* (2000) 187, que cuanto más difícil resulta la intervención del principal en la gestión, más rigurosamente debe interpretarse la expresión "conflicto de intereses". V. también SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries* (1981) 151, 341, para quien las medidas preventivas se dan particularmente en relación en conflictos de intereses relativos a la contratación del fiduciario con el principal o beneficiario. En tales casos «existe una alta presunción de que una persona que ha actuado en ambas partes del negocio, de una parte como fiduciario y, de otra, como en su propio interés, ha usado sus poderes fiduciarios para beneficiarse. Las medidas preventivas se justifican dado que el fiduciario goza de una amplia libertad para evitar ser descubierto. Puede fácilmente ocultar información al beneficiario y la situación dificulta la prueba de su abuso de poder. V. id., pp. 158-9.

[1657] V. art. 127 ter.3 LSA, según la redacción dada por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) art. 2º.5: «En caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera». Este criterio ya había sido anticipado, primero, por el art. 125.2 de la *Propuesta de Código de Sociedades* (2002), con una previsión para todo tipo de sociedades mercantiles, y, después, por el *Informe Aldama* (2003) sub.

no está autorizado a realizar conductas interesadas en la medida que dispone de un ámbito de discrecionalidad que le permite llevar a término conductas en su propio beneficio y en perjuicio de la sociedad, sin que queden sujetas a control. Este riesgo de aprovecharse de los intereses del principal se sigue del hecho de que el propio contenido del poder no le exige una obligación de informar y consultar los términos de cada acto de ejecución, sea o no conflictual, lo que dificultaría sobremanera los propios fines gestores. Siguiendo este razonamiento, lo que se tutela son los intereses del principal y, en particular, el riesgo de lesión que existe en todo conflicto de intereses, en la medida que la prohibición afecta a todo conflicto y no solo a aquellos que hayan generado un daño al principal.[1658]

Límite al poder

144. El carácter prohibitivo del deber de lealtad se manifiesta en la propia configuración de la relación gestora y en su estructura obligatoria. En la medida que la relación gestora se estructura sobre la obligación del gestor de actuar en interés del principal y no en interés del gestor, el mandato de gestión está limitado a la ejecución de aquellos comportamientos que sean de interés del principal. Así las cosas, el poder otorgado por el principal al gestor excluye de su ámbito de poder aquellos actos de ejecución en los cuales tuviera intereses personales.[1659]

III.2.2, p. 23, dónde se indica, sólo para las sociedades cotizadas, que «[d]eberían contemplarse, al menos, los siguientes deberes del lealtad de los administradores: i. Evitar los conflictos de intereses entre los administradores, o sus familiares más directos, y la sociedad...».

[1658] Sobre la irrelevancia de la lesión o daño para determinar la existencia de un conflicto de intereses, v. Cap. 2º, núm. 116; Cap. 5º, núm. 14.

[1659] V. Cap. 6º, núm. 101.

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

a) Planteamiento

Reconocimiento

145. El carácter de prohibición de las conductas en conflicto concilia con la admisión en nuestro ordenamiento de la autorización o licencia del principal como condición para que el interesado pueda llevar a término la conducta conflictual.[1660] En términos generales, la doctrina de la autocontratación postula la licencia del apoderado para autocontratar en el ámbito de la representación voluntaria.[1661] El supuesto legal donde más claramente ha quedado reflejada la licencia del principal ha sido en el marco de la comisión mercantil para la autoentrada y aplicación del comisionista (ex. art. 267.I CdC).[1662] De su lado, aunque el Código Civil establece una prohibición de autocompra del mandatario ésta se interpreta en términos relativos que admiten la licencia del mandante (art. 1459.2º CC).[1663]

146. En ese mismo ámbito negocial, cuando el Derecho de sociedades ha regulado supuestos de prohibición de contratación ha condicionado la actuación en conflicto a la licencia del principal.[1664] Así sucede en los casos de autorización por parte de

---

[1660] En el Derecho comparado, todos los ordenamientos estudiados establecen un sistema interno de autorización de conductas interesadas. V. Cap. 2º, sub. II.1.d) (Francia); sub. II.2.c) (Bélgica); sub. II.3.c) (Italia); sub. II.4.b) y c) (Alemania); sub. III.2.c) (Reino Unido); sub. III.3.c) (Estados Unidos). En similares términos, v. en Portugal, el art. 397.2 CSCom. port., para los negocios con la sociedad y arts. 398.3 y 254.2 CSCom. port. para los supuestos de competencia en la sociedad anónima y la sociedad por cuotas, respectivamente.

[1661] V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 211; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 88-93; id, "Comentario a la RDGRN 29-4-1993", CCJC (1993) 365; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 275, 294; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 307. V. también, MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 260; FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 954. Sin embargo, en el ámbito de la representación legal, no cabe planear la autorización en casos de autocontratación, atendiendo a la incapacidad del representado para prestar su consentimiento. V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 93-5.

[1662] GARCIA VALDECASAS, A., "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP (1960) 461, señalaba que la norma prevista en el art. 267 CdC no es tanto una excepción como la expresión de un principio que «responde a razones generales a un tiempo de equidad y eficacia en beneficio del tráfico jurídico y de los mismos interesados». V. OTERO LASTRES, "La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa", RDBB (1981) 114 (los comisionistas ordinarios están sujetos a una prohibición relativa de autoentrada).

[1663] DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. I (1993) 193; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 91-3. id, "Comentario a la RDGRN 29-4-1993", CCJC (1993) 365. Cfr. con la interpretación restrictiva que hace GARCIA CANTERO, «Art. 1459 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales*, XIX (1980) 137-8, quien considera prohibida la autocompra del mandatario, de forma que «aunque el mandante autorice expresamente la compra al mandatario, subsistirá la prohibición por tratarse de una disposición de carácter imperativo que no puede ser derogada por la voluntad de los particulares... Entiendo que esta licencia o autorización habrá de limitarse exclusivamente al ámbito del mandato mercantil».

[1664] En el art. 127 ter.3 LSA no se ha hecho la previsión de autorización, si bien entendemos que está implícita en la medida que se exige el deber de abstenerse de intervenir, previa comunicación del conflicto, y no se entendería bien el deber de *disclosure* sin la posibilidad de autorizar, en su caso, la operación, salvo que se estuviera ante una prohibición absoluta. V. también, *Reglamento tipo CNMV (1998)* art. 33.2 del *Reglamento tipo CNMV* que prohíbe realizar *transacciones profesionales o comerciales con la compañía* salvo autorización.

la sociedad al administrador de la sociedad limitada en la concesión de préstamos, créditos, garantías y asistencia financiara (art. 10.1 LSRL) y en la prestación de servicios o de obra (art. 67 LSRL), y también en los casos de licencia dadas al consejero de la cooperativa para establecer relaciones obligatorias de cualquier tipo (art. 42.1 LCoop.).[1665] La autorización también está presente en sede de fundaciones y de cajas de ahorro (arts. 28 LF, 16.2 LORCA).[1666]

147. Lo mismo sucede, fuera del sector de la contratación, en el ámbito de la competencia entre gestor y principal, cuando el ordenamiento regula estos supuestos.[1667] Tal es el caso de la autorización para competir dirigida al factor mercantil (art. 288 CdC), al administrador de la sociedad limitada (arts. 65 LSRL) o al consejero de la sociedad cooperativa (41.1.b) LCoop.), supuestos a los que pueden añadirse los de autorización del socio de la sociedad colectiva con objeto omnicomprensivo (art. 136 CdC) y del socio industrial (art.138 CdC).

Fundamento

148. Aún cuando el ordenamiento no ha incorporado una cláusula general de autorización, su origen se encuentra en la aplicación de los principios generales que ordenan el deber de lealtad de todo gestor de negocios ajenos.[1668] El enfoque preventivo que prohíbe la actuación interesada y establece un mecanismo de aprobación por el principal, previa exigencia una información plena sobre la situación conflictual, armoniza con la naturaleza gestora de la obligación y, en particular, concuerda con la razón práctica protectora de los intereses del principal a través de un medio flexible que permite la autorización de las conductas conflictuales por medio de la intervención del principal.[1669] En efecto, el sentido

---

[1665] Sobre la autorización previa del protectorado en el ámbito de la fundación, v. VERDERA SERVER, “La autocontratación en las fundaciones”, RJN (1996) 122-35.

[1666] El art. 28 LF hace referencia a la «previa autorización del Protectorado» para que los Patronos puedan contratar con la Fundación. Según el art. 16 LORCA, los consejos y personas vinculadas « no podrán obtener créditos, avales ni garantías de la Caja respectiva o enajenar a la misma bienes o valores de su propiedad o emitidos por tales Entidades sin que exista acuerdo del Consejo de Administración de la Caja y autorización expresa del Banco de España o de la Comunidad Autónoma respectiva, según proceda».

[1667] El art. 127 ter.4 LSA no ha hecho previsión de la autorización de los casos de competencia por parte de la sociedad anónima, si bien aquella está implícita al exigir el deber de *disclosure*. V. también, el *Reglamento tipo CNMV (1998)*, según el cual se prohíbe realizar *transacciones profesionales o comerciales con la compañía* salvo autorización (art.33.2), usar activos sociales, salvo dispensa (art. 34), o realizar oportunidades de negocio, salvo autorización (art. 36). En relación a las oportunidades sociales, v. el *Informe Olivencia (1998)* sub. II.8.4, al final., dónde se indica que la permisión de explotar una oportunidad al consejero, queda sujeta, entre otras condiciones, a la autorización de la Comisión delegada que corresponda.

[1668] Con todo, sería conveniente incorporar una cláusula expresa, cuanto menos en nuestra legislación societaria, que establezca la regla de la autorización previa. V. ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 494.

[1669] Frente a esta posición cabría señalar que el principio general se construye sobre la base de que las conductas confictuales están autorizadas implícitamente por el principal y que los supuestos regulan excepciones al principio general. Sin embargo, este planteamiento no se corresponde con la función tutelar del régimen jurídico de la gestión en los casos de conflicto y, además, deja en manos del gestor su resolución facilitándole la actuación interesada y dificultando la protección del interés del principal. Un planteamiento similar al defendido en este trabajo es el de ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», en *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 463, para quien «el sistema de autorizaciones constituye la adaptación al ámbito jurídico-societario de la normativa de la representación». V. id, passim. Sobre la finalidad preventiva de la autorización, v. id., pp. 456-7.

propio de la autorización se explica como facultad de la sociedad respecto de algo que está prohibido; de otro modo, el acuerdo de autorización sería irrelevante pues el interesado estaría ejercitando una conducta comprendida en su ámbito de poder.

Órgano competente

149. La autorización que amplíe el poder concedido al gestor, permitiéndole ejecutar actos interesados que sin esa extensión de su mandato constituyen una extralimitación del poder atribuido, en principio, sólo puede venir dada por el principal. Este problema, planteado en el marco del Derecho de sociedades, debería resolverse, en principio, atendiendo a la unanimidad de los sujetos que configuran su base personal o en base a un acuerdo mayoritario justificado por razones de interés de la sociedad.

150. En este sentido, la instancia apropiada para tomar el acuerdo sería la junta general de socios, en la medida que éstos son los titulares últimos del interés social y son quienes mejor pueden decidir sobre su propio interés.[1670] Sin embargo, argumentos de distinto tipo hacen pensar que el acuerdo de la junta no resulta en todo caso ni necesario ni conveniente, dados los conocimientos técnicos para enjuiciar la

---

Un enfoque distinto se plantea a través de la aplicación analógica de los supuestos regulados, ya sea a otos supuestos no regulados, ya sea a otras formas sociales. Así, VICENT CHULIA, *Introducción al Derecho mercantil* (2000) 457, defiende que la norma prevista en el art. 10.1 LSRL, según la cual requiere la autorización para la concesión de créditos y garantías a favor del administrador, debería aplicarse «por analogía, aunque resulte odioso,» a otros contratos como los de entrega de bienes o mercancías (compraventa, suministro, etc.). De su parte, EMBID, «Art. 67. Prestación de servicios por los administradores», *Comentarios a la LSRL* (1997) 703-4, ante la ausencia de una explicación clara sobre la exigencia de autorización para la prestación de servicios por los administradores en la sociedad limitada y no en otras formas sociales, en la medida que «la sociedad limitada no es la única persona jurídica afectada por dicha problemática en nuestro ordenamiento», sugiere extender por analogía «su aplicación a los supuestos semejantes que se den en otras sociedades, como la anónima». El argumento se fundamenta en que «el artículo 67 no parece un precepto adoptado por estrictas razones tipológicas... Y esta aplicación analógica se justificaría, además, con objeto de dar una situación de seguridad al problema que no ocupa en el marco de la sociedad anónima... ». Cfr con quienes no defiende el recurso a la analogía de forma que el supuesto se limita a las relaciones de prestación de servicios o de obras, pero entienden que existirá abuso de poder. V. ARANGUREN, «Los órganos de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada*, I (1996) 1360.

Desde el planteamiento económico contractual, la autorización se justifica por significar una rebaja del estándar de exigencia judicial. V. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 104. V. también la opinión de PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 78, según la cual la razón que justifica la dispensa en las oportunidades de negocio «estriba en la anticipabilidad de costes y beneficios de semejante decisión. Esta previsibilidad es posible gracias al carácter concreto y determinado de la dispensa».

[1670] V. el planteamiento de PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 80-1, que defiende que el órgano competente para autorizar sea la junta de socios. Su argumento se basa en que «[l]a facultad de modificar, aunque sea temporal y puntualmente, el contenido típico de la relación con un administrador rebasa las competencias de gestión y dirección propias del órgano de administración. En efecto, la dispensa para realizar un acto de competencia, para desviar un negocio conveniente para la consecución de los fines sociales o respecto al cual la sociedad se ha mostrado interesada comporta, por un lado, un levantamiento, aunque sea concreto y temporal- del deber de promover y perseguir los fines sociales y de abstenerse de realizar actos dañosos contra la sociedad y, por otro, puede incidir sobre las bases económicas y/o fiduciarias en las que se asienta la sociedad. Y por eso únicamente la junta de socios tiene capacidad, en esta materia, para configurar la voluntad social».

propuesta que disponen los socios. En primer lugar, la aprobación por los socios de las operaciones interesadas que llevan a término los administradores puede plantear ciertas dificultades al socio, particularmente cuando las operaciones están sujetas a complejidad o simplemente cuando, para tomar una decisión racional, sea necesario disponer de un nivel de información y experiencia que no está al alcance del común de los accionistas.[1671] En tales casos, los socios pueden estar pensando en que serán aquellos socios con mayor participación quienes lleven a término los estudios oportunos para defender su interés y ellos se beneficiarán de tales actitudes, sin tener en cuenta las vinculaciones entre los interesados y los accionistas de control.[1672] En segundo lugar, las sociedades con un elevado número de socios presentan un problema añadido al anterior, en la medida que la convocatoria y celebración de juntas generales reviste de cierta complejidad y comporta determinados costes tanto para su organización por la sociedad, como para los socios que, eventualmente, quieran asistir.

151. Por tales razones de orden práctico y siempre que la ley o los estatutos no hayan establecido una reserva en favor de la Junta general, el órgano de administración resulta adecuado para realizar la valoración de riesgos relacionada con la situación de conflictos.[1673] Ello no significa que la autorización dada por los administradores

[1671] Para tomar una decisión de este tipo el accionista requiere de una gran cantidad de información y necesita consumir un cierto tiempo en su análisis. Además de conocer y comprender los términos del contrato u operación, el accionista debería poseer otro tipo de información, como por ejemplo, si el precio del contrato es el mismo o mejor que precio de mercado; si se trata de un contrato de duración, debe esperarse que el precio de mercado baje, suba o se mantenga; si es mejor que el contrato sea de duración o sería preciso cerrar un contrato para cada operación; debería usarse una formula de precio variable ajustable a determinadas constantes; si necesitará la sociedad tal mercancía o servicio a lo largo de todo el período del contrato; si existen ofertas que haya recibido la sociedad de terceros no interesados y qué gestiones se han realizado al respecto; si existe una relación adecuada entre la calidad del producto o servicio y el precio acordado, etc. V. sobre ello, CLARK, *Corporate Law* (1986) 181-182, quien concluye (id., p. 182) que la «aprobación por los accionistas está condenada a ser superficial o superflua».

[1672] CLARK, *Corporate Law* (1986) 182, apunta el problema del *free-rider*, según el cual «muchos de los accionistas estará tentados a especular en la expectativa de que otros accionistas hagan los estudios y análisis por ellos». Es más, los accionistas, salvo excepciones, no van a realizar el esfuerzo necesario para evaluar críticamente el supuesto conflictual y simplemente se mantendrán pasivos o van a estar de acuerdo con lo propuesto por los administradores.

Particulares dificultades plantea el caso en que los administradores interesados estén directamente vinculados al accionistas de control. V. al respecto, HOPT, *Corporate governance* (1985) 319: La ratificación por los accionistas tiene sus deficiencias, especialmente si un accionista de control está involucrado en la operación, a menos que (a) se requiera unanimidad [Brudney y Clark (1981) 1033.

[1673] V. la opinión de GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 371, para los casos de doble representación y autoentrada en los cuales «parece que la autorización existiendo Consejo y refiriéndose el supuesto a un Consejero puede provenir de aquél y no necesariamente de la Junta general». En esta dirección, el *Informe Aldama* (2003) sub.III.2.2, establece que la dispensa debería otorgarse por «el Consejo de Administración, o incluso la Junta General, según la trascendencia de la decisión». Cfr. con el argumento en contra de PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 81, según el cual, «[s]i se permitiera que el resto de los componentes del órgano de administración pudiera proceder a la dispensa, se correría el riesgo de que no se emitiese un juicio imparcial. Quienes postulan la competencia de los administradores, no tienen en cuenta adecuadamente la presión –manifiesta o encubierta- que el administrador interesado puede ejercer sobre sus compañeros».

En el régimen de la sociedad limitada, la Ley hace reserva a la Junta general en distintos supuestos para la autorización de los conflictos con los administradores (arts. 10, 65 y 67 LSRL).

respecto de conductas interesadas de otros administradores no plantee problemas de independencia de juicio y de objetividad en la decisión a la hora de valorar negativamente una propuesta realizada por otro administrador.[1674]

Requisitos

152. El acto de autorización o de denegación de la licencia para actuar en conflicto por el órgano de administración o por una mayoría de socios resulta justificado a condición de que se respeten ciertos requisitos que garanticen un marco de idoneidad para la toma de una decisión no interesada.[1675] Tales requisitos son los siguientes. (i) La exigencia de transparencia plena con *disclosure* del interesado al órgano autorizante, sea la Junta general, sea el órgano de administración.[1676]

153. (ii) Cuando la autorización se produzca en el órgano de administración, éste deberá examinar su propia competencia con el fin de resolver el conflicto dentro de las actividades propias del objeto social.[1677]

154. (iii) Las autorizaciones deben ir acompañadas de un debate previo y requieren de un acuerdo mayoritario.[1678]

Esta aproximación armoniza con las características propias de la limitada, dado que se trata de una sociedad de pocos socios lo que le permite que la junta juegue un papel preponderante frente al órgano de administración, en determinados aspectos y particularmente en los conflictuales. Este punto de vista también se concilia con la regla general según la cual el órgano autorizante es el de administración.

[1674] La técnica del control de los actos interesados a través de los administradores ha sido objeto de críticas por la doctrina, cuyas dudas sobre la autonomía de los administradores que no tienen interés personal en el asunto se plantea en términos de riesgos que no suele llevar consigo incentivo alguno, en la medida que el administrador pone en cuestión su cargo o la confianza que han depositado otros consejeros en él para resolver una cuestión que la mayoría de los socios no va a valorar. En unos casos, los administradores independientes pueden tener relaciones laborales con la sociedad y de subordinación con los administradores interesados, lo que podría suponer arriesgar su empleo o su promoción. Otros, pueden necesitar la ayuda de los demás a la hora de ser reelegidos como administradores. También pueden influir simples relaciones de cortesía o amistad que sean el origen o la continuación de otras relaciones profesionales. En otros casos puede tratarse de administradores externos que dedican un espacio de tiempo relativamente pequeño a los asuntos de la sociedad, lo que les llevará a preocuparse de asuntos más relevantes. V. CLARK, *Corporate Law* (1986) 183-4. En esos términos de desconfianza v. EASTERBROOK / FISCHEL, *The economic structure of corporate law* (1991) 104-105, para quienes «[l]os administradores independientes pueden estar demasiado desinformados para tomar una decisión inteligente. O puede que tengan amistad con los interesados... y una creencia de que el mercado no observará su actuación “solamente por esta única vez”».

[1675] V. el *Informe Aldama* (2003) sub.III.2.2, al indicar que «la dispensa debería ser a la vez relativamente fácil de administrar y difícil de eludir, mediante un procedimiento que asegure la independencia del órgano que la otorga… respecto del Administrador afectado y que la operación sea equitativa y en condiciones de mercado; junto a una regla de transparencia, en términos similares a lo que ha anticipado la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (artículo 37 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre)». V. también la propuesta de PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1818, al señalar que la regulación del deber debería referirse a cuestiones procedimentales y de transparencia de forma que las operaciones interesadas deberían someterse «a controles procedimentales (obligación de abstención, votaciones separadas, informes de órganos independientes, etc.) y dotarlas de transparencia, al objeto de que también puedan ser evaluadas por los mercados y, en su caso, por los jueces y tribunales».

[1676] V. *infra*, sub. II.2.b), aplicación del deber de *disclosure*.

[1677] V. *infra*, núm. 171.

[1678] V. *infra*, núm. 172, exigencia de un órgano colegiado.

155. (iv) La autorización no puede ser discrecional o arbitraria sino que deber ser guiada por el interés social. En este sentido, toda autorización que no haya sido aprobada unánimemente por todos los socios y se acuerde de forma mayoritaria por alguno de los órganos sociales debe estar justificada o motivada.[1679] Por el contrario, la negativa a la autorización no precisa justificación, en la medida que exista un conflicto de intereses y por tanto un riesgo de lesión del interés social.[1680]

156. (v) La mayoría autorizante debe estar compuesta por personas con independencia de criterio, lo que comporta un deber de abstención de los interesados.[1681]

157. (vi) Cuando el conflicto sea autorizado por el órgano de administración, los administradores darán conocimiento del conflicto y de su autorización a los socios. Esta comunicación a la Junta general permite enjuiciar no sólo el acto interesado, sino los criterios de autorización utilizados por el órgano de administración y al efecto tomar las iniciativas más convenientes, tales como la impugnación del acuerdo, la revocación del administrador, entablar acciones de responsabilidad, etc.[1682]

158. (vii) Las autorizaciones deben tener, por regla general, carácter individualizado y expreso, referidas a supuestos concretos y determinados tanto por sus circunstancias como por las contrapartidas derivadas del acto o negocio interesado.[1683] Consiguientemente no caben las autorizaciones tácitas, implícitas o aún autorizaciones explícitas pero de carácter genérico o anticipado, ya sea a través de reglas estatutarias, ya sea mediante acuerdos sociales con el objeto de regular esta cuestión.[1684]

[1679] EMBID, «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 691 y 694, defiende, de *lege ferenda*, que la autorización de competir con la sociedad está motivada como manera que «atenuar la excesiva discrecionalidad de que disfruta la Junta general en el precepto que comentamos». POSNER, *Economic analysis of law* (1986) 390, defiende que la justificación sea una contraprestación, incentivo o remuneración de servicios prestados. V. ibi el ejemplo según el cual una sociedad que tiene «la oportunidad de elegir entre contratar a un administrador con dedicación total a la sociedad por un salario anual de $250.000, y contratar a otro de iguales condiciones y un salario un tercio inferior pero permitiéndole realizar ciertos negocios en relación con los que la sociedad realiza».

[1680] Sobre el conflicto y el riesgo de lesión, v. *supra*, sub. I.1.a).

[1681] V. *infra*, sub. II.2.d), deber de abstención de votar.

[1682] V. *infra*, núm. 170, comunicación a la junta.

[1683] V. al respecto, el *Informe Aldama* (2003) sub.III.2.2, al señalar que el principio de obligatoriedad que preside la regulación del deber «no es forzosamente incompatible… con un principio de dispensabilidad *ad hoc*, en cuya virtud pudieran ser autorizadas, caso por caso, ciertas operaciones». También, en determinados supuestos legalmente regulados, ya se exige la autorización expresa, tal como sucede en el art. 65.1 LSRL para la autorización de las actividades competitivas con la sociedad. En otros casos la ley se refiere a que la autorización debe darse «para cada caso concreto» (art. 10.1. LSRL).

[1684] Atendiendo al supuesto concreto de la autorización de competencia del administrador de sociedades limitadas, partiendo del enunciado legal que precisa la «autorización expresa» (art. 65.1 LSRL) se afirma el criterio que niega la autorización tácita, genérica o anticipada, ni a través de acuerdos sociales ni mediante cláusulas estatuarias. V. QUIJANO, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 666; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 743; EMBID, «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 691-2; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1137. Las mismas consideraciones pueden hacerse en relación la autorización para la concesión de créditos, préstamos, garantías, asistencia

159. En aquellos casos en que la conducta interesada está pendiente de ejecución, el órgano autorizante puede revocar el acuerdo anterior, si existen motivos sobrevenidos que justifiquen la decisión.[1685]

Reglamentos internos

160. Como excepción a la regla anterior que prevé la autorización de operaciones singulares, puede establece una autorización previa para determinadas categorías de operaciones a través de reglamentos internos, códigos de conducta o acuerdos de carácter general, siempre que la ley no indique otra cosa y la autorización quede sometida a determinadas condiciones que garanticen el cumplimiento del contenido esencial de los deberes de los administradores.[1686]

---

financiera y anticipo de fondos a favor de los administradores prevista en el art. 10.1 LSRL, dado que cada uno de los actos mencionados deberán ser aprobados por la Junta general, excluyendo posibles autorizaciones estatutarias genéricas y anticipadas. V. ARANGUREN, «Los órganos de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada*, I (1996) 1356 y 1358; TAPIA, «La financiación de la sociedad de responsabilidad limitada (con especial referencia a los arts. 9 y 10)», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 139-40; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 752; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1051.

Cfr. con PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 77, quien distingue entre dispensa y autorización. Por dispensa entiende «el consentimiento previo al administrador para que tome parte en una o varias actividades de antemano especificadas –que además han de subsumirse en uno o varios grupos de casos igualmente previamente determinados- dentro de un plazo de tiempo más o menos concreto y relativamente corto». La dispensa se justifica gracias a su «carácter concreto y determinado» (id., p. 78). A su lado, por autorización entiende «la liberación previa al administrador para que explote oportunidades de negocio que de antemano no están especificadas; o estándolo, no se determina el grupo de casos en el que se inserta; o que, a pesar de estar especificadas e insertas en un grupo de casos no se concreta su duración en el tiempo o su duración es, en función de las circunstancias, relativamente larga. Desde esta perspectiva bien puede decirse que, a diferencia de la dispensa, la autorización supone que la sociedad tolera o soporta muy en abstracto el peligro que pueda derivarse de la explotación por el administrador de las oportunidades de negocio y de manera absolutamente indeterminada el conflicto de interese que pueda surgir con ocasión de esa desviación de la oportunidad» (id. p. 91; v. pp. 91-6). El autor sostiene que la dispensa debe ser expresa en los acuerdos de las sociedades capitalista, mientras que en las personalistas «la flexibilidad y la constante comunicación que las caracteriza y la inexistencia de un procedimiento rígidamente estructurado de manifestación de voluntad social, hace innecesario que la dispensa sea expresa» (id., pp. 86-8). Para este autor, «el silencio puede ser considerado como verdadera declaración de voluntad cuando la buena fe impone un deber positivo de manifestar repulsa contra las intenciones del administrador». V. ibi, los supuestos en los que el silencio ha de ser entendido como *facta concludentia*.

[1685] Tal como lo entiende QUIJANO, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 666, nada impide que «la autorización concedida sea revocada si varían las circunstancias o si aparecen nuevos datos no conocidos al momento de concederla». En igual sentido, EMBID, «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 691.

[1686] Tal como señala FERNANDEZ-ALBOR, “Deber de lealtad del administrador cesado”, RGD (1999) 3998, y nota 37, «la modulación negocial de los deberes de lealtad no puede suponer una derogación de los deberes orgánicos mínimos».

V. las cautelas establecidas en ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.09 (*Efect of the standard of the corporation*). Las cautelas son necesarias por una diversidad de razones: (i) Por las dificultades que ofrece anticipar las consecuencias relativas a la autorización respecto de situaciones complejas, y especialmente por un socio con una información media. Por ejemplo, un socio con una formación media difícilmente puede prever las consecuencias de su consentimiento a una regla que modifique la carga de la prueba en favor del administrador

161. Primera, es preciso que la operación contemplada en el reglamento interno esté definida en todos sus detalles relevantes, tanto para facilitar la subsunción del conflicto en el supuesto previsto, cuanto para evitar, que por la amplitud o generalidad del precepto, que el interesado pueda soslayar la aplicación del contenido prohibitivo del deber de lealtad.[1687]

162. Segunda, el objeto de regulación interna debe referirse a operaciones caracterizadas por ser sucesivas y constantes en el tiempo y deben ser operaciones corrientes que se producen en el curso ordinario de los negocios de la sociedad.[1688] Por el contrario, aquellas operaciones caracterizadas por su

---

interesado. (ii) La comunicación entre los gestores proponentes de la reglamentación y los los socios que han de autorizarla o valorarla, particularmente en una sociedad abierta, es reducida, lo que reduce la información que reciben los segundos a los efectos de prever las consecuencias y valorar el reglamento. (iii) En la sociedad cerrada, aunque sea más fácil obtener la autorización por parte de los socios, las consecuencias negativas del uso de las mismas con fines oportunistas plantea riesgos más graves en la medida que los socios no tienen la posibilidad de liquidar sus participaciones a través de los mecanismos del mercado. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 323-4.

[1687] V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.09(a). V. ejemplos en id, p. 320. Ejemplo 1: La Sociedad X vende normalmente inmuebles excedentes a sus empleados. El consejo de administración adopta un criterio que incorpora a una reglamentación interna según la cual cualquier ejecutivo puede adquirir propiedades que la sociedad haya acordado que es excedente para sus necesidades a su coste original (de producción o coste histórico). Un estándar de esta categoría no asume el requisito de concretar o determinar suficientemente el tipo de operación y las condiciones según las cuales debe aplicarse la regla para autorizar al administrador a realizar tales operaciones con la sociedad, pues por una parte, el estándar no refleja un razonable sentido del valor de mercado del bien que se autoriza a ser vendido; por otra, la regla permitiría incluir supuestos que quedan fuera del curso ordinario de los negocios. P.e., se podría indicar que los bienes se venderán al precio estimado de mercado y las adquisiciones no deberán afectar a ventas superiores a un determinado valor.

Ejemplo 2: La Sociedad X, que desarrolla la actividad de transporte aéreo de pasajeros, adquiere el combustible necesario en los aeropuertos de destino liquidando mensualmente el importe del carburante adquirido. El consejo de administración adopta una regla según la cual los empleados y ejecutivos pueden tener intereses en los proveedores de carburantes a la sociedad, siempre y cuando existan otros dos vendedores que sirvan de comparación en cada aeropuerto y que vendan el carburante al mismo precio. Si la Sociedad Y, en cuyo capital participa con un 40% el administrador A de la Sociedad X, contrata con ésta última el suministro de carburante por períodos mensuales y al mismo precio que otras dos competidoras del aeropuerto de un determinado terminal (pe., Chicago) el reglamento le da al administrador la misma cobertura jurídica que le dará la aprobación individualizada (v. id., sub. 5.02(a)(2)(B)). Si en este supuesto el contrato fuera a largo plazo, pe., para una duración de 10 años, el estándar no cumpliría con los requisitos de limitación a las operaciones en el curso ordinario de los negocios.

[1688] Si se tratan de una serie sucesiva de operaciones que se realizan dentro del curso ordinario de los negocios y son operaciones que requieren autorización no es necesario aprobar individualmente cada operación, es suficiente que los administradores desinteresados autoricen los aspectos o términos relevantes del negocio. V. en este sentido, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.09(a) y (b) y su relación de equivalencia con id., sub. 5.02, v. id., pp. 225-226. V también los ejemplos citados en id., pp. 319-21, que reseñamos a continuación.

Ejemplo 1: Los empleados de la Sociedad X, cuyo objeto es la producción de automóviles, normalmente adquieren nuevos automóviles directamente a la sociedad que les emplea. Como política de incentivos, el órgano de administración adopta un reglamento interno en el que se indica que todo empleado, incluyendo los ejecutivos, pueden adquirir automóviles de la Sociedad X con un descuento del 10 % del precio normal de venta. Este estándar aplicado a la compra de un coche por un administrador comporta el mismo efecto que tendría la autorización desinteresada e individualizada.

singularidad o por no ser usuales requieren una consideración individualizada que permita una valoración más detallada a través del procedimiento ordinario antes visto.[1689]

163. Tercera, el administrador interesado no queda exento del deber de *disclosure* y consiguientemente debe comunicar al órgano en principio autorizante su interés en la operación. En este caso, será el órgano de administración o la Junta general el que decida si el conflicto se ajusta al supuesto previsto en el reglamento y tomará las medidas adecuadas para defender el interés social.

b) Aplicación del deber de disclosure

Reconocimiento

164. La condición que se impone al gestor para que la autorización derive plenos efectos reside en el cumplimiento del deber de *disclosure*.[1690] Si el principal amplía el poder concedido al gestor en casos en que los intereses de ambos pueden estar en conflicto, aquel ha de conocer toda la información relevante para valorar si la operación resulta de su interés y establecer las condiciones y límites que considere necesarios para que la gestión se ejecute según sus propios fines. El deber de *disclosure* ha sido reconocido recientemente en el Derecho de sociedades a través de la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas (2003)*, si bien limitado al ámbito de la sociedad anónima.[1691]

Ejemplo 2: Los administradores autorizan en determinadas condiciones y con carácter general en una norma de conducta la adquisición de determinados inmuebles que son excedentes para la sociedad. Si alguno de los administradores que lo aprueba está directamente interesado en adquirir tales inmuebles, el reglamento interno no puede servir como autorización previa, a los efectos de cumplir con los requisitos generales (*disclosure* y aprobación).

Ejemplo 3: La Sociedad X desarrolla la actividad de prospecciones petrolíferas y gasísticas en el marco continental de los Estados Unidos. El órgano de administración adopta una política según la cual la sociedad no hará perforaciones de gas y petróleo fuera del área continental de los Estados Unidos, con la excepción del Oriente Medio. El administrador ejecutivo A que adquiere un negocio semejante en Venezuela, encuentra amparo jurídico en el estándar adoptado por la sociedad, pues la definición del ámbito del negocio es suficientemente clara para que el negocio que adquiere no se pueda entender como un aprovechamiento de una oportunidad de negocio.

[1689] ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 318. Pe, la adquisición continuada por un administrador de productos de la sociedad en el curso ordinario de los negocios es un supuesto apropiado para establecer un estándar que asegure la corrección de las operaciones sin necesidad de la exigencia de la aprobación individualizada de cada operación. Un norma de conducta puede también prever la autorización de la sociedad para que los administradores hagan uso de una oportunidad societaria rechazada por la sociedad o a competir con la sociedad; puede incluso determinar en qué negocios quedan fuera del objeto social de la sociedad; id, 319.

Pe., Los empleados de la Sociedad X, que se dedica al transporte aéreo de pasajeros, normalmente viajan en sus aviones en viajes que no corresponden a la actividad laboral. El consejo de administración adopta el criterio, que incorpora a un reglamento interno, de que todo el personal, incluido los ejecutivos, pueden viajar en los vuelos de la compañía sin pago de las tarifas, siempre que queden asientos libres; id, pág. 320.

[1690] Sobre el deber de *disclosure*, v. Cap. 4º, núms. 50 a 52; v. *supra*, núm. 122.

[1691] Así lo indica el párrafo tercero del art. 127 ter LSA, al establecer que «[l]os administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto de intereses que pudieran tener con el interés de la sociedad». La disposición, fruto de la modificación de la LSA operada por el art. 2º.5 de la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003), recoge un contenido semejante al formulado previamente para todo tipo de sociedades el art. 125.1 de la *Propuesta de Código de Sociedades* (2002). El deber de disclosure ha sido ampliamente reconocido y reclamado en los informes sobre el gobierno corporativo. V. el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, p. 23, al señalar que las sociedades cotizadas deberían

Órgano receptor

165. La aplicación de este deber en el marco de la organización societaria plantea la cuestión relativa a cual ha de ser el órgano receptor de la información o consulta realizada por el administrador interesado. A falta de reglas especiales para el caso, el órgano que reciba esta información deberá ser el mismo órgano que debe autorizar o ratificar la conducta interesada. Esto es, el órgano colegiado de administración al que forme parte el administrador y, en defecto de que la administración tenga carácter colegiado, la información deberá trasladarse a la Junta general, por parte del administrador único o del administrador solidario o conjunto.[1692]

166. Si la comunicación se produce ante el órgano de administración, los restantes consejeros miembros del mismo reciben la información en el marco de sus funciones relativas al deber de vigilancia y asimismo pueden requerir mayores detalles de la situación de conflicto en virtud del ejercicio de sus deberes y en consonancia de sus derechos de información.[1693] El órgano receptor de la información conflictual deberá tomarla en consideración como un asunto propio de la gestión social y queda obligado a resolver sobre la misma en cumplimiento de su deber de diligencia, ya sea tomando las medidas oportunas para hacer decaer la acción del administrador, ya sea autorizando la conducta del administrador interesado. En todo caso, la comunicación de la situación de conflicto por parte del interesado extiende la responsabilidad a los demás miembros del órgano de administración que son conocedores de la misma y, a los efectos de su exoneración, no han tomado las medidas necesarias para evitar el daño causado por la conducta desleal.[1694]

---

contemplar el deber de evitar el conflicto, «comunicando en todo caso su existencia, de no ser evitables, al Consejo de Administración». De su parte, el *Informe Olivencia* (1998) sub. II.8.2, establece que el adecuado tratamiento del conflicto de intereses requiere establecer, al menos el «deber del consejero de informar anticipadamente de la situación de conflicto de intereses». El *Reglamento tipo* CNMV (1998) incluye el deber de informar anticipadamente en el marco de las «transacciones profesionales o comerciales con la compañía» (art. 33.2). Sin embargo, de los supuestos individualizados debería entenderse implícito en la medida que se admite su autorización (art. 34, para el uso de activos; art. 36, para las oportunidades de negocio). El *Reglamento* también concreta el deber de informar al supuesto de participaciones del administrador en la sociedad y prestaciones de servicios profesionales en otras compañías (art. 38). El *Informe del Círculo de Empresarios* (1996) sub. 2.5.IV, señala que los consejeros deben «[c]omunicar al Consejo de Administración cualquier situación de la que se pueda derivar un conflicto de intereses…». V. en id., sub. 3.3, las recomendación sobre este contenido. Sobre la postulación de una intervención legislativa en esta ámbito v. LOSS, "Disclosure as Preventive Enforcement", *Corporate governance and directors' liabilities* (1985) 327-427.

[1692] Seguimos aquí la propuesta de los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.14 (a), al establecer que el administrador lleva a término el *disclosure* cuando informa de los hechos relevantes «al órgano de decisión que autoriza o ratifica la operación». V. también, ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(4); CLARK, *Corporate Law* (1986) 167-168.

Para VELASCO SAN PEDRO, «La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 360, la comunicación deberá dirigirse al propio Consejo, «ya que éste es el que ostenta la representación de la sociedad (en esta línea la LSRL señala ahora en el art. 64 la necesidad de dirigir las “notificaciones” destinadas a la sociedad al Consejo), sin perjuicio de que si la situación se plantea en el marco de las competencias de la Junta, tal comunicación debiera reiterarse ante este último órgano».

[1693] Cap. 1º, núm. 72; Cap. 4º, núm. 27, deber de diligencia, deber de vigilancia.

[1694] V. art. 133.2, al final LSA.

Momento

167. El administrador deberá ofrecer la información antes de realizar la conducta conflictual (p.e., competir, usar información social, contratar, etc.), con el objetivo de que se pueda proceder a su autorización por parte de consejeros no interesados. Si por algún motivo, el administrador interesado no hizo la comunicación en el momento idóneo, deberá enmendar su conducta notificando sin demora su posición de forma inmediata para que el órgano de administración pueda valorar su conducta y, en su caso, ratificar la actuación interesada.[1695]

Información relevante

168. Una tercera cuestión discurre en torno a la extensión del contenido informativo de la comunicación de intereses. A estos efectos es preciso distinguir entre la información relevante y aquellas circunstancias o hechos conexos que no ofrecen importancia para valorar el caso en su conjunto.[1696] En todo caso, es necesario notificar sobre la existencia y naturaleza del conflicto y, en particular, el interés directo o indirecto del administrador en tal situación.[1697] En su caso, también deberá informar de aquellos hechos relativos negocio que permiten concretar las

---

[1695] V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.02(c).

[1696] V. la propuesta de ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.25, que parte del criterio de una persona razonable; a saber, si «existe una probabilidad substancial de que una persona razonable considerara el hecho como importante» en el contexto de las mismas circunstancias que determinan el comportamiento de la persona interesada. Este contenido presenta menor extensión que la información exigida en la legislación federal de valores (cfr. art. 293 *Federal Securities Code*) cuya exigencia informativa abarca todo hecho que el órgano de recepción de la información pudiera considerar importante, sin tener en cuenta el criterio más restrictivo de la probabilidad substancial del hombre razonable. La justificación del enfoque responde a la idea de que los administradores y socios legitimados para requerir la información pueden tener una diversidad de criterios, este puede cambiar en función de la asistencia de los miembros del órgano al que debe comunicarse la información y, en fin, debería comunicarse la información aunque el hecho no fuera importante, si el órgano así lo considera. En cambio, el criterio de determinación de los *Principles*, aunque es abstracto, responde a la idea de lo que se espera que informe o de cuenta aquella persona que con quien se mantiene una relación de representación (*trust and confidence*). En estos casos «normalmente sólo sería exigible revelar aquellos elementos de una situación que una persona experimentada en negocios probablemente consideraría importante bajo las circunstancias relevantes del caso», Id, p. 30.

El criterio de la persona razonable también es seguido por el ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(4). Aquí la persona que sirve de referencia debería ser «ordinariamente prudente» y la importancia del hecho a notificar debe partir de su «creencia razonable». La formulación del criterio es la siguiente: «una persona ordinariamente prudente razonablemente creería que [los hechos] son relevantes». Sin embargo, la *Model Act* solamente aplica esta regla al supuesto de hechos relativos al negocio y, en cambio, no lo sigue para el conflicto, donde se sigue la regla de la existencia y naturaleza del mismo (v. *infra*).

[1697] En los EUA, numerosas resoluciones judiciales siguen el planteamiento de los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.02 de requerir no sólo la información de la relación conflictual sino también la información de los hechos relevantes de la operación antes de que ésta sea aprobada. Desde esta perspectiva, diversas sentencias han ido indicado que la omisión de informar en los términos anteriormente vistos (hechos materiales y conflicto) dispone de base suficiente para que la operación sea anulable, sin tener en cuenta que la operación pueda ser de interés para la sociedad (*it may otherwise be fair*). V. los casos enunciados en ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 241-242. Este es el sentido que los *Principles* postulan debe ser interpretado el requerimiento de la regla incorporada en id. sub. 5.02(a)(1). Sin embargo, otras resoluciones judiciales consideran que la falta de *disclosure* no es más que un factor añadido para poder determinar si la operación es *unfair*. Algunas sentencias entienden que la información sobre los beneficios realizados por el interesado no es materia comprendida en el ámbito de la obligación de informar. V. las sentencias enunciadas en ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 242.

condiciones y el valor económico de las prestaciones que en él se determinen y, en determinados supuestos, de las ventajas o beneficios que obtiene el administrador.[1698] En general la información personal o subjetiva en posesión del administrador no se exige como información relevante.[1699] Si tales circunstancias y condiciones sufren modificaciones después de ser comunicadas y de ser autorizado, la obligación de notificar continúa y, si es necesario, por su relevancia, deberá tomarse un nuevo acuerdo de dispensa, siempre que no haya sido consumada la actuación en conflicto.[1700]

169. No es necesario que el interesado informe sobre la idoneidad de la operación, de los beneficios que aporta a la sociedad, del beneficio que puede recaer sobre un tercero que también participe ni de las ofertas alternativas que existen en el mercado. Tales informaciones deberán recabarse por parte del órgano encargado para su aprobación en base a su deber de diligencia y no por el administrador interesado en base a su deber de lealtad. Sin embargo, si conoce circunstancias que afectan a la idoneidad de la operación o que resultan determinantes para la conclusión del negocio en el sentido de que de haberse conocido antes hubieran fundamentado su rechazo, el administrador interesado está obligado a comunicar tales hechos, no tanto desde el punto de vista del deber de lealtad, cuanto desde

---

[1698] La referencia a la existencia y naturaleza viene acogida por la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(4). A ello se añade que el administrador no está obligado a revelar hechos que no conoce; v. *supra,* definición del conflicto de interés, e id, p. 8-405. Se trata de conocer si el administrador es parte directa en el negocio, si interviene por cuenta de otro, si es beneficiario, su relación familiar o económica con el contratante, etc.

En cuanto a la obligación, excepcional, de dar a conocer el beneficio que obtiene el administrador, ésta suele tener relación con aquellas situaciones en las cuales el administrador realiza un negocio especulativo con uso de información que proviene de la sociedad, como sucede cuando el administrador conoce que se pretende realizar una determinada operación y el mismo se sitúa como contraparte o busca la comisión de un tercero. Sobre ello v. ALI, *Principles of Corporate Governance* (1994) Comentario a la regla 1.14, pp. 17-18, al referirse a ello en un ejemplo en el cual se pone de manifiesto la eficacia de la excepción mencionada; así, ante el conocimiento de que la Sociedad X pretende adquirir un terreno para instalar sus nuevas oficinas, un administrador adquiere una opción de compra sobre un solar que posteriormente ofrece a la sociedad para su compra con un supuesto beneficio de un 100%; si no existen ventas comparables en aquella área para negocios de la naturaleza del caso, el administrador debería revelar su opción sobre el solar y el beneficio que significaría para él la conclusión de la operación; de no informar se estaría ante una infracción del deber de revelar hechos importantes de la operación. Sin embargo, en este mismo ejemplo, si A había heredado el terreno hace 25 años y vende a la sociedad obteniendo el mismo beneficio sustancial que en el caso anterior, no tiene obligación de comunicar a la sociedad cual es el beneficio obtenido; el administrador satisface el deber de informar su posición de conflicto de intereses (id., sub.1.14 (a)) al comunicar a la sociedad su propiedad del solar; sin embargo no tiene obligación de comunicar hechos objetivos relativos a la operación (id., sub. 1.14 (b)), aunque no existan otras operaciones en la zona que permitan comparar el precio de mercado de la misma.

[1699] Desde esta orientación no se entienden relevantes para hechos tales como los siguientes: revelar el precio que pago diez años antes o que lo adquirió por herencia. Tampoco lo son el que el administrador se encuentra en una situación de necesidad urgente de liquidez o, como se ha dicho más arriba, el precio mínimo al que estaría dispuesto a vender o el precio máximo al que compraría. Es natural que si la sociedad conoce hechos como los descritos anteriormente podría negociar las condiciones de la operación de una manera más favorable para sus intereses y, sin embargo, no son exigibles al administrador interesado. V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8-404 y 405.

[1700] V. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 84.

la perspectiva del deber de diligencia.[1701]

Comunicación a la junta

170. Si la aprobación se ha producido en el seno del Consejo de Administración, el acuerdo de autorización debe comunicarse a la junta, proporcionando los detalles de su expediente para que cualquier socio pueda recibir información de todo su contenido.[1702] El fundamento de este deber de transparencia deriva del propio deber de *disclosure* de operaciones interesadas, pues en su defecto, todos los administradores tendrían la consideración de interesados, al extenderse esa condición a los que autorizaron el acto por ocultar la operación a los socios, y consiguientemente actuar en su interés. Esta información puede ponerse a disposición de los socios en el momento de celebrarse la junta ordinaria, resultando idónea su incorporación a la Memoria para su análisis junto con otros hechos relevantes del ejercicio.[1703] Las sociedades obligadas a publicar el Informe

---

[1701] En este contexto v. el ejemplo de la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8-404: el administrador que vende a la sociedad un terreno propio conociendo que se está hundiéndose en una mina de carbón abandonada debe revelar que es el dueño del mismo en tanto que interesado y que la finca presentan la anomalía señalada. V.también, arts. 1484 ss CC.

Siguiendo a la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(4) al final, los hechos relevantes respecto a la operación son aquellos que pueden servir para «juzgar sobre si o no debe continuar (*proceed*) con la operación». En determinados supuestos se ha exigido un «deber de revelar los riesgos... de la propuesta de operación»; v. el comentario al caso citado por CLARK, *Corporate Law* (1986) 171-2.

[1702] En el Derecho comparado, la regulación más compleja se da en el Derecho francés, en dónde el Presidente del consejo debe comunicar el contrato autorizado a los auditores, quienes deben a su vez realizar un informe y posteriormente la junta adopta un acuerdo sobre tales contratos autorizados. V. Cap. 2º, sub. II.1.d). Sobre el informe del auditor en Bélgica, v. Cap. 2º, sub. II.1.2.c). Sobre la intervención del la Junta en el Derecho italiano, v. Cap. 2º, sub.II.3.c). En el Reino Unido, las autorizaciones legalmente exigidas corresponden directamente a la Junta general. V. Cap. 2º, sub. III.2.c). V. también el ordenamiento de Portugal, dónde se establece que el Consejo de Administración debe especificar en su informe anual las autorizaciones concedidas y el informe del consejo fiscal debe mencionar los dictámenes que hayan dado sobre tales autorizaciones (art. 397.4 CSCom. port.).

[1703] De manera fragmentaria y aislada, la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas (2003)* ha previsto esta exigencia en los siguientes casos. De un lado, la Ley de sociedades anónimas ha incorporado a través del art. 127 ter.4 la obligación de incluir en la Memoria las comunicaciones hechas por los administradores sobre su «participación que tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social». De otro lado, la Ley del mercado de valores, en el título referido a las sociedades anónimas cotizadas, recoge el deber de informar en la Memoria «sobre las operaciones de los administradores, o persona que actúe por cuenta de éstos, realizadas, durante el ejercicio social al que se refieran las cuentas anuales, con la citada sociedad cotizada o con una sociedad del mismo grupo, cuando las operaciones sea ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o que no se realicen en condiciones normales de mercado» (art. 114.2 LMV). La disposición presupone que tales operaciones son conflictos de intereses y como tales quedan sujetas al deber de comunicación previsto para toda sociedad anónima en el art. 127 ter.3.I LSA. El deber de dar publicidad a las operaciones entre la sociedad cotizada y los administradores había sido previamente postulado por el *Reglamento tipo CNMV (1998)* en cuyo art. 40, bajo el epígrafe de *Principio de transparencia* se recogía la exigencia dirigida al Consejo de Administración de reflejar «en su información pública anual un resumen de las transacciones realizadas por la compañía con sus consejeros y accionistas significativos. La información tendrá por objeto el volumen global de las operaciones y la naturaleza de las más relevantes».

Para HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1726, el deber de comunicación de la autorización a la junta encuentra su «fundamento en el art. 200 TRLSA, que exige la explicitación

Anual de Gobierno Corporativo también deberán incluir tales informaciones entre su contenido.[1704]

c) Procedimiento de autorización

Aprobación por el Consejo de administración

171. Una vez que el interesado ha comunicado al órgano de administración su interés en el asunto, le corresponde a este órgano estudiar su propia competencia, a cuyos efectos deberá contemplar dos aspectos. De un lado, se afirma la competencia del órgano de administración si el comportamiento interesado puede enmarcarse dentro de las actividades comprendidas en el objeto social, mientras que de otra forma deberá declinar pronunciarse y tramitar la solicitud de autorización a la Junta general.[1705] De otro, el órgano de administración será competente siempre que en el mismo se pueda garantizar una decisión mayoritaria tomada por administradores no interesados, pues si se produce una situación de bloqueo, la competencia para autorizar residirá en la Junta general.[1706]

172. Formalmente, la autorización es el resultado de un acuerdo social, lo cual significa una manifestación expresa de la sociedad en orden a conceder la licencia al interesado, lo que excluye las manifestaciones tácitas de asentimiento.[1707] El hecho de que la decisión debe tomarse a través de un acuerdo basado en una mayoría de

---

en la Memoria de ciertos negocios de los administradores consigo mismo (menciones 'duodécima' y decimotercera'». Con todo, tales disposiciones exigen un contenido informativo reducido al contemplarse en partidas de forma global, tanto en las categorías de anticipos y créditos, como en los conceptos retributivos.

[1704] El Informe Anual de Gobierno Corporativo, introducido por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas (2003),* ha establecido lo siguiente en materia de conflictos de intereses. De un lado, toda sociedad anónima cotizada deberá incluir en el informe anual «[e]n todo caso, las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores en la sociedad» (art. 127 ter.3.II LSA). De otro lado, según el art. 116.4.c) LMV, dentro del contenido mínimo del Informe de Gobierno Corporativo deberán incluirse las «[o]peraciones vinculadas de la sociedad con sus accionistas y sus administradores y cargos directivos y operaciones intragrupo». V. al respecto el artículo Primero. 1.c) de la Orden 3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades. Sin embargo, en relación a las operaciones vinculadas, la mencionada orden ministerial sólo añade que la información se incluirá en el informe con independencia de las exigencias sobre las informaciones semestrales (art. 35 LMV) y que la CNMV «determinará la forma y el grado de detalle, tipo o categoría de información que debe suministrarse de acuerdo con lo dispuesto en la presente Orden». V. la Circular 1/2004 CNMV y, en particular, la definición del principio de transparencia dada en la Norma 2º (norma general de transparencia informativa).

[1705] En relación a la invalidez de los actos ajenos al objeto social, SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 151, señala que «[l]a ratificación expresa no puede tener lugar por el propio órgano administrativo, ya que por principio el ámbito de su poder de representación no alcanza la conclusión de estos actos, sino que para esa ratificación ha de intervenir la Junta general, bien mediante una modificación de los estatutos ampliando el objeto social, o bien simplemente mediante un acuerdo en el que de forma expresa se produzca la ratificación del acto».

[1706] Sobre el deber de abstención del administrador interesado, v. *infra*, sub. II.2.d). Sobre las situaciones de bloqueo en el Derecho comparado, v. Cap. 2º, núms. 43 y 52.

[1707] En el ámbito de la autocontratación, la doctrina admite que la autorización tenga carácter implícito o tácito. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 211 (admite la autorización implícita conforme con los usos de los negocios); DIAZ DE ENTRESOTOS, *El autocontrato* (1990) 107-9; CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 671; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 276, 294; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I-3º (1999) 307; LEON ALONSO, «Arts. 1718 y 1719 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 231.

votos, comporta, a su vez, dos consecuencias. La primera reside en que el régimen de mayorías sólo se cumple cuando el órgano de administración es un órgano colegiado con una estructura de Consejo de Administración, de manera que ante otras formas de administración debe canalizarse la autorización a través de la Junta general. La segunda consecuencia se platea cuando el número de administradores interesados reduzca el *quorum* del Consejo a un número inferior a tres, hecho por el cual el Consejo de Administración también perdería su competencia al producirse una situación de bloqueo. En tal caso debería comunicar el conflicto a la Junta general para que tomara la decisión oportuna.[1708]

173. La exigencia de un sistema de mayorías para el acuerdo de autorización se justifica por el hecho de que sólo cuando existe un número mínimo de tres consejeros no interesados puede garantizarse «el voto de un grupo suficientemente amplio que asegure una discusión colegial y una aprobación por una masa crítica» de administradores desinteresados.[1709] Este planteamiento viene a considerar que el acto de autorización exige el rigor de un acuerdo formal del órgano de administración. Todo consejero tiene el derecho a conocer el tema y el deber de su participación en el marco del cumplimiento de su deber de diligencia requiriéndose que antes de pronunciarse a través del voto el asunto se sujete a discusión y debate sobre su contenido.

174. En segundo lugar, no parece que existan motivos que impidan la delegación del acto de aprobación de conductas interesadas a una comisión sea o no especial

---

[1708] Los *Principles* consideran innecesario exigir a los administradores interesados que estén presentes para contabilizar el quorum, dado que su voto es irrelevante para tales fines, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 20. La *Model Act* establece que una mayoría de dos respecto el conjunto de los administradores no interesados constituye el *quorum* para este tipo de actos del órgano de administración, v. ABA, Model Business Corporation Act Ann. (1994) sub. 8.62(c). La *Del. Gen. Corp. Law* , art. 144(a)(1) establece que el acuerdo puede tomarse sin las exigencias del *quorum* ordinario; su plantemiento es seguido por dieciséis Estados; v. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-510. Según la *N.Y. Bus. Corp. Law*, art. 713(a)(1), si falta el *quorum* ordinario se exige «el voto unánime de los administradores desinteresados». Más de veinte Estados regulan que un administrador interesado puede ser contado para formar parte de un *quorum*, mientras otros lo prohíben; v. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-509. La variedad de perspectivas puede verse en id, pp. 8-510 a 511. V. ejemplos en CLARK, *Corporate Law* (1986) 168.

[1709] La expresión subrayada corresponde a los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 20. Sobre la exigencia del voto de al menos dos administradores no interesados, v. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.02(a)(2)(B) en relación con la sección 1.15. En un consejo con 17 miembros de los cuales 13 son desinteresados, 7 de estos últimos deberían votar en favor de la operación para cumplimentar la disposición, sin perjuicio del número de asistentes a la reunión; id, pág. 20. De forma análoga, exigiendo el voto favorable de al menos dos administradores desinteresados, ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.62(a) y comentario en las pp. 8-505. V. también, la *Del. Gen. Corp. Law* , art. 144(a)(1), que establece que el acuerdo debe tomarse con los votos de una mayoría de administradores desinteresados; aunque no se manifieste de forma expresa, para formarse la mayoría deberán votar a favor al menos dos administradores; v. con esa misma interpretación dirigida los Estados que utilizar una formulación similar, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 19. Mientras, la *Cal. Corp. Code,* art. 310(a)(2) y la *N.Y. Bus. Corp. Law*, art. 713(a)(1) se refieren a un *vote sufficient*.

[1710] El mecanismo de delegación puede establecerse a través de los códigos de conducta con un procedimiento específico de aprobación de operaciones a cargo de una comisión que tendrá la tarea de decidir si la conducta se ajusta al estándar. Quienes formen tales comisiones deben ser personas desinteresadas. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 317.

para estos asuntos.[1710] Con todo, ello debe tomarse con algunas reservas a efectos de que pudieran producirse acuerdos indirectamente interesados, en la medida que los delegados fueran nombrados por interesados y este ascendente pudiera influir en la orientación del voto de los comisionados.[1711] Sin embargo, para evitar tales situaciones, lo más recomendable sería delegar el estudio de una propuesta para que sirva de ponencia y facilite la discusión y acuerdo posterior por el Consejo.

Aprobación por la junta general

175. Tal como venimos señalando, la Junta general es competente para autorizar los conflictos de intereses en los siguientes casos: (i) cuando la ley así lo determine;[1712] (ii) cuando lo prevean los estatutos;[1713] (iii) cuando el órgano de administración no sea colegiado; (iv) cuando los administradores no interesados del Consejo de Administración no puedan formar una mayoría para autorizar el conflicto.[1714]

176. En tales casos, para evitar un nuevo conflicto, directo o indirecto, la autorización requiere que se practique a través de la aprobación mayoritaria de socios no interesados en el negocio.[1715]

[1711] La aprobación por una comisión delegada es algo que no se discute; sin embargo, su posible conexión con los administradores interesados plantea dudas sobre su composición. La *Model Act* se ha ocupado de ello en su versión de 1988, introduciendo preceptos que pretenden asegurar que la decisión se tomará de la forma más desinteresada posible. Para ello, sienta dos reglas relativas a sus miembros: (1) que todos los miembros de la comisión sean administradores no interesados y (2) que (i) coincidan con todos los administradores no interesados del consejo o (ii) hayan sido nombrados por la mayoría de los anteriores. V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.62(a) al final. La intención de la disposición señalada persigue «imposibilitar la selección de los miembros del comité por una minoría de administradores no interesados favorables a la operación»; v. id., sub. 8-505 a 506. Cfr. con la versión anterior, id, (1984) sub. 8.31(c).

[1712] Las previsiones legales de reserva a la Junta general de autorización de conflictos en el Derecho de sociedades se produce en los siguientes casos: (i) la concesión de préstamos y garantías a los administradores y socios de la sociedad limitada (art. 10.1 LSRL); (ii) la realización de actividades competitivas con la sociedad de la sociedad limitada (art. 65.1 LSRL); (iii) la prestación de servicios por los administradores de la sociedad limitada (art. 67 LSRL); (iv) el ejercicio por consejeros e interventores de actividades competitivas con la cooperativa (art. 41.1.b) LCoop.); (v) las relaciones obligatorias del consejero o interventor de la cooperativa (art. 42.1 LCoop.).

En casos de atribución exclusiva de la autorización a la junta, no cabe delegar esta función a otro órgano, ni sustituir la autorización orgánica por una cláusula estatutaria de consentimiento genérico. V. QUIJANO, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 667.

[1713] SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 230: «en general, han de estimarlas válidas aquellas cláusulas que para determinados supuestos prevean la previa autorización de la Junta general, como puede ser para el nombramiento del administrador de otra sociedad competidora, o para dedicarse al ejercicio por su cuenta de ciertas actividades, etc. Autorización que puede ser exigida, según esas cláusulas, no a todos los administradores, sino únicamente a los que tengan de hecho facultades ejecutivas y que por ello se les pueda exigir una dedicación exclusiva».

[1714] V. *supra*, núms. 170, 171, situaciones de bloqueo.

[1715] V. *infra*, núm. 195, al referirnos a que la prohibición de votar sólo afecta al socio mayoritario. V. ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) sub. 5.02(a)(2)(D). Según el ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 1.23(b), «un socio es interesado en una operación o en una conducta si el socio o una persona relacionada con el socio y con su conocimiento es parte de la operación o conducta, o el socio es también un administrador o alto cargo interesado respecto de la misma operación o conducta». El concepto de socio interesado coincide en sus requisitos tanto para los administradores que para los socios. V. también, id., sub.

177. A estos efectos, el socio interesado debería comunicar su interés en el asunto, ya sea, al órgano de administración, antes de la celebración de la Junta, o el mismo día de la celebración, al Presidente de la Junta.[1716]

1.16 (*disinterested shareholders*) donde se hace una remisión para el concepto de interesado a la sección 1.23 (*interested*) cuyo contenido está previsto para definir al administrador interesado. El modelo que ha tomado el apartado 1.16 de los *Principles* es el de la New York *Stock Exchange* en su definición acuerdos de la junta para aprobar adquisición de acciones y concesión de opciones en favor de *insiders*. V. id., p. 21.

Frente a ello la *Model Act* utiliza un concepto singular para la noción de socio no interesado (*qualified shares*), distinto del referido para definir al administrador interesado. Cfr. la noción de *qualified shares* previsto en la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.61(ii)) con el de administrador no interesado (*non qualified director*, id, sub. 8.62(d)). Además de los socios administradores, también se consideran interesados quienes mantienen relaciones familiares y fiduciarias con el administrador interesado. Este grupo de personas coincide con la definición de *related person* referida en la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.60(3) vista anteriormente. Además, se incluye entre los interesados a quienes mantengan relaciones profesionales, económicas, laborales o de representación cuya influencia pudiera afectar la decisión del interesado quedan fuera del concepto de *qualified shares*. P.e., A, administrador de las Sociedades X e Y, negocia un contrato con la Sociedad X que va a ser examinado por la Junta de la misma; la Sociedad Y, accionista de la Sociedad X, tiene una relación directa con A; ello sin embargo, Y puede ejercer su derecho de voto a pesar de que la relación entre Y y A sea próxima. En estos cosos, «no existe razón para quitar los derechos de voto a estos socios puesto que en la situación normal votarán de acuerdo con sus propios intereses, que pueden o no coincidir con los del administrador interesado» (id., pp. 8-514 a 515). El ejemplo que cita la *Model Act* se ilustra de la siguiente forma. Las sociedades X e Y están negociando un contrato de cierta relevancia para ambas; A es administrador de las dos y es accionista de la Sociedad X, de la cual, su mujer, un *trust* del cual es *trustee* y una sociedad bajo su control poseen el diez por ciento del capital; de otro lado la Sociedad X es a la vez accionista de la Sociedad Y, de la que es titular de un treinta por ciento del capital. Desde la perspectiva del conflicto de intereses del administrador A respectos de las sociedades X e Y y en el caso de que cada una de ellas ponga el contrato a la aprobación por su respectiva junta, se plantea si el administrador A puede ejercer el derecho de voto en la Junta de la Sociedad X y si la Sociedad X puede ejercer el mismo derecho en la Junta de la Sociedad Y. (1) Para la Sociedad X, el administrador A está en un conflicto de intereses al ser también administrador de la Sociedad Y; si somete el contrato a la junta para su autorización las acciones de A, de su mujer, del trust del cual es *trustee* y de la sociedad controlada por A no pueden ejercitar el derecho de voto. (2) Para la Sociedad Y, por las mismas razones antes apuntadas -es administrador de la Sociedad Y- el administrador A está en una situación de conflicto de intereses; si la Sociedad Y acude al expediente de autorización del contrato por acuerdo de la Junta, la Sociedad X, titular de un treinta por ciento del capital de la primera puede ejercer el derecho de voto y no debe abstenerse en tal caso. Lo mismo sucedería si la Sociedad X fuera accionista de control de la Sociedad Y, a los efectos del conflicto planteado, pues ahora no se discuten ahora los deberes de los socios mayoritarios en relación a los minoritarios, como pudiera ser el caso.

Entre las leyes de sociedades de los Estados americanos que contemplan el voto de socios no interesados, v. *Cal. Corp. Code*, art. 310(a)(1) y (2); *N.Y. Bus. Corp. Law*, art. 713(a)(1) y (2). Cfr. con la *Del. Gen. Corp. Law*, art. 144(a)(1) y (2), que exige buena fe a los socios (*the contract or transaction is specifically approved in good faith by vote of the shareholders*) sin que se haga mención a los administradores interesados; mientras tanto en caso de que el órgano autorizante sea el de administración, existe una previsión explícita de exclusión del administrador interesado (*affirmative votes of a majority of the disinterested directors*). De hecho, la mayoría de las legislaciones de los Estados americanos no requieren explícitamente que la aprobación de un contrato se haga en una votación cuya mayoría esté formada por socios no interesados. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 21 y 212.

[1716] Según los ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8-513 a 516, de un lado, el administrador interesado está obligado a comunicar al secretario con carácter previo a la celebración de la Junta, la identidad de aquellos que, según su conocimiento, son titulares de acciones o participaciones que puedan considerarse interesadas. De otro, el secretario de la Junta,

178. El acuerdo se tomará con la mayoría simple, salvo que por ley o por los estatutos se establezca una mayoría reforzada.[1717] Si se trata de una sociedad personalista, la decisión deberá adoptarse con la concurrencia del consentimiento unánime de los socios.[1718]

Efectos de la autorización

179. La autorización del administrador para realizar una conducta (pe., la competencia) o un acto o negocio jurídico en conflicto de intereses (p.e., un contrato con la sociedad) legitima al administrador para su ejecución en los términos de la autorización.[1719] Consiguientemente, el administrador interesado puede alegar el acuerdo de autorización como excepción frente a acciones interpuestas por la sociedad, sean de nulidad o de responsabilidad, basadas en la infracción del deber de lealtad. El hecho de que una conducta interesada haya sido autorizada o ratificada por el órgano de administración o por la junta general, establece una presunción que priva la conducta de antijuricidad.[1720]

Especialidades de la ratificación

180. La ratificación consiste en el acto jurídico que regulariza un comportamiento interesado del administrador que no había sido previamente autorizado.[1721] La admisión de la ratificación reside en los mismos presupuestos que la autorización: una situación conflictual en la cual el principal valora los riesgos de lesión para sus intereses y decide si la conducta adoptada resulta conveniente o necesaria al interés social.[1722]

---

al practicar la lista de socios para ejercicio del voto debe excluir las acciones o participaciones interesadas.

[1717] V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.63(c); id, p. 8-515, dónde se indica que no es necesario un *quorum* especial.

Cfr. con PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 82, para quien en la sociedad anónima, la adopción del acuerdo de dispensa deberá tener en cuenta «los *quorum* y mayoría necesarias para la modificación ordinaria de estatutos (art. 103 LSA)». El voto reforzado ha sido previsto en el caso de la autorización de las conductas competitivas en la sociedad limitada, que a tenor de lo que señala el art. 53.2.b) LSRL se «requerirá el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social".

[1718] En este sentido, PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 83.

[1719] La autorización deberá ser comunicada al administrador para que tenga conocimiento de su contenido. V. FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 954.

[1720] V. Cap. 6º, sobre las sanciones por falta de autorización o autorización viciada.

[1721] Sobre la ratificación, v. en general, ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 793-6; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 220-40; id., *Comentario del CC*, II (1991) «art. 1259 CC», sub. III; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El mandato y la comisión mercantil* (1997) 184-9 (ratificación de la declaración sin poder o con poder insuficiente); BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 199-218; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 303-5 (ratificación en los supuestos de representación si poder).

[1722] Sobre la doctrina que admite la ratificación el ámbito de la autocontratación, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 211-2; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 100; NAVARRO VIÑUALES, "Suficiencia del poder: autocontratación, negocio indirecto (RDGRN 29 abril 1993)", RJN (1993) 212; GORDILLO, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1727, sub. IV; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 295. En relación al comisionista, v. OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 275; URIA / MENENDEZ / ALONSO SOTO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 160. V. también, LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 773-774; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 368; FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 932-933. El régimen legal de la Fundación exige que la autorización tenga carácter previo. V. VERDERA SERVER, "La

181. Sin embargo, los efectos autorizantes de la ratificación están sujetos al cumplimiento de determinados presupuestos, en la medida que la actitud del interesado exige un examen más detenido.[1723] En efecto, no resulta absurdo para la sociedad el preguntarse por que el administrador en conflicto no solicitó la aprobación oportuna y si la actitud de colaboración momentánea no responde a que ya no puede seguir ocultando su comportamiento desleal y ahora con la notificación del conflicto persigue un interés personal. Es decir, el interesado podría tratar con ello de intentar mejorar su posición jurídica frente a hipotéticas medidas contra su comportamiento desleal (cese en el cargo, acciones de responsabilidad, nulidad de actos o negocios realizados, etc.). Consiguientemente, es preciso que para la ratificación se cumplan las siguientes condiciones.[1724]

182. Primera, al igual que en los demás supuestos de autorización, el administrador deberá informar de todos los hechos relevantes del asunto.[1725]

183. Segunda, el interesado deberá justificar su retraso por el cumplimiento extemporáneo de sus deberes de lealtad. Es decir cabe exigir la buena fe del administrador interesado que solicita la ratificación y de los miembros del órgano que autoriza. En este sentido deberá acreditarse que la pretensión de ratificación se hace en términos de una razonable celeridad o de un retraso razonable a la hora de juzgar la buena fe del interesado. Parecen justificados aquellos supuestos en que el administrador actúa con falta de la información necesaria para poder conocer la existencia de un conflicto.[1726] Otros supuestos similares consisten en

---

autocontratación en las fundaciones", RJN (1996) 123. En relación a la ratificación del aprovechamiento ya consumado o en vías de consumación por parte del administrador, v. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 89-90. Sobre la eficacia retroactiva de la ratificación, v. GORDILLO, *Comentario del CC*, II (1995) art. 1727, sub. IV.

Sobre la admisibilidad de la ratificación, v. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.02(a)(2)(D) y p. 237; ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) 8.63(a) y p. 8-506 y 513. Los 30 Estados que expresamente se refieren a la ratificación, no distinguen los efectos jurídicos que la diferencian de la autorización anticipada; mientras que cuatro de ellos se refieren a la aprobación por los socios y, sin embargo nada dicen de la ratificación por los socios. Para la enumeración de los Estados aquí indicados, v. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 237.

[1723] V. ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) sub. 5.02(a)(2)(C).

[1724] V. como ejemplo la limitada eficacia que tiene la ratificación en el Reino Unido (art. 322.2.a CA).

[1725] V. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 90.

[1726] V. ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) 228-229. Por ejemplo, el administrador A de la Sociedad X es el ejecutivo encargado del área financiera y ha programado la venta de determinados inmuebles excedentes para el negocio. Quien ejecuta las ventas es el administrador B, quien no debe rendir cuentas a A. Una tercera persona dedicada al negocio inmobiliario y ajena a la sociedad, C, hace una oferta de adquisición de uno de los inmuebles puestos en venta. Todo ello sucede con la particularidad de que C es la esposa de A; que B no conoce esta situación y que A no sabe que la primera hace la oferta a la sociedad. La venta se consuma en términos económicos de mercado y siguiendo las recomendaciones de tasadores independientes. Con posterioridad, A es informado de la venta que la sociedad ha realizado a la empresa de su mujer y solicita y obtiene ratificación ante administradores no interesados. Ante tales circunstancias parece constatarse que no se actuó de forma insensata (no razonable) en cuanto al retraso de la autorización y de la buena fe de la ratificación. Tampoco la ausencia de autorización afectó de forma significativa a los intereses sociales.

aquellos casos en que el administrador cree de buena fe que la operación ha sido autorizada cuando no advirtió que tal decisión no se había llegado a dar.[1727] Sin embargo, no parece razonable la actitud del administrador que contrata con la sociedad sabiendo que ésta ha llevado una política contraria hacia tales comportamientos.[1728]

184. Tercera, el órgano competente para ratificar, sea el de administración o la Junta general, deberá tomar una decisión expresa e individualizada.[1729] En caso de que el órgano de administración acuerde no ratificar, el deber de diligencia de los administradores exige que éstos tomen las medidas necesarias para subsanar los efectos lesivos que eventualmente se hubieran producido.

185. En cuanto a sus efectos, la ratificación legitima la conducta del administrador frente a la sociedad, de forma que mientras que ésta no acredite vicios en el procedimiento (p.e., la reticencia conocida en elementos relevantes o mala fe del interesado; autorización contraria al interés social, etc.) o el fondo (acuerdo contrario al interés social) no cabe exigir las sanciones derivadas de la deslealtad.[1730]

d) El deber de abstención de votar

186. El ejercicio del voto por parte del administrador interesado en el momento de proceder a la autorización de las conductas interesadas genera el riesgo de que el acuerdo no responda al interés exclusivo de la sociedad. Sin embargo, ante esta situación, el Derecho de sociedades no ha desarrollado una norma expresa que, con carácter general, establezca un deber negativo dirigido al interesado que le

---

[1727] V. ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) 229-230. Por ejemplo, la Sociedad X ha aprobado un reglamento interno según el cual los préstamos a los administradores deber ser aprobados por el consejo de administración. El administrador A da instrucciones a su secretaria para que incorpore un préstamo a su favor a la lista que debe considerar su aprobación para una determinada sesión del consejo; sin embargo, de forma involuntaria omite su inclusión. El administrador A no asiste al consejo y cree que su préstamo ha sido aprobado. Meses después, el error es descubierto de forma casual en una auditoría que afecta a los préstamos y el administrador solicita y obtiene autorización del consejo. De los hechos se puede entender que el administrador ha actuado de buena fe.

[1728] No actúa de forma razonable el administrador que conociendo el conflicto soslaya la aprobación previa de una operación de importancia obvia para la sociedad, tanto respecto de sus activos como de sus ingresos. Tampoco encuentra defensa en la razonabilidad aquel administrador que sabe que la sociedad ha llevado una política de impedir o excluir determinadas operaciones al tráfico con altos cargos o administradores; o en aquellos supuestos en que la sociedad explícitamente ha exigido la aprobación previa de la operación. De igual forma a las anteriores, no entra en lo razonable la intervención de los administradores en casos de acciones de la sociedad contra el propio interesado. V. ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) 228

[1729] Cfr. con la doctrina referida al mandato; v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 212 («Puede entenderse como ratificación tácita un prolongado silencio del *dominus* después de haber conocido el hecho de la autocontratación llevada a cabo»); DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 100-1; GORDILLO, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1727, sub. IV.

[1730] V. la RDGRN 2-12-1998, RJA 10481, FD 6º, dónde se indica que la ratificación «no puede retrotraer su eficacia al tiempo de la celebración del autocontrato, cuando ello perjudique los derechos o legítimos intereses de u tercero»

[1731] La reciente reforma de la Ley de Sociedades Anónimas ha incorporado el deber del administrador interesado de abstenerse «de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera»

prohíba votar en los acuerdos del Consejo y de la Junta.[1731]

Prohibición dirigida al administrador en el Consejo

187. El deber de abstención del administrador conforma uno de los contenidos que configuran el núcleo del deber de lealtad.[1732] Esta manifestación del deber de lealtad deriva de la propia naturaleza de la obligación gestora de actuar en interés exclusivo del principal, en la medida que el ejercicio del voto en una situación de conflicto de intereses comporta una contradicción de intereses que no resulta acorde con el mandato conferido al administrador.[1733]

(art. 127 ter.3.I LSA). El texto sigue la literalidad del art. 125.2 de la *Propuesta de Código de Sociedades (2002)*. Al hacer referencia al a operación, la exigencia se refiere a una prohibición de actuar en conflicto, si bien, indirectamente, trae consigo una prohibición de voto en conflicto, en tanto que le impide al interesado participar en su resolución.

El deber de abstención viene siendo reclamado por los informes sobre el gobierno corporativo. El *Informe Olivencia (1998)* sub. II.8.2.II, sólo se refiere a que «el consejero se abstenga de asistir y de intervenir en las deliberaciones que afecten a asuntos en los que se halle interesado», aunque no habla del voto. En términos semejantes se pronuncia el *Reglamento tipo CNMV (1998)* art. 33.1 y el *Informe del Círculo de Empresarios (1996)* sub. 2.5.IV. Sin embargo, el más reciente *Informe Aldama (2003)* sub. III.2.2, indica que los administradores tienen el deber de «[a]bstenerse de intervenir en las deliberaciones y *votaciones*» respecto de cualquier cuestión que tengan un interés particular. Además, el mencionado informe establece un deber de abstención para los consejeros externos dominicales en casos de «situación de conflicto de interés entre la sociedad y el accionista que ha propuesto su nombramiento cuanto afecte a las cuestiones que se sometan al Consejo» (id., sub. IV.2.1.b)).

El deber de abstención del administrador en conflicto de intereses ha sido objeto de regulación en distintos países. V. Cap. 2º, núm. 11, Propuesta de Quinta Directiva. V. Cap. 2º, núms. 29 y 35, respectivamente del administrador en el consejo y del socio interesado en el ordenamiento francés. V. Cap. 2º, núm. 51, para la evolución seguida por el Derecho belga, que ha reducido el deber de abstención del administrador a las sociedades que recurren al ahorro público. V. Cap. 2º, núms. 60, 61, 68, 75, 76, respecto del deber de abstención del administrador en Italia, cuya referencia expresa ha sido suprimido en la reciente reforma, si bien el voto determinante del interesado es requisito para la impugnación del acuerdo. V. Cap. 2º, núms. 172, 173, sobre la no exigencia del deber de abstención en el Derecho inglés, que ni tan sólo está contemplada en la reciente reforma. V. también, para Portugal, el art. 397.2 CSCom. que prohíbe votar al interesado en los contratos celebrados entre la sociedad y los administradores de la sociedad anónima. Entre los informes sobre el gobierno corporativo, v. la exigencia de la autorización a través de administradores no interesados en ALI, *Principles of corporate governance* (1994) sub. 5.02(a)(2)(B); id. 5.03(a)(2); id., 5.04(a)(4); 5.05(a)(3)(C); id., 506(a)(2); ABA, *Corporate Director's Guidebook* (2001) sub. 2.B.2.a; *Informe Vienot (1999)* sub. III.4.

[1732] V. *supra*, núm. 156.

[1733] La doctrina favorable a la exigencia del de abstención del administrador ha seguido distintas líneas argumentales. Una primera línea argumental defiende la abstención del administrador interesado sobre la base del deber de lealtad y de la prohibición de la autocontratación. Para VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 662, «[e]l *deber de abstención del administrador en conflicto de intereses* que deriva claramente del art. 127-1 («representante leal») y del principio de prohibición de autocontratación o autoentrada (arts. 1459-2 CC y 267 CdC)». SALELLES, *El funcionamiento del consejo de administración* (1995) 193, defiende la aplicación del deber de abstención como una «consecuencia que deriva tanto de la configuración del conjunto de facultades y derechos que integran la posición jurídica del cargo de administrador para tutelar el interés de la sociedad, como la aplicación del principio general de prohibición de la autocontratación»; v. id., p. 194. En una línea semejante v. HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996)122, que postula que «el deber de abstención del administrador hay que hacerlo derivar del deber de fidelidad hacia la sociedad... Así mismo, ha de tenerse en cuenta la prohibición de autocontratación cuando el interés del representante y del *dominus negotii* se contraponen». Un segundo planteamiento hace derivar la prohibición de voto del administrador del deber de diligencia y lealtad. V. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de*

188. Desde esta perspectiva, la prohibición del voto al administrador debe entenderse como una medida preventiva que tiene como objetivo no conceder validez al voto del interesado a los efectos de evitar la toma de acuerdos que puedan perjudicar el interés social en beneficio de los gestores de la sociedad.

189. A falta de una norma expresa, el administrador interesado, aunque no forme parte del colegio de votantes, puede asistir a la sesión del consejo y participar en el debate del asunto. A este respecto, su asistencia y participación no se considera un elemento esencial para preservar la corrección del proceso, ni resulta relevante desde el punto de vista de los efectos jurídicos, si bien resulta recomendable regular a través de los reglamentos internos y códigos de conducta la no asistencia del los interesados y particularmente de los administradores ejecutivos (presidente y consejeros delegados) para que no pudieran influir en el resultado de las votaciones.[1734]

Prohibición dirigida al socio en la Junta

190. Un grupo de cuestiones distintas a las planteadas respecto de la prohibición del voto del administrador, pero con similitudes, atañe a la consideración de si el socio interesado queda sometido en la Junta General a un régimen de abstención similar al relativo al administrador en el Consejo de Administración. No parece que plantee dificultades el entender que existe la posibilidad de que el socio se encuentre envuelto en una situación de conflicto, ya sea por la existencia de identidad entre el administrador y el socio, ya sea porque, aún siendo personas distintas, el socio mantiene intereses en la conducta o negocio que debe valorar la junta, en cuyo

---

responsabilidad limitada, I (1996) 692, 700. En la dirección que señalamos arriba, una tercera posición sostiene el deber de abstención como derivada de la propia relación de gestión. V. ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 468, quien señala que la prohibición de voto resulta aplicable en nuestro ordenamiento, «partiendo de la posición jurídica de los administradores como gestores de los intereses de la sociedad y, derivado de ello, de la obligación de que su actuación esté dirigida, en todo momento, a la consecución del interés social».

En contra de la existencia del deber de abstención, v. SUAREZ-LLANOS, "Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima" ADC (1962) 942-9 [942, 944], al señalar que la Ley no desconoce el conflicto de intereses, sino que «en lugar de adoptar una posición preventiva ante el mismos (imponiendo un deber de abstención) se ha situado primordialmente en el plano de la sanción (declarando impugnables los acuerdos "que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad». Más recientemente, v. HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1726, quien niega la existencia de un deber de abstención y señala que a los consejeros «no se les puede negar el derecho a deliberar y votar por causa de un conflicto de intereses». V. también, SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 262-3, quien señala que el deber de fidelidad del administrador y en ausencia de una expresa previsión que imponga el deber de abstención, no permite «afirmar la vigencia automática de un implícito deber general de abstención del administrador en el consejo de administración».

[1734] A estos efectos, las recomendaciones de los informes no son favorables a que el administrador, sea o no ejecutivo, participe en los debates. V. las referencias reseñadas más arriba respecto del *Informe Aldama (2003)* sub. III.2.2; *Informe Olivencia (1998)* sub. II.8.2.II; *Reglamento tipo CNMV (1998)* art. 33.1; *Informe del Círculo de Empresarios (1996)* sub. 2.5.IV. Cfr con la ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.62(c), que indica que la presencia de administradores interesados no tiene relevancia si se cumplen con los requisitos que se exigen para el supuesto. Entre la doctrina que afirma la posibilidad de que los administradores interesados participen en las deliberaciones, v. SALELLES, *El funcionamiento del consejo de administración* (1995) 191-2; HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996)122.

caso, el socio tiene la consideración de interesado.

191. Ante esta situación, el Derecho de sociedades no ha establecido, en ninguna de sus formas sociales, una norma general preventiva dirigida al socio en conflicto ni al socio administrador en conflicto.[1735]

192. Es más, recientemente, la nueva Ley de sociedades de responsabilidad limitada ha incorporado un deber de abstención del socio dirigido a regular distintos conflictos singulares, cuyo contenido viene siendo interpretado restrictivamente a raíz de su carácter prohibitivo (art. 52.1 LSRL).[1736] El hecho es que el legislador no ha optado por un sistema de cláusula general o de lista abierta que tutelara a la sociedad frente a cualquier conflicto de intereses entre el socio y la sociedad.[1737] Por el

---

[1735] Nuestro ordenamiento ha previsto el deber de abstención del socio en caso de conflicto de intereses en casos singulares: (i) en la sociedad cotizada se establece un deber de abstención del voto dirigido a los administradores que hubieran hecho solicitud de pública representación respecto de los puntos del orden del día en los que se encuentren en conflicto de intereses (art. 114.1 LMV, según la redacción dada por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003)); (ii) en la sociedad limitada se hace previsión del deber de abstención para determinados supuestos que afectan a todo socio y para otros supuestos relativos al socio administrador (art. 52.1 LSRL; cfr. con el art. 55.1 Proyecto de LSRL, que presentaba un alcance más amplio); (iii) los mismos supuestos son de aplicación a la sociedad cooperativa en virtud de la remisión que hace esa ley a la ley de limitadas (art. 26.8 LCoop.; cfr. con el art. 47.4 LGC de 1987); (iv) en la sociedad cooperativa el deber de abstención del socio interesado se extiende a toda relación obligatoria con cualquier consejero (art. 42.1 LCoop.), mientras que en la sociedad limitada la prohibición de voto se limita a las «relaciones de prestación de cualquier tipo de obras o servicios» (art. 52.1, al final, LSRL); (v) En la sociedad de garantía recíproca se establecen restricciones al ejercicio del derecho de voto «para adoptar una decisión que venga a liberar de una obligación a quien lo ejercita o para decidir sobre la posibilidad de que la sociedad haga valer determinados derechos contra él» (art. 38.1 LSGR). (vi) De forma incidental, el deber de abstención se contempla para el socio suscriptor en la fundación sucesiva (art. 27.2.II LSA) y en relación al cese del administrador de la sociedad comanditaria por acciones (art. 156.3 CdC). V. Cap. 4º, núms. 94, 95.

[1736] V. BISBAL, «La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 678; EMBID, «Art. 52. Conflicto de intereses», *Comentarios a la LSRL* (1997) 567; ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 247; JIMENEZ SANCHEZ, "La regulación de los órganos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", DN (1998) 7; URIA/MENENDEZ/IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1124; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 253-4.

Sobre la justificación de la prohibición incorporada al art. 52 LSRL, la doctrina se refiere a la situación de riesgo para el interés social que significa autorizar los conflictos de intereses en los cuales el interesado resulta ser juez en causa propia. V. POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 327; CALAVIA MOLINERO, «Derechos relacionados con la adopción e impugnación de acuerdos sociales», *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada* (1994) 394; BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1030; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 684, 692-3; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS 9 (1997) 105-7, 109, 111; POLO SANCHEZ, «La nueva disciplina de los administradores de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 732; COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 63; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 315-20. V. también, FRE, «Società per azioni», Comentario del Codice civile a cura de Scialoja e Branca, (1972) 353; apud, ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 255.

[1737] En el orden prelegislativo se propuso una cláusula general tanto en el *Anteproyecto LSRL* (1993) (art. 55.1.I) como el *Proyecto de Ley de SRL* (1993) (art. 55.1.I) que configuraraba un deber de abstención para el socio que se hallase en conflicto de intereses y una lista

contrario, la regla contenida en el artículo 52 LSRL se configura como un sistema de lista cerrada, cuya técnica proporciona mayor seguridad jurídica a los efectos de su aplicación.[1738]

193. De todo ello se sigue que no está justificado un deber de abstención del socio por el sólo hecho de ser interesado, a falta de una disposición que expresamente lo prescriba. Además, ello se concilia con la vinculación del socio a la sociedad y los deberes que le son exigibles. Las obligaciones del socio y, en particular el deber de lealtad, derivan de una relación societaria que trae causa en el interés común, cuyo contenido obligatorio se distingue de propio de la relación gestora. En especial, tales sus deberes del socio se configuran con carácter sancionador de las conductas lesivas y no con el carácter preventivo que afecta al gestor de intereses ajenos.[1739]

---

ejemplificativa de supuestos (art. 55.1.II), a tenor del cual «El socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones en aquellos asuntos en los que se encuentre situación de conflicto de intereses con los de la sociedad». V. sobre ello, HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 110-111 y nota 25. V. también el art. 68.II *Anteproyecto LSA* (1949) que ya anticipó el sistema de cláusula general, al indicar que «serán impugnables los acuerdos en que la mayoría necesaria para adaptarlos se haya obtenido por la concurrencia de votos que no debieron emitirse en razón de un interés, propio o ajeno, que estuviese en pugna con el interés general».

En contra de la incorporación de una cláusula general en la ley de limitadas que ordene el conflicto, v. IGLESIAS PRADA, "El proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar" RGD (1994) 5427; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 40; ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 247-8 POLO SANCHEZ, «La nueva disciplina de los administradores de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 731, 734; COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 61. Cfr. con la visión ponderada de SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 245-9 [248-9], al indicar que la mayor flexibilidad en la aplicación de la medida preventiva derivada de la técnica legislativa de lista cerrada, se produce «a costa de provocar niveles de inseguridad jurídica difícilmente compatibles con la funcionalidad y dinamismo que debe propiciar el funcionamiento de la estructura orgánica de las sociedades de capital». Entre la doctrina favorable a la incorporación de una cláusula general, v. MODREGO LOPEZ, "El deber de abstención del socio en conflicto de intereses con la sociedad" CDCom (1996) 101; MIQUEL RODRIGUEZ, *La sociedad conjunta* (1998) 232, 234-5.

[1738] Sobre los antecedentes legislativos y, en particular, sobre la propuestas del art. 76 del Anteproyecto de LSA de 1979, que hacía una previsión de lista cerrada, v., COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 49, nota 53. Sobre las virtudes de una enumeración cerrada de supuestos, v. HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 111; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 251-3. Postulando la obligación legal de que las sociedades contemplaran en los estatutos los conflictos de intereses, v. COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 61.

[1739] En este sentido, la tutela de la sociedad en caso de conflicto de intereses se llevará a término mediante la regla general relativa al sistema de impugnación de los acuerdos sociales. V. BISBAL, «La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 678; ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 247; JIMENEZ SANCHEZ, "La regulación de los órganos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", DN (1998) 7; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1124; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 254. V. Cap. 4º, núm. 82.

194. En esta dirección debe contemplarse el supuesto relativo al socio que reúne la condición de administrador, quien tampoco está obligado a abstenerse.[1740] El deber de abstención del socio administrador debería considerarse como una extensión del ámbito de aplicación de la prohibición dirigida al administrador, lo cual se enfrenta con el inconveniente de que cuando el administrador interesado vota en la junta no está realizando un comportamiento gestor derivado de su cargo, sino que, por el contrario, ejercita un derecho propio. En este sentido, el deber de abstención del socio - administrador significaría una restricción de sus derechos, que no resulta admisible sin el amparo expreso de la ley.[1741]

195. Ello sin embargo, esta regla general presenta una excepción relativa a que la aplicación del deber de lealtad al socio mayoritario o de control trae como consecuencia la aplicación de la prohibición de votar en caso de conflicto de intereses.[1742] La prohibición de voto del socio interesado descansa sobre la base del deber de lealtad del socio mayoritario o de control y se limita a tales socios.[1743]

[1740] El socio administrador sólo queda afectado por la aplicación de los supuestos previstos en el art. 52.1 LSRL, siendo de destacar los casos relativos a la prohibición de competencia, la prestación de obras y de servicios, la asistencia financiera, la concesión de derechos y la liberación de obligaciones. Cfr. con la redacción del art. 42.1 LCoop. al indicar que en el acuerdo de autorización de la Asamblea General de los supuestos en que la cooperativa tuviera que obligarse con un consejero es socio incurso en esta situación de conflicto no puede «tomar parte en la correspondiente votación».

[1741] Con igual resultado pero con distinto argumento v. SUAREZ-LLANOS, "Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima" ADC (1962) 944. v. también, POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 325-7; POLO SANCHEZ, «La nueva disciplina de los administradores de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 729, señala que el conflicto de intereses en el que puede encontrarse el socio administrador «constituye no sólo uno de los temas más espinosos del Derecho de sociedades, sino asimismo una de las asignaturas pendientes de nuestro ordenamiento societario».

[1742] V. Cap. 4º, núm. 81, 82, 83, deber de lealtad del socio.

[1743] V. Cap. 4º, núm. 83.

Capítulo 6º

SANCIONES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER

1. Introducción

a) Planteamiento

Ausencia de autorización regular

1. La aplicación de las sanciones derivadas de la deslealtad de los administradores está condicionada al cumplimiento de un presupuesto general y común a todos los supuestos de conflicto de intereses: la ausencia de un acto regular de autorización, situación que se plantea ante distintas situaciones. (i) La condición elemental que permite considerar desleal un comportamiento del administrador se corresponde con la ausencia total de autorización respecto del comportamiento interesado. (ii) Una situación semejante reside en los casos de autorización por el Consejo cuando el órgano competente es la Junta general, supuestos en los cuales tampoco puede considerarse la autorización regular. (iii) La autorización regular tampoco se satisface cuando la autorización resulta ser genérica y por lo tanto carente de la singularidad necesaria para poder valorar los riesgos que genera la conducta interesada. (iv) Tampoco puede obtener los beneficios de la plena eficacia frente al interesado, aquella autorización dada por el Consejo de Administración que no ha sido comunicada a la Junta general.[1744] (v) Con más razón se incumple el deber cuando el interesado no ha informado de todos los elementos relevantes del conflicto antes de la autorización.[1745] (vi) En fin, el acuerdo autorizado por una

---

[1744] En caso de falta de comunicación a la junta, para acreditar la deslealtad debería probarse la culpabilidad negativa del interesado, acreditando su conocimiento de la falta de comunicación y el comportamiento pasivo del mismo o, lo que es lo mismo, que aquel no haya hecho todo lo posible para que se regularice la situación.

[1745] Sobre el *disclosure* incompleto y la ratificación v. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.02(2) y pp. 233-234. V. en id., 216-7, el ejemplo siguiente en el que se pone de manifiesto los problemas que plantean los casos de información incompleta. A, administrador de la Sociedad X, ha obtenido de autorización del consejo para adquirir un solar excedente de la sociedad del que posteriormente ha formalizado el negocio a precio de mercado. Meses más tarde, la Sociedad Y decide construir un centro de negocios en la propiedad vecina a la comprada por A, que comporta un substancial incremento de su valor. Si el administrador en el momento de la adquisición informó de forma completa, aunque ahora la Sociedad X pudiera vender el solar por un precio superior, la operación no presenta vicio que la invalide. Sin embargo, si el administrador A conocía los planes de la Sociedad Y, y no notificó tal información relevante, incumplió con el deber de lealtad. La consecuencia es que aunque la operación no causa un daño a la sociedad (*fair transaction*), el incumplimiento del deber permite su rescisión. Como puede observarse lo que se exige al administrador es más de lo que se exige a un tercero que hubiera adquirido el solar, pues este no tiene una especial relación de confianza con la sociedad. V. también el desarrollo de la idea de que una operación que no ha sido debidamente informada puede ser declarada nula, aún cuando no sea lesiva para la sociedad (*range of fairness*), si bien la operación puede ser ratificada o puede subsanarse la información incompleta. Sin embargo, algunas sentencias han considerado que la falta de información sobre los hechos relevantes es solo un factor para considerar la corrección de la operación. Otros tribunales siguen el planteamiento expresado en la sección 5.02 de los *Principles*, entendiendo que la falta de

mayoría formada por administradores o socios interesados deberá presumirse eficaz mientras tanto no se acredite a través del procedimiento de impugnación correspondiente la conducta interesada de los que formaron la mayoría.

Ausencia de justificación

2. A pesar de que el acuerdo autorizante cumpla todos los requisitos necesarios para desplegar su eficacia ante el interesado, aquel puede ser objeto de una valoración sobre el fondo del asunto. Aunque el acuerdo haya sido autorizado de buena fe por no interesados, por su contenido puede resultar contrario al interés social, en cuyo caso, la conducta de los administradores debe enjuiciarse por la infracción del deber de diligencia exigible al administrador.[1746] En tal hipótesis pueden distinguirse dos supuestos. De un lado, aquellos conflictos que causan un daño para la sociedad y que, por sus consecuencias patrimoniales, podrán ser enjuiciadas a través de la acción de responsabilidad o en relación a la nulidad del acuerdo por ser lesivo para la sociedad y en interés del administrador (arts. 115 LSA, 56 LSRL).[1747] De otro lado, es preciso contemplar aquellos casos que, sin causar un daño efectivo a la sociedad, son el resultado de un comportamiento interesado que resulta innecesario o inconveniente para el desarrollo del objeto social.[1748]

3. Resulta también desleal el comportamiento del gestor en un acto debidamente autorizado que en el momento de su ejecución se extralimita de la licencia concedida. De particular relevancia resultan casos en que los términos de la

información es base suficiente para anular la operación (v. id., p. 211). V. también, CLARK, *Corporate Law* (1986) 179.

[1746] V. al respecto, QUIJANO, «Responsabilidad de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 568-9, quien señala que el aprovechamiento de una oportunidad de negocio autorizada por el Consejo y «concedida con infracción palmaria de la diligencia que se debió emplear en la valoración del interés que tal negocio tenía para la sociedad», comporta la «responsabilidad solidaria del Consejo»; id. p. 572.

[1747] Esta es la posición que también mantiene la doctrina sobre el acuerdo de autorización de conductas competitivas con la sociedad en la Sociedad de responsabilidad limitada. V. RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas* (1964) 244; PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 97-8; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 743; EMBID, «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 691; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1137.

A título de ejemplo, v. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 264, dónde se sintetiza un caso de uso de la posición o cargo del administrador para obtener una comisión en la adquisición a un tercero de un bien para la sociedad. El administrador y el vendedor del bien pactan el pago de una cierta cantidad al administrador que a la vez significará un incremento de precio que deberá abonar la sociedad. Tal actuación comporta una infracción del deber de lealtad -aunque no se hubiera cargado la comisión en el precio- que no puede ser ratificado en un momento posterior a la actuación haya sido descubierta, pues la comisión «no puede haber sido razonablemente considerada» como una compensación de la sociedad al administrador.

[1748] El caso típico se corresponde con la transmisión de bienes de importancia para la sociedad al administrador interesado a un precio de mercado, cuando la sociedad necesita de aquellos bienes para desarrollar su actividad ordinaria. En estos supuestos, aunque la sociedad recibe el valor equivalente del bien transmitido, no cabe entender esa operación resulta acorde con el interés social y por lo tanto eficaz frente al interesado.

[1749] V. el siguiente ejemplo extractado de la RDGRN 29-4-1993, relativo a un poder específico con autorización de autocontratación genérica. Manuel compra una finca interviniendo en su propio nombre y en nombre y representación de la vendedora, en virtud de un poder que le autorizaba para vender por los precios y condiciones que estimara conveniente, aún en caso de

autorización otorguen un cierto margen de interpretación al gestor.[1749] En ese caso, el gestor debe ejecutar el negocio o la conducta actuando en interés del principal, en la medida que los fines gestores siguen siendo los mismos después de concedida la licencia.[1750]

Tipos de sanciones

4. A falta de disposición especial que disponga otra cosa, las sanciones aplicables a la infracción del deber de lealtad del administrador son las generales establecidas en nuestro ordenamiento que resulten aplicables a cada situación o categoría de supuestos. Las sanciones despliegan sus efectos desde los órdenes civiles, penales y administrativos, y sobre distintos objetos: (i) los actos y negocios de ejecución, (ii) el patrimonio del interesado, (iii) los acuerdos sociales viciados, y (iv) eventualmente sobre la propia libertad del interesado.

5. Respecto de los objetos señalados se pueden desplegar las siguientes sanciones: (i) la responsabilidad por daño derivada de la acción indemnizatoria; (ii) la restitución de beneficios por enriquecimiento injusto; (iii) la ineficacia del acto de ejecución; (iv) la ineficacia del acuerdo interesado y lesivo para el interés social; (v) la responsabilidad penal derivada de la aplicación de alguno de los tipos que protegen el patrimonio e intereses del principal; (vi) la responsabilidad administrativa previstas en la legislación del mercado de valores;[1751] (vii) la exclusión del socio en las formas sociales personalista y de responsabilidad limitada;[1752] (viii) la revocación del cargo de administrador. Con independencia de las sanciones derivadas de la aplicación de la ley, las pueden pactarse eventuales cláusulas penales como sanción a la infracción del deber.[1753]

b) Consecuencias funcionales: la revocación del cargo

Introducción

6. La revocación del cargo del administrador, más que una sanción por deslealtad, consiste en una medida de control de confianza, propia de las relaciones de tal naturaleza y, por tanto, no prevista para operar de forma exclusiva en los actos de deslealtad. La consideración de la revocación como sanción sólo cabe plantearla desde la perspectiva de su consecuencia como una extinción anticipada de la relación de gestión por denuncia o desistimiento unilateral.

---

autocontratación. El precio fijado por Manuel para la compraventa es una cantidad 13 veces inferior al valor fiscal comprobado, entendiéndose que éste suele ser inferior al valor de mercado. En la resolución, la DGRN establece [FD.3] que «el poder para vender sólo permite la enajenación que tenga por causa el contrato oneroso de verdadera compraventa y mal puede calificarse de tal aquella en que al menos la parte más importante de los bienes tiene como precio uno señalado por el mismo apoderado y comprados con cantidad 13 veces inferior al valor fiscal comprobado».

El caso plantea diferentes cuestiones. Primera, si el precio incidiera en la calificación del negocio, de tal forma que debe entenderse que no se trata de una compraventa, sino de una donación, entonces no sólo estamos ante un supuesto de autocontratación, sino de un supuesto de extralimitación de poderes. Si este fuera el caso, se trataría de un supuesto de extralimitación del apoderado. V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, “Comentario a la RDGRN 29-4-1993”, CCJC (1993) 369; NAVARRO VIÑUALES, “Suficiencia del poder: autocontratación, negocio indirecto (RDGRN 29 abril 1993)”, RJN (1993) 217. Segunda, si el precio no varía la calificación del negocio, cabe considerar si la facultad de fijar el precio le permite establecer cualquier precio o el precio que el apoderado considere más conveniente para los intereses del representado.

[1750] Este particular se pone de manifiesto en el momento en que el mandatario debe efectuar la rendición de cuentas. V. OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 274-5.

[1751] V. Cap. 4º, sub. III, mercado de valores.

[1752] V. arts. 218.1º, 3º y 5º CdC y 98 LSRL.

[1753] V. Cap. 5º, núm. 123.

7. En las relaciones gestoras, la falta de confianza es causa suficiente para justificar el desistimiento unilateral o revocación del cargo y la consiguiente extinción de la relación gestora.[1754] En consonancia con la regla general, este efecto está previsto en la legislación de las sociedades de capital, de forma que sin necesidad de justificación o por la simple pérdida de confianza en el administrador, la junta general puede acordar la separación de los administradores.[1755] En este sentido, el sistema de revocación funciona como una presión constante dirigida al administrador para que actúe de forma diligente y en defensa de los intereses de los socios.[1756]

8. Siendo ello cierto, desde un punto de vista práctico, diferentes aspectos contribuyen a reducir la eficacia de este mecanismo.[1757] En primer lugar, la pérdida de confianza debe producirse en relación al grupo de socios que disponen de la mayoría suficiente para aprobar el acuerdo de destitución del administrador en la junta general. Además, en cada caso será necesario contemplar la relación de influencia que existe entre los administradores y los socios que ejercen el control, sean éstas de confianza u otro tipo de compromiso personal, profesional o económico con los socios de control. Asimismo, el cese del administrador puede no ser económicamente sensato si se toma en consideración la experiencia, la información confidencial en su poder y el nivel de eficiencia del administrador, al contrastar el riesgo que comporta su cese frente a las pérdidas y riesgos que significa la conducta del administrador interesado.[1758] Finalmente, si se trata de un administrador ejecutivo, su cese normalmente quedará encubierto por una separación voluntaria por motivos personales posterior a un pacto en interés de ambas partes.

9. Las leyes de sociedades anónimas y limitadas establecen un régimen especial que facilita el cese del administrador a través de facultar a todo socio la solicitud de la revocación del administrador. Sin embargo, los supuestos de solicitud de cese, el procedimiento y los efectos son distintos.

Régimen previsto en la LSA

10. La Ley de sociedades anónimas establece que «los administradores que lo fueran de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier

---

[1754] V. Cap. 3º, núm. 4, relación de gestión, relación de confianza, desistimiento unilateral.

[1755] V. arts. 131 LSA y 68 LSRL. V. POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 213-48; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 186-213; EMBID, «Art. 68. Separación de los administradores», *Comentarios a la LSRL* (1997) 707-13.

[1756] V. BISBAL, "Los órganos sociales y las relaciones interorgánicas en el Proyecto de Ley de Sociedades de responsabilidad limitada", BIM (1995) 379 (a mayor grado de revocabilidad, mayor diligencia). Visto como una reducción de costes de agencia, v. BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 28; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 32. V. también la opinión de LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 91, para quien «no es seguro que la separación constituya para el administrador afectado una verdadera sanción a la mencionada infracción [del deber de lealtad], y, si esto es así, parece claro que la separación como instrumento de prevención de las infracciones del deber de lealtad pierde todo su sentido».

[1757] Algunos estudios han concluido que los altos cargos tienen un riesgo a ser destituidos muy reducido. V. referencias en EISENBERG, "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1497 nota 167.

[1758] V. HOPT, *Corporate governance* (1985) 316.

socio y por acuerdo de la junta general» (art. 132.2 LSA).[1759] El precepto incluye un conflicto especial, administrar sociedades competidoras, junto a un supuesto conflictual general, la oposición de intereses.[1760] La doctrina ha interpretado el alcance de esta norma con un carácter restrictivo, limitando su aplicación a los conflictos de carácter permanente.[1761] Sin embargo, la ley no establece esta restricción en el ámbito de aplicación de la norma, por lo que cabe preguntarse por qué un conflicto momentáneo u ocasional, que puede ser de contenido grave (pe., una estafa o una apropiación indebida) no puede desplegar la facultad del socio de convocar la junta general para que ésta contemple el supuesto y lo valore en sus justos términos.[1762]

11. La singularidad de la norma se concreta en facultar a todo socio para solicitar la convocatoria de la Junta general para deliberar sobre la existencia de un conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad.[1763] La doctrina admite que la facultad de denuncia por parte del socio puede ejercitarse en una Junta general en la que el asunto no conste en el orden del día.[1764] La función reservada al socio es

[1759] Sobre sus antecedentes relativos al art. 83 del Anteproyecto de 1947 que establecía las causas en las que la junta debía separar a los administradores en conflicto, v. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 215-6. El precepto vigente reproduce el texto del art. 83.II LSA 1951. Cfr. con el contenido del art. 41.4 LCoop. que sujeta la revocación a que el consejero quede afectado a las incompatibilidades legalmente previstas.

Sobre su fundamento en el deber de lealtad del administrador, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 202; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 224, 227-8.

[1760] Sobre su formulación imprecisa y las dificultades de su interpretación, v. POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 250; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 223-4. El supuesto con mayores dificultades deriva de la expresión «personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad». Para GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 217, la ley quiere abarcar los casos en los que el administrador «se dedica al mismo género de comercio que la compañía que administra» y aquellos otros en que el administrador «fuese socio de una sociedad personalista». Otros autores, como POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 260-1, consideran que el supuesto «contempla el *concepto amplio y genérico de la oposición de intereses* entre administrador y sociedad como causa de incompatibilidad determinante del cese de aquél». Con más claridad, SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 227, sostiene que en esa expresión se ha querido aludir «a que este conflicto de intereses puede ser de cualquier clase y por supuesto diverso al existente entre las sociedades competidoras».

[1761] V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 216-7; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 202; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 249, 261, 265; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 224, 227. V. también en esta última referencia (id., p. 228) la idea de que la norma no sólo pretende poner fin a los comportamientos de los administradores en conflicto «sino también el evitar la posibilidad de que esa actuación se lleve a cabo. Se pretende hacer frente a las consecuencias de un conflicto potencial de intereses».

[1762] SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 228:

[1763] La solicitud del socio consiste en una facultad y no un presupuesto para que la Junta delibere sobre la cuestión. V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 231.

[1764] V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 224; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 273-6; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 232. En el sentido de que la Junta tiene el deber de deliberar sobre el conflicto de intereses planteado por el socio, v. POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 272, 274; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a*

pues de denuncia de los hechos que comportan una situación de conflicto, lo cual, a través de la celebración de la Junta general, permite que este órgano valore la situación de riesgo que el conflicto comporta para la sociedad y, en caso de ser éste relevante, acordar el cese del administrador.[1765] Al respecto, la junta valora sin tener que seguir la propuesta del socio, tanto los riesgos del supuesto conflicto como la oportunidad del cese del administrador.[1766] De ello se sigue que la denuncia del socio apreciada negativamente por la junta no comporta una causa de cese del administrador que obligue a la Junta a cesar al administrador.[1767] Es decir la norma no establece una causa de incompatibilidad objetiva, que provoque el cese necesario del administrador.[1768]

12. El acuerdo de la junta favorable al cese del administrador no puede ser impugnado por razones de fondo, aduciendo que no existe un conflicto de intereses que actúe como justa causa del mismo, puesto que esta justificación es innecesaria para operar el cese del administrador.[1769] Mayores dificultades se plantean respecto del acuerdo contrario al cese del administrador en conflicto cuya impugnación puede fundarse en una acción de nulidad o en una acción de anulabilidad en los términos del artículo 115.1 LSA.[1770] Con todo, la sentencia que declare la nulidad del acuerdo de la junta contrario al cese del administrador, sea cual sea su fundamento, no lleva consigo la destitución del administrador, que pese a su

---

la LSA, IV (1994) 232; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS (2002) 30.

[1765] V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 223; GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 350; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 232-3.

[1766] IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades* (1971) 275-6; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 267; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 233; ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 478; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS (2002) 30.

[1767] V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 233; PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 116-7. Cfr. con LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 96, para quien los supuestos contemplados en el art. 132.2 LSA no se establecen «como causas de incompatibilidad para desempeñar el cargo del administrador sino como causas que de darse imponen a la junta general a petición de cualquier socio la obligación de cesar a los administradores que incurren en ellas». En esta dirección, v. el art. 41.4 LCoop. que establece que el consejero que «se encuentre afectado por alguna de las... incompatibilidades previstas en este artículo, será inmediatamente destituido a petición de cualquier socio...».

[1768] V. en POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 262 y 268-9, la doctrina que limita la libertad de la junta para adoptar el acuerdo de cese y postula una causa de incompatibilidad que obliga a cesar al administrador. V. también GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 223-4, para quienes «deben cesar los administradores incursos en la incompatibilidad que allí se prevé y que en este sentido debe pronunciarse el acuerdo de la junta general».

[1769] V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 224; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 269; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 233.

[1770] En favor de la acción de nulidad por ser el acuerdo contrario al art. 132.2 LSA, v. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 234. Cfr. con RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas* (1964) 244, quien considera que «la decisión de la mayoría que conserva en la administración de la sociedad en contra del interés social y en beneficio de determinados socios un miembro competidor, será impugnable, de acuerdo con el art. 67 de la Ley».

eventual comportamiento dañoso sigue siendo administrador de la sociedad.[1771]

13. La relación entre la facultad concedida al socio en el artículo 132.2 LSA y el régimen de autorización que venimos estudiando debe contemplarse en un doble aspecto temporal. De un lado, si el conflicto no ha sido autorizado, el ejercicio del derecho de denuncia por el socio y la subsiguiente decisión de la Junta resulta independiente del procedimiento de autorización, pues el acuerdo de la Junta de no cesar al administrador no significa que la sociedad ratifica el comportamiento interesado, ni impide que se produzca la ratificación.[1772] Este tipo de acuerdos sólo ponen de manifiesto que la mayoría –en la que pueden figurar interesados– considera que no hay razón suficiente para cesar al administrador. De otro lado, si el conflicto había sido autorizado y conocido por la Junta general en un momento anterior, el derecho de denuncia resulta relevante a los efectos de que el socio puede requerir un examen del conflicto a la luz de los datos que aporta que no eran conocidos en el momento de la autorización o de circunstancias sobrevenidas que son relevantes para la sociedad.

Régimen previsto en la LSRL

14. A diferencia de la Ley de anónimas, la Ley de sociedades de responsabilidad limitada sólo recoge la prohibición de competencia como supuesto de cese anticipado, si bien con un tratamiento más efectivo, al facultar una acción de revocación del cargo en favor de cualquier socio que acredite la infracción realizada por el administrador.[1773] El procedimiento regulado presenta como singularidad el hecho de que el órgano competente para cesar al administrador es el Juez de primera instancia, sin estar condicionado por la celebración previa de una Junta general que valore la situación de conflicto.[1774] Ello es consecuencia de

[1771] La doctrina acepta el ejercicio de una acción declarativa con la finalidad de solicitar la destitución del administrador en caso de perjuicio a la sociedad. V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 233-4.

[1772] V. la posición del POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 268, según la cual el hecho de reservar la posible existencia de una oposición de intereses permanente entre el administrador y la sociedad a través de la Junta general, «supone aplicar el mismo criterio que ya estableciera el art. 136 del CdC para las operaciones por cuenta de los socios colectivos, gestores natos de la sociedad».

Sobre la posibilidad de la ratificación, v. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 112-3, para la sociedad limitada; id., p. 118, para la sociedad anónima.

[1773] El art. 65 LSRL dispone que «los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, a mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad mediante acuerdo de la junta general. 2. Cualquier socio podrá solicitar al Juez de Primera Instancia del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior".

Sobre el objeto de la prohibición v. PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 38-44; QUIJANO, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 665-6; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 741-2; EMBID, «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 688-9; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1136-7; LOIS CABALLE, *La prohibición de competencia de los administradores de la SRL* (2000) 60-71.

[1774] V. ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 743; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1137; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS (2002) 30. Al respecto, QUIJANO, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de*

la existencia de una causa legal no explícita de cese que opera por ministerio de la ley y que se configura como una causa de incompatibilidad.[1775] Si existe autorización previa por parte de la Junta general, la causa de separación queda enervada y decae el derecho del socio a solicitar el cese del administrador por vía judicial.[1776]

---

responsabilidad limitada, I (1996) 667, señala que «tal vez fuera útil posibilitar el pronunciamiento de la sociedad, autorizando o no, antes de que el cese sea judicialmente decidido». En este sentido, «si el socio ha optado por instar la convocatoria de la Junta para que decida autorizar o no, o si la Junta está en trance de celebrarse por otra vía, o si simplemente el juez estima oportuno si la Junta podría autorizar antes de decidir el cese, etc., parece lógico que tal cese judicial se acuerde tras la negativa a autorizar por parte de la Junta, porque es entonces cuando está constatada la infracción de la prohibición» (id., p. 673). Cfr. con la propuesta de EMBID, «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 693, para quien una vez que se ha producido la solicitud judicial de cese por el socio y se plantea el posible acuerdo de la Junta para autorizar la actividad concurrente, «para salvar el derecho reconocido al socio, la solicitud al Juez competente deben servir para paralizar la adopción por la Junta de cualquier acuerdo en la materia, en tanto no se produzca el fallo judicial».

Sobre si todo socio tiene derecho a solicitar la junta para el cese del interesado, v. la posición de PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 112, para quien «[s]i se permite que el administrador sea destituido judicialmente a petición de un socio, debe admitirse igualmente que el socio tenga la posibilidad de discutir la cuestión con el resto de socios», solicitando la convocatoria de la Junta «sin que sea preciso que el socio que haga esta petición posea el cinco por ciento del capital social que exige el art. 45.3 LSRL».

El precepto ha sido objeto de crítica por no existir motivos para la regulación especial del supuesto de la competencia, mientras otros conflictos de intereses que no la tienen. V. IGLESIAS PRADA, "Los órganos sociales en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", RCDI (1994) 195, al señalar que «la habilitación a cualquier socio para solicitar del Juzgado el cese del administrador incurso en la prohibición de competencia, siendo una medida de probable eficacia para la efectividad de la prohibición, tal vez constituye una medida correctora excesivamente rigurosa o, si se quiere, perturbadora para la valoración y control de las demás situaciones en que un potencial conflicto de intereses incida sobre la conducta de un administrador».

[1775] V. ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 741. La causa de incompatibilidad se manifiesta expresamente en la sociedad cooperativa dónde se establece que «[n]o podrán ser consejeros... quienes desempeñen o ejerzan por cuenta propia o ajena actividades competitivas o complementarias a las de la cooperativa, salvo que medie autorización expresa de la Asamblea General en cada caso» (art. 41.1.b) LCoop.).

[1776] V. QUIJANO, «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 667; PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 111; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 743; EMBID, «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 693; LOIS CABALLE, *La prohibición de competencia de los administradores de la SRL* (2000) 91.

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

a) Efectos del conflicto respecto del acuerdo del Consejo de Administración

15. El administrador interesado debe observar el contenido de deberes que le impone la lealtad hacia la sociedad, el deber de *disclosure* y el de abstención, de cuyo incumplimiento se derivan infracciones distintas.

Nulidad del voto emitido

16. De un lado, el voto emitido por el administrador interesado respecto de un acuerdo que autorice una actividad del administrador en conflicto o un negocio jurídico en el cual el administrador está directa o indirectamente interesado no puede tener validez alguna. El fundamento de la sanción de nulidad del acto jurídico de la emisión del voto reside en la contravención del deber de buena fe que es la razón normativa del deber de lealtad (art. 6.3 CC).[1777] El voto es nulo sin necesidad de examinar el cumplimiento de otros presupuestos y sin que pueda predicarse su anulabilidad y subsanación. Además, resulta irrelevante el sentido de su voto, favorable o contrario a la aprobación del acuerdo, si bien en el caso de que el voto hubiera sido contrario a la autorización, no tendría relevancia ni a los efectos de la aprobación del acuerdo ni para su validez.[1778]

17. De otro lado, la ausencia de *disclosure* total o de falta de notificación de información relevante significa una infracción del deber de lealtad del administrador interesado que puede desprender afectos respecto de la validez formal del acuerdo, con independencia de que el interesado no ejercite la facultad de votar. Su relevancia se produce en relación a las declaraciones realizadas por los demás administradores, pues a las respectivas emisiones de los votos favorables al acuerdo les resultaría aplicable la doctrina general sobre el consentimiento

---

[1777] En relación al voto del socio, DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 147, sostiene que el voto no es más que un negocio jurídico unilateral que, en defecto de normas expresas que le disciplinan ha de regirse por aquellas normas de derecho común que establecen las consecuencias de los vicios de los actos y negocios jurídicos. En este sentido, la «causa de la nulidad es el defecto de legitimación por parte del votante». Para VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 662, el administrador en conflicto que incumplió el deber de abstención «votando cometió abuso de derecho (art. 7.1 CC)».

[1778] Esta sanción de nulidad coincide con la que corresponde a los supuestos regulados en el art. 52 LSRL en relación al deber de abstención del socio. Sobre ello v., CALAVIA MOLINERO, «Derechos relacionados con la adopción e impugnación de acuerdos sociales», *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada* (1994) 388; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 680; HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 124; BISBAL, "La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada", *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 677-8; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 94, 113; ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 247, 253; COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 277-8, 304-5; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1125; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 162, nota 45, 363.

En el caso del deber de abstención del socio, el fundamento tiene carácter legal y no está basado en la existencia de una relación de gestión, sino en el contrato de sociedad, del que deriva el deber de lealtad del socio.

prestado por error y, en su caso, por dolo (arts. 1266 y 1269 CC).[1779] En tales casos, el error sobre el contenido fundamental que motiva la autorización comportaría, por ese vicio de la voluntad, la ineficacia del voto emitido.[1780]

Nulidad del acuerdo

18. La eficacia del acuerdo de autorización de las conductas interesadas puede analizarse desde una doble perspectiva: respecto del vicio relativo a la emisión del voto ineficaz y en relación al fondo del asunto.

19. Atendidas las premisas anteriores referidas a la emisión del voto en conflicto de intereses, se plantea en qué medida el voto nulo del administrador interesado o del administrador no interesado que realiza su declaración por error contamina o vicia el acuerdo del Consejo que autoriza o ratifica la conducta o negocio en cuestión.[1781] A este respecto, el voto emitido por el interesado o por el administrador que ha obrado por error sólo tendrá relevancia a los efectos de determinar la validez del acuerdo en la medida que supere la denominada prueba de la resistencia. Esto es, que el voto emitido sea necesario o determinante para alcanzar la mayoría de votos requeridos para su aprobación.[1782] Si una vez deducidos los votos interesados y los viciados por error, el número de votos favorables a la autorización no resulta superior a los votos emitidos en contra de la autorización, no cabe hablar de acuerdo autorizante.

20. Consiguientemente, la consecuencia jurídica derivada del acuerdo del Consejo consiste en la nulidad del acuerdo por falta del haberse configurado con la mayoría suficiente para su aprobación (arts. 140 LSA y 57.1 LSRL), siendo el acuerdo nulo

---

[1779] Sobre el dolo, v. ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos* (1994) 254-62. Sobre el consentimiento basado en el error, v. GOMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información* (1994) 41.

[1780] V. al respecto, MUÑOZ PAREDES, *La información de los consejeros en la sociedad anónima* (1999) 137, para quien la «falta de información es un vicio que afecta al elemento voluntad por cuanto que impide a los socios o a los consejeros tener conocimiento oportuno de los asuntos objeto de deliberación, pero no constituye un defecto de forma. Por ello considero más acertado limitar la nulidad a los acuerdos afectados directamente por la falta de información o los relacionados con ellos, dejando a salvo la validez de los demás». V. Id., nota 290.

[1781] El vicio sólo se predica de los acuerdos del órgano colegiado de administración, excluyendo las decisiones individuales o tomadas en común por los administradores. El art. 143 LSA prevé la impugnación de los acuerdos nulos o anulables del Consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración. De ello se deriva que la disposición encuentra su aplicación respecto de actos de órganos colegiados de la administración. V. POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 527; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 536; ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 469-70. La revisión judicial de los comportamientos interesados relativos a administradores unipersonales, administradores solidarios o administradores actuando mancomunadamente deberá llevarse a término en relación a los actos de ejecución de tales decisiones. V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 538. Cfr. con la opinión de POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 528-9: «las dificultades que... puede presentar en la práctica el conocimiento de las decisiones y actos unipersonales de los administradores sociales.., ni tampoco la posible diferenciación entre decisión y ejecución que frecuentemente coinciden en estos supuestos... no debería constituir un obstáculo insalvable para extender la impugnabilidad de los acuerdos a los procedentes de órganos no colegiados o a sus decisiones o actos, aun cuando lo que se conozca sea tan sólo su ejecución».

[1782] La cuestión relativa a la prueba de la resistencia se ha planteado tradicionalmente en iguales términos en relación a la nulidad del acuerdo que autoriza un conflicto de intereses en la junta general. V. Cap. 2º, núm. 86.

por contrario a la Ley (ex art. 115 y 143 LSA, 70 LSRL), sin tener que entrar en el fondo del asunto y tener que probar los presupuestos generales relativos a la lesión del interés social y al beneficio al tercero.[1783]

21. Un segundo plano relativo a la validez de los acuerdos de autorización de situaciones de conflictos de interés se plantea respecto de las cuestiones de fondo. El supuesto se deduce de aquellos casos en los cuales se han cumplido debidamente los requisitos materiales exigidos al interesado –*disclosure* y abstención– y no puede probarse que la mayoría se haya formado con los votos favorables de administradores interesados. En estos términos, el acuerdo que autoriza un conflicto de intereses puede enjuiciarse y reclamar su anulabilidad siempre que se cumplan los requisitos generales necesarios para la impugnación del acuerdo del Consejo de Administración. A saber, sólo si media la existencia de un daño a la sociedad y se prueba el interés de un tercero –que en este caso se corresponde con el interés del administrador o de una persona vinculada– se cumplen los presupuestos relativos a la anulabilidad del acuerdo (arts. 143 y 115 LSA; 70 LSRL).[1784]

[1783] V. HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996)122, al señalar que si el administrador no «se abstiene de votar y su voto es determinante para la adopción del acuerdo, éste será nulo». En relación al deber de abstención del socio prescrito en el art. 52 LSRL, la doctrina subraya que el presupuesto de la prueba de la resistencia convierte en nulo el acuerdo y resulta innecesario demostrar los presupuestos de la anulabilidad que exigen acreditar la lesión del interés social y el interés del socio o tercero. V. en este sentido, HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 124; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 701; BISBAL, "La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada", *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 677-8; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 94; ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 247; COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 277-8; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 169-70, 365-8. V. también, GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 474, al señalar que el art. 2377 CC It. «no exige, a los efectos de la anulabilidad del acuerdo, la prueba de que la sociedad haya sufrido un daño efectivo, sino que considera suficiente la prueba de un peligro de daño».

Cfr. con la opinión de COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 277-8 235, para quien a pesar de entender que la impugnabilidad del acuerdo se basa en «la existencia de un defecto sustancial en la formación de la voluntad de la persona jurídica cuando a consecuencia de la deducción del voto nulo, por falta de legitimidad del socio en conflicto, no se alcanza la mayoría de votos precisa», sostiene que «no es la existencia de un daño al interés social sino la infracción del principio mayoritario, la que conforme con el art. 115 LSA, determina la nulidad sanable o caducable del acuerdo adoptado con el concurso del voto emitido por el socio en conflicto de intereses con la sociedad». Idem, id., p. 306.

[1784] Aunque el art. 143 LSA no hacer referencia al contenido de la anulabilidad, y los arts. 115.1 LSA y 56.1 LSRL no incorporan el supuesto del administrador interesado, cabe incluir a este último dentro de la categoría de tercero interesado. Al respecto, v. VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 662; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 530-1; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 54, 530-55; SALELLES, *El funcionamiento del consejo de administración* (1995) 195; ALCALA DIAZ, *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas* (1998) 338-95; id., «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 466-470.

Admitida la acción, los problemas prácticos se plantean en torno a los costes de la acción de impugnación por el grupo minoritario y a las dificultades de la prueba de los intereses en conflicto. V. sobre ello, SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 24.

22. Una última cuestión, relativa a la legitimación activa para el ejercicio de la impugnación del acuerdo, versa sobre la facultad de los administradores de poner en marcha el mecanismo procesal de la impugnación, con independencia que ésta tenga lugar por iniciativa de aquellos socios que representen el cinco por cien del capital social.[1785] La particular legitimación que afecta a los administradores se pone aquí en consonancia con el deber de vigilancia del administrador y los mecanismos de tutela del interés social.[1786]

b) Efectos del conflicto respecto del acuerdo de la Junta general

Nulidad del voto emitido

23. Considerando que el socio mayoritario o de control está obligado por el deber de abstención en caso de conflicto de intereses, la emisión del voto en tales circunstancias constituye un incumplimiento de su deber de lealtad y como tal debe considerarse ilícito, sin necesidad de examinar el incumplimiento de otros presupuestos.[1787] La consecuencia jurídica que se deriva de la infracción del deber de abstención consiste en la nulidad del voto en conflicto de intereses por aplicación del las reglas generales (art. 6.3 CC).[1788]

Sobre la impugnación de los acuerdos sociales en conflicto de intereses, v. *infra*, núms. 20 y 21, relativos a la impugnación del acuerdo de la junta.

[1785] V. arts. 143.1 LSA y 70.1 LSRL.

[1786] V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 543, quien admite que «de la letra del art. 143.1 se deduce que todo administrador tiene la facultad de ejercer esa pretensión procesal, tanto con referencia los acuerdos del Consejo -del que necesariamente ha de formar parte- como del órgano delegado colegiado, del que puede que no forme parte. La razón de que los administradores no delegados puedan impugnar los acuerdos de la Comisión ejecutiva o delegada radica en que, a pesar de la delegación, los administradores no delegados tienen un deber de vigilancia con relación a la actuación del órgano delegado». V. también POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 538-9, quien sostiene «la legitimación por parte de los administradores -de todos y cada uno de ellos-», si bien esta legitimación se limita el ámbito de aplicación a los acuerdos nulos.

[1787] El planteamiento es el mismo que se produce en los casos expresamente contemplados en el art. 52 LSRL con un fundamento formal distinto. Mientras que en este caso el fundamento de la prohibición deriva de la ley, el deber de abstención del socio mayoritario encuentra su origen en el la aplicación de un principio general. V. Cap. 4º, núms. 81, 82, 83; Cap. 5º, núm. 192. Sin embargo, en ambos casos, la finalidad preventiva resulta coincidente y su consecuencia práctica reside en el hecho de que no es necesario demostrar la causación de un daño para acreditar su ilicitud. Sobre la función preventiva de la regla prevista en el art. 52 LSRL, v. CALAVIA MOLINERO, «Derechos relacionados con la adopción e impugnación de acuerdos sociales», *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada* (1994) 388; HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 124; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 680; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 94, 113-4; BISBAL, "La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada", *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 677-8; ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 247-8, 253; COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 277-9, 304-5; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 162, nota 45, 165, 169-790, 363.

[1788] Sobre la sanción de nulidad del voto emitido, v. DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 151; HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 124; EMBID, «Art. 52. Conflicto de intereses», *Comentarios a la LSRL* (1997) 565-6; ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 254; GALAN CORONA, «La junta general», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 635; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I

Nulidad del acuerdo

24. El acuerdo adoptado con la participación del socio obligado a abstenerse devendrá ineficaz, siempre que se supere la prueba de la resistencia. La nulidad del voto repercute en la nulidad del acuerdo cuando los votos válidamente emitidos a favor de autorizar el conflicto resultan ser un número inferior a los votos contrarios. Consiguientemente, los votos emitidos por el socio infractor sólo tienen relevancia cuando hubieran sido determinantes para la aprobación del acuerdo.[1789] Si se da este presupuesto, el motivo de la impugnación del acuerdo se encuentra en la contravención a la ley, en particular, la norma que establece que los acuerdos se toman la mayoría legalmente establecida (art. 93.1 LSA, 43.1 LSRL), y le corresponde la sanción de nulidad (art. 115 LSA, 56 LSRL).[1790] En caso de que los estatutos contemplen una mayoría reforzada y el acuerdo se tome a través de una mayoría simple por el hecho de que parte de los votos han sido emitidos por interesados, el acuerdo resulta impugnable por ser contrario a los estatutos y la sanción ajustada al supuesto consiste en la anulabilidad de acuerdo (art. 115 LSA, 56 LSRL).[1791]

25. Mediando uno de los supuestos conflictuales legalmente establecidos y ante la voluntad de ejercer el derecho de voto por parte del socio en conflicto, se plantea si es preciso proceder a excluir al socio interesado del proceso de votación o relegar la discusión a una posterior revisión judicial del acuerdo. Para el caso de que el socio no se abstenga de forma voluntaria, a falta de un criterio legal claro, la razón práctica se orienta hacia la primera solución legitimando a la propia Junta o al Presidente de la misma para que excluya al interesado de la votación.[1792]

(1999) 1125; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 168-9.

[1789] V. DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 147-51; CALAVIA MOLINERO, «Derechos relacionados con la adopción e impugnación de acuerdos sociales», *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada* (1994) 391; BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1045; HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 124; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 96; EMBID, «Art. 52. Conflicto de intereses», *Comentarios a la LSRL* (1997) 565-6; ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 254; GALAN CORONA, «La junta general», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 635; COSTAS*, El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 294; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1125; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 168-9, 364-5. V. también, el art. 4.e) del Proyecto de V Directiva («el resultado de la votación ha sido influido de manera determinante»); ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.63(c) e id., p. 8-516 (el acuerdo es válido siempre y cuando la inclusión de los interesados en la lista de los votantes no afecte el resultado final).

[1790] BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1044; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 701; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 100, 112-4; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 168-9, 364-8.

[1791] SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 367-8.

[1792] La postulación del poder de exclusión en favor de la Junta ha sido defendida por DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 137-47, señalando que al Presidente únicamente le corresponde «el poder de propuesta a la Junta General», de manera que es preciso que la Junta tome un acuerdo «que puede ser de exclusión -cuando se reconoce la situación de conflicto- o de admisión a la votación» (id, p. 145).

26. Con independencia del motivo de impugnación basado en el deber de abstención del socio, el acuerdo de autorización del conflicto queda sujeto a una segunda vía de impugnación que pretende la anulabilidad del acuerdo.[1793] El hecho de que el socio en conflicto se haya abstenido, no enerva o impide la acción de anulabilidad si se constatan los requisitos para su ejercicio.[1794] Tales presupuestos son que el acuerdo lesione el interés social y beneficie a un socio o tercero.[1795] Entre tales requisitos no se tiene en cuenta la intencionalidad del socio a la hora de ejercer el voto, sino que está fundamentado en el resultado dañoso y en la existencia del conflicto de intereses puesto de manifiesto en el interés del socio o tercero.[1796] En la medida que el centro de atención de esta vía de impugnación se coloca en el daño, resulta de interés precisar el concepto del mismo. A este efecto nuestra jurisprudencia entiende que para deducir la pretensión impugnatoria se precisa la existencia un peligro o daño potencial, lo que no hace necesario acreditar que el

---

Cfr. con el planteamiento de quienes consideran que el poder de exclusión corresponde al Presidente de la Junta impedir que el interesado participe con su voto en la adopción del acuerdo. V. CUÑAT, «Reflexiones sobre la Junta general en el Proyecto de ley de sociedades de responsabilidad limitada», *Estudios Menéndez*, II (1996) 1639 (compete al Presidente determinar la existencia de un socio en conflicto, «salvo cuando se impute el conflicto al propio Presidente, en cuyo caso parece indispensable la previa votación de la Junta general»); HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 123; EMBID, «Art. 52. Conflicto de intereses», *Comentarios a la LSRL* (1997) 565; GALAN CORONA, «La junta general», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 635; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 352-62. Una propuesta cercana sostiene que la Junta debe evaluar la existencia del conflicto y su Presidente decidir la exclusión. V. BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1033, 1043; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 697-8; COSTAS, *El deber de abstención del socio en las votaciones* (1999) 284-5.

[1793] Sobre admisibilidad de la impugnación de los acuerdos de la junta tomados en conflicto de intereses, v. GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 328; DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 147 ss.; URIA / MENENDEZ / MUÑOZ, «La Junta general de accionistas», *Comentario al RLSM*, V (1992) 336; RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 305; ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente* (1995) 35-36; EIZAGUIRRE, «La condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 323; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS (1997) 93.

[1794] V. CALAVIA MOLINERO, «Derechos relacionados con la adopción e impugnación de acuerdos sociales», *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada* (1994) 390; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1124; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 166.

[1795] En relación a los requisitos generales para entablar la acción, v. URIA / MENENDEZ / MUÑOZ, «La Junta general de accionistas», *Comentario al RLSM*, V (1992) 335-41; ALCALA DIAZ, "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS 9 (1997) 121-30; ARROYO, «Art. 56. Impugnación de los acuerdos de la Junta general», *Comentarios a la SRL* (1997) 612-4; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 176-81.

[1796] V. GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 328 («No se requiere ningún elemento intencional; más hará falta probar la conexión entre el beneficio de uno o varios accionistas y la lesión de los intereses sociales»); DUQUE, *La tutela de la minoría* (1957) 62, 91; ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 266; URIA / MENENDEZ / MUÑOZ, «La Junta general de accionistas», *Comentario al RLSM*, V (1992) 337-8; BOQUERA, "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1009; SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 179.

perjuicio se haya producido en el momento del acuerdo o vaya a producirse en un momento posterior.[1797]

[1797] V. el reconocimiento de la idea de daño potencial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la STS 19-2-1991, RJA 1512 («Esther y León c. Estudio 2.000, SA»), al indicar que «este daño o lesión no es necesario que se haya producido, para deducir la pretensión impugnatoria; la doctrina de esta Sala tiene declarado 'que es suficiente para acudir al proceso especial impugnatorio que exista el peligro potencial de que dicho daño se produzca, sin el demandante tener que esperar a que la lesión ocurra, para poder ejercitar la acción» (FD 2º). V. también la sentencia STS 11-5-1968, Col. legislativa, 372/1968, citada por ALBORCH, *El derecho de voto del accionista* (1977) 298, según la cual «la Ley no exige que el perjuicio se produzca en el momento mismo de adoptarse el acuerdo impugnado, ni que haya de esperarse a que la lesión se cause para proclamar la nulidad -sentencia de esta sala, de 4 de marzo de 1967-, ni tampoco que el beneficio en favor de uno o varios accionistas sea simultáneo con la adopción del acuerdo, pues ello se prestaría a maniobras abusivas tendentes a desvirtuar la finalidad perseguida por la Ley». V. las sentencias apuntadas por SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 542 (STS de 2-7-1963, RJA 3514, 11-5-1968, 11-11-1980); URIA / MENENDEZ / MUÑOZ, «La Junta general de accionistas», *Comentario al RLSM*, V (1992) 338 (STS 2 julio 1963; 4 marzo 1967; 11 mayo 1968; 22 diciembre 1970; 19 febrero 1991). En las palabras de SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 176, «[e]s preciso que concurra un *daño cierto* (no sólo hipotético o posible), si bien no tiene que tratarse de un daño presente, ya verificado de forma efectiva, bastando que pueda apreciarse racionalmente, con certeza actual, que el daño se producirá como consecuencia del contenido del acuerdo adoptado»; v. id., p. 168, nota 64, en relación a las distintas interpretaciones que ha dado lugar en Italia la expresión "daño potencial". Cfr. con ARROYO, «Art. 56. Impugnación de los acuerdos de la Junta general», *Comentarios a la SRL* (1997) 613, para quien «la infracción por daños exige que el daño sea real y efectivo, no presunto o probable. Cuestión distinta es que al estar sometida la impugnación por esta causa a un breve plazo, se corre el riesgo de facilitar maniobras abusivas, tendentes a desvirtuar la finalidad de la Ley (STS 11 mayo 1968), que sin embargo, se corrigen entendiendo que el término de decadencia no se inicia hasta que el daño se haya producido». V. *supra*, núm. 14, daño potencial.

3.
Consecuencias patrimoniales relativas a la responsabilidad civil

a) Introducción

Planteamiento

27. El conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad queda sujeto al régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades.[1798] La obligación de resarcimiento dirigida al administrador desleal encuentra su encaje normativo en los supuestos de responsabilidad previstos en el régimen legal establecido en el artículo 133 LSA y, en particular, en el relativo a los actos del administrador que

---

[1798] Sobre el régimen de responsabilidad civil de los administradores existe una abundante bibliografía, particularmente al régimen derivado de la reforma de la LSA 1951. Sobre el régimen de la LSA 1951, v. GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 373-83; id, "La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español", ADC (1959) 419-50; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I (1976) 488-492; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, I (1976) 156-99; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* , 1989; RUBIO, *Curso de Derecho de sociedades anónimas* (1964) 253-267; SUAREZ-LLANOS, "Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima. (Disciplina jurídica de la acción social)" (1962) XV-4 ADC 921; 928; 963-967; 985. Sobre el régimen de las sociedades personalistas, v. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I (1976) 468-469; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 593-594; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1692, sub. V.3; id., art. 1686, sub. II. Sobre el nuevo régimen de responsabilidad derivado de la LSA, v. AAVV, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, 2000; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 639-725; ARROYO, «Art. 69. Responsabilidad de los administradores», *Comentarios a la SRL* (1997) 713; ESTEBAN VELASCO, Voz: «Responsabilidad civil de los administradores», EJB, IV, 5912-6; FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., (coord.), *Responsabilidad de los consejeros y altos cargos de sociedaes de capital*, 1996; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 279-380 (arts. 133-135 LSA); SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 236-337 (arts. 133, 134, 135); URIA/MENENDEZ/GARCIA DE ENTERRIA, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 912-917. Sobre la remisión del art. 69.1 LSRL a las reglas sobre responsabilidad de la LSA, v. URIA/MENENDEZ/IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1140.

[1799] En relación a la caracterización de la responsabilidad de los administradores, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 136-141, cuyas notas básicas continúan hoy vigentes (responsabilidad común con especialidades, afirmación del principio de autonomía orgánica, responsabilidad por culpa, responsabilidad legal específica y régimen indisponible). V. también, ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 647, 654-7, 661 (responsabilidad orgánica, responsabilidad personal, responsabilidad legal, responsabilidad de carácter jurídico-privada).

Recientemente se viene considerando que el régimen de responsabilidad previsto para las sociedades mercantiles debería ser objeto de reforma. De un lado, para que todas las sociedades mercantiles tuvieran un régimen común, tal y como se pone de manifiesto en el texto de la *Propuesta de Código de Sociedades (2002)* (Tit. VIII, Cap. I, Sec. 4ª, arts. 128 a 133). De otro, por las dificultades prácticas que plantea la actual ordenación legal para la efectiva exigencia de responsabilidad en el marco de las sociedades cotizadas. En este sentido, v. el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2, al indicar que la determinación de los deberes de lealtad resultaría de mayor eficacia con «una intervención legislativa clarificadora para definir una política de rigor, conforme a nuestra tradición jurídica, capaz de interpretar la eficacia disuasoria de la responsabilidad por infracción del deber de lealtad, facilitando los procedimientos y requisitos de exigencia de esta responsabilidad por parte de los accionistas». En la dirección de renovar el régimen debe considerarse la reciente reforma de la Ley de sociedades anónimas contenida en la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas (2003)*. Sin embargo, esta reforma se ha limitado a

han sido realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.[1799] La contravención del deber de diligencia del representante leal que ha de observar el administrador configura el soporte legal que autoriza las acciones indemnizatorias que tiene su causa en las conductas desleales del administrador.[1800]

28. La obligación de reparar los daños causados por actos desleales consiste en una medida general que sirve a la función de control de la actividad gestora del administrador.[1801] En este sentido, el régimen de responsabilidad está dirigido al cumplimiento de los deberes de los administradores, en cado de que una conducta ilícita produzca lesiones a la sociedad.[1802]

Acciones

29. Esta función de control se practica a través del ejercicio de la acción social de responsabilidad que aparece justificada como medio de recomponer el patrimonio social a través del mecanismo jurídico de la responsabilidad.[1803] Por su parte, el acuerdo que promueve la acción de responsabilidad o de transigir sobre ella determina la destitución de los administradores interesados, lo cual hace innecesaria la petición de su cese por parte de cualquier socio.[1804]

30. La defensa del interés directo del socio que ha sido lesionado por una conducta desleal vendría contenida en la acción individual de responsabilidad que el

---

establecer un régimen expreso de responsabilidad del administrador de hecho (art. 133.2 LSA), que ya había sido anticipado en el art. 128.1 de la *Propuesta de Código de Sociedades (2002).* V. *infra*, núm. 32.

[1800] V. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 377; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 128-9; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 202-3, 219; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 662; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub. XI.3.d); ESTEBAN VELASCO, Voz: «Responsabilidad civil de los administradores», EJB, IV (1995) 5913; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 458 (referido al deber de lealtad del socio). Sobre la responsabilidad del gestor desleal, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 121; MONTES PANADES, «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 58.

[1801] Aunque el patrimonio del administrador resulte insuficiente para reparar el daño, la acción de responsabilidad cumple con «una función de *tutela preventiva del crédito*». V. el desarrollo de esta idea en DUQUE, «Prólogo», en QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 13-4. Sobre la responsabilidad como instrumento de control de la gestión, v. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 694; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 240.

[1802] V. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 647, 652-3; SANCHEZ CALERO, "Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima", *Estudios Girón* (1991) 906; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 240; LLEBOT, "El sistema de la responsabilidad de los administradores", RdS 7 (1996) 49.

[1803] Sobre la acción social de responsabilidad y, en particular, sobre el art. 134.1 LSA, v., POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 315-68; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 280-318. En relación a la sociedad civil, v. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub. XI.3.d).

[1804] V. art. 134.2.II LSA. Cfr. con el art. 132.2 LSA, según el cual faculta a cualquier socio a solicitar el cese del administrador con intereses o opuestos a la sociedad.

[1805] Sobre la protección socios y terceros a través de la acción individual, v., ESTEBAN VELASCO, "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros...", RdS 5 (1995) 47-78. Sobre las diferencias entre la acción individual y social, en especial sobre el art. 135, v., QUIJANO, "La responsabilidad civil de los administradores", BICA

ordenamiento establece en favor del socio (v. arts. 135 LSA y 69.1 LSRL).[1805] Con todo, la existencia de una acción individual a favor de los socios y por causa de un incumplimiento del deber de lealtad del administrador plantea la cuestión del ámbito de los intereses protegidos por el deber de lealtad y su eventual alcance a los socios. Aunque el deber de lealtad del administrador se dirige a la sociedad, éste no puede usar su posición para perjudicar al socio, hecho por el cual el deber alcanza los intereses del socio, de forma que éste queda legitimado para dirigirse contra el administrador y exigirle la reparación de los daños causados.[1806] A este esquema responde el supuesto de uso de información privilegiada por parte del administrador en una relación contractual con el socio -p.e., de compra o venta de participaciones sociales, opciones, etc.- a consecuencia de la cual se produce un perjuicio patrimonial al socio y no a la sociedad. La acción individual ha sido admitida recientemente en casos de responsabilidad frente a acreedores sociales que han visto lesionados sus intereses como terceros a través de actos de competencia del administrador con la sociedad, a través de la derivación del negocio de la primera a una segunda sociedad participada por el administrador desleal.[1807]

b) Presupuestos

31. Los presupuestos para la aplicación de la responsabilidad del administrador desleal son los generales del régimen legal de responsabilidad del administrador, que se corresponden con un comportamiento antijurídico del administrador que provoca un daño a la sociedad.[1808]

Comportamiento imputable

32. La responsabilidad requiere de un comportamiento del administrador por actos que le sean imputables en el cumplimiento de sus obligaciones.[1809] El sujeto pasivo

---

Valladolid, nº 4 (1990) 22-24. Sobre la acción individual de responsabilidad y, en especial sobre el art. 135 LSA, v., POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 369-80; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 320-37.

[1806] V. Cap. 5º, núms. 39 y 62. En tanto que no existe una relación jurídica entre el administrador y el socio, se afirma la naturaleza extracontractual de la acción individual de responsabilidad. V. ESTEBAN VELASCO, "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros...", RdS 5 (1995) 56. Cfr. con la doctrina que defiende la existencia de una acción individual del socio contra el socio que ha violado su deber de lealtad en virtud del contrato de sociedad. V. PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 458, para quien la infracción del deber de lealtad del socio «genera la obligación de indemnizar los daños ocasionados a los socios en su esfera personal. La acción individual no es, pues, una acción extracontractual (art. 1902), sino exquisitamente contractual, derivada del contrato de sociedad (arts. 1101 y sigs. CC)». Idem, PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1665, sub. XI.3.d).

[1807] V. la STS 19-3-2003, RJA 56213/2003, Caso «Dirección 001, SL», FD 2º.

[1808] Sobre los presupuestos de responsabilidad, en general v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 203-36, cuyo análisis relativo al daño, la culpa y el nexo casual resulta hoy vigente, con las singularidades del nuevo régimen relativo a la culpa.

[1809] La responsabilidad, aunque orgánica, tiene carácter personal por lo que el sujeto pasivo sobre el que recae la responsabilidad es el administrador de la sociedad. V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 242, 244-5, ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 654.

Esta responsabilidad tiene en cuenta tanto las conductas activas como las de omisión. Sobre la admisión de los comportamientos omisivos, v. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 678; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 302; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 244.

abarca tanto el administrador de derecho como el administrador de hecho.[1810] El comportamiento del administrador puede ser aplicación de un acuerdo social, ser producto de una decisión de un órgano unipersonal o ser un acto de ejecución del administrador con poderes para representar a la sociedad.[1811] Además, la actuación desleal puede ser ajena a las decisiones de la sociedad, en la medida que el conflicto de intereses encuentre su causa en una situación de hecho, como así puede darse en los casos de competencia con la sociedad.

33. El sistema de responsabilidad opera de tal forma que no permite al administrador soslayar sus deberes a través de confiar sus obligaciones a sus delegados u otros que sean los ejecutores de sus decisiones.[1812] Pues en estos casos, los administradores tiene un deber de vigilancia y de intervención y están sometidos al régimen de solidaridad pasiva que, salvo exoneración, sólo permite individualizar culpas y responsabilidades en la relación interna y a través de una acción de regreso.[1813]

En general, v. BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (1987) 689 ss. sobre los requisitos para la imputabilidad del ilícito: diligencia *in omitiendo* o *in comitiendo*, *in eligendo* e *in vigilando*.

[1810] La *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003) al modificar el art. 133.2 LSA, ha incluido al administrador de hecho como responsable «frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores peldaño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador». V. el art. 128.1 de la *Propuesta de Código de Sociedades (2002)* que se había anticipado en el mismo sentido. Antes de la mencionada reforma, sobre la aplicación del régimen legal de responsabilidad al administrador de hecho, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 353; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 673-4; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 243 (entiende que nuestro ordenamiento no permite la aplicación del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho); JUSTE MENCIA, "En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad", RdS (2000-1) 441-55 (postula la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores a los gerentes a través de la figura del administrador de hecho); DOMINGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., «Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1299-1330.

[1811] SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 264; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 678.

[1812] V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 240-1.

[1813] Al respecto, es preciso delimitar las situaciones de delegación para repercutir, por distinto título, las responsabilidades de los consejeros delegados (por su actuación directa) respecto de las de los consejeros no delegados (en virtud de su deber de vigilancia). Sobre el deber de vigilancia, v. Cap. 1º, núm. 72; Cap. 4º, núm. 27; Cap. 5º, núm. 164. Sobre el régimen de la solidaridad de los miembros del órgano de administración, v. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 690-7; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 299-303; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 261-3. Sobre la discusión relativa a su exigibilidad bajo el régimen de la LSA 1951, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 258-66. Sobre la responsabilidad de los administradores delegados y de los que no participan en el órgano delegado, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 287-320; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 720-5, 723; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 269-76.

Antijuricidad, autorización y exoneración

34. En segundo lugar, la conducta del administrador ha de reunir el requisito de su consideración antijurídica, cuya existencia depende de la infracción de los deberes lealtad.[1814] El hecho de que el ilícito comporte una infracción de deberes permite a su vez constatar que se trata de una responsabilidad por culpa y no una responsabilidad objetiva o una responsabilidad profesional o por riesgo económico empresarial.[1815] La infracción del deber se produce por simple culpa sin que se requiera una conducta intencionada o dolosa, en la medida que la lealtad es concreción de la exigencia de la buena fe en sentido objetivo y no subjetivo, con lo cual la deslealtad no exige un requisito subjetivo agravado.[1816]

[1814] V. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 222; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima" RDM (1991) 648; ESTEBAN VELASCO, Voz: «Responsabilidad civil de los administradores», EJB, IV (1995) 5912-3; FONT GALAN, *El derecho de información de los administradores* sociales (2002) 213 («la deslealtad (antijuricidad) califica la injusticia del daño efectivo y fundamenta la acción reparadora»). En general, sobre el incumplimiento por los administradores de sus obligaciones, v. POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 288-91; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 248-51. Sobre la noción de antijuricidad en su doble sentido, material y formal, v., DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema de Derecho civil*, I (1992) 199.

[1815] La doctrina viene recogiendo que se trata de una responsabilidad por culpa en virtud de la infracción de la diligencia exigible. V. GIRON, "La responsabilidad" ADC (1959) 447; id., *Derecho de Sociedades Anónimas* (1952) 374; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 159; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 158-60, 209, 222; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 680-3; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 289; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 252, 254. Sobre la distinción entre antijuricidad y culpabilidad, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 215. Subrayando la idea de que la responsabilidad de los administradores no se relaciona con el resultado ni el riesgo económico de la sociedad, v. ESTEBAN VELASCO, «Art. 14», *Comentarios LAIE* (1992) 237; id., Voz: «Responsabilidad civil de los administradores», EJB, IV (1995) 5912. V. también la tesis de URIA, *Derecho mercantil* (2000) 342, según la cual la Ley de Sociedades Anónimas configura «una especie de responsabilidad profesional de administrador que parece entrar en juego aunque no exista culpa o negligencia en el incumplimiento». De su parte, LLEBOT, "El sistema de la responsabilidad de los administradores", RdS 7 (1996) 62, considera que «se va abriendo paso la idea de que el fundamento de la responsabilidad puede ser no sólo el dolo y la negligencia sino también el mero incumplimiento de las obligaciones contraídas salvo que concurra fuerza mayor».

Sobre el principio de la culpa v., ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 128, 145, 198. Sobre las categorías de culpa (grave, leve y levísima), v. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 127-8. Para este autor, id., p. 119, la culpa «asume un significado objetivo de violación de una norma de conducta, de no realización de la conducta debida. Culpa es precisamente lo contrario a diligencia, que se presenta, a su vez, como un modo de actuar, algo que escapa por completo a la valoración de intenciones del sujeto».

[1816] El valor de la intencionalidad reside en la graduación de la culpa y en el hecho de que la conducta dolosa no admite exoneración de responsabilidad. Sin embargo, se ha defendido el argumento de que la deslealtad presupone un actuar doloso, de forma que no acreditándose el dolo, la conducta se convertiría en una infracción del deber de diligencia. V. LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 84: «El carácter del deber de lealtad exige para determinar su infracción que la conducta de los administradores sea voluntariamente contradictoria con la satisfacción del deber de lealtad, esto es que estemos ante una actuación de los administradores constitutiva de dolo. La función del deber de diligencia como sustituto del deber de lealtad tendrá lugar en aquellos supuestos en los que no sea posible acreditar el dolo como fundamento de la responsabilidad de los administradores por la infracción del deber de lealtad».

Sobre las distintas soluciones relativas a la responsabilidad del socio referidas en los Códigos civil y mercantil según las cuales en el primero, el art. 1686 CC establece una regulación

35. El ilícito desleal objeto de la acción de responsabilidad se predica de las situaciones conflictuales en las que no se ha producido la autorización de la conducta.[1817] Con ello se significa que la autorización de la conducta interesada enerva el presupuesto de la antijuricidad, requisito necesario para el ejercicio de la acción indemnizatoria. La cuestión que aquí se plantea resulta de saber de qué forma la autorización de la conducta conflictual armoniza con la norma legal que establece que la autorización o ratificación de un acto por la junta no exonera de responsabilidad al administrador.[1818] La disposición que impide la exoneración de responsabilidad del administrador por la autorización de la Junta general es plenamente aplicable al caso ahora estudiado, si bien resulta conveniente distinguir entre distintos supuestos.[1819]

36. Primero, en caso de que el administrador cumpla con sus deberes de lealtad y el órgano social autorice el conflicto, el interesado puede oponer el acuerdo autorizante frente a demandas de responsabilidad basadas en la deslealtad. Ello está justificado en la medida que la autorización enerva la antijuricidad por deslealtad, y de esta manera la acción queda privada de uno de sus presupuestos esenciales.

---

de culpa *in abstracto*, mientras que en el segundo, el art. 144 CdC sienta una responsabilidad por "malicia, abuso de facultades o negligencia grave", v. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II, art. 1686.I, para quien el Código Civil «en este punto seguramente ha de considerarse derogatorio del Código de Comercio». V. también, RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 310.

[1817] Con todo, la conducta del administrador interesado que ha cumplido con su deber de informar y que ha obtenido, con la abstención del interesado, la autorización del órgano societario competente podrá ser enjuiciada por faltar a la diligencia del ordenado empresario, atendiendo al fondo del asunto. V. *supra*, núm. 2, autorización no justificada.

[1818] V. art. 133.4 LSA: «En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general». V. también la remisión al régimen de responsabilidad de la anónima previsto en el art. 69.1 LSRL.

La disposición se justifica como una aplicación concreta del principio de autonomía del órgano de administración respecto de la junta general a partir de una rígida compartimentación de competencias entre ambos órganos. V. POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 308-9; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 255, 257. V. también, ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 715-6.

[1819] Cfr. con el punto de vista de PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 97, 89-90, para quien «el art. 133.3 LSA no puede ser de aplicación para las materias dispositivas y desde luego, la relativa a las oportunidades de negocio –con las limitaciones señaladas- lo es». En este sentido, en caso de ratificación del aprovechamiento ya consumado o en vías de consumación por parte del administrador, el autor sostiene la eficacia exoneradora de responsabilidad de la ratificación «aceptando los daños efectivos o eventuales que de la conducta del administrador se han derivado o de inmediato se van a derivar». Sin embargo, el acuerdo no libera de responsabilidad al administrador «[s]i la junta ha adoptado el acuerdo sin el pleno conocimiento de las circunstancias del caso» (id., p. 97).

Otro punto de vista consiste en buscar una interpretación flexible de la norma que permita al administrador un cierto descargo si encuentra el soporte de la Junta. V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 259. En contra de una interpretación flexible, v. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 716; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 312. Con todo, la sociedad puede transigir o renunciar al ejercicio de la acción en los términos que establece la ley (art. 134.2 LSA).

37. Segundo, sin embargo, si el comportamiento resulta lesivo para los intereses sociales, no sólo cabe una acción de responsabilidad contra el administrador interesado, sino contra todos los administradores que participaron en el acuerdo sobre la base de su actuación negligente. En tal caso no cabe exoneración y debe predicarse la responsabilidad del administrador no por su deslealtad, sino por su actuación infractora del deber de diligencia, por contraria al interés social.[1820] La norma que niega la exoneración encuentra plena aplicación aunque la conducta haya sido autorizada ya sea por el órgano de administración, ya por la Junta general, pues se trata de establecer un control de responsabilidad respecto del administrador negligente.[1821]

38. Tercero, si el administrador ha infringido el deber de lealtad, por ejemplo, faltando a su obligación de informar sobre aspectos relevantes del conflicto, y de su comportamiento se deriva un daño para la sociedad, se cumplen los presupuestos de la acción de responsabilidad. De ahí que de la autorización no deriva efecto alguno que impida su ejercicio, lo que no soslaya la prueba de la deslealtad y del daño por parte del demandante.

39. Cuarto, si el acuerdo de autorización lo ha dictado la Junta general por la unanimidad de sus miembros, con el pleno conocimiento de todos los elementos relevantes del conflicto y del daño que se causa al interés social cabe preguntarse qué efectos se derivan del mismo. Al respecto, puede postularse que el acuerdo unánime de los socios implica una declaración unilateral de renuncia al ejercicio de la acción, pero no impide que una mayoría distinta pudiera dirigirse contra los administradores.[1822]

[1820] Los administradores que aprueban la operación interesada también deben cumplir aquellos los preceptos del deber de cuidado, atendiendo las características específicas de la operación. En particular, en caso de ratificación, el análisis del interés social deberá hacerse observando que la operación se desarrolló, en términos razonables, en interés para la sociedad. V. ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) 222, 227; v. ibidem, sobre los límites de la posición de interesado del administrador que ratifica. Los *Principles* introducen un nuevo estándar denominado "*waste of corporate assets*" referido a operaciones sin una finalidad racional que comportan un gasto o disposición de bienes o patrimonio social por el que no se recibe a cambio contraprestación alguna o resulta tan desproporcionada en su valor que ordinariamente nadie tomaría una decisión empresarial de esa naturaleza. V. ALI, *Principles of corporate governance*, vol. I (1994) 230; id, sub. 1.41-2. Con todo, ni la mayoría de los Estados hacen tienen disposiciones relativas a este estándar, ni existe una doctrina judicial unánime sobre los criterios que definen la expresión. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 212 y 53.

V. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 712, al indicar que «lo que quiere decir el art. 133.3 TRLSA de forma incorrecta al hablar de exoneración, es que si el acto lesivo es imputable a los administradores (por incumplimiento de su deber de diligencia), ningún acuerdo de la Junta previo o posterior podrá impedir la exigibilidad de responsabilidad».

[1821] Ello con independencia de que el acuerdo social sea objeto de una acción de nulidad por perjudicar a la sociedad y beneficiar al administrador o a un tercero, en virtud del a aplicación del art. 115. LSA. Sobre este particular, v. *supra*, núms. 24-26.

[1822] SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 259, plantea la cuestión considerando que los administradores pueden solicitar a la Junta la consideración de que el acto no es lesivo para la sociedad. En caso de que la Junta adopta un acuerdo en este sentido «ha de estimarse como un descargo de los administradores que elimina, al menos, la posibilidad de que sea la propia sociedad la que ejerza la acción de responsabilidad contra ellos. Los accionistas minoritarios o, en su caso, los acreedores podrán ejercitar la acción de responsabilidad si concurren las circunstancias previstas en el art. 133».

40. El corolario de lo dicho se resume señalando que una conducta lesiva para la sociedad causada por un administrador que infringe sus deberes, ya sea por deslealtad, ya sea por negligencia, cumple con los presupuestos de responsabilidad necesarios para entablar la acción.[1823]

Causas legales de exoneración

41. En cuanto a las causas de exoneración legalmente establecidas, resulta de aplicación el régimen general.[1824] Con todo, el examen de esta cuestión plantea algunas reflexiones que particularizan la conducta del administrador interesado frente a cada una de las causas legales. En primer lugar, el supuesto relativo al desconocimiento de la adopción o ejecución del acto o acuerdo lesivo sólo resultará aplicable a los casos en que se produzca un interés indirecto y no pueda acreditarse la ausencia de un deber de vigilancia inexcusable.[1825] alegar que hace «todo lo conveniente para evitar el daño» si desarrolla el comportamiento interesado. Es decir, que para la aplicación de este motivo de exoneración se precisa que el interesado adopte la actitud de evitar el conflicto.[1826] Finalmente,

[1823] V. el argumento de ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 711-2, que distingue entre exoneración y exigibilidad. Al respecto señala que dónde el legislador habla de exoneración «lo que se contempla no es un tema de inexistencia de responsabilidad, En segundo lugar, el administrador interesado que conoce la situación de conflicto y el acuerdo lesivo para la sociedad que autoriza la conducta interesada, no puede sino de "inexigibilidad", pues lo que quiere decir el precepto es que mediando culpa y por tanto responsabilidad de los administradores, la Junta no puede extinguir dicha responsabilidad haciéndola inexigible, al menos por los socios o terceros que reúnan los requisitos de legitimación del artículo 133.4 y 5 TRLSA, respectivamente».

[1824] V. el art. 133.3 LSA que señala que los administradores quedan exonerados de responsabilidad si prueban que «no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño, o al menos, se opusieron expresamente a aquél». Sobre la vinculación de la exoneración a la culpa o imputabilidad del incumplimiento de la diligencia legalmente exigida, v. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 700, 702. V. también GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 169; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 216, 267-9.

[1825] La no intervención puede deberse a ausencia de la reunión del órgano de administración, siempre que esté justificada. V. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 704; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 305-6; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 266-7; ESTEBAN VELASCO, Voz: «Responsabilidad civil de los administradores», EJB, IV (1995) 5914; GARCIA VILLAVERDE, «Exoneración de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y la sociedad limitada por falta de culpa (art. 133.2 LSA)», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1343. Tal como indica SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 108, «la circunstancia de que unos administradores afirmen que han estado por completo ignorantes de la gestión de la sociedad, lejos de constituir una causa de exoneración de su responsabilidad, constituye una confesión del incumplimiento del deber de vigilancia que corresponde a todo miembro de la administración».

[1826] Se plantea su aplicación a los casos en que el administrador conoce *a posteriori* la adopción del acto o acuerdo y realiza una conducta dirigida a cesar la ejecución o los efectos del acto o acuerdo, tales como la puesta en conocimiento de la situación a los demás administradores o a las autoridades competentes, la solicitud de medidas para paliar su ejecución, etc. V. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 705; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 267-8. Para POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 304-5 «[l]a única conducta clara y posible para evitar la realización del daño es, como mínimo, la de *impugnar el acuerdo* (art. 143.2), comportamiento necesario e inexcusable para la exculpación». Sobre este aspecto, v. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994)

para que la causa de exoneración relativa a la oposición expresa al acuerdo se aplique al administrador interesado no sería suficiente su abstención, sino que debería evitar la ejecución del acto.[1827]

Daño a la sociedad

42. Un tercer presupuesto para la aplicación de la acción de responsabilidad se deriva de la existencia de una lesión al interés social a consecuencia del comportamiento interesado.[1828] En tales casos, se impone al administrador el deber de reparación del daño causado, con lo cual se satisface el fin indemnizatorio que cumple la responsabilidad civil.[1829] Para que se de este presupuesto y proceda el ejercicio de la acción social de responsabilidad, la conducta del administrador ha de repercutir en la sociedad causándole una lesión a sus intereses.[1830] El supuesto no plantea discusión si el daño recae directamente en la sociedad y la conducta infractora ha sido realizada directamente por el administrador interesado. Sin embargo, cuando el administrador tiene un interés indirecto y no ha sido el causante directo del daño, deberá probarse la vinculación existente entre las partes. Si el daño recae en el socio, la vía para su reparación corresponde a la acción individual para aquellos casos que se hubiera infringido el deber y el daño recaiga sobre el socio, como así puede suceder en casos de uso de información privilegiada en operaciones de compraventa de acciones.

43. El daño inminente o potencial no puede generar el nacimiento de una prestación

---

268. Sobre las dudas respecto de la interpretación de este supuesto de exoneración, v. GARCIA VILLAVERDE, «Exoneración de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y la sociedad limitada por falta de culpa (art. 133.2 LSA)», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1346-7.

[1827] La interpretación de esta regla plantea diferentes matices. Para ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 705-6, el administrador debe votar en contra y «hacer expreso que la oposición lo es a efectos de exoneración recogiéndose así en el acta de la sesión». En igual sentido, v. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 268. POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 305, considera que además de la oposición expresa el administrador debe impugnar el acuerdo para «ser exculpado de su responsabilidad». ESTEBAN VELASCO, Voz: «Responsabilidad civil de los administradores», EJB, IV (1995) 5914, entiende que el voto en contra debe ir acompañado de «una oposición específica expresada por cualquier medio (requisito mínimo) y, en su caso, de la adopción de las medidas a su alcance». V. también, GARCIA VILLAVERDE, «Exoneración de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y la sociedad limitada por falta de culpa (art. 133.2 LSA)», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1347-9.

[1828] Sobre el concepto de daño, v. PANTALEON, «Voz: Daño (Dº Civil)», EJB II (1995) 1896.

[1829] V. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 656-7, 661; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 298; LLEBOT, "El sistema de la responsabilidad de los administradores", RdS 7 (1996) 49.

[1830] Para que surja la acción social, el daño ha de recaer directamente sobre la sociedad, lo cual excluye el daño directo a socios o a terceros. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 684-5; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 246.

[1831] V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 162, para quienes «[s]egún la doctrina que parece armonizar mejor con nuestro Código civil, ha de entenderse por daño una efectiva disminución del patrimonio... consistente en la diferencia entre el valor actual de ese patrimonio y el que tendría si no se hubiere producido el hecho en que se funda la acción de indemnización (*id quiod interest*)». En la misma dirección, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 205. Para VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*,

indemnizatoria mientras que aquel no haya repercutido en el patrimonio social.[1831] Sin embargo, a la hora de determinar las consecuencias dañosas, la valoración no deberá limitarse al daño emergente, sino que el valor indemnizable incluye el lucro cesante.[1832]

44. Siguiendo las reglas generales, la carga de la prueba del comportamiento lesivo corresponde al demandante y la exoneración de responsabilidad al que la opone.[1833] En este ámbito, el actor deberá probar el daño y el incumplimiento del deber, concretado en la omisión del deber de disclosure. A estos efectos no es necesario acreditar la relación de causalidad entre el daño y la conducta, salvo en aquellos casos de conflicto indirecto que no resulte aplicable las presunciones legales establecidas (art. 127 ter LSA). La defensa del administrador tendrá lugar alegando que cumplió con su deber de disclosure o que no se produjo daño al interés social y, además, que la operación era de interés de la sociedad.[1834]

I.1º (1991) 650-1, si el daño es inminente puede condenarse al demandado con carácter subsidiario o condicionado, para el caso de que la sociedad efectivamente sufra el daño (pe., si no cobra los créditos concedidos sin garantías).

[1832] V. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 162; LLEBOT, "El sistema de la responsabilidad de los administradores", RdS 7 (1996) 69. Sobre los problemas de la valoración del lucro cesante, y las soluciones orientadas hacia la "probabilidad objetiva" de su obtención, v. GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 162-3; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 206; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 686.

[1833] La distribución de la carga de la prueba no ha sido objeto de tratamiento legislativo, lo que remite su ordenación al régimen general. Sobre la distribución de la carga de la prueba en relación al régimen de responsabilidad de los administradores, v. GIRON, "La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español", ADC (1959) 447; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 236-48; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 293-6.

Tradicionalmente se ha venido contemplado que la regla general relativa a la carga de la prueba reside en el art. 1214 CC, disposición que ha sido derogada por la Disposición Derogatoria Unica, punto 2.1º de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que a su vez ha ordenado esta cuestión en el art. 217. Al respecto, en la citada disposición se señala lo siguiente: «Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención» (art. 217.2). «Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refriere el apartado anterior» (art. 217.3). «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio». El régimen de las presunciones también ha sido objeto de nueva regulación; v. arts. 385 y 386 de la Ley 1/2000.

[1834] A falta de una norma suficientemente clara al respecto, el demandante debe probar la infracción del deber, si bien ello se limita a constar que el administrador ha actuado en conflicto de intereses sin haber sido autorizado, previo *disclosure*. V. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (1987) 272-3; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 254; LLEBOT, "El sistema de la responsabilidad de los administradores", RdS 7 (1996) 62. Otro planteamiento aboga por la inversión de la carga de la prueba, v. QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 238-48; ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 690-1, 694, 698-9; VICENT CHULIA, *Compendio de Derecho mercantil* (1991) 652-653; POLO SANCHEZ, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 294-5. Un tercer enfoque puede encontrarse en ESTEBAN VELASCO, Voz: «Responsabilidad civil de los administradores», EJB, IV (1995) 5914, para quien aunque corresponde al demandante la prueba de la culpa-negligencia, «este principio deberá moderarse por los tribunales con el amplio juego de las presunciones (judiciales) de culpa o con la corrección del principio general de la carga de la prueba con otros

c) Pactos de indemnización y seguro de responsabilidad civil

Introducción

45. La existencia de un riguroso régimen de responsabilidad de los administradores no impide que la doctrina y el derecho comparado se hayan planteado la admisión de mecanismos que atenúan los efectos económicos derivados del ejercicio de la acción.[1835] Tales medios van encaminados a establecer un seguro de responsabilidad en favor del administrador, a establecer límites en las indemnizaciones o a compensar al propio administrador por las indemnizaciones que ha de soportar o por gastos que ha incurrido en juicios frente a la sociedad.[1836] Sin embargo, los ordenamientos que han seguido este camino de limitar las indemnizaciones por daños derivados de la actuación de los administradores, han separado claramente el tratamiento dado a las infracciones de deberes, de tal forma que han mantenido un trato riguroso en relación al deber de lealtad, mientras que se ha flexibilizado el régimen relativo al deber de diligencia.[1837]

---

como el de la proximidad de la prueba, el control por el deudor del ámbito dónde se puede producir la lesión de los intereses del acreedor, etc.». Sin embargo, podría alegarse que la presunción e inversión de la carga de la prueba que debería haber sido claramente establecida en la ley, como así ocurre, por ejemplo, en la previsión del art. 61.2 de la Ley de Patentes.

[1835] Sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores, v. SANCHEZ CALERO, F., (dir) *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*. Madrid: MUSINI, 1994; PEREZ CARRILLO, *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidades y aseguramiento* (1999) 229-90; ARANGUREN, «Los órganos de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada*, I (1996) 1391-3; SOTO NIETO, F., "Responsabilidad penal y civil de los administradores de sociedades anónimas. Operatividad del seguro de responsabilidad civil correspondiente", La Ley, 6 (1998) 2206-2207. En general, en los Estados Unidos, v. CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 320-333. CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 644-646; HAMILTON, *Corporations* (1998) 959-982; SOLOMON / SCHWARTZ / BAUMAN / WEISS, *Corporations. Law and Policy* (1998) 721-746. En Italia, v. TOMBARDI, U., "L'assicurazione della responsabilità degli amministratori di società per azioni", Banca, Borsa, Titoli di credito, marzo-abril (1999) 181-211. En Inglaterra, v. FINCH, "Personal accountability and corporate control: the role of directors' and officers' liability insurance", MLR, 57 (1994) 880 ss.

[1836] Resulta de interés para ilustrar esta cuestión la evolución reciente del Derecho inglés.

El vigente art. 310 CA 1985 establece una regla general según la cual son nulas aquellas cláusulas estatutarias o contractuales que exoneren o permitan indemnizar al administrador de responsabilidades derivadas de negligencia o incumplimiento de sus deberes. La regla se mantuvo sin excepción hasta su modificación a través de la Companies Act 1989, con el objeto de evitar la incertidumbre existente sobre la validez de la creciente demanda de seguros de responsabilidad por negligencia del administrador. Desde entonces, el art. 310(3)(a) CA establece que la sociedad puede contratar seguros de responsabilidad civil a favor de los administradores y que la sociedad puede compensar al administrador respecto de gastos aquellos gastos que haya incurrido el administrador en procesos en los cuales haya salido absuelto (art. 310(3)(b), en relación con el art. 727 CA 1985). Esta última disposición indica que el administrador que pueda ser objeto de responsabilidad por negligencia o infracción de deberes, el tribunal puede reducir la indemnización o incluso suprimirla si aquel actuó de forma honesta y razonable atendiendo a las circunstancias del caso. Sobre el debate académico y jurisprudencial relativo a la aplicación de tales disposiciones, v. FARRAR / FUREY / HANNIGAN, *Company law* (1991) 439-41; GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 623-6; BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 543-5. V. también, PENNINGTON, *Directors' personal liability* (1989) 95-100.

[1837] En los Estados Unidos, las codificaciones que han intervenido en la ordenación de los deberes fiduciarios y han establecido un régimen dispositivo de responsabilidad de los administradores, permitiendo su limitación, claramente han excluido esta posibilidad en relación a las operaciones que los administradores realizan en conflicto de intereses (deber de lealtad) o en los supuestos en que puedan obtener beneficios impropios. El caso paradigmático se encuentra en la Del. Gen. Corp Law, sub. 102(b)(7). En este sentido v. también, Ohio Gen .Corp. Law, sub.

46. Nuestro Derecho de sociedades no sólo no regula tales supuestos, sino que contempla la cuestión desde la perspectiva de las garantías que el administrador debe prestar a la sociedad para cubrir las indemnizaciones que se deriven de los actos negligentes de los administradores.[1838]

Carácter imperativo del régimen

47. El primer obstáculo que se encuentran los citados mecanismos se refieren al carácter imperativo del régimen de la responsabilidad del administrador. El régimen de responsabilidad de los administradores está configurado a través de normas imperativas que no admiten la intervención de la autonomía de la voluntad, sea por pacto o a través de norma estatutaria, que flexibilice sus reglas en beneficio de los administradores. De acuerdo con ello, aquellas disposiciones estatutarias que prevean supuestos de exclusión o exoneración de responsabilidad no contemplados por la ley o que fijen límites al valor de la indemnización deberán entenderse nulos por contrarios a la ley.[1839] Con todo, la Ley admite los pactos de

---

1701.59(C)(3), 1701.59(D); sub. 7.19 (límites a la responsabilidad para determinadas infracciones del deber de cuidado). Sobre la filosofía general que reside detrás de esta idea, v. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 322, al señalar que aquellas disposiciones societarias que pretendan variar los principios que gobiernan el deber de lealtad «violarían los criterios generales de orden público (*public policy*) así como se reflejan en los principios del *common law*. La doctrina judicial que trata el tema deja claro que las disposiciones societarias [estatutarias o reglamentarias internas] exoneratorias que intentan proteger los intereses de los administradores y altos cargos de responsabilidad por operaciones desleales, o modificar la carga de la prueba que la ley exige, no pueden ser eficaces. Igualmente sucede con el *Restatement, Second, of Trust*, sub. 222, que, aunque genéricamente permite a los *trustees* ser exonerados de responsabilidad por determinadas infracciones del *trust* a través de cláusulas incorporadas en el documento de otorgamiento del trust (*trust instrument*), prohíbe, como contrario a los principios generales (*public policy*) cualquier exención por cualquier beneficio que un *trustee* haya obtenido de la infracción del *trust*»; v. ibi, las sentencias citadas.

En el ámbito del Derecho del mercado de valores, la *Investment Company Act*, sub. 17(h) de 1940 declara nulas aquellas cláusulas contractuales que eximen de responsabilidad a administradores y altos cargos por negligencia grave, mala fe o desatención temeraria de sus deberes de conducta. La interpretación que se hace de la legislación federal es diversa. La *Securities and Exchange Commission* ha mantenido la posición de que las indemnizaciones de responsabilidades que encuentran su origen en la *Securities Act* de 1933 son contrarias al orden público. En esta misma dirección se han pronunciado diversas resoluciones judiciales; v. LOSS, *Fundamentals of Securities Regulation* (1988, Sup. 1991) 1035-1042; ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 286-287.

[1838] V. art. 123.1, al final, LSA. En opinión de SANCHEZ CALERO, “Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima”, *Estudios Girón* (1991) 915-916, en la actualidad las garantías previstas en la mencionada disposición, que tradicionalmente consistían en el depósito de acciones, han de tender hacia el establecimiento de un seguro de responsabilidad civil en beneficio de la propia sociedad (cfr. art. 396 Código de sociedades portugués).

[1839] Bajo el régimen de la LSA 1951, la nulidad de los pactos de exclusión o de limitación de la responsabilidad se fundamentaba por razones de orden público y atendiendo a la responsabilidad por dolo o negligencia grave prevista en el art. 79 LSA 1951. Este planteamiento resultaba consecuente con la aplicación de la declaración de nulidad de la renuncia de la acción por la responsabilidad procedente del dolo (art. 1102 CC). V. GIRON, “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español”, ADC (1959) 448; GARRIGUES / URIA, *Comentario a la LSA*, II (1976) 166; QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 275. V. también GARCIA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual* (1965) 135-9, quien considera que «la razón fundamental, la *rario legis* de la prohibición establecida por el art. 1102, 2º, del Código civil, radica esencialmente en el mantenimiento del orden público» (id., p. 139).

transacción o renuncia a la acción de responsabilidad dentro de ciertos límites, otorgando a la minoría un derecho de vetar tales actos.[1840]

Compensación por gastos

48. La consideración de los pactos de limitación de responsabilidad como contrarios al derecho imperativo no trae como consecuencia que la sociedad no pueda compensar al administrador de gastos derivados de la defensa de acciones de responsabilidad por el incumplimiento de sus deberes, cuando éstos han sido absueltos de acciones indemnizatorias por actos negligentes o cuando, aunque hayan sido condenados, quede acreditada la buena fe del administrador.[1841]

49. En caso de que tales compensaciones tuvieran lugar, deben considerarse como operaciones interesadas del administrador afectado y consecuentemente deberán ser previamente aprobadas y cumpliendo con los requisitos propios de su procedimiento (aprobación por desinteresados, plena información, etc.).[1842]

Sobre el carácter imperativo del vigente régimen de responsabilidad y sus efectos sobre los supuestos de exoneración de responsabilidad, la renuncia anticipada, el régimen de distribución de la carga de la prueba, las mayorías cualificadas para el ejercicio de la acción, v. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM (1990) 656, 701; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 265. Cfr. con ROBLES MARTIN-LABORDA, "La limitación de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad", RDM 248 (2003) 683-718, para quien la inderogabilidad convencional del régimen de responsabilidad establecida en la LSA y LSRL no está justificada tipológicamente ni claramente establecida en desde el punto de vista positivo.

En el Derecho francés, v. el art. 225-253 CdC fr., (art. 246 LSC fr.) según el cual reputa no escrito toda cláusula de los estatutos que tengan por efecto subordinar el ejercicio de la acción social al informe previo o a la autorización de la Asamblea general, o que pudiera comportar por anticipado la renuncia al ejercicio de esta acción. V. RIPERT / ROBLOT, *Traité de droit commercial*, I.2 (2002) núm. 1767.

[1840] Art. 134.2 LSA: «En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción , siempre que no se opusieren a ello socios que representen el 5 por 100 del capital social...». Sobre la transacción, v. art. 1809 CC.

[1841] En los EUA existe un reconocimiento generalizado de esta doctrina, que concuerda con la tendencia legislativa general. V. Cal. Corp. Code, sub. 317; Del. Gen. Corp. Law. Sub. 145; N.Y. Bus. Corp. Law, sub. 721-726. V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) sub. 8.50 a 8-59; ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) sub. 7.20; ALI, *Restatement of Agency*, 2d., [vol. I (1958)] sub. 438-440. Para la comparación sumaria de las disposiciones de las legislaciones más conocidas, v., CARY / EISENBERG, *Corporations. Cases and Materials* (1995) 1103-1104; ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 265. La doctrina judicial se fundamenta en la sentencia New York Dock Co. v. McCollom (Sup. Ct. 1939) citada en ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 264, 278-9.

Los Estados inician a partir de 1941 una tendencia que lleva a incorporar en sus leyes de sociedades disposiciones que autorizan a la sociedad a indemnizar a los administradores y altos cargos. Actualmente todos los Estados junto al Distrito de Columbia han incluido la regla general que permite, bajo ciertas circunstancias, autorizar el pago de indemnizaciones. Los modelos que han servido de referencia son, por una parte, el de Delaware (v. art. 145 en la versión de 1986) y el *Model Business Corporation Act* de 1969; por otra, el modelo de la *Model Business Corporation Act* de 1980; algunos Estados ha seguido un modelo mixto. Más de 40 Estados han modificado durante los años 1985 a 1989 sus normas sobre esta materia. En el ámbito de la legislación federal del mercado de valores, v. LOSS, *Fundamentals of Securities Regulation* (1988, Sup. 1991) 1035, 1038; ALI, *Federal Securites Code* (1988) sub. 1724; ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 286-287.

[1842] En particular, se recomienda establecer una obligación hacia los socios de facilitarle la información sobre indemnizaciones. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) sub. 7.20(d). Las recomendaciones de los MBCA y de los *Principles* establecen el deber de la sociedad de informar al socio respecto de aquellas indemnizaciones o anticipos que traen causa en una reclamación de la sociedad al administrador. La obligación de información debe cumplirse antes o

Seguro de responsabilidad civil

50. Tampoco se descarta la admisibilidad de los seguros de responsabilidad civil del administrador en cuyo caso la sociedad es el tomador del seguro, con la finalidad de indemnizar al administrador que ha sido objeto de una acción de responsabilidad.[1843] Sin embargo, quedan a salvo los supuestos de mala fe del asegurado, pues la sociedad no está facultada para asegurar responsabilidades que deriven de conductas dolosas de los administradores.[1844]

---

al tiempo de la convocatoria de la primera junta general de socios que tenga lugar con posterioridad al momento de facilitarse los pagos. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 276.

Diversos Estados han regulado el deber de informar en tales casos, adoptando preceptos similares respecto al requerimiento de información al socio sobre los pagos de indemnizaciones. V. ia, N.Y. Bus. Corp. Law, sub. 725(d); para una lista completa de los Estados que contemplan el deber de información en caso de pago de indemnizaciones así como las diferencias entre sus regímenes, v. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 289-290; id, p. 265.

[1843] En favor de admitir el seguro para actos desleales, SANCHEZ ALVAREZ, M.M., "Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores", RDM 227 (1998) 117-153 [150-153]. El autor señala entre las razones que justifican su admisión las siguientes premisas: la admisión del seguro de riesgo del suicidio, la no existencia de datos que justifiquen que el seguro disminuye la diligencia y lealtad del administrador, que el seguro externaliza daños para la sociedad, terceros y administradores y que seguro que sólo cubre responsabilidad culposa no impide que los perjudicados tengan acción directa contra el asegurador por actos dolosos, sin perjuicio de que el asegurador pueda repetir contra el administrador. V. RONCERO, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima* (2002) 257;

En general los seguros de infidelidad están pensados para que el asegurado reciba la indemnización respecto de actos causados por terceros y no por el propio asegurado. En relación al concepto y tipos de seguros de infidelidad, V. TIRADO, «Ley de Contrato de Seguro», vol., 2º, *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial* (1984) 440-43, 439.

En los EUA, la legislación estatal generalmente autoriza la contratación de pólizas de seguro por parte de las sociedades y en favor de los administradores para supuestos de responsabilidad derivada de actos de gestión y administración. Se admiten tales pólizas incluso para los supuestos de sentencias o acuerdos de transacción en los cuales la sociedad no estaría legitimada para su indemnización. Todos los Estados con la excepción de Vermont admiten de forma expresa que la sociedad puede contratar pólizas de seguros en protección de responsabilidades causadas por actuaciones de los administradores. Diversos Estados, ia. California (Cal. Corp. Code, sub. 317, en su versión de 1987), permiten a la sociedad contratar con aseguradores del grupo de sociedades. Los ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) sub. 7.20(a)(4) y 7.20(b)(2) siguen el principio general de admisibilidad de la contratación de seguros a cargo de la sociedad y establecen determinadas limitaciones para su aplicación;. V. id, pp. 265, 279.

[1844] V. RONCERO, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima* (2002) 239. Para PEREZ CARRILLO, *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidades y aseguramiento* (1999) 273, entre las conductas contrarias a la buena fe se incluyen los siniestros «producidos como consecuencia de la obtención por el asegurado de ventajas o beneficios personales no incluidos en la ley». En general, v. el art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro, que señala que el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado. V. BAILLO MORALES-ARCE, «El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores: especial referencia al problema del dolo como excepción oponible o inoponible», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1263-85; ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa*. Madrid: Montecorvo, 1977. V. también, la STS (Sala de lo Penal) 29-7-2002, RJA 6357, «Caso Banesto», FD, III Recursos de las Acusaciones Particulares, A (Recurso del Fondo de Garantías de Depósitos en Establecimientos Bancarios), 12, dónde se indica que «no puede incluirse válidamente en la cobertura de la responsabilidad civil la ocasionada por hechos delictivos fraudulentos o dolosos, aunque hayan sido aceptadas por el asegurador, ya que es un principio general no discutido el de la no asegurabilidad del dolo criminal, pues sería contrario a la moralidad y la ética, que la gente

asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le puedan derivar de sus propios comportamientos delictivos».

En Estados Unidos, v. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. II (1994) 276, 280, que indica, entre otros ejemplos que Arizona prohíbe asegurar acciones basadas en ganancias ilícitas o ventajas, en remuneraciones no aprobadas por los socios, o que Nevada prohíbe asegurar conductas fraudulentas o infracciones conscientes, salvo aprobación judicial.

En el Derecho inglés, las indemnizaciones contra actos de infracción de los deberes de los administradores deliberadamente cometidos, no pueden resultar eficaces. V. BOYLE / BIRDS / FERRAN / VILLIERS, *Company Law* (2000) 543, nota 7.

4.
Consecuencias patrimoniales relativas a la obligación de restitución

a) Planteamiento

Introducción

51. El supuesto que aquí se contempla se caracteriza por la presencia de un comportamiento del administrador incumpliendo el deber de lealtad de cuyo resultado se deriva la obtención de determinados beneficios en su favor. La cuestión jurídica se plantea en torno a saber en qué términos la sociedad puede ejercitar la acción o *condictio* dirigida a exigir al administrador desleal la restitución de aquellos beneficios que derivan de su comportamiento ilícito, en la medida que el administrador está sujeto a la interdicción de obtener ventajas distintas de su retribución como resultado de su actividad gestora.[1845]

52. El hecho de que el Derecho de sociedades no resuelva el problema planteado conlleva que la solución se traslade a las fuentes generales.[1846] Sin embargo, el legislador, con carácter general, no ha previsto expresamente una acción de enriquecimiento, si bien ésta encuentra aceptación entre la doctrina y la jurisprudencia como aplicación de un principio general del Derecho que prohíbe enriquecerse injustamente a costa de otro.[1847]

[1845] Cap. 4º, núms. 48, 49, contenido del deber de lealtad, interdicción de beneficios o ventajas. V. también, Cap. 2º, núms. 154, 165, 183, ámbito anglosajón (*secret profits*).

[1846] La ausencia de un régimen claro que favorezca la restitución del enriquecimiento ilícito derivado de los actos desleales ha suscitado la preocupación en distintas instancias, tal como lo pone de manifiesto el *Informe Aldama* (2003) sub. III.2.2: «en los casos de violación de los deberes de lealtad se producen situaciones especialmente frustrantes desde el punto de vista de los inversores y de la opinión pública cuando las medidas legales adoptadas respecto del administrador infiel no consiguen la devolución de las cantidades con que se ha enriquecido ilícitamente. La Comisión entiende que este tema excede del mandato recibido, pero no puede dejar de expresar su preocupación al respecto y su deseo de que esta situación sea tratada adecuadamente».

[1847] V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 434, al indicar que la regla prohibitiva de enriquecerse injustamente a costa de otro y la acción correspondiente, la *condictio sine causa generalis*, ha sido recibida en nuestro ordenamiento «por obra de la jurisprudencia, y en calidad de principio general del derecho... El T.S. entendió que una tal acción venía impuesta en nuestro ordenamiento, no por los textos, pero sí por los *principios generales del Derecho*. Así, dice la S. 12 de enero 1943, con la que se inicia la etapa de concreción y clarificación de una doctrina jurisprudencial». Este enfoque viene siendo seguido por nuestra jurisprudencia reciente. Al respecto, la STS 12-7-2000, RJA 6686 «Montajes Folgar SA c. Pescanova SA», en su FD 2º señala que «[a] falta de una regulación general de la figura del enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia la sustenta en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse injustificadamente a costa de otro...». V. también la STS 31-3-1992, RJA 2315 «Bilore SA c. apoderado» FD 2º y las sentencias allí citadas.

De su parte, DIEZ-PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa* (1988) 35-48, expresa sus dudas sobre si la interdicción del enriquecimiento injusto constituye un principio general del Derecho español, por razón de su «marcado carácter de excepcionalidad» (id., p. 43) y porque «es posible en el Derecho español sostener que existe una institución legislativamente activa y jurisprudencialmente diseñada». Sin embargo, el autor admite que la obligación restitutoria se entienda como un principio jurídico, si por tal se entiende «la idea o ideas que sirven de base a una regulación legal y que pueden permitir el ensanchamiento del campo de aplicación de ésta». En este sentido, v. id., *Fundamentos*, I (1993) 47, al referirse al enriquecimiento injusto como un "principio general" o a uno de «los principios que inspiran el Derecho civil patrimonial» (id., p. 89).

53. Con todo, la moderna doctrina, al revisar la concepción tradicional del fenómeno del enriquecimiento injustificado, pone en cuestión la concepción unitaria que postula que un mismo principio general y unos mismos requisitos se enfrenten a los distintos supuestos que se enmarcan en ella, postulando hacer una distinción entre grupos de supuestos.[1848]

54. El tema presenta un especial interés en la medida que la acción no está prevista para la tutela de un derecho subjetivo concreto.[1849] Además, se plantea la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento respecto de la acción de daños, frente a lo cual se defiende la acumulación de acciones, a condición de negar su condición subsidiaria.[1850]

Función de la acción

55. Desde otra perspectiva, la acumulación entre las acciones de enriquecimiento y de daños se sostiene sobre la base de la distinción entre los presupuestos de aplicación de cada una de las acciones. Aunque en ambas acciones se plantea un denominador común relativo a un deber de reparación, para ejercitar la pretensión indemnizatoria es preciso acreditar la culpa y el daño, mientras que tales requisitos

---

[1848] V. sobre ello, BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 249-50, para quien el Código civil delimita diversos tipos de *condictio* con efectos distintos, según el supuesto de hecho que lo fundamente. Para este autor, «[l]os arts. 1303 y ss. regulan aquella *condictio* por prestación que se ejercita al liquidar un intercambio recíproco de prestaciones fallido por nulidad o anulación del acuerdo... El cuasicontrato de cobro de lo indebido se encarga de la regulación de una *condictio* por prestación muy singular, la *condictio indebitii*, en la que la prestación se efectúa por error... Por último, el supuesto de hecho de la liquidación del estado posesorio encaja en el ámbito de aplicación dela *condictio* por intromisión».

[1849] LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 438.

[1850] Existe una línea jurisprudencial y doctrinal seguida por Núñez Lagos y Hernández Gil, que postula la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento de manera que ésta encontraría su aplicación a falta de otra acción. V. sobre ello, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 442. Esta posición aún sigue defendiéndose en sentencias recientes. A saber, la STS 12-7-2000, RJA 6686 «Montajes Folgar SA c. Pescanova SA», señala en su FD 3º que la aplicación de la acción de enriquecimiento procede cuando «no cabe otro remedio reparador preferente por lo que la acción restauradora basada en aquel efecto sería subsidiaria de esta otra primaria».

La moderna doctrina y jurisprudencia defienden la concurrencia de acciones. V., como ejemplo, la STS 19-5-1993, RJA 3803 «Francisco c. cooperativistas» FD 4º, al precisar que «[e]l requisito de la subsidiariedad, propio del Derecho italiano, no es unánimemente exigido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia española, y es posible negar la existencia de dicho requisito como regla general». V. ibi, las sentencias citadas.

A favor de la compatibilidad de las acciones indemnizatorio y de restitución, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 105, que defiende que no existen razones de fondo que determinen la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, de manera que puede darse «un concurso de acciones, en el que tampoco hay nada en nuestro Derecho que obligue a los interesados a optar por una u otra, de forma que la regla general debe ser la posibilidad de acumulación de las acciones». En la línea de negar la subsidiariedad, v. también, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 442. Para BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 336, las relaciones existentes entre la acción de enriquecimiento injustificado y la indemnizatoria, aunque la pretensión material de la primera «puede coincidir parcialmente con la de la *condictio*..., esta incompatibilidad parcial y la consiguiente exclusión recíproca en el punto de intersección no provocan ninguna *subsidiariedad*». El mismo autor también descarta la relación de subsidiariedad entre la pretensión de enriquecimiento injustificado y la reivindicatoria, indicando que, en este caso, «la *condictio* puede confluir con la *vidicatio*, sustituirla cuando ésta no es materialmente posible, o quedar excluida como ella cuando la causa de denegación sea jurídica (adquisición de la propiedad, protección *ex* art. 1160)». Sobre la relación entre el Derecho de enriquecimiento y el Derecho de daños, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 97-8; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 437.

no son elemento necesario para la *condictio*.[1851] En este sentido, la acción de enriquecimiento dispone de un ámbito de aplicación más amplio que la indemnizatoria, pues la invasión patrimonial indebida que la sustenta no sólo no precisa del concurso necesario de la culpa como presupuesto de su aplicación, sino que puede ser exigida respecto de comportamientos realizados de buena fe.[1852] Además, en relación al segundo de los elementos mencionados, el objeto de la pretensión es diverso en tanto que la acción indemnizatoria persigue recomponer el daño experimentado en el patrimonio del titular del derecho subjetivo, sin tener en cuenta el aumento patrimonial experimentado por el *accipiens*. Por el contrario, la acción de enriquecimiento contempla las ventajas que ha proporcionado al demandado, con independencia que esta nivelación supere el daño causado.[1853] En este sentido, la función de la *condictio* consiste en complementar una eventual acción reivindicatoria o de resarcimiento por daños y perjuicios.[1854]

b) Supuestos de aplicación legalmente reconocidos

56. Determinadas normas que recogen el principio general antes mencionado pueden ser de aplicación a ciertos casos de infracción del deber de lealtad del administrador respecto de los que se plantea la restitución de los beneficios obtenidos. Dentro de este grupo de supuestos, resulta de interés distinguir entre los casos de uso de bienes de la sociedad y de la posición societaria y de aquellos otros que hacen referencia a la actividad competidora del administrador.

Uso de bienes sociales

57. Los casos que significativamente pueden requerir la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto son, fundamentalmente, los relativos al uso de bienes sociales por parte del administrador. El supuesto puede integrarse dentro del tipo de acción o *condictio* por intromisión que regula los actos de invasión en la titularidad ajena en los cuales el administrador hace un uso no admitido o justificado de bienes y servicios de la sociedad (p.e., a través del aprovechamiento del los servicios de los empleados de la sociedad, del uso de vehículos para funciones ajenas a las del negocio, de ocupación de naves industriales vacías, el uso de maquinaria o instrumentos de la empresa, la aplicación de dinero y otros

[1851] V. PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1682, sub III.3, quien afirma que las sanciones indemnizatorias y de enriquecimiento «operan cumulativamente, no disyuntivamente ... La razón estriba en que sus supuestos de hecho son distintos: la primera opera objetivamente y con independencia de [que] haya habido daño; la segunda requiere negligencia, daño y relación de causalidad con la conducta del socio». Idem, PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 135.

[1852] En este sentido, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 107 (la invasión indebida no ha de ser necesariamente culposa, y pueda ser incluso en ocasiones de buena fe). De su parte, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 437, precisa que «la calificación del enriquecimiento como injusto no arguye necesariamente la comisión de un acto ilícito por el enriquecimiento: no se requiere culpa para que exista lucro indebido, y, en cambio, la culpa da lugar a una indemnización...». En la jurisprudencia, v. la STS 12-7-2000, RJA 6686 «Montajes Folgar SA c. Pescanova SA» FD3º, al indicar que «se prescinde de toda idea de culpa o maquinación originadoras»; la STS 31-3-1992, RJA 2315 «Bilore SA c. apoderado» FD 3º, subraya que «la doctrina del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o un acto ilícito por parte del enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo cual es compatible con la buena fe».

[1853] V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 107, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 437.

[1854] En el caso de la *condictio* o acción por intromisión, cumple ambas funciones. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 107; MIQUEL GONZALEZ, Voz «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2807.

valores a fines personales, etc.).[1855]

58. En tales casos, la pretensión derivada de la *condictio* se basa en una invasión del patrimonio ajeno que genera un enriquecimiento, sin la necesidad de originar un daño al actor, en el sentido de producir una disminución patrimonial.[1856] Además, la acción por intromisión no tiene en cuenta los mecanismos subjetivos de la culpa para la reintegración de los derechos usurpados.[1857]

59. En la medida que en nuestro ordenamiento existe una regulación fragmentaria de supuestos de intromisión, la más reciente doctrina ha reordenado y agrupado los distintos casos en dos categorías: la obligación restitutoria en la usurpación del goce y disfrute de cosa ajena y la obligación restitutoria por incorporación y consumo.[1858]

[1855] El motivo del que el enriquecimiento sea injustificado se deriva de que «en los derechos de carácter absoluto el ordenamiento otorga en exclusiva a una persona determinada todos los provechos que puedan extraerse de un determinado bien o de una determinada situación jurídica». V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 107. En este sentido, la utilización y disfrute indebido de cosas y bienes ajenos, de los derechos de la propiedad, los derechos reales en general, y los derechos de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial son supuestos de aplicación típicos. V. DIEZ-PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa* (1988) 126; id., *Fundamentos*, I (1993) 107; MIQUEL GONZALEZ, Voz «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2807. V. más ampliamente, BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 221-67.

En síntesis, el simple uso de bienes ajenos, de acuerdo con el destino de esa cosa, sin disponer de título para ello, trae consigo el enriquecimiento injustificado. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 108.

[1856] MIQUEL GONZALEZ, Voz «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2807.

[1857] V. en este sentido, BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 332, al señalar que a través de la tarea de armonizar el conjunto de disposiciones de nuestro Código civil que plantean supuestos de intromisión (arts 360, 375, 379.II y 383.I CC y arts. 1897, 1778, 197, 812, 978.III y IV, 645 y 650 CC), «el reconocimiento de una *condictio* por intromisión cohesiona de forma ejemplar el tratamiento de la restitución por intromisión en derecho español: se trata del mecanismo objetivo por el que se reintegran los derechos y facultades usurpados a través de la restitución de su valor de mercado, con independencia de factores subjetivos, tanto en la imputación de la obligación como en la determinación de la medida restitutoria».

[1858] El punto de partida reside en reconocer que la vigente regulación sobre la posesión y la acción no puede dar solución a los distintos problemas que se plantean en el marco de la *condictio* por intromisión (arts. 451 ss. CC). En orden a encontrar soluciones, un planteamiento distinto al que aquí se sugiere reside en entender que las lagunas deben completarse mediante una interpretación extensiva de los casos legalmente previstos o a través de su aplicación analógica. V. DIEZ-PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa* (1988) 123, 126.

Cuando el objeto de la intromisión se refiere al uso de bienes relativos a la propiedad industrial, existen determinadas previsiones al respecto. A saber, la Ley de Patentes contempla en su art. 66 la acción de daños y perjuicios en la cual se deja a elección del perjudicado la determinación de la ganancia dejada de obtener por violación de su derecho a través de un sistema alternativo de tres métodos de los cuales uno de ellos se concreta en los beneficios que el infractor hubiera obtenido de la explotación del invento patentado. En un orden semejante, La Ley de Marcas en su art. 38 establece que la cuantía de las ganancias dejadas de obtener se fijará, a elección del perjudica, con arreglo a los beneficios que haya obtenido el infractor por consecuencia de la violación. Por su parte, la Ley de Competencia Desleal, en su art. 18.6ª, concede la acción de enriquecimiento injusto sólo para los casos de actos que lesionen una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. V. sobre ello, PORTELLANO, *La imitación en el Derecho de competencia desleal* (1995) 146, nota 245.

60. (i) La solución a los problemas relativos a la *condictio* por intromisión que tienen lugar ante el goce y disfrute de cosa ajena se encuentran en la disciplina de la posesión y, en particular, a través de la regla que permite, al amparo del artículo 455 CC, entablar la acción *percipiendi*.[1859] Esta acción, que el ámbito del Derecho de sociedades encuentra aplicación en este supuesto relativo al uso de bienes sociales, permite la restitución no sólo del lucro cesante, sino que además se contempla la acción por el enriquecimiento de los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir.[1860] Para todos los supuestos en que el objeto de usurpación tenga valor de mercado, ya sea para su cesión o arrendamiento, el poseedor resulta deudor del valor de uso de la cosa, en la medida que ha significado un goce para sí mismo.[1861]

61. Si tenemos en cuenta que la medida de valor de reintegración son los "frutos percibidos", se puede fundamentar la pretensión restitutoria sobre la base del enriquecimiento y no necesariamente sobre los daños causados al propietario, hecho que permite establecer que toda *condictio* por intromisión en el goce y disfrute encuentra su fundamento en la norma prevista en el artículo 455 CC.[1862] La

---

[1859] V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 108, y, ampliamente, BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 225-67.

[1860] En caso de que el poseedor de mala fe disfrute de la cosa ajena y no cabe acreditar un daño en el patrimonio del propietario ni la obtención de frutos, no sólo debe restituirse la cosa sino que además debe compensarse el goce o disfrute indebidamente usurpado. Seguimos el argumento de BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 262, para quien en tales casos, el valor del disfrute apropiado «corresponde precisamente a la renta que hubiera tenido que satisfacer para poseer de forma legítima». Para MIQUEL GONZALEZ, Voz «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2807, «el poseedor de mala fe está obligado a restituir el valor de los frutos percibidos y también el de los que el propietario podría haber percibido.

[1861] La medida trata de reintegrar el derecho de propiedad usurpado a través de la restitución del valor de goce de la cosa. V. esta idea en BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 263, para quien «[d]epurando la lógica de la ley, la restitución de los frutos percibidos aparece como la *restitución del valor de uso de la cosa fructífera*, lo cual nos permite extender el ámbito de aplicación de la pretensión a todos los supuestos en los que la cosa objeto de usurpación tenga una renta de uso o precio por cesión en el mercado (sin necesidad de que sea cosa fructífera en sentido estricto); lógica que resulta explícita en otros lugares del Código civil, como ocurre con los artículos 1.547 y 533.II en materia de arrendamiento». En términos más genéricos, v. DIEZ-PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa* (1988) 123-4, para quien la doctrina del enriquecimiento injustificado obliga a reconocer al propietario «el derecho a recibir el valor que se asigne a la posibilidad de uso que en este caso se habría obtenido».

La idea que aquí se sigue concuerda con el reconocimiento legal de una deuda de intereses dirigida al gestor por el uso de bienes (arts. 1682.II CC; 1724 CC; 264 CdC). V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 106; CAPILLA, *La sociedad civil* (1984) 192; PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1682, sub II.2. Lo relevante en tales casos de gestión de bienes ajenos reside en que el ordenamiento ha querido excluir, de forma explícita, la posibilidad de un comodato, esencialmente gratuito (art. 1740.II CC) o un préstamo (mutuo) sin interés (art. 1740.III CC). El arrendamiento de bienes o de servicios se consideraran hechos por precio cierto, tal como así lo establecen los arts. 1543 y 1544 CC. V. DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 398, al señalar que en tales casos «no serán permisibles la donación y el comodato, éste en realidad es una donación de uso».

[1862] En este sentido, el «el poseedor que no obtiene frutos pero goza de la cosa está obligado a restituir el valor de goce». V. BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 264: «Una vez aceptada la naturaleza reintegradora de la obligación de restituir frutos percibidos por parte del poseedor (de todo poseedor no privilegiado por el art. 451),

pretensión restitutoria vista en tales términos no presenta carácter indemnizatorio, con independencia de la legitimidad de la acción por daños, hecho por el cual puede reclamase el enriquecimiento al usurpador aún cuando no exista daño alguno por parte del propietario.[1863]

62. Frente a tales supuestos, sólo cabe excepcionar aquellos casos contemplados en el artículo 451 CC, cuya norma privilegia al poseedor de buena fe al eximirle de la obligación de restituir los frutos percibidos (valor de goce). El supuesto entendido en su limitado ámbito de aplicación relativa a la buena fe posesoria no perturba el carácter explicativo de la tesis expuesta.[1864] En todo caso, el administrador que incumpliendo sus deberes de lealtad hace uso de los bienes sociales, no podría beneficiarse de esta disposición, pues debe considerarse como un poseedor de mala fe.[1865]

63. (ii) El segundo grupo de casos comprendidos en la acción de enriquecimiento se refiere a los supuestos de incorporación y consumo de cosa ajena por parte del usurpador. En este caso, la *condictio* por intromisión encuentra apoyo legal en la norma contenida en el artículo 360 CC, que sirve de norma-tipo para construir una doctrina general sobre este conjunto de supuestos.[1866] La mencionada disposición

---

el art. 455 se nos presenta como el fundamento normativo de la *condictio* por la que se restituye el valor de disfrute del bien usurpado».

[1863] V. BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 266-7. Cfr. con MIQUEL GONZALEZ, Voz «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2807, para quien en la obligación de restitución del poseedor de mala fe concurren «dos pretensiones, una por los daños (frutos que el propietario podría haber percibido) y otra por el enriquecimiento (frutos percibidos por el poseedor de mala fe)».

La distinción entre las acciones indemnizatoria, reivindicatoria y de enriquecimiento en el caso de uso de bienes sociales ha sido explícitamente recogida por el art. 135 CdC. V. GIRON, *Derecho de sociedades*, I (1976) 497; PAZ-ARES, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 625. En términos semejantes, v. el art. 264 CdC, que obliga al comisionista a abonar el capital recibido para el encargo, su interés legal y además los daños y perjuicios originados.

[1864] La norma prevista en el art. 451 CC según la cual el «poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión» presenta un carácter excepcional al atribuir el valor de disfrute del objeto indebidamente poseído a quien adquiere con in título válido pero ineficaz por su procedencia a non domino. V. sobre ello, BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 247, 250-1, 264-5.

[1865] Lo mismo cabe aplicar para la adquisición de buena fe de bienes muebles, prevista en el art. 464 CC. Sobre esta disposición, v. MONTES PENADES, Voz: «Acción reivindicatoria», EJB, I (1995) 135.

[1866] Según el art. 360 CC el «propietario del suelo que hiciere en él, por sí o por otro, plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y si hubiere obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios...». Los arts. 360, 375, 379.II y 383.I CC establecen que el dueño está legitimado para exigir su valor de la cosa, excepto cuando la cosa sea enajenada por precio, en cuyo caso habrá que estar al precio como medida de restitución (así cabe deducirlo de los arts. 1897, 1778, 197, 812, 978.III y IV, 645 y 650 CC). V. sobre ello, BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 299, quien construye la disposición del art. 360 CC como «la norma-tipo que otorga las bases para la construcción en nuestro ordenamiento jurídico de una *condictio* por intromisión de carácter general que permite la resolución de conflictos usurpatorios derivados de incorporación, enajenación (siempre quede ésta no se derive un *precio*) o consumo de cosa ajena, como supuestos con factor común en la irreivindicabilidad del objeto de la usurpación, a través de la concesión de una pretensión de cobro del *valor* de aquella (valor del mercado en el momento de la incorporación enajenación o consumo, actualizado. En los supuestos de enajenación en los que

recoge la incorporación de bienes ajenos en el suelo propio y el consiguiente efecto de la reintegración de su valor más el resarcimiento de los daños y perjuicios si se ha obrado de mala fe. La cuestión que aquí se plantea reside en que el propio ordenamiento al conceder el efecto atributivo de la accesión impide el ejercicio de la acción reivindicatoria. De esa suerte, el enriquecimiento producido por parte del usurpador puede compensarse a través de la pretensión derivada de la acción restitutoria reclamando el valor equivalente de los bienes usurpados.[1867]

64. La incorporación de bienes ajenos en suelo propio es a su vez un supuesto que presenta analogía con el de consumo de cosa ajena, al que cabe aplicarle los mismos principios.[1868]

Actos de doble gestión (comisiones)

65. Otro supuesto típico en el que se produce una actuación desleal del administrador tiene lugar cuando éste usando de la posición societaria realiza actos de doble gestión no autorizados.[1869] En tales hipótesis, el administrador desarrolla una doble actividad, contratando en nombre y por cuenta de la sociedad frente a terceras personas con las cuales el administrador mantiene una relación gestora. Si de tales conductas el administrador obtiene comisiones u otros beneficios contrarios a las exigencias de la lealtad del gestor, que no puedan acreditarse como un daño para la sociedad, corresponde aplicar la acción de enriquecimiento.[1870] La particularidad de su tratamiento en este epígrafe deriva de su previsión legislativa en el artículo 1720 CC, según la cual el mandatario debe abonar al mandante «cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando no se debiera al segundo».[1871] Lo

---

existe un precio, éste juega el papel de liquidación abstracta del enriquecimiento, simplificando así la operación de determinación del valor restituible».

[1867] Seguimos el argumento de BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 292-3, quien añade que «la pretensión restitutoria encaja a la perfección con la idea de una *condictio* por intromisión de carácter objetivo (cuasicontractual) dirigida a la reintegración del derecho usurpado a través de la restitución de su valor, sin tener en cuenta su la condición subjetiva (buena o mala fe) del enriquecido ni la repercusión particular de lo obtenido en el patrimonio de éste».

[1868] V. BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 292-3, quien no encuentra «ningún obstáculo en aceptar que el fenómeno de la incorporación en suelo ajeno sea equiparable al supuesto de consumo de cosa ajena». La asimilación radica.«en la identidad del conflicto de intereses, y en la existencia de motivos que justifiquen la diferenciación». La idea que relaciona la accesión y el enriquecimiento injustificado fue apuntada por DIEZ-PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa* (1988) 122-3.

[1869] V. Cap. 5º, núms. 50, 84; *infra*, sub.5.

[1870] En primer lugar debe considerarse la delimitación de lo que puedan entenderse como las ganancias lícitas derivadas de la ejecución de actos de gestión admitidos, de aquellas otras que son el resultado de actos contrarios al deber de lealtad, pues sólo respecto de aquellas comisiones obtenidas a consecuencia de aplicaciones no autorizados se plantea la cuestión de si significan un enriquecimiento desleal. En estos términos, la cuestión planteada consiste en saber si la sociedad puede reclamar al administrador por la vía del enriquecimiento injusto aquellas comisiones obtenidas por éste cuando la aplicación no ha sido autorizada, pero sin embargo el negocio válido y eficaz por ser la contraparte un tercero de buena fe (v. infra). Siendo que el administrador ha realizado un acto desleal del que, además ha obtenido un beneficio, por la doble gestión realizada, si no puede acreditarse un daño a la sociedad, ésta sólo podría acudir a la acción de enriquecimiento injustificado.

[1871] V. Cap. 4º, núm. 48, interdicción de beneficios o ventajas.

Para LLEBOT, “El sistema de la responsabilidad de los administradores”, RdS 7 (1996) 70, el fundamento de la obligación de restituir «consistiría en aplicar analógicamente el artículo 1720 CC». El autor señala (id., p. 70, nota 69) que «el comentario al art. 1611, equivalente al vigente

recibido en virtud del mandato incluye aquellos pagos o comisiones que aunque no signifiquen una ejecución de su mandato, no se hubieran obtenido de no ser por el uso del cargo que ha hecho el administrador.

Actos de competencia

66. Al lado de los casos de uso de bienes, cabe preguntarse si la acción de enriquecimiento injusto puede ser de aplicación a los actos de competencia del administrador con la sociedad. La afirmación de su reconocimiento en el Derecho de sociedades personalistas, y su consiguiente aplicación analógica y extensiva a otros supuestos se debe a la regulación de las relaciones internas entre los socios y la sociedad en dos tipos de supuestos. Por una parte, en la hipótesis de prohibición de competencia dirigida a los socios industriales (arts. 1683 CC y 138 CdC) y, por otra, en la interdicción de competir dirigida a los socios de sociedades colectivas que no tengan género de comercio determinado (art. 136 CdC).[1872]

67. Sin embargo, tales supuestos legales están pensados para regular las relaciones entre el socio y la sociedad en supuestos particulares. De un lado, en el caso del socio industrial, la norma se justifica por la dedicación exclusiva a la actividad societaria exigible al socio industrial, en la medida que la prohibición de competencia está en consonancia con el hecho de que si realizara negocios no autorizados fuera del ámbito societario estaría defraudando su aportación a la sociedad, además de actuar deslealmente.[1873] De otro lado, la razón que legitima la reclamación al socio de las ganancias obtenidas en negocios ajenos a la sociedad en sociedades con un objeto social omnicomprensivo se basa en el hecho de que la sociedad tiene como fin realizar todo tipo de negocios, de lo que se desprende que cualquier negocio que realice el socio sin autorización tendría un efecto

---

1720, GARCIA GOYENA, después de aludir a la obligación de restituir incluso los regalos recibidos por el mandatario, señala, lacónicamente, que "(...) (el) mandatario no debe aportar lucro ni daño" [GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, Zaragoza , 1974, esp. pg., 842]». Idem, LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 93, nota 96, al final.

[1872] Al respecto PORTELLANO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio* (1996) 130, ha defendido que aunque en las normas previstas en los artículos 1683 CC y 136 CdC «se emplee el *nomen iuris* "acción de enriquecimiento injusto", se trata en ambos casos de tal acción, puesto que los beneficios obtenidos por el infractor de la prohibición de competencia pueden exceder del perjuicio (daño emergente y lucro cesante) causado a la sociedad». Ambos preceptos fundan una *condictio* por intromisión basada en la teoría de la atribución, se aplica tanto a los socios como a los administradores y se extiende a la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada (id., p. 132). V. también, PAZ-ARES, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1682, sub III.3, al indicar que la infracción de la obligación de no competencia desencadena la acción de indemnización de daños y perjuicios (art. 1686 CC) y «la devolución del enriquecimiento» (art. 1686 CC).

Cfr. con RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 310, quien señala que «el deber de aportar a la sociedad el beneficio líquido derivado del acto de competencia o, si hubiere pérdidas, soportarlas individualemente...» se trata de una sanción de tipo indemnizatorio.

[1873] V. PAZ-ARES, *Comentario del CC* (1991) art. 1683, sub.II.1 y 2, que frente a quienes postulan que el art. 1683 contempla el incumplimiento parcial de su obligación de aportar [CAPILLA, *Comentarios Edersa*, XXI.1, p. 273] señala que «quedaría sin explicación que el art. 136 CdC, que contempla esta sanción tanto para el socio capitalista como para el socio industrial que contravengan sus deberes de no competencia». Sin embargo, el autor no señala que el supuesto previsto en el art. 136 CdC –prohibición de competencia en sociedades sin determinación del objeto- no se contempla en la regulación de la sociedad civil, mientras que, por otro lado, la regla relativa al socio industrial resulta coincidente en las dos formas sociales, civil y mercantil, ex arts. 1683 CC y 138 CdC.

competitivo para la sociedad.

68. De lo señalado se desprende que ambos supuestos están pensados para establecer un régimen especial que da solución a casos particulares y consiguientemente no ofrecen una solución generalizable a todo supuesto de competencia realizado por el administrador de la sociedad. Con ello se quiere significar que aunque la acción de enriquecimiento encuentra un soporte o fundamento legal limitado, ésta puede ejercitarse, no tanto por vía analógica, cuanto por responder a la aplicación del principio general que prohíbe el enriquecimiento sin causa y que, además, concuerda con las disposiciones antes mencionadas.[1874]

Otros supuestos

69. Otros casos de aprovechamiento de beneficios por parte del administrador desleal distintos a los anteriores, no encuentran previsión en disposición general alguna. Ejemplos de ello, pueden encontrarse en los beneficios obtenidos del uso de información societaria o de oportunidades sociales en los que no se da el presupuesto de la actividad competidora antes mencionada. También deben considerarse de este grupo los casos de enajenación de bienes del principal por parte del gestor, particularmente cuando el propietario no dispone de una acción reivindicatoria y la de daños no cubre todo el beneficio obtenido por el gestor.[1875]

70. En estos y otros casos de características comunes en los que no se dispone de una regla legal precisa para su aplicación, y no cabe la aplicación analógica o extensiva, es preciso aplicar directamente el principio general relativo al enriquecimiento injusto, atendiendo a los presupuestos exigidos por nuestra jurisprudencia.

c) Presupuestos de aplicación

71. La aplicación de la doctrina tradicional del enriquecimiento injusto queda condicionada al cumplimiento de los presupuestos que la informan.[1876]

[1874] El principio que establece el deber de reintegrar el beneficio obtenido por el gestor también se encuentra en el art. 288.II CdC, al determinar que serán para el principal los beneficios de la negociación hecha por el factor que actúe por su cuenta y sin autorización, en negocios del mismo género a los que realiza a nombre de su principal.

[1875] Para BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 294, la hipótesis de enajenación de cosa ajena puede tratarse de igual forma que la incorporación en suelo propio, pues «en ambos casos la reivindicación resulta inviable por una acción del obligado a restituir».

[1876] Tales presupuestos no han sido construidos para los casos de deslealtad en las relaciones gestoras y es preciso una tarea de adaptación que no siempre resulta fácil. Al respecto, LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 93, nota 96, indica que la obligación de restitución por aplicación a la doctrina del enriquecimiento injusto «choca con alguno de los presupuestos de la citada doctrina, sin embargo, no se nos antoja imposible una adaptación a la misma». V. también, LLEBOT, "El sistema de la responsabilidad de los administradores", RdS 7 (1996) 70.

Sobre los presupuestos tradicionales, v. las críticas de BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 337, quien afirma que tales requisitos «poco pueden hacer ya por vertebrar la pretensión de enriquecimiento injustificado, salvo que queramos volver a abandonarla en el baúl de la equidad. La propuesta "tipológica", por el contrario, permite cubrir los supuestos de enriquecimiento injustificado no contemplados expresamente por el legislador a partir de principios y criterios extraídos por el propio ordenamiento jurídico positivo, guardando así una completa coherencia valorativa con éste, y ayudando a una mejor comprensión

Enriquecimiento del administrador

72. El primer presupuesto se relaciona con el enriquecimiento obtenido por el administrador, que se concreta en una ventaja, utilidad o provecho de carácter económico.[1877] En este apartado caben incluirse las adquisiciones de bienes, la obtención de créditos, el uso temporal de un bien, la liberación de una obligación o gravamen, el aprovechamiento de los servicios de otro, el consumo de bienes ajenos, etc.[1878]

73. El enriquecimiento puede ser positivo o negativo. En el primer caso, el enriquecimiento puede producirse a través de un incremento del activo patrimonial o de una disminución del pasivo del interesado.[1879] Por su parte, el enriquecimiento negativo evita la producción de una disminución del patrimonio, a través del ahorro de un gasto que debería realizar el gestor, tal como sucede en los supuestos de la *actio* por intromisión.[1880]

Empobrecimiento del actor

74. El segundo presupuesto se refiere al empobrecimiento del actor, en el sentido de que la ganancia o ventaja obtenida por el administrador debe producirse a costa de un sacrificio o pérdida económica de la sociedad.[1881] Este fenómeno se produce, en primer lugar, cuando el empobrecimiento es el resultado de la salida de un valor del patrimonio de la sociedad demandante, en cuyo caso, existe una relación causal directa entre el empobrecimiento de la sociedad y el enriquecimiento del administrador. Por ejemplo, el administrador puede haber recibido bienes entregados o suministrados por la sociedad sin haber satisfecho su precio; el empobrecimiento puede tener su causa en que el administrador haga uso de un bien o que la sociedad preste servicios no retribuidos al

---

del fenómeno restitutorio en aquellas otras *condictiones* que sí han sido objeto de regulación positiva».

[1877] V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 100; MIQUEL GONZALEZ, Voz: «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2806; V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 439. Cfr. con BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 333, al indicar que «la determinación del enriquecimiento deberá diferenciarse en función del "tipo" de *condictio* por el que se pretenda la restitución de aquél. Así, en los supuestos de uso y disfrute de cosa ajena basta que se produzca la hipótesis usurpatoria para apreciar la existencia de un enriquecimiento, sin necesidad de que el intromisor haya llegado a gozar realmente de éste; la reintegración del derecho usurpado procede con independencia de que el intromisor haya llegado o no a enriquecerse de forma efectiva (por hipótesis *pudo hacerlo*, y esto es suficiente de cara a la *condictio*). En cuanto a los supuestos de consumo o disposición de cosa ajena, la *condictio* prospera aunque el intromisor no haya ahorrado gastos (igual da que el consumo o la disposición sean antieconómicos)».

[1878] V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 100-1; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 438.

[1879] DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 101.

[1880] Tal como señala DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 102, «la no realización de un gasto es equivalente a un ingreso. Por esto pueden comprenderse dentro del concepto de enriquecimiento negativo todos aquellos casos en que hay un consumo de cosas pertenecientes a un tercero, el aprovechamiento de servicios llevados a cabo por un tercero o de abstenciones realizadas por un tercero, siempre que el beneficio haya evitado de esta forma un gasto que de otra manera hubiera tenido que hacerse». V. MIQUEL GONZALEZ, Voz: «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2806.

[1881] DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 102. Según el autor, debe «existir una relación casual entre el enriquecimiento y el empobrecimiento del actor. Es preciso que el empobrecimiento del actor sea precisamente la causa del enriquecimiento del demandado».

administrador.[1882]

75. En segundo lugar, el empobrecimiento de la sociedad que da lugar al enriquecimiento del administrador puede ser el resultado de un desplazamiento patrimonial de la sociedad hacia un tercero, que actúa de sujeto intermedio a los fines de que el bien ingrese en el patrimonio del administrador. En tal caso, se produce una atribución patrimonial indirecta, dónde lo relevante descansa en el desplazamiento patrimonial verificado a través de un sujeto intermedio.[1883] Consiguientemente, el centro de atención se dirige a «la existencia de un vínculo de conexión suficiente entre empobrecimiento y enriquecimiento».[1884]

76. Con todo, es preciso reconocer que el concepto de empobrecimiento de la sociedad resulta cercano al del daño, cuya distinción en sus zonas fronterizas plantea ciertas dificultades. En este sentido, este presupuesto resulta discutido por la reciente doctrina que debate su necesidad e idoneidad.[1885] La base argumental que excluye el empobrecimiento del actor como requisito de la acción se encuentra en que es preciso separar los conceptos de daño y de restitución, tal y como se desprende de las disposiciones legales que regulan los supuestos más representativos de enriquecimiento injusto.[1886]

Ausencia de causa

77. El tercero de los presupuestos se refiere a la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento del administrador y el empobrecimiento de la sociedad.[1887] El demandado se encuentra en esta situación cuando no puede alegar ninguna razón válida en Derecho que le exima de restituir.[1888] La atribución se entiende justificada ya sea porque el ordenamiento autoriza tal consecuencia o porque existe un negocio jurídico válido y eficaz que la ampara.[1889] La idea rectora de

---

[1882] V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 102; MIQUEL GONZALEZ, Voz: «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2806; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 439.

[1883] La doctrina admite la acción de enriquecimiento en casos de atribución patrimonial indirecta, denominada acción "in rem verso". V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 102-3; MIQUEL GONZALEZ, Voz: «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2806; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 443-4. Lo mismo sucede entre la jurisprudencia. V. STS 12-7-2000, RJA 6686 «Montajes Folgar SA c. Pescanova SA», FD 3º.

[1884] V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 444.

[1885] V. BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 334, quien señala que el empobrecimiento «ni constituye un requisito esencial de la pretensión, ni un parámetro limitador del alcance económico de ésta».

[1886] Según BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 334, los «dos artículos más representativos que en nuestro Código civil fundamentan la *condictio* por intromisión (arts. 455 y 360) evidencian la separación entre el fenómeno restitutorio y el indemnizatorio. También en la liquidación de una relación obligatoria nula o anulada son perfectamente distinguibles la restitución de las prestaciones de la eventual responsabilidad por daño que las partes pudieran imputarse entre sí. El daño, si existe (lo cual no es obvio en todos los supuestos de enriquecimiento injustificado, y menos en los intromisivos), debe poder ser indemnizado conforme a las exigencias de la responsabilidad civil. La pretensión material de la acción de daños podrá coincidir parcialmente... con la de la pretensión de enriquecimiento injustificado, pero no por ello debe entenderse que el daño constituye un elemento de ésta».

[1887] V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 103-4; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 439-40; MIQUEL GONZALEZ, Voz: «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2806; BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 335.

[1888] V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 439.

[1889] V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 104.

este requisito propio de la *condictio* por intromisión se relaciona con el contenido de derechos y facultades que el ordenamiento concede a las personas respecto de su patrimonio (atribución patrimonial directa) y de la posición jurídica que una persona tiene respecto de otras (atribución patrimonial indirecta).[1890]

78. En esta tesitura, el administrador como persona que actúa por cuenta e interés del principal, no puede justificar aquellas atribuciones no autorizadas que corresponden a la sociedad. La falta de causa en el enriquecimiento se explica y concreta a través de la aplicación del principio general que prohíbe al gestor la obtención de beneficios personales en el curso del desarrollo de la actividad gestora, salvo consentimiento del principal.[1891] En la medida que el administrador no ha sido autorizado para el uso de los bienes y servicios como parte de su remuneración no queda legitimado a la atribución de las ventajas o beneficios que se deriven del mismo.

[1890] V. BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (1998) 335, quien señala que «[l]a idea de "contenido de atribución", entendiendo éste por el "monopolio de explotación" que algunos derechos y posiciones jurídicas conceden a sus titulares sobre el objeto de los mismos, es la clave de acceso a la protección que otorga esta *condictio*. Los límites a estos monopolios están fundamentalmente representados por la dimensión irreductible de la libertad de actuación y por la existencia de un mercado lícito en el que los bienes o facultades usurpados puedan ser objeto de transacciones a cambio de un precio (de otra forma, difícilmente podrían ser reintegrados económicamente). Otros límites a los ámbitos de exclusividad protegidos por la *condictio* son los contemplados de forma específica por la ley: así, el artículo 451 CC consagra la atribución del valor de goce al poseedor de buena fe, limitando de esta forma el contenido de atribución del derecho del propietario (art. 354 CC)...».

[1891] V. Cap. 4º, núms. 48, 49; v. Cap. 5º, núm. 133; v. *supra*, núm. 50.

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

a) Planteamiento. Reglas aplicables a los administradores con poder de representación

Conductas no autorizables

79. El punto de partida para analizar los efectos de la deslealtad en la contratación interesada reside en considerar la distinción entre dos tipos de conductas sujetas a principios y sanciones distintas. En primer lugar, procede deslindar los casos de actuación interesada respecto de las cuales no procede su autorización por la sociedad, ni esta trae consigo efecto alguno. Entre los actos que no resultan autorizables pueden señalarse aquellos actos o negocios que puedan ser calificados de apropiación indebida, o formar parte de actos de estafa o de administración desleal.[1892] La norma aplicable a las conductas no autorizables reside en la prohibición absoluta de actuar en conflicto de intereses.[1893] En estos términos, el régimen de ineficacia que corresponde a los actos y negocios desleales comprendidos en esta prohibición se basa en la sanción de nulidad absoluta prevista con carácter general en el artículo 6.3 CC para regular la eficacia de los «actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas».

80. El ámbito de aplicación subjetivo del supuesto se platea respecto de todos los administradores, con independencia de que sean titulares o no del poder de representación. Es decir, que la sanción de nulidad frente a la prohibición absoluta de determinados comportamientos se aplica a todos los casos de contratación interesada, incluyendo tanto los supuestos de autocontratación como los casos de simple contratación.[1894]

Conductas autorizables

81. El planteamiento se suscita en términos distintos a la hora de determinar los efectos de la contratación no autorizada, pero autorizable, practicada por el administrador interesado. Al considerar la validez y eficacia de los actos y negocios derivados de la misma, la cuestión planteada consiste en saber si al administrador que contrata en su condición de representante (propiamente, autocontratación), se le aplica el mismo tratamiento jurídico que los supuestos de contratación del administrador que no reúne tal condición (simple contratación). Aunque a primera vista, pueda desprenderse que resulta lógico un único régimen para dos supuestos análogos, la ausencia de una solución legal que unifique la diversidad de supuestos, exige considerar una hipotética dualidad de expedientes de acuerdo con las normas generales que les puedan resultar de aplicación. A estos efectos, a continuación analizamos la solución dada por nuestro ordenamiento a los casos de autocontratación y más adelante hacemos mención a los casos de simple contratación.

82. El análisis del régimen aplicable a los actos y negocios interesados ejecutados por los administradores actuando en representación de la sociedad, desplaza el centro de atención al instituto de la representación. En defecto de un régimen sancionador específico que reglamente la contratación del administrador desleal, cabe considerar que la eficacia de ese comportamiento encuentre su fundamento en el

---

[1892] Sobre estos delitos y su conexión con la deslealtad del administrador, v. *infra*, sub. 6.

[1893] V. Cap. 5º, núm. 136.

[1894] Sobre la distinción entre autocontratación y simple contratación, v. Cap. 5º, núms.82 y ss..

régimen general de la representación. Al respecto, el estatuto orgánico del administrador no significa una especialidad que impida su aplicación directa.[1895]

La interdicción de la autocontratación como marco de referencia normativo

83. El conjunto de reglas propias de la representación que se aplican a los actos de deslealtad del administrador en su actuación como representante de la sociedad se individualizan en la denominada doctrina de la autocontratación.[1896] En este sentido, el supuesto de deslealtad del administrador cumple con los presupuestos de la autocontratación: la existencia de un conflicto de intereses entre el representante y su principal y la ejecución de un negocio jurídico en el que el representante está interesado. Además, ello resulta concordante con las exigencias del Derecho de sociedades en virtud de la remisión al representante

[1895] V. ESTEBAN VELASO, «Organización y contenido del poder de representación de la sociedad frente a terceros», *La reforma del derecho español de sociedades de capital* (1987) 442. Cfr. con ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 470, para quien la aplicación del régimen general de la representación se aplica a los casos en que «el ejercicio del poder de representación no es precedido de un proceso previo de formación de la voluntad orgánica» y limitado a los casos de abuso de poder («aquellos supuestos en los que el representante actúe en el ejercicio de tales funciones en interés propio o ajeno y en detrimento del interés del representado». De estos supuestos distingue los casos de «exceso o extralimitación del poder», respecto de los cuales «la LSA cuenta con un régimen particular establecido en el art. 129». V. sobre ello, id., pp. 470-6.

[1896] La doctrina coincide en que procede aplicar las reglas generales de la autocontratación (autoentrada y doble representación) a los administradores. V. GIRON, *Derecho de sociedades anónimas* (1952) 370-1; FERNANDEZ DEL POZO, "La sociedad de capital de base personalista", RGD (1994) 5460; CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 671-2.

Desde otra perspectiva se ha venido entendiendo que la regla establecida en el art. 1459.2º CC resulta de aplicación a los administradores, ya sea a través de una interpretación extensiva de la norma, ya sea por aplicación del principio en él contenido. V. GARCIA VALDECASAS, A., "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP (1960) 459 (el término mandatario se refiere a cualquier relación de gestión); MANRESA, *Comentarios al CC español*, X.1 (1969) 184 (la incapacidad del mandatario prevista en el art. 1459.2 CC comprende a los administradores y gerentes); GARCIA CANTERO, «Art. 1459 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales*, XIX (1980) 136-7 (la prohibición alcanza a los administradores y gerentes de las sociedades mercantiles); DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 75; HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1722-3 (la prohibición prevista en el art. 1459-2 CC afecta a todos los administradores de la sociedad). Para VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 661-2, el art. 1259.2º CC expresa un principio general «que puede aplicarse sin esfuerzo al supuesto de los administradores (que ostentan un mandato de administración general de la sociedad)». Entre la jurisprudencia, v. la STS 18-5-1999, RJA 3476, «Equipamientos civiles, SA c. Dña Joaquina y otras» (venta del único inmueble de la sociedad a la madre de una administradora por 1/4 del importe de su valor).

Cfr. con la idea de que la prohibición del art. 1459.2º CC ya no es aplicable a los administradores, como resultado del abandono de la calificación de mandatarios para los administradores. V. LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 105-6, quien señala que la LSA 1951 al abandonar la calificación de mandatarios para los administradores y adoptar la teoría orgánica se modificó el régimen al que quedan sometidos los contratos que los administradores concluyan con la sociedad en el sentido de que «en la actualidad sobre los administradores ya no pesa la prohibición que establece el artículo 1459.2 del CC». V. también la opinión de DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 432, quien sólo hace una referencia a la aplicación a los gerentes de las sociedades, sin referirse explícitamente a los administradores en general.

Sobre la aplicación de la autocontratación en el Derecho comparado, v. Cap. 2º, núm. 42, para Bélgica; núm. 21, para Francia; núm. 94, para Italia; núm. 136, para Alemania.

leal, prevista en las modernas leyes de sociedades.[1897]

84. Con todo, el fenómeno de la autocontratación se enfrenta con el problema de la ausencia de regulación positiva que reconozca la figura en nuestro Derecho positivo, lo cual pone de manifiesto la existencia de una laguna legal en nuestro ordenamiento.[1898] Junto a ello, en torno a su configuración dogmática, ha generado controversia su admisibilidad y acogimiento como figura contractual, por el hecho de que una sola persona emita dos o más declaraciones de voluntad en un solo acto.[1899] El reconocimiento de la figura no trae consigo la exigencia de requisitos formales especiales, a condición de que la voluntad declarada haya sido exteriorizada en alguna de las formas generales previstas en nuestro ordenamiento, con el fin de evitar revocaciones ocultas y unilaterales.[1900]

85. La doctrina de la autocontratación se construye desde una doble perspectiva. Un primer enfoque postula que el régimen de la autocontratación encuentra su fundamento en la reglamentación de los supuestos legalmente previstos, respecto de los cuales procede acometer una interpretación extensiva de su contenido normativo. Esta doctrina se basa sobre dos proposiciones fundamentales.

86. Primera, la prohibición de compra del mandatario permite inferir una prohibición

---

[1897] Sobre la remisión tipológica al representante leal, v. Cap. 4º, núms. 39-42. V. también, LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 106.

[1898] Sobre su consideración como una laguna legal, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 200; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 90; id., "Comentario a la RDGRN 29-4-1993", CCJC (1993) 365. V. también, HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1711; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 281.

[1899] En torno al debate relativo a su admisibilidad, v. TRAVIESAS, "La representación y otras instituciones afines", RDP (1923) 33-6; DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 339-61; ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 144-50; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 202-6; LEON ALONSO, «Arts. 1718 y 1719 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 226-8; CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 670-1; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 48-66. V. también, FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 949-50.

En favor de la autocontratación como declaración unilateral, v. DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 350; como declaración unisubjetiva pero con estructura bilateral, v. ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 147, 149; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 66 («declaración negocial de producción intersubjetiva y estructuración bilateral»; en favor de su consideración como un contrato, con independencia de su configuración como negocio bilateral o unilateral, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 206; sin atender a su configuración, pero admitiendo la figura en nuestro Derecho, ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 801. V. también, FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 951, para quien, dada su excepcionalidad, la admisibilidad de la autocontratación en el ordenamiento alemán se funda en su reconocimiento legal.

[1900] Tal como indica DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 377, para que el autocontrato produzca efectos frente a terceros es preciso una declaración formal. Sobre la idea de evitar las revocaciones secretas, v. ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 149-50 (la validez de la autocontratación no basta que la declaración sea escrita, sino que exige su comunicación); ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 802 (a falta de exteriorización debida, no hay declaración); DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 190-1. V. también, FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 942-3 [942], para quien no es preciso la comunicación al representado.

general de la autocontratación en los supuestos de conflictos de intereses en el ámbito de la representación.[1901] En esta dirección, la prohibición de autocontratación se extendería por analogía a otros supuestos de contraposición de intereses, más allá de la representación legal, la autocompra del mandatario y la relación entre el comisionista y el comitente.[1902]

87. Segunda, de la autorización al comisionista a autocontratar se infiere la admisibilidad de la autocontratación mediando autorización del representado o poderdante.[1903]

88. Desde una segunda perspectiva, el régimen jurídico que completa la laguna legal relativa a la autocontratación deriva de la aplicación de principios generales a través de los cuales debe integrase la figura.[1904] Los principios que fundamentan el

---

[1901] ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 801 (las prohibiciones legales de autocontratación implican la admisión de una regla general); GARCIA VALDECASAS, "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP (1960) 456-62 [457] (la interpretación extensiva puede ser necesaria para que un precepto prohibitivo cumpla su finalidad); DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (1995) 42 (de las normas legales se infiere una prohibición de la autocontratación); id., *Sistema*, I (1995) 599 (la interpretación estricta del art. 1459 CC conduce al absurdo); CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 671 (del art. 1459 CC «podría inferirse un principio prohibitivo de la autocontratación en nuestro ordenamiento»).

[1902] V. ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 801 (la prohibición se extiende por analogía); GARCIA VALDECASAS, "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP (1960) 458 (a los efectos de la prohibición, expresión mandatario del art. 1459 CC comprende «todos los casos de apoderamiento cuyo ejercicio pueda traducirse en el conflicto de intereses que ella quiere evitar»); id., p. 459 (el término de mandatario comprende «tanto al apoderado como al carente de poderes» así como «cualquier relación interna de gestión por cuenta ajena y origen voluntario en que puedan surgir la incompatibilidad de intereses»); ALBALADEJO, *Derecho civil*. I.2º (1989) 393; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (1995) 42 (la prohibición debe regir e supuestos análogos).

Cfr. con la doctrina que niega la aplicación extensiva y analógica de las prohibiciones legales de supuestos de autocontratación. V. GARCIA CANTERO, «Art. 1459 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales*, XIX (1980) 136, quien entiende que no puede sostenerse que el principio de prohibición de la autocontratación pueda considerarse implícito en el art. 1459.2º CC ni que esté acogido en el art. 267.I CdC por razones generales, pues a pesar de que las normas previstas en ambos artículos tengan carácter prohibitivo, existen importantes diferencias entre ambas. (i) El art. 1459 CC no contiene excepción alguna, de forma que la prohibición de compra al mandatario debe considerarse absoluta. (ii) El art. 267.I CdC admite la autorización del comitente y (iii) extiende su objeto a la venta, además de la compra. En relación a la norma contenida en el art. 267 CdC y en contra de su interpretación extensiva, v. HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1712-3 [1713] («el art. 267 CdC sería una norma profesional de determinados comisionistas que tutelaría el derecho de propiedad»); URIA / MENENDEZ / ALONSO SOTO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, II (2001) 160 («tratándose de una regla prohibitiva no debe ampliarse ni extenderse al margen de los casos previstos en ella»). Sobre el art. 181 BGB , v. LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 776; FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 953.

[1903] V. al respecto, CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 671, según el cual de la norma contenida en el artículo 267 CdC «se infiere que, mediando autorización del poderdante, el apoderado podría autocontratar».

[1904] Tal y como señala DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 200, de los distintos preceptos que en los Código civil y Código de comercio contemplan formas de autocontratación «no es posible extraer un principio o una norma de carácter general. Por ello, el régimen jurídico de la llamada autocontratación constituye en nuestro Derecho Positivo un tema que determina en gran medida una auténtica laguna legal, que es preciso integrar con base en los

régimen de la autocontratación son los relativos al deber de lealtad del gestor de asuntos ajenos para los supuestos en los que el gestor se encuentra en una situación de conflicto de intereses con su principal. En su virtud, las situaciones en las que el conflicto deriva de un negocio que el gestor celebre con su principal, ya sea en interés propio, como contraparte, o en interés de otro, estamos en presencia de un acto de autocontratación tutelado por el deber de lealtad. En otros términos, el régimen de la autocontratación se corresponde con una de las manifestaciones del deber de lealtad del gestor y sus normas prohibitivas forman parte del contenido propio del mencionado deber.[1905]

89. La razón de encuadrar la autocontratación no autorizada como un supuesto especial de deslealtad se debe al hecho de que en aquella se manifiesta un típico conflicto de intereses en el ámbito de la gestión representativa respecto del cual se precisa la protección del representado.[1906] En esta dirección, el conflicto de intereses constituye la base para delimitar la admisibilidad de la figura y la tutela

principios generales». En igual sentido, v. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 90, id., "Comentario a la RDGRN 29-4-1993", CCJC (1993) 365.

[1905] V. al respecto, DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 108, para quien la interdicción de la autocontratación o del contrato del representante consigo mismo «[e]s consecuencia del deber de lealtad».

[1906] Tanto la doctrina que fundamenta el régimen de la autocontratación por vía inductiva como aquella que lo hace por vía deductiva, reconoce que el supuesto sobre el que se construye la prohibición reside en el conflicto de intereses entre el representante y el representado. V. GARCIA VALDECASAS, "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP (1960) 451, 461; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, III.1º (1963) 505; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 202; OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 257; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II (1983) 115; GARCIA VALDECASAS, G., *Parte general del Derecho civil español* (1983) 411; DIAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato* (1990) 13, 18 («El tratamiento jurídico del autocontrato es... el tratamiento jurídico del conflicto de intereses»); id., pp. 66, 110; BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 39; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, "Comentario a la RDGRN 29-4-1993", CCJC (1993) 366; NAVARRO VIÑUALES, "Suficiencia del poder: autocontratación, negocio indirecto (RDGRN 29 abril 1993)", RJN (1993) 210; HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1709; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 286; JIMENEZ SANCHEZ / DIAZ MORENO, «Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada», *Comentario al RLSM*, XIV.5º (1998) 211-2; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 306. La doctrina de la DGRN lo viene entendiendo en el mismo sentido desde la resolución de 30-5-1930. V. su comentario en DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 202. V. recientemente la RDGRN 11-5-1998, RJA 4121, FD 2º, al indicar que si «bien es cierto que el tema de si puede el representante actuar cuando existe contraposición de intereses con su representado no está específicamente contemplado en el CC, es un tema ampliamente debatido por la doctrina y la jurisprudencia, que llegan a la conclusión de que, la regla general es la de que el representante no puede actuar en este supuesto...». Con claridad, la RDGRN 2-12-1998, RJA 10481, FD 3º, señala que la doctrina de la autocontratación es coherente «con el objetivo legal de garantizar que la actuación de gestores de bienes y negocios ajenos se guíe exclusivamente por la consideración de los intereses del principal sin interferencia de los propios de gestor». En su FD 5º, la citada Resolución añade que la doctrina de la autocontratación armoniza con «el deber de lealtad del mandatario y la diligencia que se le exige en el desempeño del cargo».

Entre la doctrina comparada, v. PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra pincipale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 141, para quien el caso límite de conflicto de intereses «lo constituye el contrato del representante consigo mismo, sea en nombre propio o en nombre del representado». V. también, DONISI, *Il contratto con se stesso* (1982) 132-308; GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 373; LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 773-775; FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 943.

del principal ante la incompatibilidad de los intereses contrapuestos.[1907]

90. Desde esta perspectiva se entiende que la razón de la prohibición del artículo 1459.2º CC se encuentre en la incompatibilidad de intereses existente entre mandante y mandatario, en caso de compra de los bienes del primero por el segundo.[1908] Desde este planteamiento, también se comprende la aplicación de la autocontratación a todo el ámbito de actos y negocios que el administrador representante lleve a término con la sociedad y no sólo a los negocios comprendidos en el artículo 1459.2º CC.[1909]

b) Sanción por autocontratación no autorizada

Planteamiento

91. Como operación interesada, la autocontratación practicada por el administrador precisa ser autorizada por la sociedad y su ausencia hace recaer consecuencias

---

[1907] V. DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 375, 386; ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 152-3; ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 801; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 206; OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 260-1; GARCIA VALDECASAS, G., *Parte general del Derecho civil español* (1983) 411; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 110-1; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil* (1991) 475; CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 671; HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1709; JIMENEZ SANCHEZ / DIAZ MORENO, «Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada», *Comentario al RLSM*, XIV.5º (1998) 211; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II (2000) 160; ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 272.

[1908] V. DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 391; GARCIA VALDECASAS, A., "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP (1960) 450-1; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 111. Cfr. con otro argumento basado en razones de moralidad apuntadas por DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 108-10. Entre la doctrina más reciente, sigue este planteamiento GARCIA CANTERO, «Art. 1459 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales*, XIX (1980) 136.

En otras disposiciones en las que el legislador ha regulado supuestos de autocontratación, también ha tenido en cuenta el conflicto como el elemento base del supuesto de hecho. V. BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 39, al referirse a los arts. 162.2, 163, 221, 237 bis, 244.4º, 299.1, 1459.2º y 1715 CC y art. 267 CdC.

[1909] La objeción de mayor relevancia respecto a la aplicación de la norma comprendida en el art. 1459.2º CC se plantea en relación a su ámbito objetivo de aplicación y a la finalidad de la norma. Es de considerar que no existe justificación dogmática ni de orden práctico para reducir el ámbito de aplicación objetivo a la compra de los bienes de la sociedad, cuando los conflictos pueden plantearse en una variedad de relaciones jurídico negociales (compra venta, arrendamiento, contrato de servicios y de obras, relaciones laborales, garantías, préstamos, etc.).

Si a través de una interpretación restrictiva se prohíbe la compra entre el gestor y el principal y, en cambio, se admite la venta, el arrendamiento o el préstamo –por citar algunos conflictos-, no se llega a explicar cual es la finalidad de la norma, dado que su carácter fragmentario no contiene capacidad explicativa suficiente para justificar su contenido. De otro lado, si a través de una interpretación extensiva la prohibición se amplía, además de la compra, a los demás conflictos de intereses, la inseguridad jurídica que se crea es notable, en la medida que desconocemos el límite objetivo de la norma aplicable. Y además, se extiende la aplicación de una norma de carácter prohibitivo, con los problemas que ello genera. Para una interpretación restrictiva de la aplicación de la citada disposición, v. HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1723, quien considera que el ámbito objetivo de la prohibición lo constituye «la adquisición de los bienes sociales» de forma que dentro de la prohibición del art. 1459.2º CC no cabe «la trasmisión a la sociedad de bienes propios de los administradores, hecha por los mismos».

sobre la validez y eficacia del acto.[1910] Para que la autorización despliegue todos sus efectos deben cumplirse las condiciones antes mencionadas, de manera que la licencia concedida no significa, sin más, una renuncia anticipada a ejercitar la acción de impugnación.[1911] Por otra parte, la autorización regular del negocio no modifica el esquema de deberes del administrador, que continúa sujeto a las exigencias de la diligencia y la lealtad, a su vez que se sitúa como contraparte de la sociedad y sujeto a los deberes contractuales derivados de las prestaciones comprometidas.

92. Una segunda consideración se plantea respecto de la determinación de la sanción en caso de autocontratación no autorizada. En virtud de la ausencia de una respuesta legal precisa, las soluciones postuladas son diversas y se sustentan en distintas doctrinas que defienden la aplicación de las sanciones generales.[1912] En este sentido, la búsqueda se dirige hacia los tipos generales de invalidez, teniendo en cuenta las posibilidades existentes: la nulidad absoluta por contravención a la norma jurídica (art. 6.3 CC) o por ausencia de consentimiento (art. 1261 CC), la nulidad por causa ilícita (art. 1275 CC), la anulabilidad por abuso de poder o la ineficacia del negocio celebrado sin poder (arts. 1259 y 1727 CC).[1913]

[1910] Nuestra doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo que la validez y eficacia de los actos de autocontratación depende del cumplimiento de dos presupuestos: que el principal consienta la autocontratación o que no exista posibilidad de riesgo de conflicto. V. GARCIA VALDECASAS, A., "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP (1960) 462; ALBALADEJO, *Derecho civil*. I.2º (1989) 393; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 307; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 210-1; BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 38; LOPEZ Y LOPEZ, «Art. 1459», *Comentario del CC*, II (1991) 905.

Sin embargo, la existencia del riesgo de conflicto es un presupuesto de la aplicación de la autorización, en la medida que si no existe el conflicto, la autorización resulta irrelevante.

[1911] En esta línea de cosas, la autorización genérica no debe significar una renuncia anticipada a ejercer la acción de impugnación. V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 104-6; id., "Comentario a la STS 15-3-1996", CCJC (1996) 906; Id, "Comentario a la RDGRN 29-4-1993", CCJC (1993) 367. Desde otra perspectiva, la invalidez del negocio previamente autorizado se construye a través de la existencia de un perjuicio. V. LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 108.

[1912] Los casos más significativos en que el legislador ha regulado supuestos de autocontratación no ha definido la sanción aplicable al ilícito. En el ámbito de la representación legal, la ley prevé el supuesto de conflicto de intereses, entre los que cabe incluir casos de autocontratación, a través de la regulación de la patria potestad (arts. 162.2º y 163 CC) y de la tutela (v. arts. 221 y 299.1º CC) y en tales casos el Código excluye la representación del padre o del tutor en conflicto de intereses con el hijo o al tutelado sin indicar la sanción del negocio realizado sin legitimación. V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 176. En cuanto a la representación voluntaria, la autocontratación se contempla legalmente en la autocompra del mandatario (1459.2º CC) y en la autoentrada y aplicación del comisionista (267.I CdC) sin una expresa indicación de la sanción por autocontratación no autorizada.

[1913] La doctrina en general está de acuerdo en la dificultad existente para afirmar con seguridad la sanción de la autocontratación no permitida. Como señala ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 82, «[c]elebrado un autocontrato prohibido, no hay acuerdo sobre qué clase de invalidez o ineficacia sea la suya. Para unos es nulo (CC, art. 4), para otros, anulable (CC arts. 1300 y ss.), y para otros, queda con eficacia pendiente, como el negocio celebrado sin poder, siendo ratificable (CC arts. 1727)». Idem, ALBALADEJO, *Derecho civil*. I.2º (1989) 395; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 213. Al respecto, DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 177, indica que el marco de los tipos generales de invalidez, a los cuales remite la búsqueda de una sanción al autocontrato no permitido, está «dominado por la inseguridad, como es sabido, tanto por las deficiencias de la disciplina normativa, como por la confusión conceptual y terminológica de unas construcciones doctrinales hoy sujetas a revisión».

Nulidad absoluta

93. En primer lugar, se plantea si la nulidad absoluta puede ser la sanción aplicable a la autocontratación. La negación de esta posibilidad se basa en un triple argumento. En primer lugar, no parece admisible la teoría según la cual la autocontratación presenta una anomalía de carácter estructural derivada de la ausencia de la voluntad del principal, supuesto que podría encontrar acomodo entre los casos de falta de consentimiento que trae consigo la inexistencia del contrato (art. 1261 CC).[1914]

94. En segundo lugar, no puede acogerse la sanción de nulidad absoluta sobre la base de considerar la autocontratación prohibida una contravención a una norma imperativa (art. 6.3 CC).[1915] Ello resulta de consideraciones de carácter finalista de la norma que prohíbe la autocontratación que remiten a la protección de los intereses privados del principal y esta tutela no puede negar -como sucedería con la nulidad radical- que el interesado pueda autorizar o ratificar la conducta del gestor.[1916] Si la autocontratación está sujeta a una prohibición relativa que se

---

En general, sobre la ineficacia y la invalidez de los contratos, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 423-80; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 561-607.

[1914] Tal como señala DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 177-8, «el mecanismo representativo salva la exigencia de la dualidad personal y lleva a contemplar el autocontrato como figura estructuralmente posible y válida».

[1915] V. en este sentido la posición de VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1º (1991) 662, según el cual la sanción «*debe ser la nulidad del contrato así estipulado dada la presunción de fraude en que se inspira la norma y que no se establece otra sanción distinta* o sustitutoria de la general que establece el art. 6-3 CC». También defienden la nulidad del negocio por aplicación del art. 6.3 CC, HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1727; LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 107-8 (por ser un acto contrario a las normas imperativas corresponde «la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado y, por tanto, la obligación de restitución recíproca de las prestaciones (art. 1303 CC)»); id., p. 108 (la nulidad absoluta debe aplicarse también «cuando el procedimiento en cuestión se ha satisfecho irregularmente, v.gr., porque el administrador interesado no ha cumplido con la obligación de informar...»). Este también parece ser el régimen aplicable a la contratación de los administradores de sociedades anónimas en Portugal. V. art. 397.2 CSCom. port. que establece que «serán nulos los contratos celebrados entre la sociedad y sus administradores... si no hubieran sido previamente autorizados por acuerdo del consejo de administración».

En los supuestos de representación legal la doctrina y la jurisprudencia han considerado, en ambos casos, que la sanción coincide con la nulidad absoluta. En el ámbito de la patria potestad, v. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 166-9. En el ámbito de la tutela, v. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 170-6; BADOSA COLL, *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela* (1986) 248-61. También una parte de la doctrina interpreta que la prohibición de autocompra del mandatario comportaba la nulidad absoluta. V. MANRESA, *Comentarios al CC español*, X.1 (1969) 183, que defiende el carácter imperativo de la norma por razones de moralidad y orden público. Más ampliamente, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 108-9.

[1916] Buena parte de la doctrina sigue este planteamiento. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 213; OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 275; GARCIA VALDECASAS, G., *Parte general del Derecho civil español* (1983) 412-3; LEON ALONSO, «Arts. 1718 y 1719 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 230; BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 41; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 178, 186; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 196; CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 672; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (1995) 42; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 295; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I-3º (1999) 307-8. Niega la posibilidad de ratificación,

enerva con la autorización o la eventual ratificación, la causa de invalidez reside en la falta de la licencia del principal y, por su propia naturaleza, la sanción no puede ser la nulidad radical.

95. Finalmente, cabe considerar la sanción de nulidad por causa ilícita (art. 1275 CC) a partir del entendimiento de que el supuesto de deslealtad por autocontratación no autorizada puede considerarse dentro de la categoría del abuso de poder de representación.[1917] Esta planteamiento armoniza con la doctrina que señala que el abuso de poder deriva del hecho de que la actuación interesada del gestor se mantiene dentro de la extensión y los límites formales del mismo si bien persigue unos fines e intereses distintos de los del principal.[1918]

HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1723.

V. también la argumentación dada por DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 196, según el cual la nulidad absoluta no puede sanarse y determina una nulidad que puede ser reclamada por cualquier interesado. Sin embargo, en el caso de la autocontratación no autorizada «el autocontratante está vinculado por lo que ha realizado y... no puede desconocerlo pidiendo él la nulidad».

[1917] Entre la doctrina resulta común indicar la estrecha relación existente entre conflicto de intereses y abuso de poder. V. PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra pincipale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 121 (el ejercicio ilegítimo del poder representativo constituye uno de los elementos del conflicto de intereses); MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 259 (en el conflicto de intereses se suele producir un abuso de representación); GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 426 (el conflicto de intereses del administrador con la sociedad resulta ser la hipótesis paradigmática de abuso de poder); BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 279 (el conflicto de intereses y el abuso de poder resultan equivalentes); SANCHEZ RUIZ, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital* (2000) 152. De manera más específica, BLASCO, "Comentario a la RDGRN 20 noviembre 1989", CCJC (1990) 39, entiende que el autocontrato es una especie del género de ejercicio anormal de poder de representación de abuso de poder. Sobre los diversos tipos de abuso de poder, v. FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 918-22. V. también, SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 494. Para quienes niegan la teoría de la abstracción del poder, más que abuso de poder debe concebirse como un abuso de mandato. V. GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 97-8.

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

[1918] V. ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 79; PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra pincipale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 121, y más ampliamente, id., «Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 261 ss.; GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 95-6; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 198-9; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, El autocontrato (1990) 179; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 279-80, 293-4; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 280.

En el ámbito de la administración de sociedades, v.QUIJANO, *La responsabilidad civil de los administradores* (1989) 218-9, quien dentro del concepto de abuso de facultades incluye la desviación de poder como un abuso que persigue «un fin distinto a la promoción del interés social», en cuyo caso «existe un desconocimiento de la diligencia que se le exige al administrador como representante leal en el desempeño de su cargo». V. también, ALCALA DIAZ, «El deber de

96. La premisa mayor en defensa del razonamiento según el cual el autocontrato no permitido encaja en la teoría del abuso de poder se basa en la afirmación de que el poder de representación contiene implícitamente una autorización para contratar.[1919] La legitimación para autocontratar encontraría su límite en los casos de uso del poder con fines diversos a los previstos y con daño a los intereses del principal.[1920]

97. Sin embargo, este planteamiento se enfrenta a dos objeciones. La primera hace referencia a que el autocontrato no autorizado es un comportamiento distinto del querido por la voluntad del principal –expresada explícita o implícitamente a través del poder–, que no está contenido en el poder y está necesitado de autorización para su legítima ejecución. Por lo tanto, la cuestión no puede analizarse sólo a través del argumento de los fines del comportamiento interesado, sino a la luz del contenido del poder y de los límites del mismo.[1921] Una segunda salvedad encuentra su base en que la solución que alude al defecto causal no resulta ser acorde con las necesidades de la figura en el tráfico, puesto que la sanción de nulidad absoluta que le corresponde impide que la conducta pueda ser ratificada por el principal.[1922]

---

fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 471, para quien «la actuación del representante en interés propio o ajeno con daño al representado» se califica como abuso del poder de representación. Id., p. 473.

Sobre el uso de la doctrina del abuso de poder en relación a los acuerdos de la Junta general, v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I.2º (1947) 1006; URIA / MENENDEZ / MUÑOZ PLANAS, *Comentario al RLSM* (1992), V (1992) 340; POLO, «Abuso o tiranía», *Estudios Menéndez* (1996) 2280. Sobre la desviación de poder en el ámbito del Derecho público, v. CHINCHILLA, *La desviación de poder*, 1989.

[1919] La cuestión se plantea en los siguientes términos. La regla general consiste en que el poder faculta al apoderado para contratar, salvo en aquellos casos en los que la ley interviene expresamente a través de una prohibición, cuyo caso la autocontratación permitida está sujeta a la autorización del poderdante. Según este planteamiento, el art. 1459.2º CC no resulta la expresión de un principio general, sino su excepción. V. ALBALADEJO, *Derecho civil*. I.2º (1989) 394. En palabras de DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 180, «se puede entender que la posibilidad de autocontratar está contenida naturalmente en el poder de representación; el hecho de que se prohíba en casos y circunstancias concretas (v. gr., arts. 1459.2º CC) nos da idea de que, salvo esos supuestos en los que además, cabe dispensa del *dominus*, el poder legitima en principio para autocontratar».

[1920] Esta es la tesis de DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 180-1, para quien «[s]i el representado nada ha especificado en contra, puede deducirse que le es indiferente quién sea su contraparte, con tal de que sus intereses no se vean perjudicados; el hecho de nombrar gestor a una determinada persona no debe suponer, a menos que así se especifique, la exclusión del mismo como contraparte. Por consiguiente, si en el poder de representación está contenida naturalmente la autocontratación, habrá que entender que la actuación del gestor que utiliza el poder en su beneficio, causando una lesión a los intereses del *dominus* no ha de ser considerada una actuación fuera de los límites del poder, sino una actuación abusiva». Con todo, un mismo supuesto admite la concurrencia de abuso y de extralimitación. V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, “Comentario a la STS 15-3-1996”, CCJC (1996) 905-6.

[1921] V. *infra*, núm. 100.

[1922] Al respecto, v. el art. 1275 CC, según el cual «[l]os contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno». En general, sobre la ilicitud de la causa, v. DE CASTRO, *El negocio jurídico* (1991) 243-53. En particular, sobre la ineficacia por causa ilícita v. id., p. 250, dónde se señala que «a la clase de nulidad que provenga de la ilicitud de la causa u objeto del contrato... se establece el sistema de la nulidad llamada absoluta (no la anulabilidad)... Tal nulidad se produce “ipso iure”, no requiere ser ejercitada por un perjudicado y no se establece plazo para pedir su declaración. Todo lo que viene a corroborar que esta acción no caduca a los cuatro años y

Anulabilidad

98. El rechazo de la nulidad absoluta no determina aún el tipo de invalidez o ineficacia que corresponde a la autocontratación prohibida. Una segunda aproximación considera que la sanción adecuada a la conducta abusiva se corresponde con la anulabilidad del negocio, que viene acreditada por distintas ventajas propias de la configuración de esta sanción.[1923] Primero, favorece la seguridad del tráfico, en la medida que el negocio produce efectos *ab initio*, si bien tales efectos son claudicantes, al depender del efectivo ejercicio de la acción en caso de que se declare la nulidad del negocio y exige una actitud activa del principal para que el vicio despierte sus efectos. Segundo, la acción de anulación se concede exclusivamente a la sociedad por ser la titular del específico interés a proteger, de manera que al corresponder la legitimación a la sociedad la convierte en árbitro de la situación, pudiendo reclamar la invalidez del negocio según su valoración final.[1924] Tercero, se acomoda a los intereses protegidos al tolerar que sea la propia sociedad, a través de una declaración unilateral, expresa o tácita, encaminada a sanar el vicio, quien puede confirmar el negocio defectuoso si le resulta de su conveniencia.[1925] Cuarto, la sentencia que declare la nulidad opera retroactivamente, como principio general, y con ella se pretende el restablecimiento de la situación anterior a su celebración a través del doble efecto general declarativo y restitutorio (art. 1303 CC).[1926] Quinto, el ejercicio de la acción no precisa de la concurrencia de daño en el principal.[1927] Por el contrario, esta

---

que no es apta para su confirmación». Respecto de la distinción entre ineficacia por causa ilícita y por anulabilidad, v. DE CASTRO, *El negocio jurídico* (1991) 249-250. Sobre la convalidación y la conversión de los contratos nulos v., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 458-60.

[1923] Otros ordenamientos han adoptado esta solución en relación a la contratación del administrador con la sociedad. V. Cap. 2º, núm. 38, para Francia; núm. 94, para Italia; núm. 178, para el Reino Unido. V. también, el art. 42.2 LCoop. que establece que los «actos, contratos y operaciones realizados sin la mencionada autorización serán anulables, quedando a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros».

La interpretación de la prohibición de autocompra del mandatario (art. 1459.2º CC) ha evolucionada de las tesis que postularon la nulidad absoluta a aquellas que defienden la nulidad relativa o la impugnabilidad. V. en este sentido, DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 165-6. En relación a la comisión, v. URIA / MENENDEZ / ALONSO SOTO, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 160, quienes señalan que de«no existir ratificación, la operación realizada sin licencia no será válida y el comitente podrá repetir el premio, de haberlo pagado».

[1924] Tal como indica DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 199, la defensa de la anulabilidad encuentra «su fundamento más profundo en consideraciones de jurisprudencia de intereses, en virtud de las cuales se entiende que debe hacerse al poderdante árbitro de la situación, de manera tal que se le permita decidir a él mediante un acto de su voluntad la validez o invalidez del acto». Entre la doctrina que postula esta sanción v. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 190 (en la anulabilidad el negocio vale «a menos que el principal asuma la iniciativa de la impugnación» lo cual es lo más adecuado «si se tiene en cuenta que la legitimación del representante ha sido creada por obra del mismo principal, y es razonable que, por ello, le incumba la carga, si así conviene a su interés, de poner en marcha los efectos de aquélla»).

[1925] V. ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 474. Sobre la sanación del negocio anulable, y en particular sobre la confirmación, v. DELGADO ECHEVERRIA, "La anulabilidad", ADC (1976) 1039-42. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 600-5. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 470-80.

[1926] V. en general, DELGADO ECHEVERRIA, "La anulabilidad", ADC (1976) 1032-3; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 468-70; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 575-6.

[1927] En efecto, para la acción de anulabilidad el art. 1300 CC establece que los contratos pueden ser anulados cuando concurran los requisitos legales, «aunque no haya lesión para los contratantes». V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 463. Cfr. con ALCALA DIAZ, «El deber de

sanción impone al principal la carga de desvirtuar los efectos del negocio concluido por el gestor.[1928]

99. Sin embargo, teniendo en cuenta las causas de anulación de los contratos previstas en nuestro Derecho positivo se observa que ninguna de ellas se ajusta ni permite fundamentar la sanción de anulabilidad por abuso de poder.[1929] En efecto, la situación de conflicto de intereses en la que se encuentra el administrador no encuentra relación entre los denominados vicios del consentimiento, tales como el error, la violencia o la intimidación, ni tampoco se observa coincidencia en la existencia de dolo, particularmente, en relación al dolo negativo.[1930]

100. Con todo, la aplicación de la anulabilidad se ha defendido sobre la base de una interpretación no literal del artículo 6.3 CC y del carácter finalista de la norma.[1931]

---

fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 471, 473-4, quien considera que queda sujeto al régimen de la anulabilidad el supuesto de abuso de poder de representación del administrador «con daño al representado».

[1928] V. OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 276, al señalar que «tampoco parece ser esta la forma mejor de proteger los intereses en juego, porque el negocio anulable nace eficaz, aunque con una eficacia claudicante, y sólo deviene ineficaz cuando se ejercita la acción de impugnación dentro del plazo establecido. Lo cual supone imponer al comitente la carga de ejercitar una acción para atacar algo que por principio no debe afectarle».

[1929] Defienden la anulabilidad del negocio en supuestos de abuso de poder DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) *passim*; BADENAS, *Apoderamiento y representación voluntaria* (1998) 295; ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 471-4. Cfr. con DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 198, para quien «en nuestro Derecho positivo la anulabilidad carece de base legislativa en que apoyarse». En general sobre las causas de la anulación de los contratos, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 463-4. V. arts. 1262 a 1260 CC.

[1930] Es cierto que el dolo negativo presenta cierta proximidad con la deslealtad: (i) la existencia de dolo no precisa una intención concreta de perjudicar a otro. (ii) la reticencia del dolo negativo se produce cuando el administrador estando obligado a comunicar la existencia del interés silencia tales hechos cuyo conocimiento por el principal hubiera podido hacerle desistir de la celebración del autocontrato. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 170, 173-4. Sin embargo, ambas figuras se distancian por los requisitos subjetivos de la configuración del dolo. Particularmente, en el dolo negativo se produce un engaño, aunque éste sea por omisión, siendo que la intención o el propósito de engañar al principal no es un requisito necesario para producirse el ilícito desleal. V. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I (1993) 171. Con todo, v. MAZEAUD, H. y L. / MAZEAUD, J. / CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*. T. II. Vol. 1 (1991) 138, al indicar que los tribunales civiles franceses han estimado que el mandatario que autocontrata con el mandante comete dolo (Sentencia de 10-12-1914). V. también la tendencia jurisprudencial italiana que afirma la aplicación de los vicios de voluntad (error y dolo) en caso de conflicto de de intereses. Doctrina que VISINTINI, «Della rappresentanza», *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca* (1993) sub. 1394, p. 277, considera injustificada.

Sobre el dolo negativo, v. ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos* (1994) 254-95, quien reconociendo las dificultades de la delimitación del supuesto, admite la nulidad por dolo vicio por infracción de un deber precontractual de información. Sobre el elemento intencional v. id., p. 282.

La relación entre deslealtad y dolo por reticencia desleal vendría a consistir en que el segundo se configura como un suptipo de ilícito, con un ámbito de aplicación más reducido por cuanto sería exigible los requisitos de intencionalidad y de engaño a otro.

[1931] Señala DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 188-9, que «el sistema de *numerus clausus* en la materia se encuentra hoy claramente cuestionado, como es lógico a la vista de lo preceptuado en el art. 6.3 y en la interpretación finalista que del mismo se predica a la hora de determinar el “efecto distinto (de la nulidad radical) para el caso de contravención”». V. el

En esta dirección, se postula que el autocontrato no permitido es anulable por contravención a una norma jurídica que provoca el vicio de la declaración del representante.[1932]

Ineficacia relativa del negocio

101. La tercera solución al problema planteado a la sanción del negocio celebrado en conflicto de intereses parte del entendimiento de que la autocontratación no autorizada se ubica entre los supuestos de extralimitación de facultades.[1933] El encaje de la autocontratación no autorizada en la extralimitación del poder está en consonancia con la tesis mantenida según la cual el administrador encuentra limitados sus poderes para desarrollar conductas en conflicto de intereses frente a la sociedad.[1934]

---

desarrollo de esta idea en DELGADO ECHEVERRIA, "La anulabilidad", ADC (1976) 1021-45, especialmente p. 1024 dónde se señala que «[n]o debe excluirse... que determinados supuestos estén sujetos a un régimen atípico de ineficacia que recoja únicamente algunos rasgos de la anulabilidad». V. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.1º (1994) 565, 574.

[1932] V. DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 189-90, para quien la «anulabilidad no se funda en una subsunción del supuesto en alguno de los casos contemplados en el art. 1301 CC, sino que deriva de la desestimación de la sanción primariamente aplicable a tenor de la regla general del art. 6.3 en atención a que se trata de la atención del interés puramente personal del *dominus*, quien por ello debe ser el árbitro de la situación y decidir sobre la validez o su [in]validez del acto realizado... Por tanto, la anulabilidad no resulta, aquí, de un vicio en ningún elemento estructural del negocio, sino de un anómalo o irregular ejercicio del poder de representación, que no hace decaer la legitimación del representante, sino que simplemente la vicia». V. también, LOPEZ Y LOPEZ, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1459, sub. IV, quien sin hacer referencia a su fundamento, también aboga por la anulabilidad, al indicar que «al tratarse de intereses puramente privados la sanción más adecuada sería la anulabilidad».

Cfr. con DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 198, al señalar que tales «consideraciones admisibles desde el punto de vista de política legislativa, tropiezan, sin embargo, con la *lex data*».

[1933] La admisión dogmática de la autocontratación no permitida ya sea como ya sea como falta de poder o extralimitación de poder no ha planteado resistencia entre la doctrina, que ha acogido esta fórmula mayoritariamente. V. ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 157 («más que extralimitación, hay ausencia de poder»); ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 802 (negocio sin poder); GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 99 (inexistencia de poder); DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 213-4 (falso procurador o procurador que se excede de los límites de su poder); GARCIA VALDECASAS, G., *Parte general del Derecho civil español* (1983) 413 (defecto de poder); LEON ALONSO, «Arts. 1718 y 1719 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1986) 230 (hipótesis de falta de poder); ALBALADEJO, *Derecho civil*. I.2º (1989) 395 (ausencia de facultades); CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 671-2 (la mayoría de casos podría resolverse a través de la extralimitación de facultades); DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (1995) 42 (ausencia de poder); GORDILLO, Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5837 (ausencia de poder); DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 308 (representante sin autorización). V. también, arts. 1714, 1727.II CC. Cfr. con DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 182, para quien «no resulta admisible» la identificación entre falta o exceso de poder (que es el supuesto del art. 1259) y abuso de representación.

[1934] V. Cap. 5º, núm. 142. La RDGRN 17-11-2000, RJA 865/2001, FD 3º, indica que «es doctrina firme que en la atribución genérica de las facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte. Como la persona que tiene el doble cometido de vender y comprar debe defender, a la vez, intereses contrapuestos, es regla (que tiene su confirmación en el artículo 267 del Código de Comercio) que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades de venta o de compra da para ello licencia o autorización especial».

102. En este sentido, la autocontratación no autorizada constituye un supuesto especial de injerencia ilegítima en la esfera jurídica ajena.[1935] Este planteamiento encuentra su pleno fundamento y sentido en el postulado de la exclusión de la autocontratación del contenido natural del poder de representación.[1936] El argumento se completa con la afirmación de que el apoderado no está facultado a celebrar actos de autocontratación sin la existencia de una autorización especial que amplíe el poder concedido por parte del poderdante.[1937]

103. Siguiendo la teoría del negocio imperfecto, incompleto o en vías de formación, al supuesto de la extralimitación de poder le corresponde la sanción de la ineficacia relativa prevista en el artículo 1259.II CC.[1938] Esta solución armoniza con razones

---

[1935] Es más, en relación al ámbito de facultades representativas conferidas al apoderado se sigue un «criterio de interpretación estricta, de manera que no puede en principio extenderse el mandato a casos distintos de los comprendidos en su texto», tal como se indica en la RDGRN 1-6-1999, RJA 4191, en un supuesto de autorización para autocontratar, facultándose para constituir hipoteca en garantía de deuda ajena en favor del apoderado, lo que claramente excluye la garantía de obligaciones propias de la sociedad administrada por aquel.

[1936] V. PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núm. 218, quien señala que si el mandante no autoriza al mandatario para autocontratar resulta evidente que el primero no contempla tal eventualidad, en la medida que el conflicto de intereses que nacería de tal operación crea un peligro inaceptable para él. El autor llega a la siguiente conclusión: «el mandatario que autocontrata incumple las instrucciones del mandante que ha excluido implícitamente esta posibilidad» y con mayor precisión el mandatario se extralimita en sus poderes. V. la RDGRN 2-12-1998, RJA 10481, FD 5º, al señalar que la atribución genérica del poder de representación «no comprende el caso en que en el negocio representativo hay autocontratación; la oposición de los intereses de una y otra parte impiden al autocontratante defender a la vez unos y otros». Ello resulta coherente con «que el propio Código Civil, auque no prohíbe expresamente el autocontrato, está presuponiendo que el negocio representativo es concluido por el mandatario con terceras personas». Este criterio se sigue también en la RDGRN 17-11-2000, RJA 865/2001, FD 3º, al indicar que es doctrina firme que «en la atribución genérica de facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte».

[1937] V. ALBALADEJO, *Derecho civil*. I.2º (1989) 394, al considerar que «el autocontrato no permitido no cae dentro de las facultades del representante, es decir, éste no puede autocontratar porque, según el criterio de la ley, el poder de representación, salvo que conceda en especial la facultad de autocontratar, no otorga ésta para los casos en que pueda haber perjuicio para el interesado». V. también, id., p. 395, al referirse a la «*carencia de la facultad* de celebrar el autocontrato» por parte del apoderado. V. la RDGRN 17-11-2000, RJA 865/2001, FD 3º; RDGRN 1-6-1999, RJA 4191, FD 3º; RDGRN 11-5-1998, RJA 4121, FD 2º y 3º; RDGRN 14-5-1998, RJA 4455, FD 1º; RDGRN 2-12-1998, RJA 10481, FD 2º, 4º y 5º.

Sobre la idea de que la autorización del negocio consigo mismo constituye una ampliación del poder, v. LARENZ, *Derecho civil. Parte general* (1978) 773-774. Sobre la relación entre el poder y la autorización, v. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 211; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 98: id., "Comentario a la STS 15-3-1996", CCJC (1996) 906.

[1938] Esta es la solución preferida por la doctrina en el ámbito más general de la representación. V. RIVERO HERNANDEZ, "Naturaleza y situación del contrato del «falsus-procurator»", ADC (1976) 1051-2, 1123-4, 1134; ALBALADEJO, *Derecho civil*. I.2º (1989) 395; DIEZ-PICAZO, *Comentario del CC*, II (1991) «art. 1259 CC», sub. II; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 302. En el ámbito más preciso de la autocontratación, se postula la misma solución. V. DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 396; ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 802; GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 99; id., GORDILLO, Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5837; CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 672; MIQUEL GONZALEZ, Voz: «Anulabilidad», EJB I (1995) 479. También en el marco de la autoentrada y aplicación del comisionista se defiende la ineficacia relativa para los casos de ausencia de licencia del comitente. V. OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 276;

de orden práctico dirigidas a reforzar la posición jurídica del principal en relación al comportamiento interesado del gestor.[1939]

104. Una primera ventaja que aporta la ineficacia relativa consiste en que el representante no puede desconocer el negocio, a partir de cuyas declaraciones queda obligado personalmente. En segundo lugar, el principal no queda afectado por el comportamiento interesado del gestor pudiendo desconocer el negocio

---

VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II (1990) 305; id., «Voz: Comisión mercantil», EJB I (1995) 1137. En esta misma dirección se muestra VERDERA SERVER, "La autocontratación en las fundaciones", RJN (1996) 139, en los casos de autocontratación sin autorización por parte del protectorado de la fundación. Esta es la misma solución adoptada en Alemania, dónde el art. 181 BGB no ofrece una sanción expresa para la autocontratación. V. Cap. 2º, núm. 140. También es la solución ofrecida por la doctrina francesa. V. PÉTEL, *Les obligations du mandataire* (1988) núm. 218, al indicar que la extralimitación de poder derivada del autocontrato no autorizado consiste en la ausencia de efectos; v. id., núms. 67 y 88 y ss. y también el art. 1998 CC fr. Para el Derecho belga, v. ROMAIN, J.F., «Contrat avec soi-même et théorie des conflits d'intérêts: applications en droit financier», *Les conflits d'intérêts* (1997) núm. 19.2; SIMONART, «Conclusions générales», *Les conflits d'intérêts* (1997) 315. V. Cap. 2º, núms. 42, 59.

V. también la RDGRN 20-11-1989, FD 3º, en un supuesto relativo a una hipoteca constituida en garantía de deuda ajena constituida a partir de un poder general, dónde la Dirección General entiende que en tales casos se impone «la necesidad de específica autorización para la inclusión en el poder conferido de la hipótesis considerada; en otro caso, la insuficiencia de facultades del apoderado viciaría el negocio y determinaría su ineficacia respecto del patrimonio representado (arts. 1727 CC y 247 y 253 CdC) sin perjuicio de la posible sanción posterior si mediase la ratificación». En otro supuesto de garantía de deuda ajena, la RDGRN 1-6-1999, RJA 4191, indica que «debe confirmarse la insuficiencia del poder para el negocio realizado, el cual conforme al artículo 1259 del CC, sera nulo a no ser que lo ratifique la parte a cuyo nombre se ha otorgado». V. también la RDGRN 17-11-2000, RJA 865/2001, en un caso de doble representación en el que el representante es el administrador único de la sociedad vendedora y compradora, dónde se indica que «el acto realizado sería considerado nulo por falta de poder (cfr. artículo 1259 del CC)». V. RDGRN 2-12-1998, RJA 10481, FD 5º («actuación nula por insuficiencia de poder»).

Sobre otras teorías que sostienen sanciones distintas, v. RIVERO HERNANDEZ, "Naturaleza y situación del contrato del «falsus-procurator»", ADC (1976) 1068-1108; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 218-9; HERNANDEZ MORENO, "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil", RJC (1980) 372-442 [397-410].

[1939] También concuerda con la interpretación que la doctrina realiza sobre las disposiciones contempladas en la ley de sociedades de responsabilidad limitada relativas a la contratación de servicios y de obra (art. 67 LSRL) según la cual en caso de ausencia de acuerdo autorizante de la Junta general corresponde la sanción de la ineficacia del negocio, que, a su vez, puede ser enervada a través de la ratificación. V. en esta dirección, ARANGUREN, «Los órganos de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada*, I (1996) 1356, 1363; ESTEBAN VELASCO, «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 753; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1135. Sin embargo, la doctrina se pronuncia a favor de la nulidad absoluta ante la falta del acuerdo autorizante de la Junta general de los contratos de concesión de créditos, garantías y asistencia financiera (art. 10 LSRL). V. TAPIA, «La financiación de la sociedad de responsabilidad limitada (con especial referencia a los arts. 9 y 10)», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 140; URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1052.

V. también la RDGRN 17-11-2000, RJA 865/2001, dónde se indica que el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación a través de la sanción de la ineficacia relativa «no se debe a obstáculos conceptuales (si el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a razones de justicia (la defensa de los intereses de los representados que sufren peligro en los casos en que el representante tiene que defender intereses contrapuestos)».

ejecutado, de forma que no es necesario tomar iniciativas para destruir la eficacia del negocio, y consiguientemente no tiene la carga de la impugnación del negocio.[1940] En tercer lugar, el juicio de oportunidad, conveniencia o interés sobre el negocio recae sobre el principal, en la medida que es susceptible de su posterior ratificación, adquiriendo, en tal caso, plena validez y eficacia.[1941] Finalmente, la ineficacia del negocio se desprende sin necesidad de que sea preciso acreditar daño alguno al principal.[1942]

Efectos ante terceros de buena fe

105. En la medida que los supuestos de autocontratación admiten la intervención de terceros, surge la cuestión relativa al alcance de la sanción de la ineficacia relativa frente a ellos. El supuesto típico planteado se refiere a los casos en que un tercero es parte del negocio celebrado mediando doble representación, en cuyo caso, la extensión de la sanción depende de la conducta del tercero.[1943]

[1940] Tal como indica la RDGRN 2-12-1998, RJA 10481, FD 6º, «lo actuado por el representante con poder insuficiente no producirá ningún efecto en la esfera jurídica del representado, y ello sin necesidad de obtener una declaración judicial de nulidad» del acto.

[1941] V. sobre ello, DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 396; ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», *Estudios de derecho privado*, I (1948) 157-8; ALBALADEJO, "La representación", ACD (1958) 802; RIVERO HERNANDEZ, "Naturaleza y situación del contrato del «falsus-procurator»", ADC (1976) 1123-4; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 214 (se admite la posterior ratificación del negocio «cuando el *dominus a posteriori* lo conoce, lo acepta y asume»); OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 276; GARCIA VALDECASAS, G., *Parte general del Derecho civil español* (1983) 413; ALBALADEJO, *Derecho civil*. I.2º (1989) 395; CAPILLA, «Voz: Autocontrato», EJB, I (1995) 672; DIEZ-PICAZO / GULLON, *Sistema*, II (1995) 42; GORDILLO, Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB IV (1995) 5837; DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 308. V. también, PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra pincipale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 151. V. las RDGRN de 20-11-1989 y de 17-11-2000, antes citadas.

Cuando el principal es una persona jurídica se ha planteado si los socios están legitimados para solicitar judicialmente la declaración de nulidad de un contrato estipulado por el representante de la sociedad. V. las SSTS 5-11-1997, La Ley 11244 y 21-11-1997, La Ley 11298, relativas a un mismo supuesto (transmisión de inmueble con negocio de fabricación de embutidos en favor de la sociedad Hijos de Faustino O., SA, cuyo administrador único de la sociedad transmitente es Faustino O.) que niegan legitimación a los socios minoritarios (titulares del 7% del capital) para ejercer la acción de nulidad como terceros perjudicados. V. LOPEZ BELTRAN HEREDIA, C., "Comentario a la STS de 5-11-1997, R. 7933", CCJC 46 (1998) 227-240.

[1942] El ordenamiento, con carácter general, no exige acreditar la lesión de intereses para desencadenar la sanción de ineficacia en ninguno de los supuestos que pudieran encontrar acomodo en la autocontratación prohibida en ninguna de las posibles sanciones: ya sea como contravención a una norma jurídica (art. 6.3 CC), ya sea como vicio de la voluntad o vicio causal (art. 1300 CC, en relación al art. 1261 CC; en particular, en relación al dolo grave, art. 1270 CC y la causa ilícita, art. 1275 CC), ya como extralimitación de facultades (art. 1259.II CC).

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

[1943] Tal como señala DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 185, en los «casos de doble representación puede, en principio, considerarse tercero al otro representado». Sin embargo, el tercero no existe cuando es el administrador quien hace de contraparte a la sociedad, ya sea por autoentrada ya sea contratando de forma independiente actuando en representación de la sociedad otro administrador o un apoderado de la misma.

106. La ineficacia del acto alcanza al tercero que no actúa de buena fe, situación que se plantea o se corresponde de ordinario con conflictos indirectos de intereses.[1944] La falta de buena fe se manifiesta cuando el tercero conoce la situación de conflicto que origina la extralimitación del interesado, cuando se encuentra en una posición cuyo conocimiento le es inexcusable o cuando el administrador interesado y el tercero actúan en concurso o relación de complicidad.[1945] En tales casos, el

[1944] Como señala DIEZ-PICAZO, *Comentario del CC*, II (1991) «art. 1259 CC», sub. II, cuando el representante sin poder y el tercero que contrata con él «son conscientes de la falta de poder de representación y es voluntad de ambos que los efectos del contrato se produzcan para el representado... el contrato puede considerarse como un negocio jurídico incompleto, con una eficacia simplemente provisional, estando la eficacia definitiva plena pendiente del advenimiento de la *conditio iuris*, que es la ratificación, que queda, explícita o explícitamente, contemplada, como condición por los dos autores del negocio». Sobre la responsabilidad del representante para con el tercero en caso de extralimitación del poder, v. art. 1725 CC. V. DIEZ-PICAZO, *Comentario del CC*, II (1991) «art. 1259 CC», sub. II; id., *Fundamentos*, I (1993) 435; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 303.

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

Una alternativa más protectora del principal y menos favorecedora del tráfico resultaría del entendimiento de que la ineficacia del negocio alcanza al tercero siempre que su representante, el administrador en conflicto, no le haya comunicado su posición de conflicto. En tales casos, lo procedente sería que el tercero y quedara legitimado para reclamar daños y perjuicios a su representante. Esta visión de mayor tutela a la sociedad puesta en riesgo por el administrador interesado podría ser objeto de una aclaración en una futura reforma legislativa.

[1945] La doctrina ha puesto de manifiesto distintas situaciones que reflejan la falta de buena fe del tercero. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 199, al referirse a los casos en que el tercero hubiera conocido o debido conocer el carácter abusivo o desviado del acto de ejercicio del poder, cuyo «caso más claro será aquel en que el tercero sea de alguna manera el beneficiario directo del acto abusivo o resulte cómplice de él». V. también, PUGLIATTI, «Il conflitto d'interessi tra pincipale e rappresentante», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 154 (el tercero conoce la existencia del conflicto o la situación objetiva era tal que el tercero usando la diligencia media, tuviera la obligación de conocerlo); MESSINEO, «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*, XXI.1 (1973) 260 (el conflicto de intereses debe ser conocido por el tercero o recognoscible, susceptible de ser conocido); DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 184 (el tercero conociera o hubiera debido conocer el carácter abusivo de la actuación del representante); GALGANO, *El negocio jurídico* (1992) 373, 426 (la mala fe del tercero es el conocimiento o la ignorancia temeraria de la interna situación de abuso de poder); VISINTINI, «Della rappresentanza», *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca* (1993) sub. art. 1394, pp. 276-7 (no es necesario una verdadera y propia participación del tercero, pues basta que el conflicto de intereses fuera suficientemente manifiesto que pudiera ser reconocido con un mínomo de atención); SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 495, 498-9 (el tercero conoce o debe conocer el abuso; p.e., el caso de colusión); FLUME, *El negocio jurídico* (1998) 919, 953 (el tercero conoce el abuso o es evidente para él; la evidencia se produce cuando una persona razonable lo hubiera reconocido); ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 473 (distingue los supuestos de convenio entre el tercero y el representante y los casos de conocimiento o deber de conocimiento del tercero); LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I.3º (1999) 280 (connivencia del tercero y perjuicio para el representado).

problema práctico reside en acreditar la prueba de las circunstancias mencionadas por parte de la sociedad demandante.[1946] Sin embargo, el tercero merece protección y la sociedad no puede invocar la ineficacia del acto cuando aquel ha actuado de buena fe y de forma diligente, esto es cuando desconoce la situación de conflicto que origina la extralimitación del poder, siempre que se encuentre en una posición cuyo conocimiento no le es inexcusable.[1947]

107. La solución expuesta compagina con la previsión legislativa que establece que la sociedad quedará obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave (art. 129.2 LSA, 63.2 LSRL).[1948] Se trata de una situación de extralimitación de facultades respecto de los actos y negocios ajenos al objeto social.[1949] En ambos supuestos se da cumplida protección al tercero de buena fe.[1950] La sanción que le

---

[1946] La mayor complejidad ofrecen las hipótesis de vinculaciones personales o económicas. Teniendo en cuenta la tesis mantenida que exige la prueba al demandante, el hecho de la existencia de la vinculación no determinaría por sí misma la ineficacia del negocio, sino que sería preciso demostrar la falta de la buena fe. Sin embargo, parece que esta solución no resulta satisfactoria en los casos dudosos, cuando generalmente las relaciones económicas o familiares no sólo indican la existencia de un interés a favor del administrador, sino la influencia determinante de éste sobre la contraparte de la sociedad. El problema podría encontrar solución si se establece una presunción según la cual determinados grados de vinculación determinan la existencia de un conflicto de intereses cuya acreditación trae consigo la ineficacia del negocio. En este sentido, la expresa indicación de quienes se consideran personas vinculadas prevista en el art. 127 ter.5 LSA no resuelve la cuestión de forma concluyente, precisamente por no aclarar la sanción y los efectos sobre terceros.

[1947] V. DIEZ-PICAZO, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1259 CC, sub. II. V. también, GORDILLO, *La representación aparente* (1978) 100; FERNANDEZ DEL POZO, "La sociedad de capital de base personalista", RGD (1994) 5462. V. también, SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 499, para quien el mero deber de conocer el conflicto no resulta suficiente para acreditar la falta de buena fe. El principio de la lealtad cede ante el de seguridad del tráfico basado en el principio de confianza, en los casos de negocios ante terceros, en la medida que el principio de la confianza tiene como finalidad proteger al que confía en la apariencia jurídica. V. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1961) 205; SCHMIDT, *Derecho comercial* (1997) 495. En caso de buena fe del tercero, la protección de la sociedad se basa en la acción de responsabilidad contra el administrador desleal. V. DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado* (1979) 198-9; DIAZ DE ENTRE-SOTOS, *El autocontrato* (1990) 184; ALCALA DIAZ, «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 474.

[1948] V. EMBID IRUJO, J.M., "La validez de las obligaciones sociales", *La reforma de la Ley de Sociedades anónimas*, (1987) 54-60; ESTEBAN VELASO, «Organización y contenido del poder de representación de la sociedad frente a terceros», *La reforma del derecho español de sociedades de capital* (1987) 430-443; DE LA CAMARA, "La administración de la Sociedad Anónima", RJN (1992) 89-94; POLO, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 180-190; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 147-152; MARTINEZ SANZ, «Art. 63. Ambito de representación», *Comentarios a la LSRL* (1997) 681-4; MERCADAL, "Comentario a la DGRN de 17 de noviembre de 1998", CCJC 50 (1999) 629-44; MARTINEZ SANZ, «Art. 129. Ambito de representación», *Comentarios a la LSA* (2001) 1340-2. V. también el régimen de impugnación de acuerdos sociales que protege la posición de los terceros de buena fe en caso de declarar la nulidad del acuerdo impugnado (arts. 122.1 LSA y 56 LSRL).

[1949] V. ESTEBAN VELASO, «Organización y contenido del poder de representación de la sociedad frente a terceros», *La reforma del derecho español de sociedades de capital* (1987) 442, POLO, «Los Administradores», *Comentario al RLSM*, VI (1992) 187; SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 151; MARTINEZ SANZ, «Art. 129. Ambito de representación», *Comentarios a la LSA* (2001) 1342.

[1950] V. SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 149; MARTINEZ SANZ, «Art. 129. Ambito de representación», *Comentarios a la LSA* (2001) 1342.

corresponde por aplicación de la doctrina general de la representación es la de la ineficacia del negocio.[1951] Con todo, ambos son supuestos distintos de extralimitación, pues en un caso se alega la del objeto social, mientras que en otro se invoca la situación conflictual, que no comporta necesariamente la realización de un acto ajeno al objeto social. En este sentido la jurisprudencia comunitaria ha reconocido (i) que el «régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68/151/CEE» y (ii) que ese régimen es competencia del legislador nacional.[1952] En esta misma dirección, nuestra jurisprudencia ha rechazado la aplicación del artículo 129.2 como fundamento para combatir conflictos de intereses entre el administrador y la sociedad, pues como venimos señalando se trata de dos supuestos de extralimitación de facultades aplicados a casos distintos.[1953]

Aplicación de la regla de la gestión más ventajosa

108. La regla establecida en el artículo 1715 CC según la cual el cumplimiento del mandato de "manera más ventajosa para el mandante a la señalada por éste" no se considerará una extralimitación del mandato, viene a establecer una excepción a la regla general derivada de la norma contenida en los artículos 1727.II y 1259.II CC. La admisibilidad de esta especialidad se justifica por una ponderación final de intereses respecto de una gestión cuyo resultado favorece al interés protegido.

109. En el supuesto ahora señalado la eficacia del negocio se hace depender del cumplimiento de la condición prevista en la norma. A saber, que la gestión interesada aporte mayores ventajas de las esperadas por el mandante, respecto de una valoración que no se refiere a la lealtad o buena fe de la conducta, sino a su resultado económico y finalidad práctica. Sin embargo, esta apreciación objetiva no puede realizarse sólo en función de los beneficios económicos derivados de la operación (por ejemplo, adquirir un solar a buen precio de mercado) sino que deberá tener en cuenta que la conducta responde a unas ventajas que armonizan con la voluntad del mandante. En el ámbito societario, ello quiere decir que la extralimitación no puede sobrepasar el objeto y finalidad de la sociedad y que la

---

[1951] Se trata de un acto calificado ineficaz y sujeto a ratificación. V. ESTEBAN VELASO, «Organización y contenido del poder de representación de la sociedad frente a terceros», *La reforma del derecho español de sociedades de capital* (1987) 442; MARTINEZ SANZ, «Art. 129. Ambito de representación», *Comentarios a la LSA* (2001) 1342.

Cfr. con SANCHEZ CALERO, «Administradores», *Comentarios a la LSA*, IV (1994) 151, quien aún entendiendo que «la situación se equipara a un supuesto de falta de poder», señala que por aplicación analógica de las normas sobre representación voluntaria, el supuesto «se considera anulable».

[1952] V. el fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997, en el asunto C-104/96, entre Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA y Erik Aarnoud Minderhoud (síndico de la quiebra de Mediasafe BV). El origen de la norma contenida en el art. 129 se encuentra en el art. 9.1 de la Primera Directiva del Consejo en materia de sociedades (68/151/CEE) de 9 de marzo de 1968.

[1953] V. la STS 8-6-1999, RJA 4122 (improcedencia de la impugnación por los socios minoritarios del acuerdo de la Junta general que autoriza a los administradores a enajenar inmuebles de la sociedad y a concertar créditos y préstamos, al entender que dichas actividades se encuadran en el tráfico de la sociedad); STS 16-6-1998, RJA 5057 (contrato de opción de compra); STS 18-3-1999, RJA 2381, «Vicente c. FLEBASA» (aval cambiario en favor de deuda ajena). Sobre esta última sentencia, v. CUENCA GARCIA, "Responsabilidad de sociedad anónima por acto no comprendido en el objeto social concertado por consejero delegado " (STS de 18 de marzo de 1999 [Civil]. RA 2381/1999), RDM (1999) 1760-1771.

delimitación de la extensión del ámbito de aplicación del artículo 1714 CC deberá tener en cuenta la idoneidad del negocio para el cumplimiento de sus fines. Por ejemplo, el solar comprado a buen precio, puede que no cumpla función alguna para el desarrollo de las actividades de la sociedad y sin embargo, puede ser una buena ocasión para buscar liquidez para el administrador que lo ha vendido, lo cual a su vez reduce la liquidez a la sociedad para realizar otras operaciones necesarias para cumplir con sus fines.[1954]

110. Consiguientemente, solo aquellos actos de autocontratación que vayan dirigidos a conseguir los fines sociales quedan sujetos a esta excepción, hecho por el cual la aplicación de la norma deberá hacerse mediante una interpretación restrictiva orientada a una reducción teleológica. Así pues, aquellos actos que cumplan fines distintos a los encomendados deberán seguir el régimen general de ineficacia por extralimitación. Todo ello avala el criterio de que toda duda surgida sobre la adecuación de los fines del acto interesado a los fines relativos al encargo realizado al administrador con poder de representación –que puede ser más reducido al del objeto social– deberá ser considerado ineficaz, salvo ratificación del principal (arts. 1727.II y 1459.II CC).

Inaplicación de la regla del aprovechamiento por el principal de las ventajas de la gestión oficiosa

111. Cabría plantear si resulta de aplicación la regla prevista para la gestión oficiosa respecto de aquellos negocios no ratificados, pero que el principal ha aprovechado las ventajas derivadas del mismo (art. 1893.I CC).[1955] En estos supuestos la norma hace responsable al principal de las obligaciones contraídas por el gestor frente a terceros y otorga al gestor una *actio contraria* que le permite reclamar una indemnización por los gastos necesarios y útiles y por los perjuicios sufridos en el desempeño del cargo. La aplicación de esta regla a los supuestos estudiados significaría que el gestor, aún a pesar de haberse extralimitado y encontrarse en una situación de conflicto de intereses, estaría legitimado a exigir al principal, como si fuera un tercero, las consecuencias de un negocio válido y eficaz. Es decir, sería acreedor de unos derechos a través de la gestión oficiosa (ex art. 1893 CC), que no podría obtener mediante la aplicación de las reglas

---

[1954] La doctrina y la jurisprudencia no han acotado de forma precisa el ámbito de aplicación de la norma inserta en el art. 1715 CC. V. LEON ALONSO, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1715. sub I; id, *Comentarios al Código Civil y Comp. Forales*, t. XXI.2º (1986) arts. 1714 y 1715, sub II, p. 151. Además de las sentencias citadas por el autor mencionado, v. las STS 10-4-1990, RJA 2703 y 8-6-1993, RJA 4466, que no aclaran suficientemente el tema planteado.

V. también la opinión de DE CASTRO, "El autocontrato en el Derecho privado español", RGL (1927) 396-7, para quien aunque la interpretación de que la autoentrada más beneficiosa para el comitente no se considere extralimitación y se entienda válida, aunque resulta «sin duda justa, pues no lesiona ningún interés y conveniente, no parece [que] prosperaría ante los Tribunales de justicia dados los términos imperativos del art. 267 del Código de Comercio».

Una opinión más matizada se desprende del argumento que entiende que el negocio sólo sería ineficaz en los casos en que el comitente ha manifestado categóricamente su voluntad al comisionista para que no haga de contraparte. V. OTERO LASTRES, «La autoentrada del comisionista», *Estudios Alfonso Otero* (1981) 276-7, quien entiende que en «los demás casos, creemos que debería considerarse válida la autoentrada del comisionista aún apartándose de las instrucciones del comitente, cuando ésta redunde en beneficio del comitente».

En favor de la convalidación del negocio, ex art. 1715 CC, v. ANGULO, en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 272.

[1955] V. LACRUZ, "La gestión de negocios sin mandato", RCDI (1975) 245-270; SANTOS BRIZ, «Arts. 1892-1893», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1984) 62-8; DIEZ-PICAZO, «Arts. 1888-1891 CC», *Comentario del CC* (1993) 1943-9; LASARTE, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1893 CC, sub. II; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 422-3; SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos* (2000) 212-399.

derivadas de la representación (ex art. 1259.II CC).

112. La cuestión resulta de especial interés en el Derecho de sociedades, habida cuenta de que la ratificación en muchos casos no se dará, por el hecho de que quienes deberían otorgarla no tendrán conocimiento de la gestión interesada y, sin embargo, es posible que se aprovechen ventajas derivadas de la misma. La solución a esta cuestión pasa por examinar si el supuesto de extralimitación del administrador encaja en el de la gestión oficiosa, para determinar si se cumplen los requisitos para la aplicación de la disciplina de esta última.

113. La primera exigencia para la aplicación de la norma deriva de la espontaneidad en la actuación del gestor (gestión sin mandato), lo que parece que no se produce ante un representante que está obligado a actuar sobre la base de una relación de gestión subyacente.[1956] Un segundo presupuesto hace referencia al requisito de la ajeneidad del negocio gestionado que excluye aquellos comportamientos en los que se actúa en interés propio e indirectamente se beneficia el *dominus*.[1957] Finalmente, no cabe la gestión oficiosa en los supuestos de actuaciones interesadas del gestor, como así se producirían en el caso de la autocontratación.[1958] Con ello parece necesario convenir que la norma que reside en el artículo 1893.I CC no es de aplicación directa por responder a un supuesto distinto del de la extralimitación del representante en conflicto de intereses.

114. Finalmente cabría postular la aplicación analógica de la mencionada norma, si no fuera por el carácter prohibitivo de la regla que establece la interdicción de la autocontratación en los supuestos de actuación interesada y no ratificada por el principal. Dicho en otros términos, si la actuación resulta beneficiosa para el principal en los términos antes mencionados de exclusión del conflicto, el recurso a la gestión oficiosa resulta innecesaria habida cuenta de que se trata de una autocontratación permitida por el ordenamiento. Sin embargo, si el conflicto de intereses persiste, el supuesto prohibido no puede encontrar amparo en otra norma por vía de aplicación analógica. Todo ello, con independencia de que las circunstancias en las que se de el aprovechamiento de las ventajas pudiera considerarse un supuesto de ratificación tácita, con lo cual el supuesto encontraría acomodo en la autocontratación ratificada por el principal y sería innecesaria su

---

[1956] Sobre la espontaneidad, inexistencia de encargo u obligación de gestionar como presupuesto de la aplicación de la disposición, v. LACRUZ, "La gestión de negocios sin mandato", RCDI (1975) 248, 251-2; DIEZ-PICAZO, *Comentario del CC* (1993) art. 1888, sub. II.4; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-2º (1995) 421; SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos* (2000) 86-108, esp. Pp. 92-3 y 107-8.

[1957] V. la doctrina que postula el *animus* como interés de actuar para otro en DIEZ-PICAZO, *Comentario del CC* (1993) art. 1888, sub. II.3. Sobre el *animus aliena negotia gerendi*, v. la moderna aproximación que realiza SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos* (2000) 108-97, que configura el *animus* a través de la intención de actuar para otro con la intención de atribuirle los efectos de tal actuación; v. esp. id., pp. 187-92.

[1958] La gestión debe realizarse con un ánimo altruista que no existe cuando el gestor tiene la intención de lucrarse de la gestión. Tanto la gestión cuyo *animus depaedandi* comporta gestionar un negocio en beneficio propio o de un tercero como la gestión realizada en interés del gestor se escapan del contexto de la aplicación de la norma. V. LACRUZ, "La gestión de negocios sin mandato", RCDI (1975) 256-7; DIEZ-PICAZO, *Comentario del Código civil* (1991) art. 1888, sub. II.4; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-2º (1995) 422. V. también una concepción mas flexible sobre los negocios afectados por los intereses del gestor y del dueño en SANCHEZ JORDAN, *La gestión de negocios ajenos* (2000) 117-22, 156-87, esp. 183, 185-7.

consideración como gestión oficiosa.[1959]

c) Régimen aplicable a los negocios celebrados por la sociedad con los administradores sin poder de representación

Planteamiento

115. La cuestión aquí planteada reside en saber cual es el régimen al que queda sujeta la simple contratación, para los casos en que el administrador contratante con la sociedad no reúne la condición de representante. A falta de una disposición que resuelva la pregunta, una primera hipótesis contempla la aplicación del régimen de la eficacia relativa previsto para los casos de autocontratación. La propuesta debe tomarse con reservas habida cuenta que el fundamento de la sanción de ineficacia relativa no deriva del incumplimiento general del deber de lealtad, sino de un singular supuesto de deslealtad caracterizado por la titularidad del poder de representación del administrador interesado. Precisamente la sanción señalada evita la vinculación de la sociedad con el administrador o un tercero a consecuencia del comportamiento realizado por quien tiene poder para actuar en su nombre. Si el administrador no es titular del poder de representación el supuesto es distinto porque la conducta del contratante no tiene como fin actuar por cuenta de la sociedad y hacer recaer en ella los efectos del negocio. No puede hablarse de falso procurador, de extralimitación ni de ausencia de poder respecto de quien actúa en su propio nombre en interés. De todo ello se sigue que la sanción de ineficacia aludida es consecuencia de la aplicación del deber de lealtad del representante y, consiguientemente, no se extiende a los actos negociales frente a la sociedad realizados por quienes no son titulares de poder de representación.

116. El administrador que al celebrar actos y negocios con la sociedad actúa en su propio nombre y exclusivo interés tampoco está abusando de sus poderes y facultades en tanto que la contratación como particular no significa el ejercicio de sus facultades administrativas, sino de su propio ámbito de poder. De ahí que al analizar la contratación directa, el centro de atención se desplaza al incumplimiento de los deberes de lealtad del gestor por contratar interesadamente sin estar autorizado, cuestión en la que coincide con el supuesto anteriormente visto. Siguiendo esta lógica, la cuestión suscita la pregunta de saber si la infracción del deber de lealtad tiene entidad suficiente para influir en a la validez y eficacia de los negocios desleales, a falta de una norma jurídica que recoja claramente el supuesto. El argumento podría ser el siguiente: la contratación ilícita o desleal queda sujeta a la sanción general de la nulidad radical por contravención de una norma jurídica prohibitiva (art. 6.3 CC).[1960] Esta solución tampoco resulta satisfactoria en tanto que no permite la ratificación y somete la contratación directa a un régimen más riguroso que la autocontratación. Este argumento de carácter sistemático se une a la ausencia de una doctrina consolidada que apoye esta solución, lo que en la práctica provocaría cierto grado de inseguridad jurídica.[1961]

[1959] El simple aprovechamiento no parece que pueda considerarse una ratificación tácita, si bien el TS ha aproximado ambas supuestos. V. SANTOS BRIZ, «Arts. 1892-1893», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1984) 64; LASARTE, *Comentario del CC*, II (1991) art. 1893 CC, p. 1952.

[1960] La norma que ampara el deber de lealtad según venimos diciendo es la buena fe (art. 7.1 CC).

[1961] En tales circunstancias, *de lege ferenda*, sería preferible que las leyes de sociedades establecieran una norma general de aplicación a todos los administradores, que determinara los efectos de ineficacia sobre de los contratos interesados. Mientras tanto, la contratación no

Sanción por extralimitación del representante

117. Por otro lado, el hecho de que el negocio no sea objeto de sanción en virtud del comportamiento del administrador contratante, no excluye el amparo del ordenamiento a favor de la sociedad respecto de los actos desleales que encuentran su causa en un acto o negocio del cual el administrador es interesado. En efecto, en estos casos el conflicto deberá evaluarse de forma indirecta a través de la conducta de la persona, sea administrador o apoderado, que represente a la sociedad actuando en su nombre e interés frente al administrador no representante. A través de la valoración de la conducta del representante procede aplicar la sanción de ineficacia relativa al negocio por extralimitación y atendiendo a la falta de buena fe del administrador contratante.

118. El representante de la sociedad, sometido al deber de actuar lealmente con su principal, deberá sujetar el acto o negocio a aprobación previa al conocer el conflicto latente. El representante debería conocer la situación de conflicto a través de la comunicación hecha por el administrador interesado en cumplimiento de su deber de *disclosure*. Sin embargo, si este hecho no se produce, si el representante es otro administrador o un alto cargo, difícilmente podrá alegar su desconocimiento por la notoriedad del propio administrador interesado. En este sentido, además de los requisitos propios de la autocontratación, es preciso que el representante de la sociedad haya cometido una deslealtad al no exigir la autorización del negocio requerida por la existencia de un conflicto indirecto de intereses. El conflicto adquiere la consideración de conflicto mediato (si el administrador interesado utiliza la posición del representante para ocultar su posición y evitar el conflicto directo) o conflicto a favor de tercero (si conociendo la posición de conflicto, el representante no lo evita y favorece la actuación interesada del administrador).

119. En estos casos, el administrador que actúa por su cuenta e interés se coloca en la posición de un tercero frente a la sociedad, en cuyo caso no puede alegar su buena fe. No puede considerarse un tercero de buena fe porque el conocimiento su posición de conflicto es inexcusable. Eventualmente, la prueba de la colusión o relación de complicidad con el representante de la sociedad resultará más

---

autorizada del administrador sin poder de representación con la sociedad debe reputarse válido y eficaz.

Por otro lado, la sanción por contratación no autorizada sólo se explicita en el régimen de la sociedad cooperativa en cuyo caso se hace a través de la anulabilidad del negocio (art. 42.2 LCoop.). Otras disposiciones que prohíben actos de contratación en nuestro ordenamiento no precisan la sanción por su incumplimiento (v. arts. 1459.2º CC; art. 26 LF; 6.I LIIC; arts. 10 y 67 LSRL; 16.2 LORCA). Consiguientemente, de estas normas concretas no cabe inferir una norma de carácter general, pues además las soluciones divergen, de forma que en unos casos se postula la nulidad absoluta (caso de los créditos a los administradores, previsto en el art. 10 LSRL), en otras la ineficacia relativa y en otras la anulabilidad.

Con todo, existen opiniones que entienden que corresponde aplicar la norma prevista en el art. 1459.2º CC y la sanción que ella le corresponde. V. GARCIA VALDECASAS, A., "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP (1960) 459, que postula la aplicación de la mencionada disposición «cualquier relación interna de gestión por cuenta ajena y origen voluntario». V. también HERNANDEZ MARTI, «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1722-3, que entiende que la «prohibición prevista en el art. 1459.2 CC afecta a todos los administradores de la sociedad, a pesar que únicamente pueden incurrir en autocontratación aquellos administradores que tengan poder para representar a la sociedad frente a terceros (ej. Consejeros delegados). La prohibición de aquella norma excede el supuesto de la autocontratación».

dificultosa, aunque ésta resulta innecesaria para determinar los presupuestos de la aplicación de la sanción de ineficacia relativa habida cuenta de la suficiencia del conocimiento del conflicto tanto por el representante de la sociedad como del administrador contratante.

6.
Consecuencias penales para el interesado

a) Introducción

120. La conducta desleal queda sujeta a responsabilidad penal si reúne los elementos que componen alguno de los tipos penales defraudatorios o societarios aplicables.[1962] La aplicación especial de derecho penal, frente al derecho civil, parte del entendimiento de que ello implica el cumplimiento de los presupuestos generales de tipicidad (art. 1.1 CP), de legalidad (art. 4.1 CP), de culpabilidad (art. 5 CP), de intervención mínima y de presunción de inocencia que presiden y ordenan el Derecho penal.[1963]

[1962] En relación a los delitos societarios, v. TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos societarios*. Madrid, 1987; MATA MARTIN, R.M., "Los delitos societarios en el Código Penal de 1995", RdS 5 (1995) 164-176; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, 1996; FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luís / SANCHEZ ALVAREZ, Manuel M., "Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos (art. 291 del Código Penal)", Actualidad Jurídica Aranzadi, VI-238 (21 marzo 1996) 1-6; GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, 1996; MORENO CANOVES, A. / RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos. Comentario a los arts. 262 y 270 a 310 del Código Penal*. Zaragoza: Ed. EDIJUS, 1996; SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios*, 1996; VIVES ANTON, T.S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. 2., 1996; COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Curso de Derecho penal. Parte especial* I y II. Madrid, 1996 y 1997; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, 1998; RODRIGUEZ-MOURULLO OTERO, «El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal», en BACIGALUPO ZAPATER, E., (dir.), *La administración desleal* (1999) 13-31; MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal. Estudio del delito del artículo 295 del Código Penal", RdS 13 (1999-2) 141-58; VIVES ANTON, T.S. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*. 3ª ed., 1999; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 2001.

Sobre el concreto delito de administración desleal, v. DEL ROSAL BLASCO, «Artículo 295», en VIVES ANTON, *Comentarios al CP de 1995*, II (1996) 1440-4; NIETO MARTIN, A., *El delito de administración fraudulenta*, 1996; GOMEZ BENITEZ, "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles", La Ley (1997-1) 2053-2056; RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, 1997; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, 1998; GOMEZ BENITEZ, "De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal", La Ley (1998-6) 2174-7; RODRIGUEZ MONTAÑES, "Algunas reflexiones acerca de la sentencia del "Caso Argentia Trust" (STS 26 febrero 1998), *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales* (1998) 133-43; BACIGALUPO ZAPATER, (dir.), *La administración desleal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. Id., «La administración desleal en el nuevo Código Penal», en *La administración* desleal (1999) 195-215; GONZALEZ CUSSAC, en VIVES ANTON, (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial* (1999) 544-8; 555-8; MATA Y MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal. Estudio del delito del art. 295 del Código Penal", RdS 13 (1999-2) 141-158; RODRIGUEZ RAMOS, «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», en BACIGALUPO ZAPATER, (dir.), *La administración desleal* (1999) 35-45; MARTINEZ-BUJAN PEREZ, *El delito societario de administración desleal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

En general, v. BAJO FERNANDEZ, «Hacia un nuevo derecho penal: el de las personas jurídicas», *Estudios Menéndez*, IV (1996) 5089-5103; GARCIA VALDES, «El nuevo Derecho penal de los negocio y de las sociedades mercantiles», *Estudios Menéndez*, t. IV, Madrid: Civitas (1996) 5121-5139; RUIZ RODRIGUEZ, *Protección penal del mercado de valores (Infidelidades en la gestión de patrimonios*). Valencia, 1997.

[1963] Sobre la idea de intervención mínima del Derecho penal en su relación con el ordenamiento mercantil, v. GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 23-7; Sobre el principio de intervención mínima, v. LUZON PEÑA, *Curso De Derecho Penal. I. PG* (1996) 82-4;

121. Además, los principios y reglas que fundamentan el rigor penal sólo pueden ser de aplicación cuando se acrediten los hechos que permitan subsumir el caso dentro de cada tipo penal, si bien la ausencia de la prueba de alguno de los elementos del tipo no impide la tutela de la sociedad afectada a través del ordenamiento civil, lo que comúnmente se manifiesta cuando ante un ilícito desleal falte acreditar, por ejemplo, el dolo o el perjuicio directo para la sociedad.[1964] Todo ello, con independencia de que a la sanción penal es preciso añadir las consecuencias civiles que puedan derivarse del delito.[1965]

122. Tradicionalmente, el comportamiento desleal del administrador se ha venido persiguiendo a través de los delitos patrimoniales, en particular, mediante los tipos defraudatorios de la estafa y la apropiación indebida. Las dificultades que

---

MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN, *DP. PG* (2000) 79-93; MIR PUIG, *DP. PG* (2002) 121-6. Sobre la orientación del Derecho penal basada en los principios de ultima ratio y de protección material de determinados bienes jurídicos, v. SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 39-40; MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 144. Sobre la diferencia entre las responsabilidades civiles y penales, v. id. pp. 65-6. Sobre la idea de la naturaleza subsidiaria del Derecho penal, v. ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problema básico del Derecho penal* (1976) 21-2. Sobre la autonomía del derecho penal y la protección de los mismos bienes jurídicos por parte del Derecho penal, civil y administrativo, v. DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 49-56, 67. El estudio de los principios de presunción de inocencia y de *in dubio pro reo* corresponde al Derecho procesal penal. Sobre el principio de culpabilidad, v. MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN, *DP. PG* (2000) 101-3. Sobre el principio de legalidad, v. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTON, *DP. PG* (1999) 67-80; MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN, *DP. PG* (2000) 105-27, 132-6, 286.

[1964] V. GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 101; SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 191. Entre la jurisprudencia, v. STS (Penal) 10-2-1999, RJA 850, «Excavaciones Oviedo, SL c. J.L.», como supuesto de deslealtad que no llegó a probar el dolo del actor y el perjuicio a la sociedad en una adquisición de un bien a la sociedad y posterior venta a un tercero por parte del administrador.

[1965] V. GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 100; MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 146-7. Sobre la relación entre la sanción civil y penal, v. SILVA MELERO, "En torno a las consecuencias civiles del delito", RDP (1966) 1065; SOTO NIETO, "Delitos societarios. Ambito de la responsabilidad civil inherente a los mismos. Nulidad de los acuerdos sociales", La Ley 6 (1998) 2350-2351. Sobre la responsabilidad civil subsidiaria, v. STS (Sala de lo Penal) 29-7-2002, RJA 6357, «Caso Banesto», V (Recurso de las Sociedades declaradas responsables civiles subsidiarias).

En relación a las consecuencias de la sanción penal en el ejercicio del cargo de administrador se plantea, de un lado, la posibilidad de aplicar una pena accesoria de inhabilitación especial para la actividad de administración (art. 56 CP). De otro lado, el hecho de que el administrador haya sido condenado por un delito de administración desleal le impide ser administrador de una sociedad de capital en virtud de la prohibición establecida en los artículos 124 LSA y 58.3 LSRL («no pueden ser administradores... los que hubieran sido condenados por grave incumplimiento de leyes o disposiciones sociales...»). Cfr. con el art. 132.1 LSA que establece la separación inmediata de aquellos administradores incursos en las prohibiciones del art. 124. Para la aplicación de esta sanción al administrador de otra forma societaria no capitalista sería preciso una pena accesoria de inhabilitación. V. al respecto, GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 107, para quien «la simple condena de un delito societario comportará por sí sola una inhabilitación absoluta para el ejercicio del cargo de administrador». De forma más precisa, CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 464, afirma que «la pena de inhabilitación es aplicable, al menos para los administradores de las sociedades anónimas, no sólo cuando la pena principal sea privativa de libertad sino también cuando sea de multa». Cfr. con SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 91-[92], para quien «no parece que una condena por un delito societario acarree la prohibición indicada, desde el momento en que no se contempla la imposición de la pena de inhabilitación especial».

planteaba su aplicación a los comportamientos desleales llevaron a la doctrina a postular la creación de un tipo específico que completara las lagunas de regulación y que resultara idóneo para sancionar determinados comportamientos desleales.[1966] Tales exigencias han pretendido ser resueltas con una nueva configuración del delito de apropiación indebida y con la introducción de un tipo particular de administración desleal, previsto en el artículo 295 del nuevo CP.[1967]

123. La existencia de un tipo específico de administración desleal se ha justificado por la imposibilidad de que la apropiación indebida fuera el tipo adecuado para sancionar todo supuesto de gestión desleal. La premisa de esta conclusión se encuentra en las notas relativas al tipo objetivo que caracterizan el delito de apropiación indebida. A saber, la realización de un comportamiento dominical ilícito y la existencia de un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver el bien recibido en administración u otro tanto del mismo.[1968] De ello se sigue que los usos temporales ilícitos que no signifiquen incumplimiento definitivo no quedan dentro del de su ámbito de aplicación.[1969]

[1966] Sobre los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales relativos a la aplicación del Código de 1944 a los supuestos de deslealtad, v. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 528-47; RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 6-16; MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 142-3; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 29. Sobre las dificultades del sistema penal para combatir las modernas variedades de criminalidad económica, v., GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 19-22. En particular, sobre el art. 295, v. SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 36-7.

A través del anterior Código penal, se planteó la aplicación de distintos tipos a los comportamientos desleales. A saber, las falsedades documentales, la estafa, la apropiación indebida y las maquinaciones para alterar el precio de las cosas. V. sobre ello, RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 16-58, quien hace una comparación entre las soluciones a las que se llega a través del CP 1944 y el CP 1995. Las conclusiones a las que se llega van dirigidas a constatar la atipicidad de ciertas conductas desleales por la configuración de los tipos patrimoniales existentes, cuya conducta no constituye ni estafa ni apropiación indebida.

[1967] Con todo, v. RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 59, al señalar que el «análisis de los delitos patrimoniales existentes en el Código penal (tanto en el CP 1944, como en el CP 1995) ha puesto de relieve su insuficiencia para hacer frente a muchos supuestos de sanción penal, aunque ciertamente otros casos sí son punibles. Dejando a un lado las falsedades, desde el punto de vista dogmático, ni la estafa, ni la apropiación indebida en su regulación actual son instrumentos aptos para perseguir las conductas de pura administración desleal del patrimonio ajeno... La estafa, por la exigencia de engaño inicial y error en el disponente; la apropiación indebida, por la limitación del objeto de la acción a la misma cosa recibida, las dificultades que plantea en los casos de dinero y la exigencia del apoderamiento definitivo de la cosa...». La autora señala como ejemplo de hechos que quedarían sin punición a las concesiones de créditos sin garantías o la utilización de la firma social para garantizar obligaciones personales de los administradores; v. id., pp. 59-60. V. también, MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 27-8. Sobre la distinción entre la estafa y el delito de administración desleal, v. STS (Sala de lo Penal) 29-7-2002, RJA 6357, «Caso Banesto», FD, IV, A, 34.

[1968] V. MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 28. V. *infra*, núms. 139 a 142, la distinción entre administración desleal y apropiación indebida y, en particular, la posición de GOMEZ BENITEZ, "De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal", La Ley (1998) 2174 ss. e id., "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles", La Ley (1997-1) 2053 ss.

[1969] V. MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 29, al indicar que «las constelaciones de casos que en modo alguno podían ser subsumidas bajo el tipo

124. Con todo, la incriminación penal de las conductas desleales punibles a través del delito de administración desleal se reduce al ámbito de las sociedades, lo que pone de manifiesto la inexistencia de un tipo general de gestión desleal.[1970]

125. Fuera del capítulo dedicado a los delitos societarios y dentro del capítulo previsto para la regulación de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores se han tipificado distintos supuestos de uso de información societaria.[1971] La exclusión de la conducta mencionada de los tipos de apropiación indebida y de administración desleal se justifica por sus diferencias tipológicas, en la medida que el uso de información no exige realizar la conducta apropiación ni la causación de un daño directo.[1972]

b) Caracterización del delito de administración desleal

Bien jurídicamente protegido

126. El delito de administración desleal reduce su ámbito de aplicación a la administración de sociedades, entendiéndose por tales las sociedades mercantiles, las entidades mutualistas (cooperativas y mutuas), las fundaciones, así como «cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado», tal como lo establece el artículo 297 CP.[1973] De esta forma el precepto delimita las entidades sometidas

---

de la apropiación indebida pueden ser sintetizadas en las siguientes: las conductas de "autopréstamo", es decir, la abusiva utilización del crédito a favor del grupo de control del Banco, bien directamente a los propios administradores, bien a personas o sociedades vinculadas a ellos en situaciones que puedan causar un perjuicio a la entidad bancaria; los casos de prestación de garantías con bienes de la sociedad para el afianzamiento de deudas personales de los administradores; los supuestos de "autocartera encubierta", esto es, la adquisición de acciones del banco con fondos del propio banco, restando así efectividad al capital social, con el fin de mantener artificialmente la cotización en bolsa». Id., p. 30: «en todos estos casos no existe (o no se puede probar) un acto de disposición de la cosa como propia que implique un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, sino sólo unos meros usos temporales ilícitos (o sea compatibles con dicha obligación), que no pueden ser considerados actos ejecutivos de apropiación indebida».

[1970] Sobre la necesidad de crear un nuevo tipo general de gestión desleal de patrimonio, v. SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 179; RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 111, 131-6, 155-6; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 137-8; GOMEZ BENITEZ, "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles", La Ley (1997) 2054; BACIGALUPO ZAPATER, «La administración desleal en el nuevo Código Penal», *La administración desleal* (1999) 202; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 204; GOMEZ BENITEZ, "De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal", La Ley (1998) 2177, nota 7; RODRIGUEZ RAMOS, «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», *La administración desleal* (1999) 37. Sobre la descoordinación entre la tipificación penal de los delitos societarios y su encaje sistemático con los ilícitos civiles, v. GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 112-3.

[1971] El gestor de bienes ajenos que use información de su principal puede verse incriminado por la norma prevista en el art. 279 CP, que castiga la conducta de «difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa» así como la utilización del secreto «en provecho propio» por quien tenga obligación legal o contractual de guardar reserva. En el ámbito del mercado de valores, el uso de información privilegiada ha sido tipificada en el art. 285 CP. Sobre el *insider trading*, v. Cap. 4º, núm. 110.

[1972] V. MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 56-7.

[1973] Al respecto, DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 74, señala que «es necesario afirmar, una vez más, la naturaleza autónoma del Derecho penal y concluir que el art. 297 no es una *ley penal en blanco* que haya de ser completada con normas del

a la disciplina del tipo con carácter ejemplificativo y cuyo denominador común consiste en ser personas jurídicas o entidades cuyo objetivo va dirigido a desarrollar actividades de carácter empresarial.[1974]

127. Además, el hecho de que el Código Penal extienda el ámbito de aplicación de la norma contenida en el artículo 295 a las sociedades en formación, plantea su

---

Derecho de sociedades, sino que contiene en sí mismo todos los elementos necesarios para su interpretación».

[1974] La cuestión no resulta ajena al debate en la medida que queda claro si las sociedades civiles, las asociaciones, las comunidades de bienes, las cuentas en participación, las uniones temporales de empresas se incluyen en el concepto jurídico penal de sociedad. Sobre el criterio distintivo que delimita el sujeto pasivo, v. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 113-4, 116 (personalidad jurídica, permanencia y ser empresarios mercantiles; excluye el empresario individual y el empresario civil); GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 40-1 (la personalidad jurídica y la permanencia o estructura estable); SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 48 (el empresario colectivo o social); DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 74-5 (cualquier colectividad, agrupación de personas o asociación, civil o mercantil que forme una unidad económica, con o sin naturaleza jurídica corporativa, constituida formalmente o por constituir, que haya nacido con el fin de incorporarse al trafico económico y que, de hecho, participe en el mismo de forma activa, generando núcleos de relaciones y de intereses similares a los de las estructuras societarias formalizadas).

(i) Sobre las comunidades de bienes v. GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 40, para quien no son consideradas entidades de «análoga naturaleza» a las mencionadas a las mencionadas en el art. 297 CP porque les falta la personalidad jurídica. Cfr. con SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 52, que considera que las «comunidades de bienes, deben considerarse como una sociedad colectiva irregular. Los anteriores criterios son aplicables, en lo sustancial, a las figuras atípicas, a las que, según esto, deben considerarse como sociedades, a todos los efectos». DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 75, considera que las comunidades de bienes deben incluirse en el concepto penal de sociedad del art. 297 por ser una colectividad que participa de forma permanente en el mercado. (ii) Sobre las cuentas en participación v. GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 40, que sostiene que no son consideradas entidades de «análoga naturaleza» a las mencionadas a las mencionadas en el art. 297 CP porque les falta la personalidad jurídica. Cfr. con DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 75, que entiende que las cuentas en participación deben incluirse en el concepto penal de sociedad del art. 297 por ser colectividades que participan de forma permanente en el mercado. (iii) Las Uniones temporales de empresa no son consideradas entidades de «análoga naturaleza» a las mencionadas a las mencionadas en el art. 297 CP. V. GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 40 (les falta la personalidad jurídica). Para otros, la Uniones temporales de empresas deben calificarse como sociedades colectivas, y como tales se les aplica el art. 295 CP. V. SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 46-7. Para las uniones temporales de empresas deben incluirse en el concepto penal de sociedad del art. 297 ser colectividades que participan de forma permanente en el mercado. (iv) Las sociedades civiles en forma mercantil no son consideradas entidades de «análoga naturaleza» a las mencionadas a las mencionadas en el art. 297 CP. V. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 110. (v) Las asociaciones quedan excluidas, de ordinario. V. SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 46-7.

[1975] El Derecho de sociedades ha incorporado un concepto legal de sociedad en formación en los arts. 15 LSA y 11.3 LSRL que viene referido a la etapa de la fundación que transcurre desde el otorgamiento de la escritura hasta que la sociedad se inscribe en el Registro mercantil. Sobre la extensión o exclusión de las sociedades irregulares y las sociedades de hecho como sujetos pasivos del delito de administración desleal, v. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 113 (las sociedades irregulares quedan excluidas del concepto penal de sociedad); GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 44 (las sociedades de hecho y las irregulares quedan excluidas del supuesto); SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 54 (las sociedades irregulares se incluyen en el concepto penal de sociedad por considerarse una sociedad mercantil); CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 207 (las sociedades

delimitación tanto a la sociedad de hecho como a la sociedad irregular.[1975]

128. El hecho de que para describir la conducta típica el Código Penal se refiera a la disposición «de los bienes de la sociedad» o a contraer «obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren» no explicita ni aclara el bien jurídico protegido, respecto al cual se entiende que consiste en el patrimonio de la sociedad.[1976]

Sujeto pasivo y activo

129. El sujeto pasivo, titular del objeto material y del bien jurídico lesionado, consiste en la sociedad administrada, aun cuando el artículo 295 no se refiere directamente a ella, y sin embargo, hace referencia a quienes perjudique indirectamente el acto desleal: a los «socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren».[1977]

130. Al configurarse como un delito especial propio, sólo pueden ser autores del delito de administración desleal aquellas personas que sean administradores de derecho o administradores de hecho de la sociedad, además de sus socios.[1978]

---

irregulares y las sociedades de hecho se incluyen en el concepto penal de sociedad por ser sociedades, civiles o mercantiles, teniendo vocación de permanencia); DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP1995* (1998) 77 (la sociedad irregular debe ser incluida dentro del concepto de sociedad en formación).

[1976] Al respecto, sobre los distintos matices sobre lo que se entiende como bien jurídico penalmente protegido, v. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 561, 567-8 (el patrimonio de la sociedad); SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 180 (el patrimonio social de forma mediata); CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 186 (la integridad del patrimonio social, junto con la defensa de los patrimonios de los sujetos pasivos); DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 140 (el *patrimonio social* y el *patrimonio de los socios, depositantes, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital*); GONZALEZ CUSSAC, en VIVES ANTON, (Coord.), *DP. PE* (1999) 556 (directamente el patrimonio de los socios, depositarios, etc. y, sólo indirectamente, el patrimonio social); MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 145 (el patrimonio social, aun cuando lo sea de forma indirecta); RODRIGUEZ-MOURULLO, «El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal», *La administración desleal* (1999) 29 (el patrimonio de los socios, depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital administrado); MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 31 (el patrimonio administrado); MUÑOZ CONDE, *DP. PE*. (2001) 514 (el bien jurídico protegido es un conjunto de derechos, por un lado, los de los socios, depositarios, etc. y, por otro, los de la sociedad).

[1977] Las interpretaciones se mueven en torno a los sujetos descritos y la sociedad. V. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 563 (la sociedad es uno de los sujetos pasivos del delito); SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 181 (según el precepto el sujeto pasivo es el socio, depositario, cuentaparíticipe o titular del bien, valor o capital administrado por la sociedad); GONZALEZ CUSSAC, en VIVES ANTON, (Coord.), *DP. PE* (1999) 556 (serán sujeto pasivo los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital administrador, y la propia sociedad); MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 34-[36] (si fuera la sociedad, el legislador debería mencionarla explícitamente).

[1978] V. la opinión de RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 147, que señala que el criterio relevante para la delimitación del «círculo de sujetos activos es que ostenten un *especial poder de representación de un patrimonio ajeno*... que les otorgue amplias facultades en cuanto a su gestión y les imponga *deberes de lealtad* en la realización de esa gestión». V. id. pp. 147-8. Para MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 81, la construcción del delito como especial propio «no implica que se considere como un puro delito de infracción de un deber, dado que sigue siendo un delito de dominio y que consecuentemente el criterio de imputación del delito debe ser la creación o

Consiguientemente el ámbito de los sujetos activos además de comprender al administrador con el nombramiento inscrito y cuyo cargo no esté caducado, se amplia al grupo de sujetos que pueden englobarse entre los administradores de hecho, categoría que incluye a los administradores con el mandato caducado o con un nombramiento irregular.[1979]

131. La extensión subjetiva a otras figuras cercanas con capacidad de gestión patrimonial se plantea en términos de controversia. Primero, se suscita si los apoderados generales deben incluirse entre los sujetos activos, en virtud de sus facultades de disponer los bienes societarios y de contraer obligaciones abusando de sus poderes y causando un perjuicio a la sociedad.[1980] Segundo, el precepto tampoco indica si el administrador judicial y liquidador pueden ser sujetos activos de la administración desleal en virtud de su eventual condición de gestores de los bienes sociales.[1981] Tercero, cuando una persona jurídica sea el administrador de

---

aumento del riesgo no permitido». En relación a la posibilidad de incriminar a otros sujetos como cooperadores necesarios, como cómplices o como inductores, v. SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 181.

Sobre la inclusión de los socios como sujeto activo del delito en art. 295 CP, v. SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 73-4 y 181; GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 46; RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 122-3; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP1995* (1998) 141-2; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 267-80; MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 147-8; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 67-8.

[1979] Sobre la referencia al administrador de hecho v. GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 46 (administradores con nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito o caducado); SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 62-3 (administradores nombrados y que ejercer el cargo pero que no lo han aceptado; persona que ejerce las funciones hasta que la sociedad nombre nuevo administrador); DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP1995* (1998) 63-4 (administradores designados para el cargo que no tienen debidamente perfeccionado o formalizado su nombramiento, ya sea por estar éste afecto a alguna causa de nulidad, ya por no haber sido inscrito, ya por estar caducado). La figura del administrador de hecho está reconocida en el art. 31 CP; sobre su concepto, v. GARCIA CAVERO*, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 1999.

[1980] A favor de extender el sujeto activo a los apoderados generales al considerarlos como administradores de hecho, v. RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 117-8; SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 64, 180 (siempre que acredite que desempeñen *de facto* funciones materialmente similares a las de los administradores de derecho); CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 253; GONZALEZ CUSSAC, en VIVES ANTON, (Coord.), *DP. PE* (1999) 547 (actúan como administradores de hecho); RODRIGUEZ RAMOS, «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», *La administración desleal* (1999) 39; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 67. Cfr. con quienes entiende que no es posible reconducir a los altos cargos al concepto de administrador de hecho; v. GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 47-50; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 65-6 (los apoderados no tienen una relación orgánica, ni tienen atribuidas tareas orgánicas).

[1981] En favor de considerar al administrador judicial sujeto activo del delito, v. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 135 (los administradores designados por el Juez tienen las mismas atribuciones que corresponden al consejo de administración o a los administradores sustituidos, por lo cual a efectos penales son administradores de derecho); RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 118-20; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 62, nota 113 (el administrador judicial debe ser considerado administrador de derecho a efectos penales); RODRIGUEZ RAMOS, «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», *La administración desleal* (1999) 39; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 67. Cfr. con CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 257

derecho, la responsabilidad penal de la persona física que la represente vendrá determinada por lo que establece el artículo 31 CP.[1982]

Modalidades comisivas. Delito de lesión

132. La conducta típica alternativa consiste en disponer bienes o en contraer obligaciones a cargo de la sociedad con abuso de las funciones propias del cargo. En primer lugar, la conducta típica constituye un incumplimiento de los deberes de lealtad del administrador, en la medida que el precepto parte de la exigencia de un conflicto de intereses, directo o indirecto, entre el administrador y la sociedad. El conflicto viene referido en el precepto al señalar que la conducta se realiza «en beneficio propio o de un tercero».[1983] El Código Penal menciona el abuso de facultades sin concretar la referencia al deber de lealtad, si bien ello se deduce del propio supuesto. En efecto, el abuso de facultades comporta una infracción de los deberes del administrador y si este abuso se origina en relación a un conflicto de intereses, la tutela del interés social se corresponde con el deber de lealtad.[1984] La

---

A favor de que el liquidador pueda ser sujeto activo, v. RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 118-20; SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 63 (los liquidadores de la sociedad deben calificarse como administrador de hecho); CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 261 (los liquidadores pueden incluirse en la referencia a los administradores de hecho sin vulnerar el principio de legalidad); MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 67. Cfr. con FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 135 (la conducta prevista en el art. 295 queda impune en esa fase respecto de los liquidadores); GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 50 (necesidad de evitar interpretaciones extensivas); DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 62, nota 113 (los liquidadores no realizan funciones de administración sino de liquidación y su extensión requiere mención legal expresa); RODRIGUEZ RAMOS, «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», *La administración desleal* (1999) 39.

[1982] V. GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 51-2; RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 120. V. también los opiniones de quienes consideran que la persona física que represente a la persona jurídica administradora debe considerarse como administrador de derecho. V. SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 61 y de CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 229. Para otros, la persona física designada habrá de ser considerada, en principio, el *administrador de hecho* de la sociedad. V. DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 72. Todo ello con independencia de que los administradores de la persona jurídica administradora puedan ser responsables de la conducta prevista en el art. 295 por su consideración de administradores de hecho. V. SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 61.

[1983] V. *infra,* el tipo subjetivo, los elementos subjetivos del injusto (actuar en beneficio propio o de un tercero).

[1984] Al respecto, la doctrina dirige el desvalor de la acción en la infracción de los deberes de lealtad. V. DEL ROSAL BLASCO, «Artículo 295», en VIVES ANTON, *Comentarios al CP de 1995*, II (1996) 1442-3; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 571; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP1995* (1998) 143; GONZALEZ CUSSAC, en VIVES ANTON, (Coord.), *DP. PE* (1999) 557; MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 153; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 109. V. también RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 126-7, al referirse al «deber de diligencia y lealtad en el cuidado del patrimonio ajeno».

V. la STS (Sala de lo Penal) 29-7-2002, RJA 6357, «Caso Banesto», FD, IV, A (Recurso del acusado Mario C.), 28, 4, párr. 4º, al señalar que tiene los perfiles de una administración desleal la conducta del administrador que «no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero». Mas concretamente, «en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad... El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente del abuso de las funciones de su cargo, actuando con

infracción del deber de lealtad consiste en un elemento común tanto al ilícito civil como al penal y en ambos casos se configura en su sentido objetivo.[1985]

133. En segundo lugar, la regulación típica define un delito de lesión y no de peligro, en la medida que debe causarse un perjuicio económico evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capitales que administren.[1986] En su sentido más amplio, el concepto de perjuicio relativo a la administración desleal incluye tanto la disminución patrimonial como la ausencia de un incremento de patrimonio esperado.[1987] El hecho de que el delito de administración desleal no se haya construido como delito de peligro, con el correspondiente adelantamiento de la protección penal, sino como delito de lesión que exige la producción del perjuicio patrimonial como resultado de la acción, no impide que a través de la punición de la tentativa se castiguen casos en los que el peligro no llega a producirse.[1988] La configuración del tipo como delito de resultado material de lesión cuya consumación requiere la producción del perjuicio económico permite apreciar un elemento distintivo con el ilícito civil, en la medida que éste no requiere que se produzca un daño para su consideración antijurídica.

---

deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el art. 719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el artículo 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado» (Id., 6).

V. las referencias a las infracciones de deber de fidelidad en las STS (Penal) 26-2-1998, RJA 1196 «Mario Conde / Argentia Trust», FD 7º y STS (Penal) 3-4-1998, RJA 530, FD 1º, relativas al delito de apropiación indebida previsto en el art. 252 CP.

[1985] V. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 581; MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 153.

[1986] V. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 577; GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 94-5; SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 188; RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 128, 145-6; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 401; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP1995* (1998) 141, 143; RODRIGUEZ RAMOS, «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», *La administración desleal* (1999) 40.

[1987] La noción amplia de perjuicio permite incorporar en este tipo a los usos temporales ilícitos. V. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 69-70. 579; SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 190 (el perjuicio «puede consistir tanto en la aparición de un daño emergente, como de un lucro cesante»); RODRIGUEZ RAMOS, «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», *La administración desleal* (1999) 41, MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 110. Cfr. con MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 156, según el cual «por perjuicio debe entenderse la disminución del patrimonio sucedido posteriormente al hecho infractor, comparando la situación patrimonial anterior y posterior, del mismo». V. id, pp. 155-6. Sobre los distintos conceptos de patrimonio y de lesión patrimonial v. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 63-70; RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 139-44.

[1988] V. RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 145; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 77 (la tentativa permitirá castigar hipótesis de conductas de administración desleal que entrañen un simple peligro para el patrimonio de los sujetos pasivos); MUÑOZ CONDE, *DP. PE*. (2001) 514 (la punición de la tentativa de hecho funciona como un *delito de peligro*). Cfr. con GOMEZ BENITEZ, "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles", La Ley (1997) 2056, quien considera que la punibilidad de la tentativa de administración desleal «difumina notablemente los límites con ilícitos civiles e infracciones de simples normas de conducta».

134. En tercer lugar, la acción típica se delimita en un doble comportamiento, disponer bienes y contraer obligaciones, modalidades referidas a las operaciones de activo, disponer sobre titularidades societarias, y las operaciones de pasivo, adición de nuevas obligaciones a las ya contraídas.[1989] Ambas conductas típicas plantean el problema de la incriminación de los comportamientos de comisión por omisión en aquellos casos en que el administrador infrinja su deber de vigilancia.[1990]

El tipo subjetivo. El dolo

135. El tipo subjetivo requiere un comportamiento doloso por parte de los administradores, de forma que las conductas imprudentes o negligentes no quedan sancionadas penalmente.[1991] Al respecto se debate la existencia de un elemento subjetivo del injusto, en la medida que el precepto exige que el comportamiento tenga como finalidad actuar "en beneficio propio o de un

---

[1989] V. MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 150, 152; RODRIGUEZ RAMOS, «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», *La administración desleal* (1999) 41. V. también, MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 45-59, quien participa de una interpretación amplia respecto de la modalidad de disposición de los bienes de la sociedad. Según la concepción amplia, el verbo "disponer" se reconduce a «toda clase de utilizaciones o aprovechamiento de los bienes que integran el patrimonio social (por tanto) también los... comportamientos de hecho o simples usos), con tal de que tales usos no supongan para el administrador una atribución definitiva de dominio» (id., p. 46).

[1990] Tal como lo indica MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 152, se trata de un comportamiento relativo a «no llevar a cabo actuaciones que hubieran producido un beneficio patrimonial para la sociedad, o hubieran impedido algún tipo de lesión patrimonial para la sociedad, o bien la pérdida o falta de incremento positivo patrimonial [que] se produce por un incumplimiento voluntario de los deberes de vigilancia que le corresponden como administrador».

Admiten la comisión por omisión, GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 102-3; SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 69, 71, CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 428-30, 432, 435, MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 61-3. Otros, niegan la comisión por omisión, de forma que las modalidades establecidas son de acción. V. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 582; GONZALEZ CUSSAC, en VIVES ANTON, (Coord.), *DP. PE* (1999) 557; MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 153.

[1991] FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 580; GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 101; SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 191; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 442-3; GONZALEZ CUSSAC, en VIVES ANTON, (Coord.), *DP. PE* (1999) 557; MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 157; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 120. Sobre la posibilidad de admitir el dolo eventual para su aplicación en los supuestos en los que los administradores exponen a la sociedad a riesgos, dónde el perjuicio es probable que se produzca y éste se llega a producir, v. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 581; RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 128, 152; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 147; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 442-3; RODRIGUEZ RAMOS, «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», *La administración desleal* (1999) 41; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 120.

[1992] Sobre las críticas a la incorporación de este elemento subjetivo, v. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 580; SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 191; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 452; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 146; RODRIGUEZ RAMOS, «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», *La administración desleal* (1999) 42; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 70.

tercero".[1992] Sobre el significado del beneficio buscado por el administrador, caben interpretaciones más extensas que van más allá de lo económico, incluyendo lo moral y profesional, mientas que otras se circunscriben al ámbito de lo patrimonial.[1993]

136. En todo caso, el carácter doloso del tipo sirve como elemento distintivo de la infracción civil de deslealtad, respecto de la cual la intencionalidad no es uno de los presupuestos para desencadenar el conflicto de interese ni la actuación desleal del administrador.[1994]

Ejemplos

137. Las conductas comprendidas en el tipo abarcan buena parte de los comportamientos desleales más comunes, si bien excluyen aquellos otros que no significan un ejercicio de las facultades propias del cargo del administrador, tal como así sucede respecto de los actos de competencia, aun cuando éstos causen un perjuicio a la sociedad.[1995]

138. Distintos ejemplos ilustran las conductas que caben integrar en el tipo.[1996] (i) Los casos de concesión de garantías personales (finaza, aval) o reales (hipoteca, prenda) respecto de obligaciones ajenas al interés social y contraías por el administrador o por terceras personas vinculadas.[1997] (ii) La concesión de créditos

---

[1993] V. SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 191-2 (el beneficio puede ser de índole material, moral o profesional; puede ser positivo o consistir en evitar o minorar pérdidas); CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 445-6 (el beneficio ha de consistir en un incremento de patrimonio; no es necesario que se materialice; es suficiente la intención de obtenerlo); DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 146 (el beneficio debe tener carácter económico; equivale a un incremento de patrimonio).

V. la STS (Sala de lo Penal) 29-7-2002, RJA 6357, «Caso Banesto», FD, IV, A (Recurso del acusado Mario C.), 28, 4, párr. 4º, al indicar que la «utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra».

[1994] Desde un punto de vista general de política criminal, RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 151-2, señala que: «la causación de perjuicios patrimoniales o la realización de conductas peligrosa para el patrimonio que se administra, infringiendo el deber de lealtad en el cuidado o custodia del mismo, de forma imprudente no presenta el suficiente contenido de desvalor (subjetivo) de acción como para constituir un ilícito penal (podría serlo mercantil o civil, incluso administrativo)».

Sobre el valor de la intencionalidad en el ilícito civil, v. Cap. 5º, núm. 19. Sobre la relación entre dolo penal y civil, v., PONTI, Luca, *Le responsabilità sociali per i reati degli amministratori. La gestione di fondi socili acculti*. Milano: Giuffrè, 1999, cap. cuarto.

[1995] Cfr. con MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 152, para quien entre «los comportamientos que pueden resultar incluidos en el precepto lo serán los de realización de actividades en concurrencia desleal con la sociedad».

[1996] Téngase en cuenta que estas mismas conductas pueden integrar el tipo de la apropiación indebida, si se tratan de apropiaciones o incumplimientos con carácter definitivo. V. *infra*, núm. 139. V. distintos ejemplos en GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 96-9; RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 145; SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 185-6; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 292-371; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP 1995* (1998) 144-5; MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 152; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 50-1.

[1997] Para que la constitución de garantías de esta naturaleza se integre en el tipo penal se tendrán en cuenta circunstancias tales como la retribución de la garantía, su ejecución o la

y préstamos a los administradores o terceros vinculados sin las garantías que ordinariamente se precisan, sin la contraprestación normal de mercado u otras condiciones y plazos corrientes.[1998] (iii) El pago de deudas ajenas, del administrador o de tercero (p.ej., gastos personales del administrador, etc.), de servicios no prestados u obras no realizadas.[1999] (iv) La compraventa de bienes entre el administrador y la sociedad a un precio superior a de mercado en beneficio de primero.[2000] (v) El uso de bienes sociales en beneficio propio de un tercero.[2001] (vi) La recepción de comisiones por parte de terceros con fines desleales.[2002]

c) Relación entre el tipo de administración desleal y el de apropiación indebida

Introducción

139. El nuevo tipo penal de administración desleal societaria mantiene una estrecha relación con otras formas de gestión desleal y, particularmente, con el tipo de apropiación indebida, cuya delimitación entre ambas figuras no es ajena a la controversia.[2003]

---

causación de perjuicio, etc. En todo caso, la sociedad se convierte en un deudor subsidiario. V. GOMEZ BENITEZ, "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles", La Ley (1997) 2055-6; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 50-1, 58.

[1998] V. GOMEZ BENITEZ, "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles", La Ley (1997) 2055.

[1999] Si el pago de la comisión o remuneración carece de contraprestación alguna, la doctrina entiende que se trata de una apropiación indebida y no administración desleal societaria en la medida que la apropiación tenga carácter definitivo. V. GOMEZ BENITEZ, "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles", La Ley (1997) 2056; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 326-7; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 51-2, 79. Para este último autor, la utilización de recursos sociales para atender a gastos personales de los administradores debe entenderse como «un auténtico acto de apropiación definitiva de fondos constitutivos de fondos del art. 252» (id., p. 55). V. también, GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios* (1996) 98, para quien plantea problemas interpretativos tanto el pago de comisiones para obtener favores por parte del poder político como las retribuciones no amparadas estatutariamente. Para SANCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* (1996) 191, el pago de comisiones ilegales es conducta ajena al art. 295, en la medida que el administrador no actúan en beneficio propio o de un tercero.

[2000] El supuesto debe considerarse apropiación indebida. V. MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 56.

[2001] V. MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 47, quien cita el Auto de la AP de Huelva de 25-1-2000, según la cual el administrador utilizó bienes de la sociedad afectos a la producción empresarial (maquinaria, local, trabajadores) en beneficio de otra sociedad de la que era administrador único, causando un perjuicio a la primera.

[2002] V. STS (Sala de lo Penal) 29-7-2002, RJA 6357, «Caso Banesto», FD, IV, A (Recurso del acusado Mario C.), 28, 4, párr. 4º, al señalar que la conducta del art. 295 CP «puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares».

[2003] Tal como indica RODRIGUEZ RAMOS, «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», *La administración desleal* (1999) 43, el posible concurso con la apropiación indebida resulta relevante «partiendo de la novedad introducida por el legislador en el Código penal vigente, art. 252, en virtud del cual el objeto material de este delito no sólo son las cosa muebles, y en particular el dinero, sino también cualquier "activo patrimonial", es decir, cualquier valor efectivo, créditos y derechos que tenga el administrado a su favor, lo que incluye obviamente los bienes inmuebles, novedad que no suaviza o aminora sino que agrava los problemas concursales».

140. Entre las distintas soluciones que se han propuesto, destaca la idea que distingue claramente los dos delitos en base a la mayor gravedad de la apropiación indebida.[2004] Este planteamiento propone que la apropiación indebida penaliza los actos desleales que comporten un incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver. La conducta de apropiación indebida comporta actos dominicales ilícitos en la medida que el gestor se comporta indebidamente como dueño y significan un incumplimiento definitivo ya sea para apropiarse el gestor de los bienes del principal, ya sea para distraer sus bienes en beneficio del un tercero.[2005] Mientras, el delito de administración societaria fraudulenta, como tipo autónomo, contiene las conductas relativas a incumplimientos temporales no definitivos o usos ilícitos sin apropiación, que no suponen la pérdida o deterioro de la cosa.[2006]

[2004] V. GOMEZ BENITEZ, "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles", La Ley (1997) 2053 ; id., "De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal", La Ley (1998) 2175.; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 112.

En este sentido, la STS (Sala de lo Penal) 29-7-2002, RJA 6357, «Caso Banesto», FD, IV, A (Recurso del acusado Mario C.), 28, 5, señala que es «más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad».

[2005] V. este argumento en GOMEZ BENITEZ, "De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal", La Ley (1998) 2175. Entre otros ejemplos, el autor cita el pago de las obligaciones del gestor o de tercero con el patrimonio del principal. En esta dirección, v. RODRIGUEZ MONTAÑES, La responsabilidad penal del administrador desleal (1997) 41; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 189-90, 305; MATA MARTIN, "Responsabilidad penal del administrador societario desleal", RdS (1999) 151; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 107; MUÑOZ CONDE, *DP. PE*. (2001) 424-5, 513-4.

V. STS (Sala de lo Penal) 29-7-2002, RJA 6357, «Caso Banesto», FD, IV, A (Recurso del acusado Mario C.), 28, 5 y 6, al indicar que «cuando el administrador, prevaliéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero». En este sentido, «en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio».

[2006] V. GOMEZ BENITEZ, "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles", La Ley (1997) 2054-6; id., "De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal", La Ley (1998) 2176. El autor señala como ejemplos de administración desleal a los préstamos a los administradores o a sociedades controladas por ellos, la prestación de garantías con bienes sociales para el afianzamiento de deudas personales de los administradores y ciertos supuestos de pagos de comisiones. Siguiendo análogo argumento, v. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 570; RODRIGUEZ MONTAÑES, La responsabilidad penal del administrador desleal (1997) 41, 126; id., "Algunas reflexiones acerca de la sentencia del "Caso Argentia Trust", TSJ y AP (1998) 139; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 107; MUÑOZ CONDE, *DP. PE*. (2001) 424-5, 513-4.

Este criterio ha sido recogido en la STS (Sala de lo Penal) 29-7-2002, RJA 6357, «Caso Banesto», FD, IV, A (Recurso del acusado Mario C.), 28, 4, párr. 4º, al indicarse que el «beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal». Además, «incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aún proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida». En fin, «el elemento esencial del

141. Buena parte de las interpretaciones sobre las relaciones entre ambos tipos parten de la existencia de problemas concursales entre ellos, en la medida que quepa un verdadero concurso de leyes (concurso aparente de normas) o un concurso de delitos.[2007]

El concurso aparente de normas

142. En referencia al concurso aparente de normas, la situación concursal entre ambos tipos es objeto de controversia, habiéndose ensayado para su solución las distintas aproximaciones que permite nuestro Código penal. Una primera orientación postula que la administración desleal es ley especial frente a la apropiación indebida (art. 8.1ª CP).[2008] Este planteamiento tiene como inconveniente que la pena del delito especial es menor, lo cual privilegia las

---

tipo que es el beneficio, no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada».

Cfr. con la doctrina según la cual el tipo de apropiación indebida abarca el de administración desleal en la STS (Penal) 26-2-1998, RJA 1196 «Mario Conde / Argentia Trust» , establece que el tipo de apropiación indebida abarca el tipo de administración desleal [v. FD 7º]. En el FD 8º la misma sentencia señala que «[e]l artículo 295 del CP vigente ha venido a completar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable, en adelante, que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan». Esta doctrina ha sido mantenida literalmente en la STS (Penal) 3-4-1998, RJA 530, FD 1º: «Lo cierto es que en el art. 535 del CP derogado se yuxtaponía -como sigue yuxtaponiéndose en el art. 252 vigente- dos tipos distintos de apropiación indebida; el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayente o el dinero cuya disposición tiene a su alcance». Siguen esta doctrina las SSTS (Penal) 16-2-2001, RJA 253 «Cooperativa Los Pocitos»; STS (Penal) 15-12-2000, RJA 9763 «Promociones Aragón»; STS (Penal) 29-5-2001 «Compras Modernas, SA»; todas ellas sancionan la conducta desleal con la aplicación de la apropiación indebida frente a la administración desleal societaria. Cfr. con la STS (Sala de lo Penal) 29-7-2002, RJA 6357, «Caso Banesto», FD, A, 28, punto 4, párr. 2º, al indicar que «la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes».

V. RODRIGUEZ MONTAÑES, “Algunas reflexiones acerca de la sentencia del “Caso Argentia Trust”, TSJ y AP (1998) 136-7, una visión crítica a la mencionada doctrina. V. también, MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 98, sobre los antecedentes jurisprudenciales a esta doctrina, en fechas anteriores a la introducción del delito de administración desleal, en las que ya se hacía una interpretación extensiva de lo considerado como apropiación indebida.

[2007] En general, sobre el concurso de leyes y el concurso de delitos, v. MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN, *DP. PG* (2000) 529-41, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTON, *DP. PG* (1999) 172-82; 763-90, y bibliografía allí citada.

Sobre el concurso de delitos, real o ideal, v. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 584-5; RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 130-1; CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal* (1998) 470-3; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 119-20.

[2008] V. LOPEZ GARRIDO / GARCIA ARAN, *El Código penal de 1995*, 1996, 147; DEL ROSAL BLASCO, «Artículo 295», en VIVES ANTON, *Comentarios al CP de 1995*, II (1996) 1443 (el autor corrige su criterio en *Los delitos societarios en el CP1995* (1998) 144; v. infra.); MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN, *DP. PG* (2000) 539.

conductas desleales realizadas en la administración de sociedades.[2009]

143. Una segunda posibilidad se refiere al concurso de leyes, por cuanto el artículo 295 CP estaría en una relación de subsidiariedad tácita con la apropiación indebida y según este criterio tendría preferencia la aplicación de la apropiación indebida por ser ésta la ley principal, mientras que la administración desleal sería la ley subsidiaria (art. 8.2ª CP).[2010] Una tercera argumentación estima el criterio de la consunción según el cual «el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél» (art. 8.3ª CP).[2011] Finalmente, el concurso aparente de normas penales procede resolverse con la regla de la alternatividad del artículo 8.4ª CP, que trae consigo la aplicación de la apropiación indebida por ser el precepto penal más grave.[2012]

[2009] V. RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 130; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP1995* (1998) 144.

[2010] V. RODRIGUEZ MONTAÑES, *La responsabilidad penal del administrador desleal* (1997) 130; DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el CP1995* (1998) 144; MARTINEZ-BUJAN, *El delito societario de administración desleal* (2001) 113-4.

[2011] V. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (1996) 585. En general, v. MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN, *DP. PG* (2000) 540: «Muchas veces un delito engloba otros hechos ya de por sí constitutivos de delitos que no se castigan autónomamente porque su desvalor va incluido ya en el desvalor del delito del que forman parte».

[2012] V. MUÑOZ CONDE, *DP. PE*. (2001) 514. Entre la jurisprudencia, v. STS (Penal) 26-2-1998, RJA 1196, FD 8º, dónde se indica que «este concurso de normas... se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave, que es lo que correctamente hizo el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida aplicando el art. 252 y no el 295, ambos del CP vigente». Sigue esta doctrina la STS 15-12-2000, RJA 9763, FD 3º. También se refiere a este criterio la STS (Penal) 29-5-2001 «Compras Modernas, SA», aún cuando no se había planteado recurso sobre este motivo. V.también, SAN (Penal) 31-3-2000, La Ley 18/19-3-2000, «Mario Conde / Banesto», FD, Caso retirada de caja de 300 millones, calificación jurídica, núm. 3.

CONCLUSIONES

Conclusiones

PARTE GENERAL:
DEL DEBER DE LEALTAD

I. Sobre el fundamento material del deber de lealtad: la obligación gestora

Reconstrucción de la relación gestora

1. La posibilidad de reconstruir lo que denominamos el **tipo empírico de relación gestora** a través de sus aspectos tipológicos esenciales, permite describir una figura ausente de regulación general en nuestro ordenamiento, pero necesaria para ubicar debidamente el deber de lealtad en nuestro derecho de obligaciones.

2. Tomando sus características esenciales, la relación gestora se construye, en primer lugar, delimitando el **objeto de la prestación** alrededor de la actuación jurídica del gestor. A diferencia de la noción amplia de gestión, la relación gestora en su sentido estricto, se define a través de la prestación en la cooperación jurídica o sustitución de la voluntad del principal a través del gestor. En tal situación la actuación del gestor reside en realizar declaraciones de voluntad, de lo que se sigue que el objeto de la prestación gestora abarca dos tipos de declaraciones, relativas a los actos y a los negocios jurídicos.

3. El segundo de los rasgos característicos de la relación de gestión reside en su **causa y función económica**. La gestión se configura a través del compromiso del gestor de actuar por cuenta y en interés del principal, finalidad práctica y función para la cual se origina la relación. El primero de sus elementos, la **actuación por cuenta ajena** participa, a la par, de tres notas caracterizadoras: la colaboración en la esfera de lo ajeno, –elemento que se afirma entre los grupos de contratos que comportan la prestación de un servicio en interés de otro–, la sustitución del principal por el gestor con el fin de realizar declaraciones de voluntad y la necesaria atribución de poderes y facultades para quedar legitimado para llevar a término la actividad. El segundo elemento, consistente en **la actuación en interés ajeno**, dirige el ejercicio de los poderes atribuidos al servicio y en función de los intereses del principal. De ello se sigue que el gestor debe **promover el interés del principal**, sirviendo esta idea no sólo a una función dogmática de construcción del tipo, sino a la configuración causal de la relación que preside todos los actos del gestor.

4. A través de las notas anteriores podemos construir la **noción de relación de gestión**, entendiendo por tal aquella relación jurídica en la cual una persona, denominada gestor, se obliga a realizar una actividad o prestación de servicios a favor de otro, denominado principal, actuando por cuenta e interés del segundo, en la realización de actos o negocios jurídicos.

Reconstrucción de la obligación gestora

5. El contenido de la relación gestora relativo a las obligaciones del gestor se estructura a través de los deberes de diligencia y lealtad. Estos deberes aglutinan el **contenido general de la obligación** gestora, precisan el contenido mínimo obligatorio propio de la naturaleza de la relación y determinan las reglas supletorias aplicables al comportamiento del gestor en defecto de normas legales y pactos negociales.

6. Ese contenido general se compendia en el denominado **deber de fidelidad** del

gestor cuya configuración se orienta a una doble dirección, como obligación fundamental dirigida al gestor y como medio de tutela del principal en el cumplimiento de los fines gestores. Precisamente el deber genérico de fidelidad se deduce atendiendo a la causa y función de la relación, en la medida que su principio rector se manifiesta en la directiva de actuar en interés del principal. La exigencia de actuar en interés ajeno se concreta en una serie de obligaciones específicas que sirven a la función promotora del interés del principal. Tales obligaciones se inscriben en la categoría denominada **deberes de diligencia**, cuyo hilo conductor se deduce de la actividad necesaria para llevar a término el encargo.

7. Dentro del esquema de los deberes de fidelidad, la exigencia de actuar en interés del principal se precisa, a su vez, en el contexto de las situaciones de conflicto de intereses. En una relación en la cual el gestor dispone de poderes para afectar la esfera patrimonial del principal mediante la ejecución de actos jurídicos, la actuación interesada del gestor pone en riesgo el cumplimiento de los fines gestores. De ahí que el conjunto de medidas que el ordenamiento pone a disposición del principal para defenderse de esa situación de riesgo configuran el contenido del **deber de lealtad** del gestor de intereses ajenos.

Fundamento del deber de lealtad

8. La contribución del elemento causal en la obligación gestora y, en particular, su relación con el fundamento del deber de lealtad, reside en que en ella se establece la directiva promotora de la actuación en interés de otro, lo que excluye el comportamiento interesado o dirigido a actuar en el propio interés del gestor. En este sentido, la **finalidad gestora adquiere carácter normativo**, dado que el interés del principal puesto en riesgo por la actuación interesada del gestor se convierte en el bien jurídico a tutelar por el ordenamiento. El fin económico ajeno a perseguir constituye un elemento definidor de la conducta debida del gestor durante todo el desarrollo de su actividad gestora de forma que todo comportamiento interesado del gestor resulta contrario a la causa del negocio. De lo anterior se sigue que el **fundamento material del deber de lealtad** se encuentra en la obligación gestora.

II. Sobre la función y contenido del deber

Función del deber de lealtad

9. Por definición, el ejercicio de la actividad gestora trae como consecuencia la reglamentación de relaciones o situaciones jurídicas de titularidad del principal, a través de su constitución, modificación o extinción. A diferencia de la cooperación material, la actuación jurídica por cuenta ajena está basada en la atribución de poderes que permiten **afectar o modificar la esfera jurídica del principal**. A esta situación hay que añadir que de ordinario el gestor dispone de cierta **autonomía jurídica** para autorregular los intereses del principal. Por su propia naturaleza, la actividad gestora comporta un cierto ámbito de discrecionalidad, a consecuencia de que el gestor sustituye al principal, no sólo en las emisiones de las declaraciones de voluntad, sino comúnmente en los actos preparatorios y en las negociaciones y en determinados casos, como en la administración de personas jurídicas, la sustitución se produce en todo momento, dada la ausencia de capacidad de obrar por sí misma. A la autonomía jurídica del gestor, se suma el hecho de la **falta de un control directo del principal** sobre la actividad del gestor. La ausencia de control suele estar directamente vinculada al origen de la actividad gestora, en la media que la causa de la cesión de los poderes reside en que el principal no puede o no es de su conveniencia realizar por sí mismo la actividad objeto de la gestión. Y por razones similares, el principal no lleva a término un control directo sobre la conducta del gestor.

10. De lo dicho se deriva que la actividad gestora comporta un **riesgo de lesión de los intereses del principal** superior al que se produce en otros tipos de relaciones jurídicas. El riesgo no se concreta sólo en que el encargo no sea ejecutado siguiendo los pactos, las instrucciones y los fines previstos, sino que se plantea, además, en relación a la posibilidad de que el gestor aproveche su posición para llevar a término actos en su propio interés que pongan en riesgo los intereses del principal. Desde esta perspectiva, los riesgos derivados de la gestión pueden agruparse en dos categorías: la gestión imprudente y la gestión interesada. En la primera, la gestión no se ajusta a la prestación comprometida por descuidar la atención y profesionalidad necesarias para su buen cumplimiento. En la segunda, la causa del riesgo consiste en la existencia de un conflicto de intereses derivado de una posición del gestor idónea para aprovecharse de los intereses del principal, de cuya oposición puede resultar lesionado el interés del principal.

11. La existencia del riesgo de lesión de los intereses del principal es la razón práctica que origina la necesidad de tutela del principal en las situaciones de conflicto y es la razón por la cual el ordenamiento establece un contenido especial regulador del conflicto en las relaciones gestoras. La consiguiente **función del deber de lealtad** reside en la protección de los intereses del principal en caso de conflicto de intereses. La razón jurídica que ampara la protección del principal se desprende de la obligación gestora de actuar en interés del principal y no en interés propio. De un lado, a través de los deberes de diligencia o cuidado del gestor, que son la reacción del ordenamiento frente a las conductas de gestión imprudente, procurando una gestión ordenada y fiel a lo querido por el principal. De otro, mediante los deberes de lealtad, dirigidos a tutelar al principal en los casos de conflicto de intereses en los cuales se genera un riesgo de dañar el interés ajeno en las relaciones gestoras.

12. En este orden de ideas deben entenderse las remisiones que las modernas leyes societarias hacen al representante cuando establecen que los administradores deberán comportarse con la **diligencia de un representante leal**. La exigencia dirigida al administrador de actuar como un representante leal encuentra su significado en el hecho de que los administradores son gestores de asuntos ajenos. La referencia al representante responde a la idea de que, dentro de los subtipos de gestores de intereses ajenos, el representante compendia el paradigma del gestor y su posición conflictual es la que ofrece un riesgo mayor. Ello se deduce del hecho de que su situación no sólo permite ejercer una influencia en la esfera ajena, sino que puede vincular el patrimonio del principal como resultado de las consecuencias de sus actos.

Definición y contenido del deber de lealtad

13. Contextualizado el deber de lealtad en el marco del conflicto de intereses que puede generarse en la relación gestora, el **deber de lealtad** consiste en la obligación de todo gestor de asuntos ajenos de actuar en interés del principal en caso de conflicto de intereses, subordinando los propios intereses en favor de los del principal, salvo que, previo *disclosure* del gestor, el principal autorice la actuación interesada del gestor.

14. La regla general que ordena el contenido del deber de lealtad consiste en la exigencia dirigida al gestor de preferir el interés ajeno y de **subordinación del interés propio** en aquellas situaciones en las que el comportamiento del gestor se contrapone a los intereses del principal. La exigencia jurídica de resolver la situación de conflicto en interés del principal concuerda con los fines propios de la

relación gestora, puesto que la atribución de poder al gestor va dirigida a la actuación en interés de otro y a que sujete su comportamiento a la preferencia de los intereses ajenos. A la par, la subordinación de intereses trae consigo un componente de carácter negativo, conocido comúnmente como **deber de abstención o prohibición de actuar en conflicto** de intereses cuya afirmación deriva de la propia finalidad y función económica de la gestión. A saber, a través de la relación gestora el ordenamiento tutela los intereses del principal, limitando el poder del gestor a la ejecución de actos no interesados. Una de las aplicaciones de la interdicción de actuar en conflicto de intereses reside en la **prohibición de obtener ventajas o beneficios** que no sean los pactados o autorizadas por el principal.

15. A su lado, el **deber de *disclosure*** o de informar al principal de la posición de conflicto en la que el gestor se encuentra, se configura como un deber del gestor y como presupuesto de la autorización de la conducta interesada por el principal. El contenido obligatorio del deber de *disclosure* deriva de la propia obligación gestora y consiste en uno de los deberes básicos de todo gestor de intereses ajenos. Su fundamento se encuentra en las obligaciones generales de informar y consultar respecto del desarrollo de la ejecución y conclusión de los negocios en cuyo ejercicio requiere al principal instrucciones precisas para llevar a término la gestión. La finalidad de esta obligación consiste en evacuar una consulta sobre la ejecución de un acto o negocio que le supone un riesgo, de forma que el principal, conocedor de la situación, decida lo que más se ajuste a sus intereses.

III. Sobre la configuración sistemática del deber

16. La idea de actuación jurídica por cuenta y en interés ajeno, presente en la administración de sociedades, tiene suficiente fuerza explicativa como para unificar aquellas relaciones en las que el deber de lealtad regula los conflictos de intereses en protección del principal, y aporta la base suficiente como para organizar unos **principios generales de carácter normativo** que ordenen y sancionen el comportamiento desleal. 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 consiente, 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.

17. La ausencia de una previsión legal general que ordene el contenido del deber de lealtad del gestor, dirige la atención al **principio general de la buena fe** como soporte normativo del deber, que como principio general, resulta aplicable a las relaciones jurídico patrimoniales. En su concepción objetiva, entendida como norma de conducta, la integración principial a través de la buena fe resulta idónea para desempeñar una doble función normativa e integradora. A través del cumplimiento de estas funciones, se explica que la buena fe sea una fuente de deberes y normas de conducta reguladoras del conflicto de intereses. Estos deberes determinan o precisan mandatos y prohibiciones que conforman el contenido de la obligación cuando ese contenido no ha sido regulado por el legislador y ese contenido resulta necesario. Requerida su exigencia mediante el recurso a la naturaleza de la obligación gestora, en cuya causa se encuentra el

motivo que explica la existencia del deber, resulta debidamente justificado el recurso a la buena fe para reglamentar la obligación gestora.

18. En el ámbito de la relación gestora, la lealtad absorbe las cualidades propias de la buena fe, configurándose como un principio especial dirigido a regular los conflictos de intereses surgidos en las relaciones gestoras. De esta manera, la 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. A través de esta **relación de especialidad con la buena fe**, es posible llenar el contenido mínimo del deber de lealtad no disponible por las partes y además completar la obligación en relación a aquellas reglas de conducta que sean necesarias para llevar a término la utilidad plena del negocio. Desde esta orientación, el deber de lealtad consiste en una manifestación del deber de buena fe dirigida a proteger al principal de las actuaciones interesadas del gestor.

19. El deber de lealtad se encuentra contenido en diversas normas legales singulares, que normalmente establecen cláusulas generales o prohibiciones dirigidas a un determinado tipo gestor (el mandato, la comisión, la agencia, el factor, la administración concursal, la administración de sociedades, etc.). Estas manifestaciones legales del deber resultan en su conjunto insuficientes para regular el fenómeno conflictual que se genera en el ámbito de las relaciones gestoras. En este sentido, la construcción sistemática del deber de lealtad en el ámbito de los principios jurídicos permite un **tratamiento unitario y completo** de los problemas que generan los conflictos de intereses en el ámbito de toda relación gestora. En esta dirección, el principio contenido en el deber de lealtad cumple una **función de orden interno**, pues permite cimentar las relaciones existentes entre las distintas normas expresas que alumbran los conflictos de intereses.

20. En este marco pueden encontrarse las relaciones de sentido entre lo general, el deber de buena fe, y lo particular, el deber de lealtad, entre el contenido nuclear del deber y las soluciones particulares que de forma aislada se encuentran en nuestro ordenamiento. De esta suerte, el contenido principial del deber se convierte en el punto de **conexión entre las distintas relaciones gestoras** que requieren el auxilio normativo. En primer lugar, asegura que el conjunto de supuestos conflictuales, estén o no regulados, reciban, bajo una unidad de valoración recogida en el principio, un mismo tratamiento general o reglamentación básica del conflicto. A la par, el deber de lealtad presta servicio a la interpretación de aquellas normas reguladoras de casos conflictuales particulares. 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. De esta forma se garantiza la unidad y coherencia interna entre el sistema de relaciones existente entre los casos particulares y entre estos y las normas generales.

IV. Sobre el ámbito de aplicación y extensión del deber

Relaciones gestoras

21. El deber de lealtad es una institución aplicable a toda relación gestora, hecho por el cual no limita su aplicación al ámbito del Derecho de sociedades. No se trata pues de un deber basado en la idea de la comunidad de intereses si no en la de ajeneidad de intereses. En la medida que el deber de lealtad gobierna la actuación del gestor en conflicto de intereses en todas las relaciones de gestión, se conviene que el conflicto de intereses necesitado de regulación se **extiende a lo largo de**

todo el Derecho privado, para aquellas relaciones jurídicas en las cuales existe una obligación de actuar por cuenta e interés ajeno. De lo dicho cabe agrupar dos tipos de categorías de relaciones en el ámbito del Derecho patrimonial en cuyo contenido obligatorio está presente el deber de lealtad: la gestión representativa y la gestión orgánica. En la gestión orgánica, el deber se afirma en toda administración de personas jurídicas, aplicándose tanto en las sociedades mercantiles, personalistas y capitalistas, como a las sociedades civiles, extendiéndose a las personas jurídicas sin base personal como son las fundaciones.

22. Al lado de otros sectores en los que concurren empresas especializadas en la gestión profesional, el legislador ha puesto una atención singular en el **mercado de valores**. Aunque el esquema de deberes de la relación gestora armoniza con las normas que regulan la gestión de las empresas de servicios de inversión, en este ámbito se han reforzado los mecanismos de tutela del inversor – principal, desde una diversidad de perspectivas. En el orden normativo, se produce una intervención específica de los derechos administrativos y, en menor medida, penal, a través de la introducción de una regulación detallada de conductas ilícitas propias de este sector y un control institucional a través de la CNMV. En relación a los sujetos obligados, se disciplinan las conductas interesadas tanto de las entidades que prestan los servicios de inversión frente a los inversores, cuanto de los gestores de tales entidades. Una atención especial se orienta a la prevención de los conflictos de intereses entre los gestores y empleados de los operadores y sus clientes exigiendo que las empresas de inversión dispongan de reglamentos internos de conducta que reglamenten la actuación por cuenta propia de administradores, empleados, agentes y representantes. Un segundo mecanismo preventivo trata de impedir el flujo de información privilegiada entre las distintas áreas de actividad de los operadores a través de la exigencia de *murallas chinas*. En fin, precisamente porque se trata de un mercado especialmente regulado y sujeto a controles, no sorprende la admisión de las operaciones de **autocontratación**, sujetas a una compleja regulación de requisitos y condiciones.

Extensión a relaciones afines

23. La aplicación del deber a figuras que mantienen afinidades con las relaciones gestoras se plantea respecto de las relaciones de gestión en sentido amplio y de las relaciones de colaboración en interés común. En el primer grupo, no cabe la aplicación directa del deber de lealtad a las denominadas relaciones caracterizadas por la **prestación de determinados servicios por cuenta ajena de carácter material**. Sin embargo, es posible la aplicación analógica del contenido del deber en particulares situaciones en las que exista una situación de conflicto de intereses con riesgo de lesión de los intereses de la contraparte y en cuyas circunstancias sea necesaria una regla protectora del contratante.

24. El segundo grupo de figuras afines está formado por las relaciones de colaboración en interés común en las cuales una persona se obliga a actuar en interés de otra al tiempo que actúa en su propio interés. Un primer subgrupo conforma las relaciones de colaboración mercantil, del que forman parte los **contratos de distribución** en sentido estricto: la concesión comercial, la distribución selectiva y la franquicia. El hecho de que una de las partes se obligue a la promoción económica de los intereses de otro aproxima tales relaciones a las gestoras, sin embargo, a diferencia de la gestión en sentido estricto, tales figuras no reúnen el requisito del carácter jurídico del objeto de la prestación. Por esta razón, el deber de lealtad no puede ser de aplicación directa a estas relaciones, si bien determinados conflictos de intereses propios de las relaciones de distribución pueden encontrar una

solución idéntica a la que proporciona la relación gestora mediante el deber de lealtad, a través del recurso a la vía analógica.

25. Un segundo subgrupo de relaciones de colaboración en interés común, formadas por las **relaciones societarias**, plantean el deber de lealtad del socio. Este deber se extiende al socio no tanto por las exigencias derivadas del respeto al fin común contractual y a la obligación del socio de promover el fin social, sino por la posición de influencia y capacidad de decisión del socio de control. En este sentido, procede la aplicación analógica del deber de lealtad del gestor de asuntos ajenos respecto del socio de control.

PARTE ESPECIAL: DEL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR

V. Sobre el supuesto del deber

Ambito objetivo

26. El presupuesto de la aplicación del deber de lealtad se encuentra en la situación de conflicto de intereses entre el gestor y el principal. Consiguientemente, en la delimitación del conflicto encontramos los elementos que configuran el supuesto de hecho de la norma, cuyo cumplimiento reclama la aplicación del deber. El **conflicto de intereses** se contempla como una situación jurídicamente relevante de concurrencia o relación de intereses opuestos entre el gestor y el principal, que se concreta en un comportamiento, objetivamente contemplado, que por su naturaleza y finalidad resulta idóneo para poner en riesgo los intereses del principal.

27. En la medida que el conflicto de intereses se fundamenta en un conflicto actual o de riesgo para los intereses del principal, pueden diferenciarse dos subtipos de conflictos según el resultado final del mismo. En un extremo, se sitúan aquellos conflictos que tengan como resultado una convergencia de intereses. Por el contrario, en el otro extremo aparece el conflicto lesivo o eficiente que se caracteriza porque la conducta del gestor ha causado un daño efectivo al principal. La noción de conflicto que venimos analizando se caracteriza por ser una conducta objetiva de riesgo, de suerte que, la existencia de la **intencionalidad del gestor o la lesión del interés del principal resulta irrelevante** para la determinación del supuesto.

Ambito subjetivo

28. La delimitación del ámbito subjetivo se orienta fundamentalmente a resolver el problema de los **conflictos indirectos** en los cuales personas vinculadas al administrador desempeñan la función de ocultar el interés del administrador o de utilizar al administrador para influir en las decisiones societarias. El planteamiento de este problema en la reciente norma contenida en el artículo 127 ter.5 LSA, que hace previsión de determinadas **vinculaciones** familiares y societarias, no sólo resulta incompleto por circunscribirse a la sociedad anónima, sino por la existencia de otras vinculaciones que precisan atención normativa.

29. A este esquema responden las hipótesis de relaciones jurídicas o de hecho entre sociedades con administradores comunes. En tales casos, se plantea el grado de influencia de las denominadas **relaciones funcionales** en las distintas hipótesis conflictuales. Entre tales hipótesis se agrupan situaciones de sociedades con administradores comunes que mantienen vínculos contractuales entre sí, o que concurren en una situación de competencia o que se encuentran en un proceso de fusión o enfrentadas en una OPA. En estos casos, la existencia de administradores

comunes origina un conflicto hipotético, por si solo insuficiente para determinar un conflicto actual que motive la aplicación del deber de lealtad. Sin embargo, la participación directa del administrador común en negociaciones u operaciones que afecten a las dos sociedades es requisito suficiente para establecer un conflicto relevante a los efectos de suscitar la aplicación del deber.

30. Un segundo grupo de vinculaciones se contemplan entre los casos de **relaciones de gestión entre el administrador y una tercera persona** que mantiene relaciones jurídicas o de hecho con la sociedad, idóneas para dar origen a una situación interesada. Estos casos se dan en una doble dirección. De un lado, se suscita la existencia de una vinculación relevante cuando el administrador mantiene una relación de gestión con un tercero que ha establecido o pretende establecer relaciones con la sociedad y que intenta aprovechar la posición del administrador para su propio beneficio, en cuyo caso se produce una situación de doble gestión o doble representación. De otro lado, a la inversa del supuesto anterior, la vinculación se plantea cuando el administrador se comporta como principal respecto de un tercero a quien encarga que haga por su cuenta gestiones frente a la sociedad, sean representativas o de simple promoción de intereses, con el fin de ocultar el interés del administrador en el negocio u operación. En ambos casos, estamos en presencia de una vinculación que genera un conflicto actual de intereses, si bien será preciso acreditar la existencia del acuerdo subyacente entre el administrador y el tercero.

VI. Sobre el carácter del deber de lealtad del administrador

31. Las especialidades propias de la posición gestora societaria contribuyen a explicar el hecho de que, dentro del grupo de las relaciones gestoras, la de administración de sociedades se encuentre en una posición con mayores oportunidades para defraudar que otras relaciones. Si la gestión voluntaria sometida a control del principal comporta riesgos de conflicto, las oportunidades de aprovechar los recursos ajenos se incrementan cuando el gestor participa en el proceso de decisión, de control y de ejecución de la actividad gestora. Teniendo en cuenta que no existe en el ámbito corporativo un sistema de control directo, el modelo de amplia discrecionalidad derivada de los poderes y facultades que dispone el administrador y de su posición corporativa facilita el comportamiento desleal a través de realizar conductas oportunistas o estratégicas con el fin de canalizar intereses ajenos hacia la esfera personal de intereses. En esta dirección, el sistema de protección de los intereses de la sociedad debe contemplar las singularidades del administrador frente a los medios de tutela de otros tipos de gestión.

32. A los efectos de la tutela de la sociedad, la **regulación privada del conflicto resulta insuficiente**. En particular, los **códigos de conducta** no pueden cumplir las funciones que el deber de lealtad está destinado a desarrollar, en primer lugar, porque las sociedades no están obligadas a ello, y consiguientemente pueden evitar disciplinar las situaciones conflictuales simplemente no incorporando el código a la reglamentación societaria. En segundo lugar, porque aun cuando se regule el deber a través de tales mecanismos, podrá hacerse simplemente como una recomendación ejemplificativa, que aunque contribuya a generar una cultura de actuación leal, dista de ser eficaz para cumplir el fin tutelar propuesto. En fin, aunque se incorpore a la reglamentación societaria quedaría sometida al criterio y la conveniencia de las mayorías que se formen en un futuro en la sociedad.

33. El corolario preliminar de lo dicho pone de manifiesto que los propios límites de la autorregulación privada no permiten configurar un modelo de gobierno corporativo que dé una respuesta suficiente a los conflictos de intereses y que garantice a los socios de cualquier tipo de sociedades una tutela jurídica suficiente para la protección de los intereses sociales. Si el sistema vigente estuviera basado en la disponibilidad del deber a través de un mecanismo de modificación convencional que permita enervar la prohibición de actuar en conflicto podría producirse el efecto inverso al buscado, pues los propios interesados quedarían legitimados por las decisiones contractuales y el ordenamiento jurídico facilitaría la expropiación de los derechos de los socios.

34. Consiguientemente, si el objetivo o fin del deber de lealtad consiste en la protección del principal en caso de conflicto de intereses, cualquiera que sea el mecanismo, legal o contractual, debe ir orientado al cumplimiento de estos fines. Si a través de la autorregulación no puede satisfacerse esta finalidad tutelar, de nuevo es preciso remitirnos al **sistema de fuentes legal y principial**. En efecto, es a través de la regulación legal y de los principios generales dónde encontramos la solución a la tutela del principal en los casos de conflicto al generalizar la aplicación del deber a todo supuesto desleal, sea cual sea la relación gestora en la que se produce y el tipo o forma de sociedad que la ampara. La regulación legal evita la regulación privada favorable al interesado y, en fin, establece mandatos y sanciones frente al ilícito desleal que pueden ser invocados por la sociedad. De todo ello se sigue la negación del carácter negocial del deber y la consiguiente afirmación del origen legal del mismo.

35. Desde esta perspectiva, los acuerdos sociales que regulen determinados conflictos a través de cláusulas estatutarias, reglamentos internos o códigos de conducta voluntarios armonizan con la regulación legal en la medida que tales mecanismos desempeñan una función complementaria y auxiliar de la regulación legal. De ahí que la **regulación privada sirva a una triple función** relativa a la aplicación de los deberes legales. Primera, determinar casos conflictuales ejemplares, particularizando supuestos que sean aclaratorios para los sujetos que han de cumplir los deberes con una clara función instructiva y propedéutica encaminada a establecer los principios éticos sobre los que se basa la empresa. Segunda, precisar y restringir el contenido legal de los deberes adaptando las exigencias del deber a las necesidades propias de cada empresa, a sus sistemas de control y a los riesgos de oportunismo a los que queda expuesta la sociedad en función de sus precisas actividades. Y tercera, los códigos de conducta cumplen la función de establecer procedimientos internos de control de los conflictos. Muy especialmente, los códigos de conducta, propios de las sociedades abiertas, son el mecanismo adecuado para que el Consejo de Administración, en su función de vigilancia, establezca los criterios para el desarrollo de los programas de cumplimiento de los deberes de los administradores.

36. La regulación legal del deber de lealtad se afirma y justifica por razones de carácter sustantivo relativas a la propia configuración de la relación jurídica que da origen al deber. El deber de lealtad es parte esencial del contenido obligatorio de toda obligación gestora, de la que la administración de sociedades constituye una especie. En este sentido, la supresión voluntaria del mismo determina una relación distinta a la gestora, que aunque ello pudiera resultar aceptado como una manifestación de la autonomía de la voluntad propia del Derecho privado y cuyo ejercicio comporta la sustitución de un tipo contractual por otro distinto, no resulta posible en el ámbito del Derecho de sociedades. La **administración de**

sociedades se configura necesariamente como una relación gestora típica como medio para desarrollar el objeto y fin de la sociedad, sobre la base de que los administradores tienen la obligación fundamental de actuar en interés de la sociedad y ese es un requisito no disponible.

37. Este razonamiento tiene su incidencia en las normas que disciplinan el negocio jurídico de administración de sociedades y el deber de lealtad en particular. A la hora de determinar la reglamentación del negocio y la jerarquía de fuentes aplicables, la primera que debe tenerse en cuenta es la norma imperativa (art. 1255 CC) conformada por el contenido esencial del deber, antes que acudir a las reglas derivadas de la autonomía privada y a las normas jurídicas de carácter supletorio, ya sean relativas al derecho dispositivo o a las normas derivadas de la buena fe contractual (art. 1258 CC). Siguiendo este planteamiento, es de concluir que la **parte nuclear del deber de lealtad tiene un carácter imperativo** y su contenido normativo esencial no es disponible por las partes.

38. Este contenido nuclear está conformado, en primer lugar, por aquellas exigencias que son consustanciales a la relación gestora y cuya modificación alteraría su naturaleza. En particular, el deber de lealtad deriva o se contiene en la exigencia más general de que el gestor actúe en interés del principal. La formulación general del contenido básico del deber de lealtad se manifiesta a través del principio de subordinación de intereses. Este contenido esencial se condensa, a su vez, en un contenido preventivo mínimo: **la prohibición relativa de actuar en conflicto y la obligación de *disclosure***. En segundo lugar, el derecho imperativo afecta a la ordenación de los **mecanismos dirigidos al efectivo cumplimiento del deber** y, en particular, a las normas que regulan los presupuestos para el ejercicio de la acción de responsabilidad. Tampoco caben, en este ámbito, modificaciones convencionales, códigos de conducta o reglamentaciones internas encaminadas a exonerar de responsabilidad a los administradores por actos desleales.

39. La caracterización del deber de lealtad se completa con la afirmación de que nuestro ordenamiento resulta tributario de los modelos preventivos de regulación del conflicto. En nuestro sistema jurídico, al igual que los demás de nuestro entorno, rige el **principio de prohibición relativa** en tanto que el contenido de la relación gestora no autoriza al gestor a actuar en conflicto de intereses, salvo que el principal autorice la conducta interesada, lo cual queda a su vez condicionado a que el gestor haya informado plenamente al principal de todos los datos relevantes relativos al conflicto. De los tres elementos que configuran el contenido del deber de lealtad, la prohibición de actuar en conflicto de intereses, la autorización del principal y la obligación positiva de comunicar a la sociedad todo conflicto de intereses, el primero y el último constituyen el **contenido preventivo de la obligación gestora** y, consiguientemente, despliegan sus efectos en un momento anterior en el tiempo a la producción de la conducta interesada.

40. El origen y la justificación de medidas preventivas que establezcan controles eficaces para prevenir y, consiguientemente, sancionar al gestor interesado se basa en la **naturaleza del propio negocio de gestión**. Si la gestión consiste en conferir poderes al gestor para que actúe por cuenta del principal, ello significa que el gestor dispone de un ámbito de discrecionalidad para realizar el encargo. A diferencia de los actos de intercambio directo, en que los contratantes toman decisiones racionales de contratar por si mismos en base a la información que disponen, en las relaciones de gestión, el gestor actúa por cuenta del otro, quien no alcanza a disponer en todo momento de toda la información relevante para valorar

y llevar a término un control exhaustivo sobre la actuación del gestor. Si las medidas tuvieran sólo un carácter sancionador *a posteriori* se estaría situando al principal en la misma posición que el contratante normal y no se tendría en cuenta su singular posición y la existencia del ámbito de discrecionalidad que dispone el gestor. Consiguientemente, por el hecho de que el principal no puede realizar un control directo de todos los actos del gestor, se hace necesaria la exigencia de un control previo a todo acto interesado ante el riesgo que tales operaciones pueden tener para los intereses del principal.

41. El carácter prohibitivo del deber de lealtad se manifiesta en la propia configuración de la relación gestora y en su estructura obligatoria. En la medida que la relación gestora se estructura sobre la obligación del gestor de actuar en interés del principal y no en interés del gestor, **el mandato de gestión está limitado** a la ejecución de aquellos comportamientos que sean de interés del principal. Consiguientemente, el poder otorgado por el principal al gestor excluye de su ámbito de poder aquellos actos de ejecución en los cuales tuviera intereses personales.

VII. Sobre la aplicación del deber en el Derecho de sociedades

42. El enfoque preventivo que prohíbe la actuación interesada y establece un mecanismo de aprobación por el principal, previa exigencia de una información plena sobre la situación conflictual, armoniza con la naturaleza gestora de la obligación y, en particular, concuerda con la razón práctica protectora de los intereses del principal a través de un medio flexible que permite la **autorización de las conductas conflictuales** por medio de la intervención del principal.

43. A estos efectos, por razones de orden práctico y siempre que la ley o los estatutos no hayan establecido una reserva en favor de la Junta general, el **órgano de administración resulta adecuado para realizar la valoración de riesgos** relacionada con la situación de conflictos. El acto de autorización o de denegación de la licencia para actuar en conflicto por el órgano de administración o por una mayoría de socios resulta justificado a condición de que se respeten ciertos **requisitos** que garanticen un marco de idoneidad para la toma de una decisión no interesada. Primero, la exigencia de transparencia plena con *disclosure* del interesado al órgano autorizante, sea la Junta general, sea el órgano de administración. Segundo, si la autorización tienen lugar en el órgano de administración, éste deberá examinar su propia competencia con el fin de resolver el conflicto dentro de las actividades propias del objeto social. Tercero, las autorizaciones deben ir acompañadas de un debate previo y requieren de un acuerdo mayoritario. Cuarto, toda autorización que no haya sido aprobada unánimemente por todos los socios y se acuerde de forma mayoritaria por alguno de los órganos sociales debe estar justificada o motivada. Quinto, la mayoría autorizante debe estar compuesta por personas con independencia de criterio, lo que comporta un deber de abstención de los interesados. Sexto, la autorización del conflicto por el órgano de administración debe ser comunicada a la Junta general. Séptimo, las autorizaciones deben tener, por regla general, carácter individualizado y expreso.

44. Como excepción a la regla anterior que prevé la autorización de operaciones singulares, puede establecerse una **autorización previa para determinadas categorías de operaciones** a través de reglamentos internos, códigos de conducta o acuerdos de carácter general, siempre que la ley no indique otra cosa y

la autorización quede sometida a determinadas condiciones que garanticen el cumplimiento del contenido esencial de los deberes de los administradores. Primera, es preciso que la operación contemplada en el reglamento interno esté definida en todos sus detalles relevantes. Segunda, el objeto de regulación interna debe referirse a operaciones caracterizadas por ser sucesivas y constantes en el tiempo y deben ser operaciones corrientes que se producen en el curso ordinario de los negocios de la sociedad. Tercera, el administrador interesado debe comunicar al órgano autorizante su interés en la operación.

45. A falta de reglas especiales para el caso, el órgano que reciba esta información derivada del **deber de *disclosure*** deberá ser el mismo órgano que debe autorizar o ratificar la conducta interesada. El administrador deberá ofrecer la información antes de realizar la conducta conflictual con el objetivo de que se pueda proceder a su autorización por parte de consejeros no interesados. El interesado debe notificar sobre la existencia y naturaleza del conflicto y, en particular, respecto del interés directo o indirecto del administrador en tal situación. En su caso, también deberá informar de aquellos hechos relativos al negocio que permiten concretar las condiciones y el valor económico de las prestaciones que en él se determinen.

46. El **órgano de administración será competente** siempre que en el mismo se pueda garantizar una decisión mayoritaria tomada por administradores no interesados, pues si se produce una situación de bloqueo, el órgano competente para autorizar residirá en la Junta general. El administrador interesado está sujeto al **deber de abstención**, si bien a falta de una norma expresa, puede asistir a la sesión del consejo y participar en el debate del asunto.

47. La **Junta general es competente** para autorizar los conflictos de intereses en los siguientes casos: cuando la ley así lo determine; cuando lo prevean los estatutos; cuando el órgano de administración no sea colegiado; cuando los administradores no interesados del Consejo de Administración no puedan formar una mayoría para autorizar el conflicto. Sin embargo, no está justificado un deber de abstención del socio por el sólo hecho de ser interesado, a falta de una disposición que expresamente lo prescriba. Esta regla general tiene como excepción la prohibición de voto del socio mayoritario o de control interesado.

48. Si la conducta interesada no ha sido previamente autorizada, puede ser ratificada con posterioridad a su ejecución si bien es preciso que se cumplan las siguientes condiciones. Primera, el administrador deberá informar de todos los hechos relevantes del asunto. Segunda, el interesado deberá explicar su retraso por el cumplimiento extemporáneo de sus deberes. Tercera, el órgano competente para ratificar, sea el de administración o la Junta general, deberá tomar una decisión expresa e individualizada.

49. La autorización o la ratificación de la conducta interesada legitima al administrador para su ejecución en los términos previsto en la autorización. Consiguientemente, el administrador interesado puede **alegar el acuerdo de autorización como excepción** frente a acciones interpuestas por la sociedad, sean de nulidad o de responsabilidad, basadas en la infracción del deber de lealtad. El hecho de que una conducta interesada haya sido autorizada o ratificada por el órgano de administración o por la junta general, establece una presunción que priva la conducta de antijuricidad por deslealtad.

VIII. Sobre las sanciones derivadas del incumplimiento del deber

Ineficacia del acuerdo autorizante

50. En primer lugar, se plantean los efectos del incumplimiento del deber en relación a los votos emitidos en el acuerdo de autorización del conflicto. El voto emitido por el administrador interesado en un acuerdo del Consejo que autorice una actividad o un negocio jurídico respecto del que el administrador está directa o indirectamente interesado es **nulo por ser contrario a una norma prohibitiva**. Esta es la sanción que le corresponde al voto emitido en la Junta general por el socio mayoritario o de control obligado por el deber de abstención en caso de conflicto. Finalmente, el voto emitido por los administradores no interesados pero sin haberse cumplido el deber de *disclosure* comporta una **declaración prestada por error** sobre el contenido fundamental que motiva la ineficacia del voto.

51. En segundo lugar, el voto emitido en el Consejo por el administrador interesado o por el administrador que ha obrado por error o en la Junta general por el socio mayoritario sólo tendrá relevancia a los efectos de determinar la validez del acuerdo en la medida que supere la **prueba de la resistencia**. Esto es, que el voto emitido sea necesario o determinante para alcanzar la mayoría de votos requeridos para su aprobación. Si el voto fue determinante, la consecuencia jurídica consiste en la **nulidad del acuerdo** por falta de haberse configurado con la mayoría suficiente para su aprobación. La autorización de un conflicto de intereses puede enjuiciarse y reclamar la **anulabilidad del acuerdo del consejo o de la junta** siempre que se cumplan los requisitos generales necesarios para su impugnación. A saber, que medie la existencia de un daño a la sociedad y se pruebe que beneficia a un socio o tercero.

Responsabilidad civil

52. En cuanto a la acción de responsabilidad, la infracción de los deberes de lealtad determina un comportamiento antijurídico por parte del administrador. La infracción del deber se produce por simple culpa sin que se requiera una conducta intencionada o dolosa, con lo cual la deslealtad no exige un requisito subjetivo agravado. El ilícito desleal objeto de la acción de responsabilidad se predica de los comportamientos interesados no autorizados, por lo que ello significa que la autorización de la conducta interesada enerva el **presupuesto de la antijuricidad**, requisito necesario para el ejercicio de la acción indemnizatoria.

53. Con todo, se plantea de qué forma la autorización de la conducta conflictual armoniza con la norma legal que establece que la **autorización o ratificación de un acto por la junta no exonera** de responsabilidad al administrador. En primer lugar, si el administrador cumple sus deberes de lealtad y el órgano social autoriza el conflicto, el interesado puede oponer el acuerdo autorizante frente a demandas de responsabilidad basadas en la deslealtad, en tanto que con la autorización se ha enervado la antijuricidad por deslealtad. En segundo lugar, a pesar de la autorización, procede la acción de responsabilidad por daños si el comportamiento resulta lesivo para los intereses sociales, no sobre la base de la infracción del deber de lealtad, sino del deber de diligencia. En tercer lugar, si se ha producido una autorización irregular, la prueba de la infracción del deber de lealtad –por ejemplo, por faltar a la obligación de disclosure– y del comportamiento lesivo del administrador cumplen con los requisitos de la acción.

54. Los **pactos de indemnización** y las disposiciones estatutarias que prevean supuestos de exclusión o exoneración de responsabilidad o que fijen límites al valor de la indemnización deberán entenderse nulos por contrarios a la ley. Sin embargo, la sociedad puede compensar al administrador de gastos derivados de la defensa de acciones de responsabilidad por el incumplimiento de sus deberes,

cuando éstos han sido absueltos de acciones indemnizatorias por actos negligentes o cuando, aunque hayan sido condenados, quede acreditada la buena fe del administrador. En este caso, las compensaciones deberán autorizarse siguiendo el procedimiento de las operaciones interesadas. También resultan admisibles los **seguros de responsabilidad civil** del administrador con la finalidad de indemnizar al administrador que ha sido objeto de una acción de responsabilidad, siempre que queden excluidos los supuestos de mala fe del asegurado.

Obligación de restitución

55. La **función de la *condictio*** consiste en complementar una eventual acción de resarcimiento por daños y perjuicios. La acción de enriquecimiento dispone de un ámbito de aplicación más amplio que la indemnizatoria, pues la invasión patrimonial indebida que la sustenta no sólo no precisa del concurso necesario de la culpa como presupuesto de su aplicación, sino que puede ser exigida respecto de comportamientos realizados de buena fe. Además, la acción indemnizatoria persigue recomponer el daño experimentado en el patrimonio del titular del derecho subjetivo, sin tener en cuenta el aumento patrimonial experimentado por el *accipiens*. Por el contrario, la acción de enriquecimiento contempla las ventajas que ha proporcionado al demandado, con independencia de que esta nivelación supere el daño causado. De ello se sigue que la aplicación de la acción de enriquecimiento a la relación de gestión concede un recurso jurídico al principal que le permite exigir al gestor la restitución de aquellos elementos patrimoniales que no caben en un concepto restrictivo de daño, particularmente dónde no alcanza el lucro cesante. Consiguientemente, esta es la acción idónea para obligar al gestor a devolver o compensar los beneficios obtenidos a consecuencia de los aprovechamientos desleales respecto de los bienes e intereses del principal.

56. Determinadas **normas que recogen el principio general** que prohíbe el enriquecimiento injusto pueden ser de aplicación a ciertos casos de infracción del deber de lealtad del administrador respecto de los que se plantea la restitución de los beneficios obtenidos. Los casos que significativamente pueden requerir la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto a través de las normas legales mencionadas son, fundamentalmente, los relativos al uso de bienes sociales por parte del administrador. El supuesto puede integrarse dentro del tipo de acción o *condictio* por intromisión que regula los actos de invasión en la titularidad ajena en los cuales el administrador hace un **uso no admitido o justificado de bienes y servicios de la sociedad**. En tales casos resulta de aplicación la acción *percipiendi* derivada del goce y disfrute de cosa ajena a través de la cual se puede reclamar la restitución no sólo del lucro cesante, sino el enriquecimiento de los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (art. 455 CC). Cuando los **bienes o servicios ajenos han sido objeto de consumo**, procede la aplicación de la obligación restitutoria por incorporación y consumo, derivada de la regla legal que establece que la incorporación de bienes ajenos en el suelo propio conlleva el consiguiente efecto de la reintegración de su valor más el resarcimiento de los daños y perjuicios si se ha obrado de mala fe (art. 360 CC). Por otro lado, otro supuesto típico de actuación desleal del administrador se plantea en los actos de doble gestión no autorizados respecto de los cuales el administrador obtiene **comisiones u otros beneficios** contrarios a las exigencias de la lealtad del gestor que no puedan acreditarse como un daño para la sociedad. En este caso, corresponde aplicar la acción de enriquecimiento prevista según la cual el mandatario debe abonar al mandante «cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando no se debiera al segundo» (art. 1720 CC).

57. Las pretensiones de enriquecimiento que no tienen cabida en las disposiciones anteriores, encuentran amparo en la **aplicación de la doctrina tradicional del enriquecimiento injusto**, a condición del cumplimiento de los presupuestos que la informan. El primer presupuesto se relaciona con el enriquecimiento obtenido por el administrador, que se concreta en una ventaja, utilidad o provecho de carácter económico. El segundo presupuesto se refiere al empobrecimiento del actor, en el sentido de que la ganancia o ventaja obtenida por el administrador debe producirse a costa de un sacrificio o pérdida económica de la sociedad. El tercero de los presupuestos se refiere a la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento del administrador y el empobrecimiento de la sociedad. En esta tesitura, el administrador como persona que actúa por cuenta e interés del principal, no puede justificar aquellas atribuciones no autorizadas que corresponden a la sociedad. La falta de causa en el enriquecimiento se explica y concreta a través de la aplicación del **principio general que prohíbe al gestor la obtención de beneficios personales** en el curso del desarrollo de la actividad gestora, salvo consentimiento del principal.

Consecuencias negociales

58. El incumplimiento del deber comporta consecuencias sobre la validez y eficacia del negocio ejecutado por el administrador interesado. A estos efectos, resulta de **aplicación la doctrina de la autocontratación a los administrares con poder de representación**. La razón de encuadrar la autocontratación no autorizada como un supuesto especial de deslealtad se debe al hecho de que en aquella se manifiesta un típico conflicto de intereses en el ámbito de la gestión representativa respecto del cual se precisa la protección del representado. En esta dirección, el conflicto de intereses constituye la base para delimitar la admisibilidad de la figura y la tutela del principal ante la incompatibilidad de los intereses contrapuestos.

59. Como operación interesada, la autocontratación practicada por el administrador precisa ser autorizada por la sociedad y en su ausencia el comportamiento debe ubicarse entre los supuestos de **extralimitación de facultades**. El encaje de la autocontratación no autorizada en la extralimitación de poder está en consonancia con la tesis mantenida según la cual el administrador encuentra limitados sus poderes para desarrollar conductas en conflicto de intereses frente a la sociedad. Este planteamiento encuentra su pleno fundamento y sentido en el postulado de la exclusión de la autocontratación del contenido natural del poder de representación. Siguiendo la teoría del negocio imperfecto, incompleto o en vías de formación, al supuesto de la extralimitación de poder le corresponde la **sanción de la ineficacia relativa** prevista en el artículo 1259.II CC.

60. Esta solución armoniza con **razones de orden práctico dirigidas a reforzar la posición jurídica del principa**l en relación al comportamiento interesado del gestor. Primera, el representante no puede desconocer el negocio, a partir de cuyas declaraciones queda obligado personalmente. Segunda, el principal no queda afectado por el comportamiento interesado del gestor pudiendo desconocer el negocio ejecutado, de forma que no es necesario tomar iniciativas para destruir la eficacia del negocio y, consiguientemente, no tiene la carga de su impugnación. Tercera, el juicio de oportunidad o conveniencia sobre el negocio recae sobre el principal, en la medida que es susceptible de su posterior ratificación, adquiriendo, en tal caso, plena validez y eficacia. Cuarta, la ineficacia del negocio se desprende sin necesidad de que sea preciso acreditar daño alguno al principal.

61. Con todo, el tercero merece protección y la sociedad no puede invocar la ineficacia del acto cuando el **tercero ha actuado de buena fe** y de forma diligente. Sin

embargo, la ineficacia del acto alcanza al tercero que conoce la situación de conflicto que origina la extralimitación del interesado, cuando se encuentra en una posición cuyo conocimiento le es inexcusable o cuando el administrador interesado y el tercero actúan en concurso o relación de complicidad.

62. Finalmente, no existe extralimitación cuando resulta aplicable la **regla relativa a la gestión más ventajosa** (art. 1715 CC). La admisibilidad de esta especialidad se justifica por una ponderación final de intereses respecto de una gestión cuyo resultado favorece el interés protegido. Esta apreciación objetiva debe ponderarse desde una doble perspectiva: de un lado, atendiendo a los beneficios económicos que repercuten en la sociedad a través de la operación y, de otro, considerando que los efectos de la misma resulten idóneos para la realización de los fines sociales. Es decir, que los gestores no están legitimados para sustituir unos activos por otros a su conveniencia, aunque ello no signifique una reducción del patrimonio social neto. Consiguientemente, la aplicación de la norma deberá hacerse mediante una interpretación restrictiva orientada a una reducción teleológica.

63. Las consideraciones anteriores relativas al tratamiento jurídico de los actos de autocontratación ejecutados por el administrador con poder de representación no resultan aplicables a los supuestos de **contratación del administrador que no reúne la condición de representante** (simple contratación). En caso de simple contratación, el administrador interesado actúa en su propio nombre e interés y la representación de la sociedad corre a cargo de un apoderado o de otro administrador con poder para representarla. En este caso, aunque el comportamiento interesado es el elemento común de las dos situaciones, el régimen de la autocontratación no resulta de aplicación a la simple contratación por cuanto está destinado a regular los conflictos que se producen en las situaciones representativas. Y su extensión a los casos en que no hay representación significaría la aplicación de una norma a un supuesto distinto, pues cuando el administrador actúa por su cuenta e interés frente a la sociedad, ni hay representación, ni existe actividad de gestión.

64. Sin embargo, todo administrador que contrata con la sociedad está sujeto al deber de lealtad y la sociedad resulta merecedora de protección en las situaciones de conflicto. Esta tutela reclama una intervención legislativa que resulte clarificadora y oriente la solución hacia una unidad de tratamiento. Mientas tanto, las situaciones de simple contratación deberán evaluarse de forma indirecta, desplazando el centro de atención a la conducta de la persona que, frente al interesado, represente a la sociedad. Es decir, que en esos casos procede aplicar el régimen de ineficacia previsto para la autocontratación interesada **valorando la conducta del representante de la sociedad y la mala fe del administrador contratante**. El primero, siempre que conozca la actuación interesada del administrador, se encuentra envuelto en un conflicto indirecto, en cuyo caso queda sujeto al cumplimiento del contenido de deberes de lealtad del gestor. Consiguientemente, el negocio precisa la autorización de la sociedad y en su ausencia se despliegan las consecuencias derivadas de la contratación interesada.

BIBLIOGRAFÍA
DOCUMENTACIÓN
ÍNDICES

I. BIBLIOGRAFÍA

1. Obras colectivas, comentarios, diccionarios enciclopédicos.

AAVV, *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. Vols. I-V. Madrid: McGrawHill, 2002. [*Homenaje a Sánchez Calero* (2002)]

AAVV, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Madrid: Civitas, 1991. [*Estudios Girón* (1991)]

AAVV, *Enciclopedia Jurídica Básica*, 4 vols. Madrid: Civitas, 1995. [EJB (1995)]

AAVV, *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Tomos I-III. Madrid: La Ley, 1994. [*Estudios Verdera* (1994)]

AAVV, *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid: Civitas, 1978. [*Estudios Uría* (1978)]

AAVV, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. [*Estudios Broseta* (1995)]

AAVV, *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Polo*. Madrid: EDERSA, 1981. [*Estudios Polo* (1981)]

AAVV, *Estudios de Derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*. Vols. I-II. Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1998. [*Estudios Duque* (1998)].

AAVV, *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*. Madrid: Tecnos, 1971. [*Estudios Garrigues* (1971)]

AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Tomos I-IV. Madrid: Civitas, 1996. [*Estudios Menéndez* (1996)]

AAVV, *La reforma del Derecho español de Sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y Notarial de Madrid, en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1987. [*La reforma del Derecho español de sociedades de capital* (1987)]

AAVV, *Les conflits d'intérêts. Les Conférences du Centre de Droit Privé*. Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, vol. VII. Bruselas: Bruylant, 1997. [*Les conflits d'intérêts* (1997)]

ALBALADEJO, M., (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid: EDERSA, 1980-. [*Comentarios al Código civil y comp. forales*]

ALONSO UREBA, A. / DUQUE DOMINGUEZ, J. / ESTEBAN VELASCO, G. / GARCIA VILLAVERDE, R. / SANCHEZ CALERO, F., (coords), *Derecho de Sociedades Anónimas*, tomos I-III. Madrid: Civitas, 1991-1994. [*Derecho de Sociedades Anónimas* (1991-1994)]

ALONSO UREBA, A. / MARTINEZ SIMANCAS, J., (dir.) *Instituciones del Mercado Financiero*. 8 vol. Madrid: La Ley, 1999. [*Instituciones del Mercado Financiero* (1999)]

ARROYO, I. / EMBID, J.M., (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada*. Madrid: Tecnos, 1997. [*Comentarios a la LSRL* (1997)]

ARROYO, I. / EMBID, J.M., (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid: Tecnos, 2001. [*Comentarios a la LSA* (2001)]

BONARDELL, R. / MEJIAS, J. / NIETO, U., (coords.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*. Madrid: Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Dykinson, 1994. [*La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada* (1994)]

BUONOCORE, V. (dir.), *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003*. Turín: Giappichelli, 2003. [*La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003* (2003)]

DE ANGEL, R., (dir), *Contratos de gestión*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995. [*Contratos de gestión* (1995)]

ESTEBAN VELASCO, G., (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Marcial Pons, 1999. [*El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999)]

FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., (coord.), *Responsabilidad de los consejeros y altos cargos de sociedades de capital*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. [*Responsabilidad de los consejeros y altos cargos de sociedades de capital* (1996)]

FERRARINI, G. (ed.), Eu*ropean Securities Market. The Investment Services Directive and Beyond*. Londres: Kluwer, 1998. [*European Securities Market* (1998)]

FINN, P.D. (de), *Equity and Commercial Relationships*. Sydney: The Law Book Company Limited, 1987. [*Equity and Commercial Relationships* (1987)]

GARRIDO DE PALMA, V.M., (dir), *Estudios sobre la Sociedad Anónima*. Madrid: Civitas, 1991. [*Estudios sobre la Sociedad Anónima* (1991)]

GARRIDO DE PALMA, V.M., (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada. Ley 2/1995, de 23 de marzo y Reglamento del Registro Mercantil*. Tomo I. Madrid: Trivium, 1996. [*La sociedad de responsabilidad limitada* (1996)]

HOPT / KANDA / ROE / WYMEERSCH / PRIGGE (eds), *Comparative Corporate Governance - The State of the Art and Emerging Research*. Clarendon Press, Oxford, 1998. [*Comparative Corporate Governance* (1998)]

HOPT / TEUBNER, (Eds), *Corporate governance and directors' liabilities. Legal, economic and sociological analyses on corporate social responsability*. Berlin: W. de Gruyter, European University Institute, 1985. [*Corporate governance and directors' liabilities* (1985)]

HOPT / WYMEERSCH, (eds), *Comparative corporate governance. Essays and Materials*, Berlin: Walter de Gruyter, 1997. [*Comparative corporate governance* (1997)]

JIMENEZ SANCHEZ, G., (coord.) *Derecho mercantil*, Tomos I-II. 7ª ed. Barcelona: Ariel, 2002. [JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil* (2002)]

LACRUZ BERDEJO, J.L./ SANCHO REBULLIDA, F./ LUNA SERANO, A./ DELGADO ECHEVARRIA, J./ RIVERO HERNANDEZ, F./ RAMS ALBESA, J./ (dir), *Elementos de Derecho civil*. I. *Parte general*. Vol. 3º. *Derecho subjetivo. Negocio jurídico*. Nueva edición revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría. Madrid: Dykinson, 1999. *Elementos de Derecho civil*. II. *Derecho de obligaciones.* Vol. 1º. *Parte general. Teoría general del contrato*. Barcelona: Bosch, 1994. *Elementos de Derecho civil*. II. *Derecho de obligaciones.* Vol. 2º. Vol. 2º. *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. Barcelona: Bosch, 1995. [LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I-II (1994, 1995, 1999)]

McKENDRICK, E., (ed), *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*. Oxford: Clarendon Press, 1992. [*Commercial Aspects of Trusts* (1992)]

MENENDEZ, A., (dir), *Lecciones de Derecho mercantil*. Madrid: Civitas, 2003. [*Lecciones de Derecho mercantil* (2003)]

NIETO, U. / PRIES, A., (Coord.), *La sociedad de responsabilidad limitada*. Madrid: Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Dykinson, 1998. [*La sociedad de responsabilidad limitada* (1998)]

PAU PEDRON, A., (coord.), *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*. Madrid: Tecnos, 1992. [*Comentarios LAIE* (1992)]

PAZ-ARES, C., (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1997. [*Tratando de la Sociedad Limitada* (1997)]

PAZ-ARES, J. / DIEZ-PICAZO, L. / BERCOVITZ, R. / SALVADOR, P., (dir) *Comentario del Código Civil*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991. [*Comentario del CC* (1991)]

PRATT, J.W./ ZECKHAUSER, R.J., *Principals and Agents: The Structure of Business*. Boston, Mass.; Harvard Business School Press, 1991. [*Principals and Agents: The Structure of Business* (1991)]

PUTTERMAN, L., (de.), *La naturaleza económica de la empresa*. Versión española de Bienvenido Pascual Encuentra y Jaime Velasco Kindelán. Madrid: Alianza Editorial, 1994. [*La naturaleza económica de la empresa* (1994)]

QUINTANA CARLO, (dir.), *El nuevo derecho de las sociedades de capital. Jornadas sobre la reforma de las sociedades de capital*. Madrid: Trivium, 1989. [*El nuevo derecho de las sociedades de capital* (1989)]

RODRIGUEZ ARTIGAS, F./ GARCIA VILLAVERDE, R./ FERNANDEZ DE LA GANDARA, L./ ALONSO UREBA, A./ VELASCO SAN PEDRO, L./ ESTEBAN VELASCO, G., (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*. Tomos I y II. Madrid: McGraw-Hill, 1996. [*Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I-II (1996)]

SANCHEZ CALERO, F., (dir), *Perspectivas actuales del Derecho mercantil*. Pamplona: Aranzadi, 1995. [*Perspectivas actuales del Derecho mercantil* (1995)]

SANCHEZ CALERO, F., (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid: EDERSA, 1993-. [*Comentarios a la LSA* (1993-)]

URIA / MENENDEZ, (dir.), *Curso de Derecho mercantil*. Tomos I-II. Madrid: Civitas, 1999-2001. [URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil* (1999-2001)]

URIA / MENENDEZ / OLIVENCIA (dir), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Madrid: Civitas, 1991-. [*Comentario al RLSM* (1991-)]

VISINTINI, G., (dir.), *Rappresentanza e gestione*. Padua: CEDAM, 1992. [*Rappresentanza e gestione* (1992)]

2. Monografías y estudios

ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, I. *Introducción y parte general*. Vol. 2º. *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*. 10º ed. Barcelona: Bosch, 1989. / II. *Derecho de obligaciones*. 11ª ed. Barcelona: Bosch, 2002. Puesta al día con la colaboración de Fernando Reglero.
- "La representación", ACD (1958) 767-803.

ALBORCH BATALLER, C., *El derecho de voto del accionista. (Supuestos especiales)*. Madrid: Tecnos, 1977.

ALCALA DIAZ, M.A., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*. Madrid: Civitas, 1998.
- "El conflicto de intereses socio - sociedad en las sociedades de capital", RdS 9 (1997) 89-141.
- «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 447-496.

ALCHIAN, A. / ALLEN, W., *University Economics. Elements of Inquiry*. 3a ed. Belmont, Cal.: Wadsworth Publishing Company, 1972.

ALCHIAN, A./ DEMSETZ, H., «Producción, costes de información y organización económica», *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 141-170.

ALCOVER GARAU, G., «Art. 43. Junta general», *Comentarios a la LSRL* (1997) 515-518.
- «Art. 44. Competencia de la Junta general», *Comentarios a la LSRL* (1997) 518-521.
- "Comentario de la STS 20-5-1988", CCJC (1988) 541-551.

ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo.

ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas, 1991.
- *Interés social y derecho de suscripción preferente*. *Una aproximación económica*. Madrid: Civitas, 1995.
- "La función de los usos en el Código de comercio" RDM (1992) 419-444.
- «Voz: Usos de comercio», EJB, IV (1995) 6763-3640.
- «Voz: Integración contractual», EJB, III (1995) 3636-42.
- «Los costes de transacción», *Estudios Menéndez*, I (1996) 131-162.
- "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.
- "Imperialismo económico y dogmática jurídica", RDM 233 (1999) 925-76.

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

ALONSO ESPINOSA, F.J., «Algunas cuestiones sobre el contrato de comisión mercantil», *Contratos de gestión* (1995) 137-155.
- "La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (Aspectos generales)", RdS (1995) 15-30.

ALONSO LEDESMA, C., "Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula del interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente", *Estudios Girón* (1991) 31-61.
- «El papel de la junta general en el gobierno corporativo de las sociedades de capital», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 615-662.
- "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.

ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa*. Madrid: Montecorvo, 1977.

ALONSO UREBA, A. "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", RDM 198 (1990) 639-727.
- «El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal versus Códigos de conducta)», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 95-133.
- «Participaciones recíprocas: ámbito objetivo y subjetivo de la disciplina», *Derecho de sociedades anónimas*, II-2. Madrid: Civitas (1994) 1425-1490.

ALONSO UREBA, A. / RONCERO SANCHEZ, A., «Sistema de elección de los consejeros. Comité de nombramiento», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 213-242.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *El mandato y la comisión mercantil*. Granada: Comares, 1997.

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* (2002) 2517-64.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, "Corporate Director's Guidebook. Revised edition, january 1978" (First edition), Bus. Law. (1978) 1595-1630. "Corporate Director's Guidebook - 1994 edition" (Second edition), Bus. Law. (1994) 1247-1289. "Corporate Director's Guidebook" (Third edition), Bus. Law. (2001) 1575-1621.

- *Model Business Corporation Act Ann*. (1984) adoptada por el Committee on corporate Laws 3ª edición, vol. I. Committee on Corporate Laws, "Changes in the Model Business Corporation Act: Amendments pertaining to directors' conflicting interests transactions, Introduction to subchapter F", Bus. Law. 44 (1989) 1307. Texto revisado de las disposiciones § 8-30 (Standads of conduct for directors) y 8-31 (Standads of liability for directors) con comentario official, en "Changes in the Model Business Corporation Act: Amendments pertaining to Electronic Filings / Standard of conduct and Standards of liability for directors", Bus. Law. 53 (1997) 157 [160-1, 171-3]; Bus. Law. 53 (1998) 813-4. [Con suplementos de 1994, ABA, *Model Business Corporation Act Ann*. (1994) §]

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

- *Restatement of the law. Second. Trusts 2d. As adopted and promulgated by the American Law Institute*, may 23, 1957. St. Paul, Minn.: American Law Institute, 1980. 5 v. Ed. original: 1959.
- *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*. *As adopted and promulgated by the American Law Institute*, 13 mayo 1992. Vols. I-II. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1994.

ANDERSON, A.G., "Conflicts of Interest: Efficiency, Fairness and Corporate Structure", UCLA L. Rev. 25 (1978) 738-795.

ANGELICI, C., "Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 Cod. civ.", Riv. Dir. Comm. (1970) 104-166.

ANGULO RODRIGUEZ, L., «El contrato de comisión»; «Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración», en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II (2002) 261-74; 275-93.

ARANGUREN URRIZA, F.J., «Los órganos de las Sociedad anónima», *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*. Madrid: Trivium (1990) 488-541.

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

ARANGUREN URRIZA, F.J. / FERNANDEZ-TRESGUERRES, A., «La representación de la sociedad anónima», *Estudios sobre la Sociedad Anónima* (1991) 159-256.

ARROYO MARTINEZ, I., "Trust y ley civil", RJC (1983) 95-108.

- «Art. 69. Responsabilidad de los administradores», *Comentarios a la LSRL* (1997) 713-38.
- «Art. 56. Impugnación de los acuerdos de la Junta general», *Comentarios a la LSRL* (1997) 603-24.
- «Art. 133. Responsabilidad», *Comentarios a la LSA* (2001) 1385-1420.
- «Personal colaborador del empresario de la navegación», en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil* (2001) 1145-82.
- «Reflexiones en torno al interés social», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1845-58.

ARROYO, I. / BOET, E., «Art. 134. Acción social de responsabilidad», *Comentarios a la LSA* (2001) 1421-35.

ARROYO, I. / BOET, E., «Art. 135. Acción individual de responsabilidad», *Comentarios a la LSA* (2001) 1435-45.

ARROYO, I./ MIQUEL, J., «Art. 10. Créditos y garantías a socios y administradores», *Comentarios a la LSRL* (1997) 94-103.

ARROW, K.J., «The Economics of Agency», *Principals and Agents: The Structure of Business* (1991) 37-51.

ARRUÑADA, B., *Economía de la Empresa: Un enfoque contractual*. Barcelona: Ariel, 1990.

- *Teoría contractual de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- *Control y regulación de la sociedad anónima*. Madrid: Alianza, 1990.

ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico.* Madrid: Civitas, 1986.

ATIENZA, M., / MANERO, J.R., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

AUSTIN, R.P., "Fiduciary Accountability for Business Opportunities", *Equity and Commercial Relationships* (1987) 141-185.

BACIGALUPO ZAPATER, E., (dir.), *La administración desleal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

- «La administración desleal en el nuevo Código Penal», en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.), *La administración desleal* (1999) 195-215.

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

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

- «Comentario del art. 221 CC», *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela* (1986) 248-61.

BAILLO MORALES-ARCE, J., «El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores: especial referencia al problema del dolo como excepción oponible o inoponible», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1263-85.

BAJO FERNANDEZ, M., «Hacia un nuevo derecho penal: el de las personas jurídicas», *Estudios Menéndez*, IV (1996) 5089-5103.

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

BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*. Madrid: Tecnos, 1994.

BELTRAN SANCHEZ, E.,

- «Voz: Factor», EJB, II (1995) 3043-3046.

BERLE, A.,/ MEANS, G., *The Modern Corporation and Private Property*. Nueva York: Macmillan Company, reedición de 1933 de la versión original de 1932. Reimpresión de William S. Hein & Co., Búfalo, NY.: 1982.

BERTRAN, L.C. / FERNANDEZ-ARMESTO, J., *El Derecho del Mercado financiero*. Madrid: Civitas, 1992.

BETTI, E., *Teoría general de las obligaciones*. Traducción de J.L. De los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado. Tomo I, 1969; tomo II, 1970.

- *Teoria generale del negozio giuridico*. Reedición de la segunda edición a cargo de Giuliano Grifó. Nápoles: Edizioni Scietifiche Italiane, 1994.

BISBAL, J., "Los órganos sociales y las relaciones interorgánicas en el Proyecto de Ley de Sociedades de responsabilidad limitada", BIM (1995) 372-385.

- «La Junta general de socios de la sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 665-688.

- "El gobierno de las compañías mercantiles: teoría, materiales y práctica", RDM 226 (1997) 1673-98.

BIRKS, P., «Trusts in the Recovery of Misapplied Assets: Tracing, Trusts, and Restitution», *Commercial Aspects of Trusts (*1992) 149-166.

BLASCO GASCO, F., "Comentario a la RDGRN 20 de noviembre de 1989", CCJC (1990) 35-41.

BOIX RASPALL, J.M., «Voz: Gerente», NEJS, X (1960) 593-599.

BONELLI, F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*. Milán: Giuffrè, 1992;

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

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

BOYLE, A.J. / BIRDS, J. / FERRAN, E. / VILLIERS, CH., *Boyle & Birds Company Law*, 4ª ed. Bristol: Jordans, 2000.

BONET SANCHEZ, "Repaso de la disciplina del poder mercantil no orgánico", CDCom (1996) 395-436.

BOQUERA MATARREDONA, J., *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*. Madrid: Civitas, 1996.

- "La regulación del conflicto de intereses en la LSRL", RDM (1995) 1007-1047.

- "La regulación del conflicto de intereses en el Proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada", *Estudios Broseta* (1995) 453-491.

- «Art. 128. Contratación del socio único con la sociedad unipersonal», *Comentarios a la LSRL* (1997) 1254-9.

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

BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 1991. 11ª ed. a cargo de Fernando Martínez Sanz, vol. 1, 2002; vol. 2, 2003.

BRUDNEY, V., “Corporate governance, agency cost, and the rhetoric of contract", Colum. LR 85 (1985) 1403-1444.

- “Contract and fiduciary duty in corporate law”, Boston Coll. LR (1997) 595-665.
- “The independent director - Heavenly City or Potemkin Village?", Harv. LR (1982) 597-659.
- “Revisiting the import of shareholder consent for corprate fiduciary loyalty obligations”, J.Corp.L (2000) 209-40.

BRUDNEY, V. / CLARK, R. Ch., "A new look at corporate opportunities" Harv. LR (1981) 998-1062.

BUONOCORE, V., «La società a responsabilità limitata», *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003*. Turín: Giappichelli (2003) 136-81.

BUTLER / RIBSTEIN, "Opting out of fiduciary duties: a response to the anti-contractarians", Wash. LR (1990) 1-72.

CABANILLAS SANCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y resultado*. Barcelona: Bosch, 1993.

- *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000.
- Voz «Cargas (Dº Civil)», EJB, I (1995) 934-935.
- Voz «Contrato de obra», EJB, I (1995) 1597-1603.

CABRA DE LUNA, M.A., «Comentario al art. 26. Autocontratación», *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid: Marcial Pons, (1995) 234-8.

CACHON BLANCO, J.E., *Derecho del Mercado de Valores*, II. Madrid: Dykinson, 1993.

- «Contratos de gestión en los Mercados de valores», *Contratos de gestión* (1995) 267-344.

CALAVIA MOLINERO, «Derechos relacionados con la adopción e impugnación de acuerdos sociales», *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada* (1994) 351-404.

CANARIS, C.W., *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Madrid: Civitas, 1995.

- *El sistema en la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, traducción española de Juan Antonio García Amado; edición original, Berlín, 1968.

CAÑIZARES LASO, A., “Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato (Estudio comparado de los derechos alemán y español), ADC (1995) 695-749.

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

- *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid: Tecnos, 1984.
- Voz «Arrendamiento de servicios», EJB I (1995) 575-576.
- Voz «Autocontrato», EJB, I (1995) 670-2.

CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

CARY, W.L. / EISENBERG, M.A., *Cases and Materials on Corporations*. 6ª ed., unabr. Westbury, Nueva York: Foundation Press, 1988. Idem, *concise*, 1995.

CHINCHILLA MARIN, C., *La desviación de poder*. Madrid: Civitas, 1989.

CHRISTIE, M., “The director’s fiduciary duty not to compete”, MLR (1992) 502-20.

CLARK, R.Ch., *Corporate Law*. Boston: Little, Brown and Co., 1986.

- “Contracts, elites, and traditions in the making of corporate law”, Colum. LR (1989) 1703-1747.
- «Agency costs versus fiduciary duties», *Principals and Agents: The Structure of Business* (1991) 55-79.

COASE, R. H., *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: Univ. Chicago Press, 1988. Ibid, *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Editorial, 1994. Traducción castellana de Guillermo Concome y Borel.

- “Law and economics at Chicago”, JL& Econ. (1993) 239-254.
- "The nature of the firm", *Económica*, 4 (1937) 386-405. Ibid, en *La empresa, el mercado y la ley* (1994) 33-49.
- “The Problem of Social Cost”, JL& Econ. (1960) 1-44. Ibid, *La empresa, el mercado y la ley* (1994) 121-164.
- “La estructura institucional de la producción”, conferencia con motivo de recibir el Premio Nobel, 9 diciembre de 1991, en *La empresa el mercado y la ley* (1994) 207-216.

COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Curso de Derecho penal. Parte especial* I y II. Madrid: Marcial Pons, 1996 y 1997.

COBO DEL ROSAL, V. / VIVES ANTON, T.S., *Derecho Penal. Parte general*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COCA PAYERAS, M., Voz «Analogía (Dº Civil)», EJB, I (1995) 451-453.

- Voz: «Contrato en favor de tercero (Dº civil)», EJB I (1995) 1639-40.
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.
CONARD, A. / KNAUSS, R. / SIEGEL, S., *Corporations. Cases Statutes and Analysis*. Mineola (N.Y.): Foundation Press, 1982.
COOTER, R., “The Cost of Coase”, J. Legal Stud. 11 (1982) 1-33.
COOTER, R. / FREEDMAN, B.J., "The Fiduciary Relationship; its economic character and legal consequences", NY Univ. LR (1991) 1045-1075.
COOTER, R. / ULEN, Th., *Law and Economics*, 2ª ed. Reading, Mass.: Addison-Wesley, 1996. 3ª ed., 1999.
COTTINO, G., *Diritto comérciale*. *Le società*. Vol. I.2. 4ª ed. Padua: CEDAM, 1999.
CORTES DOMINGUEZ, L.J., *Funciones de la sociedad anónima: legislación y práctica española*. Cuadernos de los Studia Albornotiana, 1985.
- *Lecciones de contratos y mercados financieros*. Madrid: Civitas, 2004.
- «Notas sobre la reforma de la legislación mercantil», *Estudios Girón* (1991) 203-216.
- «Sociedad y empresa anónimas», en ABADESA / ROJO, *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, projetti*. Milán: Giuffrè, 1993, pp. 167-85.
- «Los mercados de valores y crédito», en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II (2001) 335-564.
- «Los mercado de valores y crédito», en MENENDEZ (dir), *Lecciones de Derecho mercantil* (2003) 605-714.
COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
COZIAN, M. / VIANDIER, A./ DEBOISSY, F., *Droit des Sociétés*. 14 ed. París: Litec, 2001.
CRANSTON, R., “Limiting directors’ liability: ratification, exemption and indemnification”, JBL (1992) 197-211.
CRESPO ALLUE, F., *La revocación del mandato*. Madrid: Montecorvo, 1984.
CRISTOBAL MONTES, *La administración delegada de la sociedad anónima.* Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1977.
CUADRADO IGLESIAS, M., “La gestión en el Código civil”, AAMN 32 (1993) 377-492.
CUENCA GARCIA, “Responsabilidad de sociedad anónima por acto no comprendido en el objeto social concertado por consejero delegado “, (STS de 18 de marzo de 1999 [Civil]. RA 2381/1999), RDM (1999) 1760-1771.
CUÑAT, «Reflexiones sobre la Junta general en el Proyecto de ley de sociedades de responsabilidad limitada», *Estudios Menéndez*, II (1996) 1629-40.
DAVIES, P.L., *Introduction to Company Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- «Directors’ Fiduciary Duties and Individual Shareholders», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 83-114.
DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas, 1993.
- *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 1995.
- «La responsabilidad derivada de gestión o mediación», *Contratos de gestión* (1995) 347-408.
DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho civil*. *Bienes de la personalidad*. *Patrimonio*. 1972.
- *Derecho civil en España*. Madrid: Civitas, 1984.
- *La persona jurídica*. Madrid: Civitas, 1984.
- *El negocio* jurídico. Madrid: Civitas, 1991.
- “El autocontrato en el Derecho privado español”, RGL (1927) 334-455
- “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, ADC (1982) 987.
DE LA CAMARA, M. “Revocación del mandato y poder”, AAMN (1948) 555-96.
- «Estudios sobre el mandato y la representación», *Estudios de Derecho civil* (1985) 11-244.
- “La administración de la Sociedad Anónima”, RJN (1992) 51-153.
DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe*. *Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1965.
- *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*. Madrid: Civitas, 1988.
DE SEMO, G., *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica*. Traducción y notas al derecho español de José Rodríguez del Barco. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1961.
DE WOLF, P., «Les conflits d’intérêt au sein des sociétés à forme commerciale: réforme ou réaction?», en CARTUYVELS, B., (dir), *Le droit des sociétés. Aspects pratiques et conseils des notaires*. Bruxelles: Bruillant (1999) 290-320.

DE LA CAMARA / DIEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas, 1988.

DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

- «Artículo 295», en VIVES ANTON, *Comentarios al CP de 1995*, II (1996) 1440-4.

DI ROSA, G., *Rapresentanza e gestione. Forma giuridica e realtà economica*. Milán: Giuffrè, 1997.

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

- "Comentario a la STS 15-3-1996", CCJC (1996) 899-907.
- "Comentario a la RDGRN 29-4-1993", CCJC (1993) 361-9.

DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. 4ª ed. Tomos I-II. Madrid: Civitas, 1993.

- *La representación en el Derecho privado*. Madrid: Civitas, 1979.
- «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CAMARA / DIEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa* (1988) 15-133.
- *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1993, reimpresión de 1999.
- *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 1963.
- «Arts. 1, 1258, 1259, 1888-1891», *Comentario del CC*, I-II, 1991.
- «Operaciones y servicios fiduciarios», *Dictámenes jurídicos*. Madrid: Civitas, 1987, pp. 25-65.
- "La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios", ADC (1965) 641-62.

DIEZ-PICAZO, L. / GULLON, A., *Sistema de Derecho civil*. Tomos I y II. Madrid: Tecnos, 1995.

DINE, J., *The Governance of Corporate Groups*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

DOMINGUEZ GARCIA, M.A., "Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor", RDM (1985) 419-85.

- «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», en CALVO CARAVACA / FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Contratos internacionales* (1997) 1275-1377.

DONISI, C., *Il contratto con se stesso.* Nápoles: Edizioni Scientifiche Italian, 1982.

DUQUE, J.F., *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (Art. 67 L.S.A.)*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1957.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984. Traducción de Marta Guastavino.

EASTERBROOK, F.H. / FISCHEL, D.R., *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge, Mass. / Londres: Harvard Univesity Press, 1991.

- "Contract and fiduciary duty", JL& Econ. (1993) 425-46.
- "Corporate Control Transactions", Yale LJ (1982) 698-737.

ECHEBARRIA SAENZ, J.A., *El contrato de franquicia*. Madrid: McGraw-Hill, 1995.

EISENBERG, M.A., *The Structure of the Corporation. A Legal Analysis*. Boston/Toronto: Little, Brown and Company, 1976.

- "Self-interested transactions in Corporate Law" J. Corp. L (1988) 997-1009.
- "The structure of Corporation Law", Colum. LR (1989) 1461-1525.
- "The duty of care of corporate directors and officers" U. Pitts. LR (1990) 945-972.
- "Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società del diritto americano", Giu. Comm. (1992) 617-636.
- "The divergence of standards of conduct and standards of review in Corporate Law" Fordham LR (1993) 437-468.
- "An overview of the Principles of Corporate Governance", Bus. Law. (1993) 1271-1296.
- "The Board of Directors and Internal Control", Cardozo LR (1997) 237-264.

EIZAGUIRRE, J.M., «La condición de socio de la sociedad de responsabilidad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 305-331

EKELMANS, M., «Conflits d'intérêts - Contrats d'intermédiaires», *Les conflits d'intérêts* (1997) 5-30.

EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*. *La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987.

- "La protección de la minoría en el grupo de sociedades (El punto de vista del Derecho español)", RDM 214 (1994) 913-23.
- «Voz: Grupos de sociedades», EJB, II (1995) 3276-80.
- «Art. 51. Derecho de información», *Comentarios a la LSRL* (1997) 551-560.
- «Art. 52. Conflicto de intereses», *Comentarios a la LSRL* (1997) 560-71.
- «Art. 65. Prohibición de competencia», *Comentarios a la LSRL* (1997) 686-94.
- «Art. 67. Prestación de servicios por los administradores», *Comentarios a la LSRL* (1997) 700-7.
- «Art. 68. Separación de los administradores», *Comentarios a la LSRL* (1997) 707-713.

- «Art. 70. Impugnación de acuerdos», *Comentarios a la LSRL* (1997) 738-46.
- «Art. 143. Impugnación de acuerdos», *Comentarios a la LSA* (2001) 1525-35.

ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*. Granada: Comares, 2001. Traducción de Ernesto Garzón Valdés.

- *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales*. Estudio preliminar y traducción de Juan José Gil Cremades. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968.

ENRIQUES, L. *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*. Milán: Giuffrè, 2000.

- "Il conflitto d'interessi nella gestione delle società per azioni: spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario", Riv. Soc. (2000) 509-61.
- "L'oppinibilità ai terzi del conflitto d'interessi di società per azioni", Giur. Comm. 26-3, mayo junio (1999-2) 265-290.

ENNECCERUS, L., *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, vols.: I.1, 1954; II.1, 1966.

ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. Traducción de E. Valentí Fiol. Edición alemana, Tubinga, 1956.

ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*. Madrid: Civitas, Fundación Universidad-Empresa, 1982.

- «Organización y contenido del poder de representación de la sociedad frente a terceros», *La reforma del derecho español de sociedades de capital* (1987) 389-443.
- "La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario. (El proyecto modificado de Quinta Directiva)", CDCom (1989) 231-358.
- "Configuración estatutaria del órgano de administración", en *Derecho de sociedades anónimas*: I. *La Fundación* (1991) 345-379
- "Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación", *Estudios Girón* (1991) 305-322.
- «Art. 12. Administradores», *Comentarios LAIE* (1992) 189-222.
- «Art. 14. Responsabilidad de los administradores», *Comentarios LAIE* (1992) 234-248.
- "Estructura orgánica de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", RdS, núm. extraordinario (1994) 385-404.
- «Derecho de información del accionista», *Derecho de Sociedades Anónimas*, II.1 (1994) 175-248.
- Voz: «Administradores de SA», EJB, I (1995) 342-348.
- Voz: «Representación de la sociedad anónima», EJB, IV (1995) 5822-5827.
- Voz: «Responsabilidad civil de los administradores (Dº mercantil)», EJB, IV (1995) 5912-5916.
- «Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 549-581.
- "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución", RdS 5 (1995) 47-78. Ibid, en *Estudios Menéndez*, Madrid: Civitas, 1996, t. II, p.
- «La administración de la Sociedad de responsabilidad limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 689-765.
- "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.
- «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general», *Estudios Duque*, I (1998) 233-56.
- «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 137-209.
- «¿Una nueva manera de entender e impulsar la evolución del sistema de gobierno de las sociedades cotizadas?», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 25-51; id, RdS 11 (1999) 13-31.

FAMA, E., "Agency problems and the theory of the firm", JPol. Econ. 88 (1980) 288-307. Citamos la versión española: "Problemas de agencia y teoría de la empresa", *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 245-260.

FAMA, E. / JENSEN, M., "Separation of ownership and control" JL& Econ. (1983) 301-325.

- "Agency problems and residual claims", JL& Econ. (1983) 327-349.

FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

FARRAR, J.H. / FUREY, N.E. / HANNIGAN, B. H., *Company law*, 3ª ed. London: Butterworths, 1991.

FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, A., “La doctrina de las ‘corporate opportunities’ en los Estados Unidos de América”, RDBB 66 (1997) 477-518.

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

FERNANDEZ-ARMESTO, J., “Las OPAS y el mercado de control empresarial: un balance de diez años de experiencia”, RDM 227 (1998) 37-50.

FERNANDEZ DE ARAOZ, A., *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2000.

- “Los reglamentos internos de conducta de las entidades y profesionales del mercado de valores: líneas generales de una nueva institución”, RGD (1995) 6959-79.
- “La responsabilidad administrativa de los administradores y directivos por infracción de la normativa de los mercados de valores y la protección del inversor”, *Responsabilidad civil derivada de los procesos concursales* (1999) 189-99.

FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., *La atipicidad en Derecho de sociedades*. Zaragoza: Pórtico, 1977.

- «Voz: contrato de agencia», EJB I (1995) 1569-73.
- «La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 3-37.
- «Códigos de conducta y administración de sociedades», *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital* (1996) 319-41.
- «El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 55-90.

FERNANDEZ DE LA GANDARA, L. / SANCHEZ ALVAREZ, M. M., “Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos (art. 291 del Código Penal)”, Actualidad Jurídica Aranzadi, VI-238 (21 marzo 1996) 1-6.

FERNANDEZ DEL POZO, L., “La sociedad de capital de base personalista”, RGD (1994) 5431-76.

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

FINN, P., *Fiduciary Obligations*. Sydney: Law Book Company Limited, 1977.

- «Fiduciary Law and the Modern Commercial World», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 7-42.

FLAQUER RIUTORT, J., *La protección jurídica del agente comercial*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

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

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

FOFFANI, L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d’interessi nella gestione d’impresa. Profili penalistici*. Milán: Giuffrè, 1997.

FRANKEL, T., “Fiduciary Law”, Cal. LR (1983) 795-836.

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

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

FUENTESECA, C., *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 1997.

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

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

- *El negocio jurídico*. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gasco y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- *Diritto civile e commérciale. Vol. III: L’impresa e le società. Tomo 2º: Le società di capitali e le cooperative*. 2ª ed., Padua: CEDAM, 1994.

GARCIA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid: Tecnos, 1965.

GARCIA CANTERO, G., «Art. 1459 CC», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales*, XIX (1980) 125-52.

GARCIA DE ENTERRIA, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1984.

GARCIA DE ENTERRIA LORENZO-VELAZQUEZ, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*. Madrid: Civitas, 1996.

- *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras. Estudios sobre OPAs*. Madrid: Civitas, 1999.

"Sobre la eficiencia del mercado de capitales. Una aproximación al *securities law* de los Estados Unidos", RDM (1989) 653-678; idem, *Estudios Verdera* II (1994) 979-996

GARCIA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

- "Contra el sistema por sistema", RDP (1999) 848-860.

GARCIA VALDECASAS, G., "La gestión de negocios ajenos (Aportación a una teoría general)", RDP (1957) 619-626.

- "La esencia del mandato", RDP (1944) 769-76.

GARCIA VALDECASAS Y GARCIA VALDECASAS, A., "La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP (1960) 449-462.

GARCIA VALDES, C., «El nuevo Derecho penal de los negocio y de las sociedades mercantiles», *Estudios Menéndez*, t. IV, Madrid: Civitas (1996) 5121-5139.

GARCIA VILLAVERDE, R., *La exclusión de socios. Causas legales*. Madrid: Montecorvo, 1977.

- "Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad", La Ley (1987) 134-153.

- "Derecho a la información del socio y del administrador (sobre la existencia de un derecho a la información de los miembros del Consejo de administración), CDCom. 10 (1991) 7-30.

- «Exoneración de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y la sociedad limitada por falta de culpa (art. 133.2 LSA)», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1321-1350.

GARCIA-PITA Y LASTRES, «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Menéndez*, III (1996) 2816-2868.

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

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

GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.

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

- *Dictámenes de Derecho mercantil*, III. Madrid: 1976.

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

- *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*. Madrid: Civitas, 1981.

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

GAY DE MONTELLA, R., *Tratado práctico de sociedades mercantiles*. Barcelona: Bosch, 1930.

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

GETE-ALONSO, C., *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona: Bosch, 1979.

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

GIERKE, O., *Las raíces del contrato de servicios*. Madrid: Civitas, 1982.

GIL CREMADES, J.J., «Estudio preliminar», en ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1968.

GIL Y GIL, J.L., *Principio de buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003.

GIRGADO PERANDONES, P., *La Responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Madrid: Marcial Pons: 2002.

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

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

- *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil (estudios)*. Madrid: Civitas, 1986.

- *Introducción al Derecho mercantil inglés de la economía de guerra*. Valladolid, 1950.

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

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

GOLLIER, J.M. / MALHERBE, Ph., *Les sociétés commerciales. Des lois coordonnées au Code des sociétés*. Bruselas : De Boeck & Lacier (2002) 128-140.

GOMEZ BENITEZ, J. M., "El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles", La Ley (1997-1) 2053-2056.

- "De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal", La Ley (1998-6) 2174-7.

GOMEZ CALERO, J., «El contrato mercantil. Nociones generales»; «Especialidades más relevantes de la contratación mercantil», en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, II, (2002) 222-43; 244-60.

- *Responsabilidad de socios y administradores frente a los acreedores sociales*. Madrid: Dykinson, 1998.

GOMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: La Ley, 1994.

GOMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial ("know how"). Concepto y protección*. Madrid: Tecnos, 1974.

- Voz: «Secreto industrial (Dº Mercantil)», EJB, IV (1995) 6084-8.

GONDRA, J.M., "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (A propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la 'eficiencia económica')", RDM 226 (1997) 1545-1672.

GONZALEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTON, (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial* (1999) 544-8; 555-8;

GONZALEZ ENRIQUEZ, M., "La distinción entre poder y mandato en el Código civil español", R. Int. Not. (1960) 83-135.

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

GOODE, Roy, «The Recovery of a Director's Improper Gains: Propietary Remedies for Infringement of Non-Propietary Rights», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 135-148.

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

- *Comentario del CC*, II, art. 1727 (1991) 1567-70.
- Voz: «Costumbre», EJB, II (1995) 1174-1177.
- Voz: «Integración del ordenamiento», EJB, III (1995) 3642.
- Voz: «Laguna (Dº Divil)», EJB, III (1995) 3912-3.
- Voz: «Principios generales del Derecho (Dº civil)», EJB, III (1995) 5099-5102.
- Voz: «Representación voluntaria (Dº civil)», EJB, IV (1995) 5834-39.
- Voz: «Usos jurídicos (Dº civil)», EJB, IV (1995) 6765-6767.

GOWER, L.C.B., *Gower's Principles of Modern Company Law*, por DAVIES, P.L. y con la contribución de PRENTICE, D.D. 6ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1997.

- "Some contrast" Harv. LR (1956) 1369-1402.

GRAHAM, P., «The Statutory Regulation of Financial Services in the United Kingdom and the Development of Chinese Walls in Managing Conflicts of Interests», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 43-53.

GROSSFELD, B., «Management and control of marketable share companies», en CONARD, A., (ed.) *Business and Private Organizations*, cap. 4º, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XIII (1971) 50-84.

GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*. Madrid: Civitas, 1993.

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.

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

- "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.
- "La 'corporate governance' en droit française", *Riv. Soc.* (1999) 20-30.

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

HAMILTON, R.W., *Cases and materials on corporations*. St. Paul (Minn.): West, 1998.

HASSLER, T., "L'intérêt commun", RTDC (1984-4) 581-638.

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

HENN, H. / ALEXANDER, J.R., *Laws and corporations*. St. Paul, Minn.: West, 1983.

HERNANDEZ MARTI, J., «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores de la S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 1705-27.
HERNANDEZ MORENO, A., "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil", RJC (1980) 372-442.
HERNANDEZ SAINZ, "El deber de abstención en el voto como solución legal" RdS (1996) 105-128.
HERNANDO GIMENEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*. Madrid: Civitas, 2000.
HEYDON, J.D., "Directors' Duties and the Company's Interests", *Equity and Commercial Relationships* (1987) 120-136.
HOPT, K.J., "Derecho y obligaciones de la dirección en relación con la 'composición del accionariado'. Acerca del deber de neutralidad frente a una oferta pública de adquisición y a otros supuestos de cambios de socios", RDM 209 (1993) 863-912. Traducción de J.M., Embid y A. Recalde.
- "Le governement d'entrepise - Expériences allemandes et européennes", Rev. Soc. (2001) 1-13.
- "Le gouvernement des entrepises et la responsabilité des dirigéants de la société par actions", RPdS (1997) 315-335.
- «Directos' Duties to Shareholders, Employees, and Other Creditors: A view from the Continent», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 115-132.
- «Self dealing and use of corporate opportunity and information: regulating directors' conflicts of interest», *Corporate governance and directors' liabilities* (1985) 285-325.
IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en al sociedad anónima*. Madrid: Tecnos, 1971.
- «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», *Estudios Uría* (1978) 249-281.
- "Los órganos sociales en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", RCDI (1994) 183-198.
- "El proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la empresa familiar" RGD (1994) 5417-5429.
- «La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal», *Tratando de la sociedad limitada* (1997) 999-1043.
- «Disciplina básica en materia de normas de conducta en los mercados de valores», en BELTRAN / NIETO (Coords.), *Contratación mercantil*. Madrid: COCC (1999) 95-117.
IRTI, N., *La edad de la descodificación*. Barcelona: Bosch, 1992. Traducción de Luis Rojo Ajuria.
JAEGER, P.G., *L'interesse sociale*. Milán: Giuffrè, 1972.
JAMES, Ph.S., *Introduction to English law*, 12 ed. Londres: Butterworth, 1989.
JENSEN, M. / MECKLING, W., "Theory of the Firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure", JFin. Econ. (1976) 305-357. Extractado en «Teoría de la empresa: La gerencia; costes de agencia y estructura de la propiedad», *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 261-85.
JIMENEZ DE PARGA, R., "Reglamentación interna de los Consejos de Administración", RDBB 69 (1998) 127-133.
JIMENEZ SANCHEZ, G., "La regulación de los órganos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", DN (1998) 1-14.
JIMENEZ SANCHEZ / DIAZ MORENO, «Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada», *Comentario al RLSM*, XIV.5º, 1998.
JORDANO BAREA, J., *El negocio fiduciario*. Barcelona: Bosch, 1959.
JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987.
- "Obligaciones de medios y de resultado", ADC (1991) 5.
JUSTE MENCIA, J., *Los derechos de la minoría en la Sociedad anónima.* Pamplona: Aranzadi: 1995.
- "En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad", RdS (2000-1) 441-55.
KAPLAN, "Fiduciary Responsibility in the Management of the Corporations", reproducido parcialmente en CONARD / KNAUSS / SIEGEL, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 471-474
KEARNEY, J., "Accounting for a Fiduciary's Gains in Commercial Contexts", *Equity and Commercial Relationships* (1987) 186-210.
KEENAN, D., *Smith and Keenan's English law*. Londres: Longman, 2001.
KEUTGEN, G. / ANDRÉ-DUMONT, A.P., «La société et son fonctionnement», *Droit des Sociétés: Les lois des 7 et 13 avril 1995*. Bruselas: Bruylant (1995) 247-286.
KLEIN, B., "Contracting costs and residual claims: The separation of ownership and control", JL& Econ. (1983) 367-74.

KIRCHNER, P. / SALINAS, C., *La reforma de la Ley del Mercado de Valores*. Valencia: Tirant lo Blach, 1999.

KÜBLER, F., *Derecho de sociedades*. 5ª ed. (1998) traducida por M. KLEIN. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2001.

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

LARA GONZALEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*. Madrid: Civitas, 1998.

LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*. Tomos I y II. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958 y 1959.

- *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.
- *Derecho civil. Parte general*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, EDERSA, 1978.
- *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

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

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

LEECH / MUNDHEIM, "The Outside Director of the Publicly Held Corporation" Bus. Law. (1976) 1799.

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

- «Arts. 1709, 1715, 1719, 1720, 1721, 1724 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 1523-26; 1548-50; 1550-53, 1553-55; 1560-62.

LIMPENS-MEINERTZHAGEN, A., «La représentation et les conflits d'intérêts en droit comparé», *Les conflits d'intérêts* (1997) 261-295.

LOIS CABALLE, A.I., *La prohibición de competencia de los administradores de la SRL*. Valecia: Tirant lo Blanch, 2000.

LOJENDIO OSBORNE, I., «Los administradores de la sociedad anónima», en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, I (2002) 321-40.

LOPEZ DE MEDRANO, F., *La separación de los administradores en la sociedad anónima*. Barcelona: Bosch, 1986.

LOPEZ Y LOPEZ, A., «Voz: Relación jurídica (Dº civil)», EJB, IV (1995) 5761-5767.

- «La gestión típica derivada del mandato», *Contratos de gestión* (1995) 65-85.
- «Voz: Mandato (Dº Civil)», EJB, III (1995) 4160-4161.
- «Art. 1459», *Comentario del CC*, II (1991) 904-7.

LOSS, L., "Disclosure as Preventive Enforcement", en *Corporate governance and directors' liabilities* (1985) 327-427.

LUMINOSO, A., «Mandato, commissione, spedizione». *Trattato di Diritto civile e commerciale*. Vol. XXXII. Milán: Giuffrè, 1984.

LUNA SERRANO, A., «Art. 1089 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 6-9.

LUZON PEÑA, D.M., *Curso De Derecho Penal. I. Parte General*. Madrid: Universitas, 1996.

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

- "Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho mercantil", RDM 220 (1996) 319-388.
- "El sistema de la responsabilidad de los administradores", RdS 7 (1996) 49-70.

LLINAS ALVAREZ, L.M., "¿Hacia el reconocimiento de un derecho de información de los administradores?", RdS 11 (1999) 374-383.

LLOBET AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

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

- *La protección del secreto empresarial en el marco del Derecho de la competencia*. Barcelona: Cedecs, 1999.

MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida de capital social y responsabilidad de los administradores por deudas sociales*. Madrid: Civitas, 1997.

- «Art. 35. Ejercicio del cargo», SALA / MERCADAL / ALONSO CUEVILLAS, *Nueva Ley Concursal*. Barcelona: Bosch (2004) 211-8.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil español*. Madrid: Reus, 1952-1973. Vols.: II, 1957; X, 1969.

MARSH, H., "Are directors trustees?. Conflicts of interests and corporate morality", Bus. Law. (1966) 35-76.

MARTINEZ FLOREZ, A., “En torno a la responsabilidad frente a los inversores de quien utiliza información privilegiada en los Mercados de valores”, RDM 217 (1995) 953-1006. Ibid, en *Estudios Menéndez*, III (1996) 3355-3393.
MARTINEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*. Bolonia: Real Colegio de España, 1999.
MARTINEZ SANZ, F., *Provisión de vacantes en el Consejo de administración de la Sociedad anónima*. Pamplona: Aranzadi, 1994.
- *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*. Madrid: Civitas, 1998.
- “Algunas notas sobre el régimen de administración de sociedades en Derecho norteamericano”, RDM 209 (1993) 1039-1069.
- «Art. 57. Modos de organizar la administración», *Comentarios a la LSRL* (1997) 624-37.
- «Art. 61. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSRL* (1997) 666-71.
- «Art. 62. Representación de la sociedad», *Comentarios a la LSRL* (1997) 672-77.
- «Art. 63. Ambito de representación», *Comentarios a la LSRL* (1997) 677-84.
- «Art. 127. Ejercicio del cargo», *Comentarios a la LSA* (2001) 1324-9.
- «Art. 129. Ambito de representación», *Comentarios a la LSA* (2001) 1336-43.
- «Art. 132. Separación. Supuestos especiales», *Comentarios a la LSA* (2001) 1379-1385.
- «Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de Administración de la sociedad anónima», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1739-70.
MARTINEZ SANZ / RECALDE, «Disposiciones adicionales 3ª y 4ª», *Comentarios a la LSA* (2001) 3003-3010.
MARTINEZ SEGOVIA, F.J., “Posibilidades del procedimiento analógico en el Derecho de sociedades. (A propósito del AAP Albacete de 23 febrero 2002)”, RdS 19 (2002) 199-219.
MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *El delito societario de administración desleal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.
MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de “know how”*. Barcelona: Bosch: 1989.
- *Comentario a la Ley de competencia desleal*. Madrid: Civitas, 1999.
MANNE, H.G., "Mergers and the Market for Corporate Control", J Pol. Econ. 73 (1965) 110-20. Extractado en *La naturaleza económica de la empresa* (1994) 241-4.
- “In Defense of Insider Trading”, Harv. BR (1966) 113-122.
- “Our two corporation systems: law and economics”, Vand. LR 53 (1967) 259.
- “Insider Trading and the Law Professors”, Vand LR 23 (1970) 547-590.
MARINA GARCIA-TUÑON, A., “Informe del Comité sobre aspectos financieros de la Administración de las sociedades. Código sobre la mejor práctica (Informe Cadbury)”, RdS 5 (1995) 377-81.
MARSH, H., “Are Directors Trustees?”, Bus. Law. (1966) 35-76.
MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., *El delito societario de administración desleal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.
MATA MARTIN, R.M., “Los delitos societarios en el Código Penal de 1995”, RdS 5 (1995) 164-176.
- “Responsabilidad penal del administrador societario desleal. Estudio del delito del artículo 295 del Código Penal”, RdS 13 (1999-2) 141-58.
MAZEAUD, H. y L. / MAZEAUD, J. / CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*. T. II. Vol. 1. *Obligations. Théorie Général*. Paris: Montchrestien, 1991.
MENENDEZ, A., *Ensayo sobre la evolución actual de la sociedad anónima*. Madrid: Civitas, 1974.
- “Auxiliares del empresario”, RDM (1959) 269-305.
MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia mercantil*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1998.
- “Comentario a la DGRN de 17 de noviembre de 1998”, CCJC 50 (1999) 629-44.
MERCADO PACHECO, P., *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
MERLE, Ph., *Droit commercial. Sociétés commerciales*. Paris : Dalloz, 1990.
MERTENS, H.J., en W. ZÖLLNER (dir), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*. Colonia: Carl Heymanns Verlag KG. Tomo II.1 (1989). Tomo II.2 (1996).
MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial*. T. VI. *Relaciones obligatorias singulares*. Traducción de Santiago Sentis. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.
- «Il contratto in genere», *Trattato di Dir. civile e commerciale*. T. XXI.1. Milán: Giuffrè, 1973.
MILGROM, P. / ROBERTS, J., *Economía, organización y gestión de empresas*. Barcelona: Ariel, 1994.
MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni.* Milán: Giuffrè, 1956.

- *El mandato. La comisión. El contrato de comisión de transporte*. Traducción y notas de Dereho español de José Peré Raluy. Barcelona: Bosch, 1959.

MIQUEL GONZALEZ, J.M., Voz: «Anulabilidad», EJB I (1995) 475-81.

- Voz: «Buena fe», EJB, I (1995) 831-847.
- Voz: «Comunidad de bienes (Dº Civil)», EJB, I (1995) 1314-21.
- Voz: «Enriquecimiento injustificado (Dº civil)», EJB, II (1995) 2804-8.
- "Comentario del art. 7-1 del CC", *Comentario del CC*, (1991) 37-56.
- «Observaciones en torno a la buena fe», *Libro homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia (1989) 497 ss.

MIQUEL RODRIGUEZ, J., *La sociedad conjunta (Joint venture corporation)*. Madrid: Civitas, 1998.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. 6ª edición. Barcelona: Reppertor, 2002.

MODREGO LOPEZ, "El deber de abstención del socio en conflicto de intereses con la sociedad", CDCom (1996) 61-103.

MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*. Madrid: Civitas, 1997.

MONTES PANADES, V., «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión* (1995) 11-62.

- «De la representación de los hijos. Arts. 162-163», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II (1984) 1077-1101.
- «Art. 7.1 CC», *Comentarios a las reformas del CC*. Tomo I. Madrid: Tecnos (1977) 356-371.
- "Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el art. 1107 CC", *Estudios Broseta* (1995) 2423.
- Voz: «Acción reivindicatoria», EJB, I (1995) 132-6.

MONTOYA MELGAR, A., Voz: «Deber de buena fe (Dº del Trabajo y Seguridad Social)», EJB, II (1995) 906-1908.

- Voz: «Deber de diligencia (Dº del Trabajo y Seguridad Social)», EJB, II (1995) 1909-1910.

MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*. Madrid: La Ley, 2002.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*. 13ª ed. Valencia: Tirant lo Blach, 2001.

MUÑOZ CONDE, F. / GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal. Parte general*. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blach, 2000.

MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

MURIS, T.J., "Opportunistic behavior and the law of contracts", Minn. LR 65 (1981) 521-590.

NAPOLEONI, V., *I Reati Societari. II. Infedeltà ed Abusi di Potere*. Milán: Giuffrè, 1992.

NAVARRO VIÑUALES, J.M., "Suficiencia de poder: autocontratación, negocio indirecto (Res. 29-4-1993)", RJN (1993) 205-19.

NIETO CAROL, U., *El mercado de valores. Organización y funcionamiento*. Madrid: Civitas, 1993.

- «El contrato de comisión bursátil», *Instituciones del Mercado Financiero*, VIII (1999) 4981-5020.

NIETO MARTIN, A., *El delito de administración fraudulenta*. Barcelona: Praxis, 1996.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

OLIVENCIA RUIZ, M., «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», *Estudios Uría* (1978) 499-524.

- "Tendencias actuales en la administración de la sociedad anónima", RGD 603 (1994) 12833-44.
- «Managers' Revolution / Independents' Counter-revolution (Ensayo sobre la nueva fase en la evolución de la sociedad anónima)», *Estudios Menéndez*, II (1996) 2173 ss.
- «El gobierno de las sociedades», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1771-1803.
- «Una demanda social», AAVV, *La reforma de los Consejos de Administración*. *Dirección y Progreso*, 159, pp. 17ss.

OTERO LASTRES, J.M. «La autoentrada del comisionista», *Estudios jurídicos Homenaje al profesor Alfonso Otero*. Universidad de Santiago de Compostela (1981) 255-279.

- "La autoentrada de los Agentes de Cambio y Bolsa", RDBB (1981) 103-126. Ibid, *Estudios Polo*, MADRID: EDERSA (1981) 783-810.
- "La interpretación y aplicación por la jurisprudencia de los usos de comercio", RCEA (1984) 11.

OTXOA, "La participación de los socios de la SRL en la gestión de la sociedad", RdS (1994) 101-121.

PALA BERDEJO, F., "Naturaleza jurídica de la comisión", RDP (1951) 905-20.

PALAU RAMIREZ, F., “Las obligaciones del agente”, RDM (1998) 1505-61.
PANTALEON PRIETO, F., «Voz: Negocio fiduciario», EJB III (1995) 4407-09.
- «Voz: Indemnización (Dº Civil)», EJB II (1995) 3517-20.
- «Voz: Daño (Dº Civil)», EJB II (1995) 1896-9.
- «Voz: Causalidad (Dº Civil)», EJB I (1995) 973-6.
PARKINSON, J.E., *Corporate power and responsibility. Issues in the theory of Company Law*. Oxford: Claredon Press, 1994.
PASCUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*. Madrid: Montecorvo, 1986.
PAZ-ARES, J.C., *La responsabilidad del socio colectivo.* Madrid: Civitas, 1993.
- *¿Dividendos a cambio de votos?: contribución al estudio de la conversión de acciones con voto en acciones sin voto*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- “Reflexiones sobre la distribución de poderes en la moderna sociedad anónima. (Teoría crítica de M.A. Eisenberg)”, RDM (1977) 563-599.
- Nota bibliográfica: «ZELLER, E., *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsvebot*, 1981», ADC (1982) 175.
- “La economía política como jurisprudencia racional. (Aproximación a la teoría económica del derecho)”, ADC vol. 34 (1981) 601-707.
- “Nota a la STS 20 junio 1983”, ADC 37 (1984) 588-9.
- «Comentario del Título VIII: De la sociedad. Artículos 1665-1708», *Comentario del CC*, II (1991) 1299-1523.
- “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, RdS, núm. extraordinario (1994) 253-69.
- «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios Broseta* (1995) 2843-2900.
- “La indemnización por clientela en el contrato de concesión”, La Ley (1997) 1816-1829.
- «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades? Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL», *Tratando de la Sociedad Limitada* (1997) 161-205.
- “La terminación de los contratos de distribución”, RDM (1997) 7-58.
- «Capítulos 19 a 29 y 55», en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 429-764; 1323-51.
- «El gobierno de las sociedades. Un apunte de política legislativa», *Homenaje a Sánchez Calero*, II (2002) 1805-18.
- “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, RdS 20 (2003-1) 67-109.
PEINADO GRACIA, J.I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto. La comisión de garantía*. Madrid: Civitas, 1996.
PENNINGTON, R.R., *Directors’ personal liability*. Oxford: BPS, 1989.
PERALES VISCASILLAS, M., “El derecho uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit. (Ambito de aplicación y disposiciones generales)”, RDM 223 (1997) 221-97.
PEREZ CARRILLO, E., *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidades y aseguramiento*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, RdS 14 (2000-1) 275-323.
PEREZ DE LA CRUZ, A., «La sociedad de responsabilidad limitada»; «La cualidad de socio en la sociedad de responsabilidad limitada»; «Organos sociales; Modificación de estructura; Cuentas anuales», en JIMENEZ SANCHEZ, *Derecho mercantil*, I (2002) 388-95; 404-14; 415-27.
- «Prólogo», en SANTINI, G., *El Comercio. Ensayo de economía del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1988.
PEREZ MORIONES, A, *El contrato de gestión hotelera*. Valencia: Tirant lo Blach, 1998.
PEREZ TROYA, A., *La intermediación en las compraventas de valores admitidos a negociación bursátil.* Trabajo presentado como segundo ejercicio al concurso para provisión de una plaza de titular, 1998.
PESCATORE, S., «La società per azioni», *La reforma del diritto societario. Commento ai d.lgs.n. 5-6 del 17 gennaio 2003*. Turín: Giappichelli, 2003.
PÉTEL, Ph., *Les obligations du mandataire*. Paris: Litec, 1988.
PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l’exécution du contrat*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989.
PLANIOL, M. / RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, XI, *Contrats civils*. 2ª edición, por A. Rouast, R. Savatier, J. Lepargneur y A. Besson. Paris: LGDJ, 1954.

POLINSKY, A. M., *Introducción al análisis económico del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1985. 2ª ed., 1989.

POLO SANCHEZ, E., «Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima. (Arts. 123 a 143 de la LSA)», en URIA / MENENDEZ / OLIVENCIA, (dir.), *Comentario al RLSM*, tomo VI, 1992.

- «La reforma del régimen jurídico de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada. Aspectos tipológicos y normativos», *La reforma de la Sociedad de responsabilidad limitada* (1994) 523-614.
- «Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima», *Estudios Menéndez* (1996) 2269-2293.
- «La nueva disciplina de los administradores de la sociedad limitada», *La sociedad de responsabilidad limitada* (1998) 643-755.

PORTELLANO DIEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*. Madrid: Civitas, 1996.

- «Las oportunidades de negocio en el "Informe Olivencia" y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 2865-95.
- «Protección de la información no divulgada», en IGLESIAS PRADA, J. L., *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio. El acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*. Tomos I-II. Madrid: CEFI (1997) 335-362.

POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law*. 3ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986. 5ª ed., 1998.

PRATT / ZECKHAUSER, "Principals and agents: an overview", en *Principals and Agents* (1985) 1-35.

PRIETO SANCHIS, L., *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*. Vols. I-II. Barcelona: Bosch, 1987.

- *Fundamentos de Derecho civil*. Barcelona: Bosch, Vols.: I, 1988; II.2, 1982.
- "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima", RDP (1961) 361-371.
- "La relación fiduciaria", RDP (1961) 1009-1020.

PUGLIATTI, S., *Studi sulla rappresentanza*. Milan: Giuffrè, 1965. «Il conflitto d'interessi tra principale e rappresentante», pp. 35-154; «Abuso di rappresentanza e conflitto di interessi», p. 261; «Contratto con se medesimo, rappresentanza e conflitto di interessi», p. 313; «Programma introduttivo di un corso sulla rappresentanza in Diritto privato», *Studi sulla rappresentanza* (1965) 499.

QUIJANO GONZALEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores. Aspectos sustantivos*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1985, reimpresión de 1989.

- "La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima en el texto refundido de 22 de diciembre de 1989", *BICAValladolid*, nº 4 (1990) 15-24.
- "Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución, conflicto de intereses, separación; los suplentes", RdS, núm. extraordinario sobre *La Reforma de Sociedades Limitadas* (1994) 407-429.
- «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 643-76.
- «Responsabilidad de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 537-92.

QUINTANA CARLO, I., «La reforma del Derecho de sociedades de capital: su oportunidad y significado», en *El nuevo derecho de las sociedades de capital* (1989) 7-26.

RECALDE, A., *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*. Madrid: Civitas, 1996.

- "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", La Ley (1993) 304-316.

REYNOLDS, F.M.B., *Bowstead and Reynolds on Agency*. 16 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1996.

RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de fidelidad de los administraores en el Derecho inglés*, Texto impreso de la memoria de tesina, Universidad Autónoma de Barcelona, 1993.

RIPERT, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. 12ª ed. París: LGDJ, 1951.

RIPERT, G., / ROBLOT, R., *Traité de droit commercial*. Tome I: *Commerçants. Actes de commerce. Entreprise commerciale. Fonds de commerce. Sociétés commerciales*. Edición a cargo de Michel Germain, 16ª ed., Paris: LGDJ, 1996.

- *Traité de droit commercial*. Tome I, vol. 2: *Les sociétés commerciales*. Edición a cargo de Michel Germain, 18ª ed., París: LGDJ, 2002.

RIVERO HERNANDEZ, F., "Naturaleza y situación del contrato del «falsus-procurator»", ADC 29-4 (1976) 1047-1136.

- «La voluntad negocial y la representación (Ensayo sobre la participación de representante y representado en el negocio representativo)», *Libro Homenaje a Ramón Mª Roca Sastre*, vol. II. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales (1976) 229-96.
- «El mandato», en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II.2º (1995) 224-250.

ROBLES MARTIN-LABORDA, A., "La limitación de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad", RDM 248 (2003) 683-718.

ROCA GUILLAMON, J., «Art. 1258», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1993) 420-462.

ROCA SASTRE / PUIG BRUTAU, «La representación voluntaria en el negocio jurídico», en ROCA SASTRE, Ramon María, *Estudios de derecho privado*. I. *Obligaciones y contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado (1948) 113-58.

RODRIGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*. Madrid: Montecorvo, 1971.

- «El órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada en el anteproyecto de junio de 1993», *Estudios Broseta*, III (1995) 3191-3220.
- «El deber de diligencia», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 419-44.

RODRIGUEZ MONTAÑES, T., *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*. Madrid: McGrawHill, 1997.

- "Algunas reflexiones acerca de la sentencia del "Caso Argentia Trust" (STS 26 febrero 1998), *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales* (1998) 133-43.

RODRIGUEZ RAMOS, L., «La administración desleal del artículo 295 del Código Penal», en BACIGALUPO ZAPATER, E., (dir.), *La administración desleal* (1999) 35-45.

RODRIGUEZ-MOURULLO OTERO, G., «El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal», en BACIGALUPO ZAPATER, E., (dir.), *La administración desleal* (1999) 13-31.

ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*. Madrid: Civitas, 1994.

ROJO FERNANDEZ-RIO, A., "La sociedad anónima como problema", RDM 187-190 (1988) 7-33.

- «La representación en el Derecho mercantil», en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 207-223.

ROMAIN, J.F., «Contrat avec soi-même et théorie des conflits d'intérêts: applications en droit financier», *Les conflits d'intérêts* (1997) 93-189.

RONCERO SANCHEZ, A., *La representación del accionista en la junta general de la sociedad anónima*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

- *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (Sujetos, interés y riesgo)*. Navarra: Aranzadi, 2002.

ROXIN, C., *Problema básico del Derecho penal*, traducido por Diego-Manuel LUZON PEÑA, Madrid: Reus, 1976.

RUBINO, D., *El negocio indirecto*. Madrid: Edersa, 1953. Traducción de L. Rodríguez-Arias.

RUBIO GARCIA MINA, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*. Madrid: Ed. de Derecho Financiero (1964) 2ª ed., 1967.

RUIZ-RICO RUIZ, C., *Autocontrato societario*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *La representación en interés del representante*. Santander: Copicentro, 1985.

RUIZ PERIS, J.I., *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*. Elcano: Aranzadi, 2000.

RUIZ RODRIGUEZ, L.R., *Protección penal del mercado de valores (Infidelidades en la gestión de patrimonios)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

SAENZ GARCIA DE ALBIZU, J.C., *El objeto social en la sociedad anónima*. Madrid: Civitas, 1990.

SALA I ANDRES, A., *Las O.P.A.s obligatorias ordinarias*. Barcelona: Bosch, 2000.

- "La regulación de las murallas chinas: una técnica de prevención de conflictos de interés en el mercado de valores español", RDBB (2001) 49-83.

SALANITRO, N., "Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali", Riv. Soc. (2003) 47-57.

SALELLES CLIMENT, J.R., *El funcionamiento del consejo de administración*. Madrid: Civitas, 1995.

- "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.

SALELLES CLIMENT, J.R. / VERDERA SERVER, R., *El patronado de la Fundación*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

SALVADOR CODERCH, P., «Artículo 1588 CC», *Comentario del CC*, II (1991) 1175-1212.

SAN SEBASTIAN FLECHOSO, F., *El gobierno de las sociedades cotizadas y su control*. Madrid: Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1996.

SANCHEZ ALVAREZ, M.M., *Los delitos societarios*. Pamplona: Aranzadi, 1996.

- "Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores", RDM 227 (1998) 117-153.

SANCHEZ ANDRES, A., *Sociedad anónima modelo 1998. Reforma (parcial) y crítica (total) de un texto legislativo reciente*. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

- «La acción y los derechos de los accionistas», *Comentario al RLSM*, IV.1º (1994) 12-386.
- «La nueva legislación del Mercado de valores (Fundamentos económicos y jurídicos para la regulación de la materia», *Perspectivas actuales del Derecho mercantil* (1995) 91-119.
- «Voz: Comisión bursátil», EJB I (1995) 1122-6.
- «Conflicts of interest: The Spanish Experience», *European Securities Market* (1998) 165-173.
- «Contabilidad y mercado de valores: sobre la conveniencia de una información contable imperativa», *Homenaje a D. Carlos Cubillo Valverde: trabajos sobre contabilidad y auditoría*. Madrid: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (1997) 557-597.
- «Apunte sobre el conflicto de intereses en el Mercado de Valores», *Etica en la actividad financiera* (1998) 161-175.

SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*. Tomos I y II. Madrid: McGrawHill, 2004. Edición revisada con la colaboración de Juan Sánchez-Calero Guilarte.

- «Administradores. Artículos 123 a 143», *Comentarios a la LSA*, tomo IV. Madrid: EDERSA, 1994.
- (dir) *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*. Madrid: MUSINI, 1994.
- «Art. 10 LCS. Deber de declaración del riesgo», en *Ley de Contrato de Seguro*, vol., 1º, *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, tomo XXIV. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado (1984) 162-183.
- "Las sociedades cotizadas o bursátiles en el Derecho español", RDBB 44 (1991) 909-38.
- "Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima", *Estudios Girón* (1991) 905-934.
- «Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la L.S.A.», *Estudios Broseta* (1995) 3395-3414.
- "Líneas generales del régimen del comité de auditoría de las sociedades cotizadas", RDBB 89 (2003) 191-218.
- "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.

SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 677-701.

- «Principio mayoritario y conflicto de intereses en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995», en *Jornadas de Derecho de sociedades*, Granada: Ilustre Colegio Notarial de Granada (1998) 7-30.
- "La competencia entre la sociedad y sus directivos", RdS 18 (2002-1) 21-44.
- "El interés social y varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada", RDM 246 (2002) 1653-1725.

SANCHEZ JORDAN, M.E., *La gestión de negocios ajenos*. Madrid: Civitas, 2000.

SANCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital. Artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo*. Elcano: Aranzadi, 2000.

- "Apoderamiento general en favor de un Consejero", RdS (1997) 347-356.

SANTINI, G., *El Comercio. Ensayo de economía del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1988.

SANTORO, L., "Il problema del conflitto d'interessi nell'esecizio delle cariche di governo. Prospettive di soluzione in chiave comparatistica con particolare riguardo ad una nuova concezione della fiducia", Riv. Dir. Com. (1996) 1153-76.

SANTOS BRIZ, J., «Arts. 1892-1893», *Comentarios al Código Civil y Comp. forales* (1984) 62-8.

SCHÄFFER, H. B. / OTT, C., *Manual de análisis económico del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1991.

SCHMIDT, D., *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*. Paris: Jolly, 1999.

SCHMIDT, K., *Derecho comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997. Traducción de la tercera edición alemana de Federico E.G. Werner.

SCOTT, A.W. / FRATCHER, W. F., *The law of trusts*. 4ª ed. Boston: Little, Brown, 1987.

SEALY, L.S., *Cases and materials in company law*. London: Butterworths, 1996.

- "The Disclosure Philosophy and Company Law Reform", Co. Law. (1981) 2, 51.
- "The director as trustee", Cam. LJ (1967) 83-103.
- "Some Principles of Fiduciary Obligations", Cam. LJ (1963) 119-140.
- "Fiduciary relationships", Cam.LJ (1962) 69-81.

SHEPHERD, J., *The Law of Fiduciaries*. Toronto: The Carswell Company Limited, 1981.

SIMONT, L., "Conflits d'intérêt: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis", RPdS (1996) 369-393.

SIMONART, V., «Les conflits d'intérêts à l'assemblée générale de la société anonyme - droit belge et droit comparé», *Les conflits d'intérêts* (1997) 191-244.

- «Conclusions générales», *Les conflits d'intérêts*, (1997) 297-326.

SMERDON, R., *A practical guide to corporate governance*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998.

SOLIMENA, L*., Il conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni nelle operazioni con la società amministrata*, Milán: Giuffrè, 1999.

SOLOMON, L. / SCHWARTZ, D. / BAUMAN, J. / WEISS, E., *Corporations. Law and Policy. Materials and Problems.* 4ª ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1998.

SPOLIDORO, M.S., "Il diviedo di concorrenza per gli amministratori di società di capitali", *Riv. Soc.* (1983) 1314-84.

SUAREZ-LLANOS GOMEZ, L., «Prohibiciones de competencia», *Estudios Garrigues*, I (1971) 415-29.

- "Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima", ADC (1962) 921-997.
- "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", RDM (1962) 47-79.

TAPIA HERMIDA, A. J., *El contrato de gestión de carteras de inversión*. Madrid: Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1995.

- *Derecho del Mercado de Valores*. Barcelona: Bosch, 2000.
- "Las normas de actuación en los mercados de valores (Primeras reflexiones sobre el Real Decreto 629/1993)", RDBB 50 (1993) 315-360.
- "El reglamento-tipo interno de conducta de la AEB en el ámbito del mercado de valores", RDBB 52 (1993) 1203-1207.
- «La financiación de la sociedad de responsabilidad limitada (con especial referencia a los arts. 9 y 10)», *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I (1996) 87-142.
- «Las normas de actuación en el Mercado de Valores», *Instituciones del mercado financiero*, vol. V (1999) 2757-2820.

TILQUIN,T., "La société privée et la société faisant au ayant fait publiquement appel à l'épargne - Evolutions récentes (Deuxième partie)" RDCBel (1993-8) 708-793.

TRAVIESAS, M., "La gestión de negocios", RDP (1919) 129-142.

- "La representación y otras instituciones afines", RDP (1923) 33-52.

TRIAS SAGNIER, M., *Los inversores institucionales y el gobierno de las grandes sociedades*, Madrid: McGraw-Hill, 1998.

- "El informe Olivencia sobre el gobierno de las grandes sociedades", RPJ 51 (1998) 409-440.
- "El sistema de protección del accionista inversor", RdS (2000) 197-246.

TUHR, A. von, *Tratado de las obligaciones*, I. Madrid: Editorial Reus, 1934. Traducido y concordado por W. Roces.

- *Derecho civil*, I. *Los derechos subjetivos y el patrimonio*. Madrid: Marcial Pons, 1998. Reproducción de la traducción de Tito Ravá, editada por Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947.

ULMER, P., *Principios fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*. Madrid: Civitas, 1998. Traducción de Jesús Alfaro.

URIA, R., *Derecho mercantil*, 22ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1995.

URIA / MENENDEZ / ALONSO SOTO, «Contratos de colaboración: El contrato de comisión», en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, II (2001) 155-166.

URIA / MENENDEZ / BELTRAN, «Disolución y liquidación de la sociedad anónima (Artículos 260 a 281 de la LSA)», en *Comentario al RLSM*, tomo XI. Madrid: Civitas, 1992.

URIA / MENENDEZ / IGLESIAS, «La sociedad de responsabilidad limitada. Organos sociales», en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 1109-1143.

URIA / MENENDEZ / GARCIA DE ENTERRIA, «La sociedad anónima: órganos sociales. Los administradores», en URIA / MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I (1999) 895-921.

URIA / MENENDEZ / MUÑOS PLANAS, «La Junta general de accionistas, (Artículos 93 a 122 de la LSA)», en *Comentario al RLSM*, tomo V. Madrid: Civitas, 1992.

VALENZUELA GARACH, F., «Notas sobre la extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», *Estudios Broseta*, III (1995) 3805-3827.

VAN OMMESLAGHE, P., *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*. Bruselas: Bruylant, 1960.

VAN OMMESLAGHE, P., / DIEUX, X., "Examen de jurisprudence (1979 à 1990). Les sociétés commerciales", RCJ (1993) 639; (1994) 733.

VAZQUEZ ALBERT, D., *La exclusión del derecho de suscripción preferente*. Madrid: Civitas, 2000.

- "El derecho de suscripción preferente a la luz de la experiencia americana", RDM 209 (1993) 913-996.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., «La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros», *El gobierno de las sociedades cotizadas* (1999) 305-69.

- «El gobierno de las sociedades cotizadas (*corporate governance*) en España: el Informe Olivencia», *Homenaje a Sánchez Calero*, III (2002) 3003-29.

VERDERA Y TUELLS, E., "Dovere di fedeltà nei confronti della società ed esclusione del socio", *Le Società*, (1993) 862-865.

VERDERA SERVER, R. "La autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados", RJN (1996) 87-146.

VERGEZ SANCHEZ, M., *El socio industrial*. Madrid: Tecnos, 1972.

- «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios Menéndez*, III (1996) 3053-3074.

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

- *Introducción al Derecho mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000.
- "Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas", DN 28 (1993) 1-10.
- «Voz: Comisión mercantil», EJB I (1995) 1134-1139.
- "Norma aplicable, analogía, fraude de ley «and all that» en el Derecho de sociedades", RGD (1995) 13523-39.

VICENT CHULIA, F. / PAZ CANALEJO, N., «Ley General de Cooperativas. Arts. 29 a 66», en SANCHEZ CALERO, F. y ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, XX-2, Madrid: EDERSA, 1990.

VIEHWEG, Th., *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964; traducción española de Luis Díez-Picazo. Edición alemana, Munich, 1953.

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

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

VIVES ANTON, T.S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

- (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

VILA RIBAS, C., «Voz: Gestión de negocios ajenos (Dº civil)», EJB II (1995) 3244-3246.

WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*. Traducción de José Luis CANO, con prólogo de L. DIEZ-PICAZO. Madrid: Civitas, 1977.

WIEDEMANN, H., *Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft*. Oplanden: Westdeuscher, 1989.

WILLIAMSON, O.E., *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracts*. Nueva York: The Free Press, 1987.

- *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, 1975.
- "Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations", Am. Econ. Rev. (1973) 316-324.

WINTER, R., "State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation", JLegal Stud. 6 (1977) 251-292.

WOLFSON, N., *The modern corporation. Free markets vs. regulation*. Nueva York: The Free Press, 1984.

- "A critique of Corporate Law", U. Miami LR (1980) 959-994.

ZUNZUNEGUI, F., «Normas de conducta de las entidades financieras», *Derecho del mercado financiero* (2000) 327-47.

II. DOCUMENTACIÓN:
MATERIAL PRELEGISLATIVO Y LEGISLATIVO

AktG - Alemania: Ley de Sociedades anónimas de 6 de septiembre de 1965.

Anteproyecto LSA (1949) - GARRIGUES / GONZALEZ / DE LA PLAZA / URIA / RODRIGUEZ GIMENO / PALAO / SANIZ DE BUJANDA, *Reforma de la sociedad* anónima. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949, pp. 111-195.

Anteproyecto LSRL (1993) - *Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades de responsabilidad Limitada*., de 25 de junio de 1993. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento al núm. 1675, pp. 3-49.

BGB - Código civil alemán. Traducción de Emilio EIRANOVA ENCINAS, *Código civil alemán comentado*, Madrid: Marcial Pons, 1998. Art. 177 = 2º:135.

CA 1985 - *Companies Act* 1985. *Butterworths Company Law Handbook*, 14 ed., Londres: Butterworhts, 2000.

CA 1985 Table A - *Companies Act* 1985 *Table* A (SI 1985/805, *Schedule*). CA 1985 Table A = 2º:162. Arts. 85-86 = 2º:170.

Cal. Corp. Code - *California Corporation Code*, 1993.

CC - Código civil español de 1889. Real Decreto de 6 de octubre de 1888, mandando se publique el Código Civil en la Gaceta de Madrid. Gaceta 8/10/1888.

CC it. - Código civil italiano.

CdC - Código de comercio de 1885. Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. Gaceta del 14 al 24 de noviembre de 1885.

CdC 1829 - Código de comercio de 1829.

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

CdS bel. - Código de sociedades belga. Ley de 7 mayo 1999, publicada el 6 de agosto de 1999. A los efectos de este trabajo, el Código ha sido reformado por la Ley de 2 de agosto de 2002.

Circular 1/2004 CNMV - Circular 1/2004, de 17 de marzo , de la Comisión del Mercado de Valores, sobre e informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas. BOE 76, 29/3/2004.

CLR: *Final report* (2001) - Company Law Review Steering Group, *Modern Company Law for a Competitive Economy*. Final Report, junio 2001 (URN 01/942 y URN 10/943).

Código de conducta europeo (1977) - Recomendación de la Comisión 77/534/CEE, de 25 e julio de 1977, por la que se establece un Código de conducta europeo relativo a las transacciones referentes a los valores mobiliarios. Diario Oficial n° L 212 de 20/08/1977.

Código general de conducta (1993) - Código General de Conducta en los mercados de valores previsto en el Anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. BOE 21/5/1993.

Código de conducta en la gestión de carteras de inversión (1999) - Orden de 7 de octubre de 1999, de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión. BOE 7/10/1999.

Companies Bill (2002) - *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.

CSCom. port. - Código de sociedades comerciales portugués. Decreto-Ley nº 262/1986.

Decreto 1506/1967 - Decreto 30 de junio de 1967, núm. 1507/1967, que aprueba el reglamento de bolsas de comercio. BOE 168, 15/07/1967.

Decreto 67-236 LScom. - Decreto núm. 67-236 de 23 de marzo de 1967, de aplicación de la Ley 66-537, de 24 de julio de 1966, codificado por la Orden núm. 2000-912, de 18 de septiembre de 2000.

Del. Gen. Corp. Law - Delaware General Corporation Law.

Directa del Consejo, 89/592/CEE, de 13 de noviembre de 1989, sobre coordinación de las normas relativas a las operaciones con información privilegiada.

Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado). DOUE, L 96/16, 12/4/2003.

DL di riforma delle società di capitali (2003) - 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.

Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (2001) - Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). DOCE L 249, 10/11/2001. Art. 39-42 = 1º:73.

L. 366/2001 it. - Ley n. 366 de 3 Octubre 2001 (L.366/2001), de delegación al Gobierno para la reforma del derecho societario, G.U. n. 234 de 8 octubre 2001.

LAIE - Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de interés económico. BOE 103, 30/4/1991.

Law Commission: *Regulating conflicts* (1999) - Law Commission, *Company Directors: Regulating Conflicts of Interest and Formulating a Statement of Duties*, Cm. 261 y 173, septiembre 1999.

Ley Concursal (2003) - Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE 10/7/2003.

Ley 19/1989 - Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE, en materia de sociedades. BOE 27/7/1989.

LCA - Ley 12/1992, de régimen jurídico del contrato de agencia. BOE 29/5/1992.

LCD - Ley 31/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. BOE 11/1/1991.

LCoop. - Ley 27/ 1999, de 16 de julio, de Cooperativas. BOE 17/7/1999.

LCoop. 1987 - Ley 3/1987, de 2 de abril, general de cooperativas. BOE 8/4/1987.

LCoop. 1974 - Ley 52/1974, de 19 de diciembre, general de cooperativas. BOE 21/12/1974.

Ley de transparencia de las sociedades cotizadas (2003) - 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. BOE 171, 18 julio 2003.

Ley Financiera (2002) - Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. BOE 23/11/2002.

LF - Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. BOE 27/12/2002 y 13/4/2003.
Art. 17 = Introd.:6.- 4º:63.

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

LIIC / RLIIC - Ley 35/2003, de 4 noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, BOE 5 noviembre 2003.

LMV - Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores. BOE 29/7/1988; correcciones de 23-5 y 4-8-1989. Modificada, entre otras, por las leyes 37/1998, de 16 de noviembre y 26/2003, de 17 de julio.

LNRE fr. 2001 - Ley nº 2001-420 de 15 mayo de 2001, relativa a las nuevas regulaciones económicas (JO 16 mayo 2001, p. 7776). Los arts. 111 y 112 reforman determinadas disposiciones del CdC fr. 2000 relativas a la prevención de conflictos de intereses.

Lois coord. - *Lois coordonnées*, de 30 de noviembre de 1935. Bélgica. Ley ha sido reformada en temas de nuestro interés, por las siguientes disposiciones: (i) *Loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marche des entreprises et des offres publiques d'acquisition*, de 18 de julio de 1991. (ii) *Loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre* 1935, de 13 de abril de 1995. Las *lois coordonnées* han sido derogadas con la aprobación del nuevo Código de sociedades belga.

LORCA - Ley 31/1985, de 2 de agosto, reguladora de las Normas Básicas sobre Organos Rectores de las Cajas de Ahorro. BOE 9/8/1985.

LRPA - Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Europea (CEE) en materia de Sociedades. BOE 27/7/1989.

LSA - Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas. BOE 27/12/1989. Modificada, entre otras, por la *Ley de transparencia de las sociedades cotizadas* (2003).

LSA 1951 - Ley de 17 de julio de 1951, de Régimen jurídico de las Sociedades Anónimas. BOE 18/7/1951.

LSCom. - Ley núm. 66-537 de 24 julio de 1966, sobre las sociedades comerciales.

LSGR - Ley 1/1994, de 11 de marzo de 1994, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. BOE 12/3/1994.

LSRL - Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. BOE 24/3/1995.

LSRL 1953 - Ley de 17 de julio de 1953 sobre régimen jurídico de la Sociedades de Responsabilidad Limitada. BOE 18/7/1953.

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

Listed Company Manual (1999) - New York Stock Exchange, *Listed Company Manual*, 20 diciembre 1999.

Orden 3722/2003 - Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades. BOE 8/1/2004.

Proyecto de Ley de transparencia de las sociedades cotizadas (2003) - 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.

Proyecto de LSRL (1993) - Proyecto de Ley 121/34, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, publicado en el Boletín Oficial de la Cortes Generales, Congreso de los Diputados, el 25 de enero de 1994.

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

Propuesta de Quinta Directiva (1972) - 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. 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.

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. Riv. Soc. (2003) 112 ss.

RD 1416/1991 - Real Decreto 1416/1991, de 27 de septiembre de 1991, sobre operaciones bursátiles especiales y sobre transmisión extrabursátil de valores cotizados y cambios medios ponderados (modificado por el Real Decreto 2590/1998, de 7 de diciembre, sobre modificaciones del régimen jurídico de los mercados de valores). BOE, de 5 de octubre de 1991. 4º:123.

RD 629/1993 – RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios. BOE 21/5/1993.

RD 1849/1980 - Real Decreto 1849/1980, de 5-9-1980, sobre las órdenes de compra-venta y el régimen de aplicaciones sobre los de cotización oficial. BOE, 19/9/1980.

RD 867/2001 - Real Decreto 867/2001, de 20 de julio, sobre el Régimen Jurídico de las empresas de servicios de inversión. BOE núm. 188, 7-8-2001.

Sabarnes-Oxley Act (2002) - Sarbanes-Oxley Act of 2002 (EUA), *To project investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes*, aprobada el 30 de julio de 2002, Public Law núm. 107-204.

III. INFORMES Y PROPUESTAS

ABA, *Corporate Director's Guidebook (1978) (1994) (2001)* - AMERICAN BAR ASSOCIATION, "Corporate Director's Guidebook. Revised edition, january 1978" (First edition), Bus. Law. (1978) 1595-1630. "Corporate Director's Guidebook - 1994 edition" (Second edition), Bus. Law. (1994) 1247-1289. "Corporate Director's Guidebook" (Third edition), Bus. Law. (2001) 1575-1621.

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

Code for german corporate governance (2000) - BAUMS, Th., et alia, German Panel on Corporate Governance, *Corporate Governance Rules for Quoted German Companies. Code of best practice for German Corporate Governance*, enero, 2000.

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

Informe Cadbury (1992) - CADBURY, A., (dir.) 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*, Londres: Gee and Co. Ltd / Professional Publishing Ltd., 1 de diciembre de 1992. Informe Cadbury II (1995) - *Report of the Committee on The Financial Aspect of Corporate Governance*. Compliance with the Code of Best Practice, Londres: Gee Publishing, 24 de mayo de 1995.

Informe Cromme (2002) - CROMME, G., (dir.), Reierungskommission, *Código Alemán de Gobierno Corporativo*, 26 febrero 2002.

Informe de la Bolsa de Canadá (1994) - Guidelines for Improved Corporate Governance in Canada. *Report of the Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Governance in Canada*, Toronto 1994.

Informe de la NYSE (2002) - LEVIN, G. / McCALL, H. / PANETTA, L., (dir), *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 del Círculo de Empresarios (1996) - Círculo de Empresarios, *Una propuesta de normas para una mejor funcionamiento de los Consejos de Administración*, Documentos Círculo, Madrid, 12 noviembre 1996.

Informe Greenbury (1995) - GREENBURY, R., (dir.) The Study Group On Directors´ Remuneration, *Report of the Committee on Director´s Remuneration*, Londres: Gee Publishing, 17 julio 1995.

Informe Hampel (1998) - HAMPEL, R., (dir) Committee on Corporate Governance: *Final report*, Londres, Gee Publishing Ltd, enero, 1998. Hampel Combined Code (1998) - HAMPEL, R., (dir) Committee on Corporate Governance: *The Combined Code. Principles of Good Governance and Code of Best Practice*. Derived by the Committee on Corporate Governance from the Committee's Final Report and from the Cadbury and Greenbury Reports, junio, 1998.

Informe Higgs (2003) - HIGGS, D., (dir.), *Review of the role and effectiveness of non-executive directors*, Department of Trade and Industry, enero, 2003.

Informe Jenkins (1962) - *Report of the company Law Committee*. Presentado al Parlamento por el Presidente del Board of Trade, junio 1962; Cm. 1749, rep. 1973.

Informe Marini (1996) - Philippe MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*. Rapport au Premier ministre, Paris, 1996.

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

Informe Smith (2003) - SMITH, R., (dir.), Audit Committees - *Combined Code Guidance (the Smith Report),* Financial Reporting Council, enero 2003.

Informe Turnbull (1999) - Turnbull, N., (dir.) Internal Control. *Guidance for Directors on the Combined Code (Turnbull Report)*, Institute of Chartered Accountants in England and Wales, September 1999.

Informe Vienot (1999) - VIENOT, M., (dir), association Française des Entreprises Privées / Mouvement des Entreprises de France, *Rapport du Comité sur le gouvernement d'entreprise*, julio 1999. V. traducción RdS (2000-1) 519-30.

Informe Weil / Gotshal / Manges - Comparative study of corporate governance (2002) - *Comparative study of corporate governance codes relevant to the European Union and its memeber status*, realizado por cuenta de la Comisión Europea por WEIL / GOTSHAL / MANGES, enero de 2002.

Informe Winter (2002) - WINTER, J., (dir.) *Report of the high level group of Company law experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Bruselas: Comisión Europea, 4 de noviembre 2002.

Principios OCDE (1999) - *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.

Reglamento del Consejo de 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. V. http://www.telefonica.com/gov/esp/index.html.

Reglamento tipo CNMV (1998) - Comisión Nacional del Mercado de Valores, Reglam*ento tipo del Consejo de administración ajustado al "Código de buen gobierno"*, 19 de mayo de 1998.

Reglam*ento 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.

IV. TABLA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

STS 20-1-2003, RJA 350
STS 30-1-2003, RJA 2024
STS 19-3-2003, RJA 56213/2003
STS 6-3-2000, RJA 1205
STS 12-7-2000, RJA 6686
STS 18-3-1999, RJA 2381
STS 18-5-1999, RJA 3476
STS 8-6-1999, RJA 4122
STS 16-6-1998, RJA 5057
STS 25-3-1998, AC 674, 1998-2
STS 5-11-1997, La Ley 11244
STS 21-11-1997, La Ley 11298
STS 31-12-1997, RJA 9492
STS 22-2-1996, RJA 2366
STS 19-5-1993, RJA 3803
STS 31-5-1993, RJA 4059
STS 8-6-1993, RJA 4466
STS 2-11-1993, RJA 8565
STS 3-2-1992, RJA 815
STS 6-3-1992, RJA 2398
STS 31-3-1992, RJA 2315
STS 19-2-1991, RJA 1512
STS 13-2-1990, RJA 681
STS 10-4-1990, RJA 2703
STS 20-6-1990, RJA 4800
STS 7-7-1990, RJA 5784
STS 24-11-1989, RJA 7903
STS 1-10-1986, RJA 5230

STS (Penal) 29-7-2002, RJA 6357, «Caso Banesto»
STS (Penal) 29-5-2001
STS (Penal) 16-2-2001, RJA 253
STS (Penal) 15-12-2000, RJA 9763
STS (Penal) 10-2-1999, RJA 850
STS (Penal) 26-2-1998, RJA 1196, Caso «Mario Conde / Argentia Trust»
STS (Penal) 26-2-1998, RJA 1196
STS (Penal) 3-4-1998, RJA 530

SAN (Penal) 31-3-2000, La Ley 18/19-3-2000, «Mario Conde / Banesto»

RDGRN 17-11-2000, RJA 865/2001
RDGRN 28-1-1999, RJA 614
RDGRN 1-6-1999, RJA 4191
RDGRN 30-3-1999, RJA 2189
RDGRN 11-5-1998, RJA 4121
RDGRN 14-5-1998, RJA 4455
RDGRN 2-12-1998, RJA 10481
RDGRN, 24-11-1998, RJA 9448
RDGRN 2-12-1998, RJA 10481
RDGRN 24-6-1993, RJA 5323
RDGRN 20-11-1989, CCJC 22, 1990, pp. 35-7.

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997, en el asunto C-104/96, entre Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA y Erik Aarnoud Minderhoud (síndico de la quiebra de Mediasafe BV).

V. TABLA ALFABETICA DE MATERIAS

Las remisiones se corresponden a la enumeración de capítulos y párrafos.
La letra “n.” Indica que el término está en nota al pie de página.

A

Abuso de poder de representación, 6º:95, 96, 98n., 99.

Administrador interesado

— Interés directo, 2º:11, 38, 43; 5º:168. Administrador único, 2º:60, 70, 77, 84, 85, 95. Consejero delegado, 2º:95. V. Autocontratación, autoentrada.

— Interés indirecto o mediato, 2º:11, 22, 23, 38, 43, 45, 171, 180; 4º: 49, 113; 5º:32, 33, 34, 68, 95, 168. Determinación, 5º:44, 45. V. Vinculaciones.

Agencia

— Administradores considerados agentes, 1º:28;

— Costes de agencia, 1º:29, 30, 31.

— Relación de agencia, 1º:28.

Análisis económico del Derecho, 1º:1-24.

— Carácter dispositivo del Derecho de sociedades, 5º:128.

— Función del Derecho de la contratación, 1º:8-13.

— Función del Derecho de sociedades, 1º:14-16.

— Límites metodológicos y de orden jurídico-político, 1º:17-24.

Aplicaciones. V. Autocontratación.

Aplicación de fondos sociales

— Por el socio personalista, 4º:88.

Autocontratación,

— Aplicación analógica, actos de garantía de deuda ajena, 5º:83n., 87; 6º:102n.

— Aplicaciones, doble representación, representación múltiple o plural, 4º:49; 5º:49, 86, 90, 91; 6º:105.

— Autocontratación no autorizada, extralimitación de facultades, 6º:101. V. deber de lealtad – naturaleza y carácter preventivo, límite al poder.

— Autoentrada, 4º:60, 103, 111, 123, 124, 125; 5º:32, 86, 91, 145.

— Autorización para autocontratar: Implícita en el poder, 6º:96. Está excluía del contenido natural del poder de representación, 6º:102. Operación sujeta a autorización, 6º:91. Ampliación del poder, 6º:102. V. deber de lealtad – naturaleza y carácter, carácter preventivo, límite al poder.

— Caracterización del supuesto, 5º:82, 83.

— Diferencias con la contratación simple, 5º:82.

— Doctrina de la autocontratación: 6º:84.

— Otros ordenamientos. Alemania, 2º:136. Bélgica, 2º:42. Francia, 2º:21n. Italia, 2º:94.

— Principios que fundamentan su régimen, 6º:88.

— Sanción por autocontratación no autorizada, 91-119.

— V. Deber de lealtad – reconocimiento en la gestión representativa

— V. Deber de lealtad en el Mercado de Valores.

— V. Efectos sobre el negocio.

Autorización del conflicto

— Autorización expresa, 5º:172.

— Autorización genérica, autorización anticipada, 5º:158.

— Autorización implícita, 2º:121.

— Autorización por categoría: reglamentos internos, códigos de conducta, acuerdos sociales, 2º:170; 5º:160-163.

— Autorización tácita, 2º:121; 5º:158. Doctrina sobre la autocontratación, 5º:170n.

— Deber de motivar la conveniencia de la operación, 2º:74, 65; 5º:155.

— Efectos: Enerva el presupuesto de la antijuricidad, 6º:35. Excepción frente a acciones de responsabilidad o nulidad, 5º:179. Presunción que niega la antijuricidad, 5º:179.

— Fundamento, 5º:148.

— Otros ordenamientos. Alemania, 103, 113, 120, 121, 125, 128, 129, 136. Bélgica, 51. Derecho comunitario, 2º:10, 11. Francia, 2º:21, 28-30, 37. Italia, 61, 68, 74, 75, 84, 98. Reino Unido, 169, 170, 172, 176, 178, 181, 182, 185, 188, 189. Estados Unidos, 198, 202-204, 220, 231.

— Reconocimiento legal, 5º:145-147. Autoentrada y aplicación del comisionista, Autocompra del mandatario, 5º:145. Concesión de préstamos, créditos, garantías y asistencia financiara, prestación de servicios o de obra del administrador de la sociedad limitada, 5º:146. Relaciones obligatorias de cualquier tipo del consejero de la cooperativa, 5º:146. Contratos con del patrono de la fundación, contratos del consejero de cajas de ahorro, 5º:146. Competencia del factor mercantil, del administrador de la sociedad limitada, del

consejero de la sociedad cooperativa, del socio de la sociedad colectiva con objeto omnicomprensivo, del socio industrial, 5º:144.
— Requisitos, 5º:152-159. Deber de *disclosure*, 5º:150. Examen de la competencia del órgano de administración, 5º:153, 171. Debate previo y acuerdo mayoritario, 5º:154. Autorización justificada o motivada, 2º:74, 65; 5º:155. Deber de abstención de los interesados, 5º:156. Comunicación a la junta, 2º:11, 31, 32, 53, 54, 5º:157, 170. Autorización singular: con carácter individual y expreso, 2º:121; 5º:158.
— Revocable o irrevocable, 2º:121.
— Revocación del acuerdo por motivos sobrevenidos, 5º:159.

Autorización del conflicto – aplicación
— Acuerdo de órgano colegiado, 172, 173
— Autorización por el Consejo de Administración, 2º:29, 30, 51, 74, 188, 220; 5º:171-174.
— Autorización por el órgano de vigilancia, 2º:11n., 103, 113, 120, 121, 125, 128.
— Autorización por la Junta General, 2º:77, 84, 175, 177, 181, 188, 221; 5º:151, 175-178. Mecanismo de control e información, 2º:35. Reserva legal a favor de la junta, 5º:151, 175. Exigencia estatutaria, 5º:175. En caso de órgano de administración no colegiado, 5º:175.
— Autorización por una comisión del órgano de administración, 2º:121; 5º:174.
— Examen de la competencia del órgano de administración, 5º:153 171Actividades comprendidas en el objeto social, 5º:171
— Organo competente, 5º:149-151
— V. Deber de abstención de votar, situaciones de bloqueo.

B

Buena fe
— En sentido objetivo, 2º:208; 4º:3, 4, 7, 10; 6º:34.
— En sentido subjetivo, 2º:166, 208; 4º:3.
— Fuente de deberes de conducta, 4º:4, 5, 6, 7.
— Función integradora de las lagunas legales y convencionales, 4º:7. Integración del contenido legal mínimo del los deberes de diligencia y lealtad, 4º:8. Integración de la obligación contractual, 4º:9.
— V. Buena fe - deber de lealtad.
— V. Cláusula general.
— V. Deber de lealtad – Principio general.

Buena fe – deber de lealtad
— Fundamento del deber de actuar con fidelidad en el cumplimiento de la obligación, 4º:11.
— Fundamento del deber de lealtad, 1º:96, 118; 2º:102; 4º:11. Fuente normativa del deber de lealtad, 1º:112, 120; 4º:1-13,
— Fundamento del deber de lealtad en las relaciones con comunidad de intereses, 4º:11.
— Fundamento del deber de lealtad en los distintos tipos gestores, 4º:11.
— Fundamento normativo de la administración de sociedades, 4º:11.
— Relación de especialidad, 1º:119, 127; 4º:13.
— V. Deber de lealtad.

Business judgment rule
— Ausencia de interés personal, 2º:207.
— Buena fe del administrador, 2º:208.
— Caso Smith v. Van Gorkom, 2º:210.
— Decisión razonablemente fundamentada, 2º:207.
— Estándar judicial, 2º:206.

C

Códigos de conducta
— Eficacia limitada: No son de necesaria adopción, 5º:105. Configuración como recomendaciones éticas, 5º:106. Regulan los conflictos usuales, 5º:107. Costes de regulación, 5º:107.
— Función de los códigos de conducta, 5º:114-119. Complementar y auxiliar la regulación legal, 5º:114. Función instructiva, 1º:65, 67n.; 5º:115. Función de restringir el contenido legal, 5º:116. Función de establecer los procedimientos internos de control, 1º:65; 5º:117.
— Informes sobre gobierno corporativo, 1º:65-67.
— Mecanismos voluntarios de regulación del conflicto, 5º:104.
— Reglamentación interna del consejo, 1º:65.

Cláusula general
— Cláusula general de la diligencia del representante leal, 1º:95, 103; 4º:62, 63, 64.
— Cláusula general de la buena fe, 4º:2, 4.
— Cláusula general de diligencia, 4º:14. De diligencia del administrador, 4º:22.
— Indeterminación, generalidad y abstracción, 4º:2, 14, 20, 22.

Cláusulas penales negociales, 5º:123.

Conflicto de intereses – caracterización
— Conflicto con simple dualidad de intereses, 2º:44n., 71.
— Delimitación negativa del conflicto, 5º:19-26. Determinación de la inexistencia de riesgo de lesión, resultado exclusivamente ventajoso, 5º:5, 19. Examen bajo el criterio de los negocios onerosos, 5º:19. Liberalidades puras, 5º:21. Actos en cumplimiento de una obligación, 2º:136;

5º:22. Contenido contractual previamente determinado, 2º:94; 4º:122; 5º:5, 23, 24. Operaciones bajo control de autoridad pública, 2º:72; 5º:24. Operaciones practicadas en un mercado regulado, 2º:72; 4º:122. V. Regla de minimis.
— Elementos caracterizadores del conflicto, 5º:1-11.
— Elementos esenciales del conflicto: oposición de intereses y riesgo de lesión, 5º:9. Incompatibilidad, colisión u oposición de intereses, 5º:3, 4. Riesgo para el patrimonio e intereses del principal, 3º:54, 55; 4º:33, 34; 5º:6, 7.
— Elementos eventuales del conflicto, 5º:12-18. Conflictos con convergencia de intereses, 2º:71, 5º:13. Conflictos con lesión de intereses, 5º:13. Daño potencial, 5º:13. Irrelevancia de la lesión o daño, 2º:116; 5º:14. Irrelevancia de la intencionalidad / dolo, 5º:18. Conocimiento o deber de conocer el conflicto, 2º:145; 4º:108; 5º:18.
— Enunciado de la noción de conflicto, 5º:10.

Conflictos de intereses – regla *de minimis*
— Conflicto sin relevancia jurídica, 5º:25.
— Créditos que no rebasen el salario mensual, 2º:127.
— Operaciones corrientes concluidas en condiciones normales, 2º:19, 26, 28, 30, 48, 72; practicadas por establecimientos financieros, 2º:19.
— Operaciones cuyo valor en el momento de su celebración no 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, 2º:178.
— Operaciones de poca relevancia económica, 5º:25. Operaciones corrientes, 5º:26.
— Operaciones de tráfico ordinario realizadas en condiciones normales, no deben incluirse en la memoria anual, 4º:137.
— Uso de bienes de poca relevancia económica, 5º:80.

Conflicto de intereses – tipología conflictual
— Conflicto actual, 5º:6, 7.
— Conflicto aparente, hipotético o potencial, 2º:100; 5º:5, 83.
— Conflicto con simple dualidad de intereses, 2º:44n., 71. Operación en interés de la sociedad, 2º:71; 5º:13.
— Conflicto lesivo o eficiente, 5º:13.
— Conflicto ocasional o permanente, 5º:27.
— Conflicto económico y posicional, 5º:28. Conflicto posicional. V. OPAs.
— Conflictos relativos a actos y negocios jurídicos, 5º:29.
— Conflicto relativo a situaciones de hecho, 5º:30.
— Conflicto en interés propio y en interés ajeno, 5º:31.
— Conflicto directo, 5º:32. V. Administrador interesado, interés directo.
— Conflicto indirecto, 5º:33, 34. V. Administrador interesado, interés indirecto. V. Vinculaciones.

Contratos de distribución
— V. Deber de lealtad – aplicación analógica, contratos de colaboración. V. Relaciones de colaboración o cooperación, contratos de colaboración en interés común.

Contratos de trabajo
— Contratos prohibidos, 2º:20.

Control de la gestión en la sociedad abierta
— Administradores independientes, 1º:74, 80-85, 86, 87.
— Códigos de buen gobierno, 1º:64. V. Códigos de conducta.
— Comisiones especiales, 1º:80, 86-91. Comité de auditoria, 1º:88. Comisión de nombramientos, 1º:89;. Comisión de remuneraciones, 1º:90-91.
— Control de los ejecutivos por el órgano de administración, 1º:69, 70.
— Deber de vigilancia, v. Deber de diligencia en sentido estricto.
— Deber del administrador de estar informado, v. Deber de diligencia en sentido estricto.
— Delegación, 1º:70, 71.
— Derecho de información del administrador, 1º:76-79.
— Inversores institucionales, 1º:68n.

Control de la gestión en la sociedad cerrada
— Acuerdos societarios y pactos contractuales, 1º:53-55; 5º:104.
— Control orgánico y por los socios, 1º:52
— Relaciones personales, 1º:56.

Control del conflicto de intereses – mecanismos externos
— A través de los mercados de productos y servicios, 1º:40.
— A través del mercado de control, 1º:42-43; 5º:104.
— A través del Mercado de Valores: Hipótesis del mercado eficiente, 1º:35-36. Incorporación de la información en el precio, 1º:37. Valoración por profesionales, 1º:38. Margen de error, 1º:39.
— A través del mercado laboral, 1º:41

Corporate governance, 1º:57
— Informes de países de nuestro entorno, 1º:58-59.

— Informes españoles, 1º:63.
— Informes que no contemplan el deber de lealtad, 1º:65.
— Informes que contemplan el deber de lealtad, 1º:66.
— *Principles of corporate governance*, 1º:59-62.

D

Deber de abstención de votar
— Acuerdo de una mayoría de no interesados, 2º:194, 204.
— Asistencia y participación en el debate, 5º:189.
— Del administrador interesado, 5º:156, 187-189.
— Del socio de control, 4º:93, 94; 5º:195.
— Del socio interesado: Deber de comunicar su interés en el asunto, 5º:177. No existe un deber general, 4º:81; 5º:190-195.
— Del socio de la sociedad de responsabilidad limitada, 4º:94, 95.
— Del socio de la sociedad cooperativa, 4º:95n.
— Del socio y administrador interesado, 5º:194.
— En la autorización del conflicto, 5º:186-195.
— Otros ordenamientos: Del interesado, administrador o socio 2º:11 (UE, Propuesta de Quinta Directiva). Del administrador en el consejo, 2º:29 (Francia), 2º:60-61, 68, 75 (Italia); 2º:194, 217, 232, 234, 5º:173 (Estados Unidos); el voto del interesado es requisito para la impugnación, 2º:68, 76 (Italia). Del socio interesado en la Junta, 2º:35 (Francia); 2º:77 (Italia); 2º:217, 232, 234 (Estados Unidos). Del administrador de sociedades que recurren al ahorro público, 2º:51 (Bélgica). Del socio y administrador interesado, 2º:35 (Francia); 2º:77 (Italia). No se exige en el Derecho positivo inglés, 2º:172, 173.
— Situaciones de bloqueo, 2º:43, 52; 5º:171, 172.
— V. Efectos sobre el acuerdo autorizante.

Deber de actuar en interés del principal
— V. Deber de diligencia del gestor – deber de diligencia general, sentido general equivalente al deber de fidelidad.
— V. Deber de lealtad – fundamento material.
— V. Relación de gestión, actuación en interés ajeno.

Deber de actuar en interés de la sociedad – en interés social
— Deber del administrador, 3º:129, 4º:35-38.
— Interés social y deber de lealtad, 4º:35-36; 5º:58, 62.
— V. Deber de fidelidad
— V. Interés social.

Deber de cuidado
— V. Deber de diligencia en sentido estricto.

Deber de diligencia – sentido general
— Conjunto de deberes del gestor: deber de diligencia en sentido estricto; deber de lealtad, 4º:23.
— Fuente de deberes de conducta, 4º:6, 22. Diferencia con la carga, 4º:6.
— Integrador de las lagunas legales y estatutarias, 4º:22.
— Interpretación según la naturaleza de la obligación, 4º:18.
— Modelos de conducta, estándares, 4º:14. Buen padre de familia, 4º:15. Diligencia profesional o técnica, 4º:16. Diligencia propia de una determinada obligación, 4º:17.
— Principio general de diligencia del gestor, 4º:20.
— Sentido general equivalente al deber de fidelidad, 4º:23. Se corresponde con la obligación de actuar en interés del principal, 4º:23.
— V. Cláusula general de diligencia del representante leal.
— V. Deber de diligencia en sentido estricto.
— V. Deber de lealtad.

Deber de diligencia de un representante leal
— V. Cláusula general de diligencia del representante leal.

Deber de diligencia del gestor
— Reconocimiento legal: mandato, comisión, agencia, factor, administración concursal, administración de sociedades, 4º:20.

Deber de diligencia en sentido estricto – deber de cuidado
— Autonomía del deber de lealtad, 4º:23.
— Deber de actuar con la prudencia de un administrador informado, 4º:29, 30. El administrador puede confiar en informes y opiniones de expertos, 4º:30.
— Deber de cuidado y buena fe, 2º:205.
— Deber de dedicar la atención y esfuerzo necesario, 4º:27.
— Deber de diligencia de un ordenado empresario – deber de cuidado, 4º:16, 26-30. Diligencia de un ordenado comisionista, 4º:16n.
— Deber de estar informado, 1º:75; 2º:210; 4º:27, 28.
— Deberes de comunicación, información y consulta, deber de rendición de cuentas, 4º:26.
— Deberes de conocer las obligaciones legales y estatutarias y los conocimientos necesarios para desarrollar su cargo, 4º:28.
— Deberes de protección, de conservación, de custodia y defensa de intereses, 4º:26.

— Deberes de vigilancia, 1º:72-74; 4º:27; 5º:166. 6º:22, 33, 41.
— Experto, cualificación profesional, 4º:28.
— Finalidad material, cumplimiento y ejecución de la prestación, 4º:24.
— Función promotora de los fines de la relación, 4º:24.
— Relación con el interés social, 4º:36.

Deber de *disclosure*
— Contenido del deber de lealtad, 2º:73; 4º:45, 50-54.
— Contenido informativo de la comunicación, 5º:168, 169.
— Contenido imperativo, 5º:124.
— Derivación de la obligación gestora, 4º:51. Fundamento en la obligación de informar y de consulta, requiriendo instrucciones, 4º:52.
— Reconocimiento en la sociedad anónima, 4º:54; 5º:164.
— Otros ordenamientos. 2º:11 (UE). 2º:12, 16, 21, 28 (Francia). 2º:42, 50 (Bélgica). 2º:66, 73, 86 (Italia). 2º:103, 134 (Alemania). 2º:167, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 179 (Reino Unido). 2º:203, 213, 218, 233, 234 (Estados Unidos).
— V. Deber de *disclosure* – ejercicio y aplicación.

Deber de *disclosure* – ejercicio y aplicación
— Comunicación de la conducta autorizada por el órgano de administración a la junta general, 2º:11, 5º:157, 170.
— Deber de diligencia, deber de vigilancia, 5º:166.
— Momento, 5º:167.
— Organo receptor de la información, 2º: 11, 28, 50, 73, 134, 171; 5º:165, 166.
— V. Deber de lealtad en el Mercado de Valores.
— V. Informe anual de Gobierno Corporativo.
— V. Memoria anual.

Deber de *disclosure* – supuestos particulares
— Deber de comunicar la participación en el capital y los cargos y funciones que ejerzan los administradores en sociedades competidoras, así como la realización de actividades competitivas, 4º:54.
— Deber de informar a los auditores, 2º:28, 31, 33 (Francia); 2º:65 (Bélgica).
— Deber de informar de las negociaciones sobre las condiciones contractuales del administrador, 2º:103 (Alemania).
— Deber de informar el proyecto de fusión de las ventajas que se vayan a atribuir a los administradores, 4º:54n.
— Deber de informar en las cuentas anuales de los contratos de seguro de responsabilidad civil, 2º:168n. (Reino Unido).
— Deber de informar del conflicto en el Informe de gestión, 2º:53-54 (Bélgica).
— Deber de informar en las cuentas anuales sobre los créditos concedidos, 2º:129 (Alemania); 2º:179 (Reino Unido).
— Derecho de información del socio de los contratos interesados, 2º:27.
— V. Memoria anual.

Deber de fidelidad
— Deber de fidelidad genérico, 3º:7-8; 4º:23, 43, 58.
— Deber de fidelidad en las relaciones gestoras, equivalente al deber de diligencia en sentido amplio, 4º:23.
— Deber de actuar en interés ajeno, 3º:7-8; 4º:36.
— Reciente reforma italiana, 2º:65.
— V. deber de actuar en interés de la sociedad.

Deber de lealtad
— Concepto determinado por la función, 4º:12, 13.
— Contenido del deber, 4º:45-54
— Definición del deber de lealtad, 4º:43-45.
— Naturaleza gestora, 1º:118, 119.
— Otros ordenamientos. 2º:12-39 (Francia); 2º:40-59 (Bélgica); 2º:60-101 (Italia); 2º:102-142 (Alemania); 2º:163-190 (Reino Unido); 2º:191-234 (Estados Unidos).
— V. Deber de *disclosure*.
— V. Prohibición de actuar en conflicto.
— V. Prohibición de obtener beneficios ocultos o ventajas no autorizadas.
— V. Relaciones contractuales, de confianza, de mandato.

Deber de lealtad – ámbito de aplicación
— Aplicación a las sociedades abiertas y cerradas, 1º:32, 92; 2º:228; 5º:36.
— Aplicación a las sociedades civiles, las fundaciones, 4º:56.
— Aplicación a todas las relaciones de gestión, 4º:55, 57. Extensión a todo el Derecho privado, 4º:55.
— Aplicación las sociedades mercantiles, personalistas y capitalista, 5º:36.
— Aplicación limitada al Derecho de sociedades, 4º:55. Fundamento, comunidad de intereses, 4º:55.
— Contenido básico y general de todas la relaciones gestoras, 4º:45.

Deber de lealtad – aplicación analógica
— Relaciones sujetas a la buena fe contractual, 4º:67.
— Relaciones laborales, 4º:68.
— Relaciones de prestación de servicios profesionales, 4º:69.

— Relaciones de colaboración, contratos de distribución en sentido estricto: la concesión comercial, la distribución selectiva y la franquicia, 4º:71. Afirmación de un genérico y recíproco deber de lealtad, obligación de promoción económica de los intereses de otro, relaciones de gestión en sentido económico o material, 4º:, 72, 73. Aplicación analógica del deber de lealtad, 4º:74.
— V. Deber de lealtad del socio.

Deber de lealtad – fundamento material
— Autonomía jurídica para reglamentar los intereses del principal y discrecionalidad, 4º:32. Autonomía y discrecionalidad del administrador, 5º:102, 103. Falta de un control directo del socio sobre el administrador, 4º:32.
— El conflicto en la cooperación jurídica, 4º:31. Diferencias con la cooperación material, 4º:31.
— Función protectora del principal en caso de conflicto de intereses, 4º:24, 34.
— Fundamento del deber de lealtad en la obligación gestora, 3º:52-55. Fundamento causal, 3º:54.
— Fundamento material de la tutela del principal: obligación del gestor de actuar en interés del principal, 4º:35. Obligación derivada de la naturaleza de la obligación gestora, 4º:35, 36, 37.
— Posición oportunista del administrador, 5º:102. V. Oportunismo.
— Riesgo de lesión de los intereses del principal - sociedad, superior a otras relaciones jurídicas, 4º:33, 34. Riesgos, gestión imprudente, gestión interesada, 4º:33.

Deber de lealtad – naturaleza y carácter
— Carácter imperativo, 5º:120-132.
— Carácter preventivo, 5º:133-144. Límite al poder o negocio, 5º:144; 6º:101.
— Contenido imperativo, 5º:124-126. Contenido nuclear del deber, 5º:124. Prohibición de actuar en conflicto y obligación de *disclosure*, 5º:124. Presupuestos para el ejercicio de la acción de responsabilidad, 5º:125.
— Contenido prohibitivo, cláusulas exoneradoras de responsabilidad por actos desleales, 5º:125.
— Doctrina de la disponibilidad, 5º:109, 110, 128.
— Reconstrucción normativa del deber, naturaleza principial, 1º:99-102.
— Regulación normativa necesaria, 5º:112, 113.
— V. Modelo de prohibición relativa.

Deber de lealtad – principio general
— Eficacia del principio, 1º:122-124.
— Lealtad como subprincipio de la buena fe, 1º: 112, 127; 4º:10, 11, 13.
— Principio aplicable a todas las relaciones gestoras, 4º:42.
— Principio del Derecho privado, 1º:112.
— Principio en forma de norma jurídica, 1º:125.
— Características del principio, 1º:126.
— V. buena fe.

Deber de lealtad – reconocimiento del deber en la gestión orgánica
— Cláusula general de diligencia del representante leal, 4º:62, 63, 64. Legislación que incorpora la cláusula de diligencia del representante leal: leyes de agrupaciones de interés económico, de fundaciones, de sociedades de responsabilidad limitada, concursal, de sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, de sociedades cooperativas, 4º:63. Orden de 7 de octubre de 1999, de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión, 4º:63, 100n.
— Informes sobre el gobierno corporativo, 4º:65.
— Supuestos previstos en el Código de Comercio, 4º:61.

Deber de lealtad – reconocimiento del deber en la gestión representativa
— Abono al mandante de lo recibido por el mandato, 4º:60.
— Autocompra del mandatario, 4º:60.
— Autoentrada y aplicación del comisionista, 4º:60.
— Contrato de agencia, cláusula general, 4º:59.
— Contrato de mandato, contrato de comisión, 4º:59.
— Deber de lealtad del representante, 4º:58.
— Deber del factor de no competir con su principal, 4º:60.
— Obligación de intereses por cantidades aplicadas a usos propios, 4º:60.
— Sanción de responsabilidad dirigida al gestor oficioso por posponer el interés del dueño a los propios, 4º:60.

Deber de lealtad del administrador – sujeto pasivo del deber
— De los liquidadores, 2º:41,99, 115; 5º:42.
— Del administrador cesado, 2º:106; 5º:42.
— Del administrador consejero y del administrador ejecutivo, 5º:43.
— Del administrador de hecho, 5º:43; 6º:32, 130.
— Del administrador oculto, 5º:42.

— Del administrador que ha aceptado el cargo, 5º:42.

Deber de lealtad del socio

— Conflictos entre sociedades de un mismo grupo (intragrupo), deber de lealtad de la sociedad dominante, 5º:47.
— Deber de abstención de realizar conductas contrarias al fin común, subordinación de intereses, 4º:79, 80, 81. Deber de lealtad como límite al ejercicio de los derechos del socio, 4º:81. Deber de abstención de votar, 4º:81.
— Fundamento contractual, 4º:76-82. Origen en el contrato de sociedad y en su causa, el fin común, 4º:76, 77.
— Fundamento en la buena fe, 4º:11, 78.
— Fundamento en la posición relevante del socio / socio mayoritario o de control, 4º:83-96. Posición similar al gestor, influencia relevante en lo ajeno, riesgo de aprovechamiento, deber de actuar en interés de la sociedad, 4º:89. Aplicación analógica del deber de lealtad, 4º:89, 90.
— No puede generalizarse a todos los socios, 4º:83.
— No tiene carácter preventivo, exige la causación de daño a la sociedad, 4º:82; 5º:193.
— Supuestos regulados en la sociedad personalista: Prohibición de competencia del socio colectivo; prohibición de uso de bienes y oportunidades; prohibición de aplicación de fondos sociales y uso de la firma social para negocios por cuenta propia, promover la disolución para obtener un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la compañía, 4º:88.

Deber de lealtad en el Mercado de Valores

— Autocontratación, regulación específica para el Mercado de Valores, 4º:101, 122-132; 5º:90. Admisión, 4º:122.
— Autoentrada y aplicaciones (doble representación), régimen común, 4º:123. Operaciones formuladas públicamente, 4º:125. Operaciones no formuladas públicamente, 4º:126-131. Sanciones, 4º:132.
— Autoentrada, 4º:111.
— Autorización, 4º:102, 103. Constancia por escrito del conocimiento de la autoentrada, 4º:103.
— Código General de Conducta en los mercados de valores, 4º:100, 115.
— Códigos de conducta, 4º:100.
— Conductas interesadas de los gestores de las entidades que prestan servicios de inversión, 4º:99, 114, 115. Actuación por cuenta propia de los administradores, 4º:116. Forma escrita, archivo de justificantes de órdenes, 4º:116. Comunicación o autorización de operaciones, 4º:116. Prohibición de usar información, 4º:118. Infracciones administrativas y laborales, 4º:119.
— Conflictos entre inversores y entidades que prestan servicios de inversión, 4º:99.
— Conflictos entre los gestores de la entidades cotizadas y los inversores, 4º:99.
— Deber de *disclosure*, 4º:102-104. Deber de comunicar las vinculaciones económicas a la CNMV, 4º:104.
— Deberes de reserva y confidencialidad, 4º:99, 105.
— Diligencia del representante leal, cláusula recogida en el código general de conducta de la gestión de carteras de inversión, 4º:63, 100n.
— Efectos civiles derivados del incumplimiento del deber, 4º:98.
— Información asimétrica, 4º:97.
— Información privilegiada, obligación de salvaguarda, 4º:105. Concepto legal, 4º:106. Prohibición de uso de información privilegiada / *insider trading*, 4º:107-110; 5º:67, 68. Prohibición dirigida a las sociedades cotizadas, 4º:109. Tipo penal, 4º:110, 6º:125. V. prohibición de uso de información.
— Intervención del Derecho administrativo y del Derecho penal, 4º:98.
— *Murallas chinas*, 4º:120, 121.
— Normas de conducta, 4º:100. Deberes de diligencia y lealtad, 4º:100.
— Principio de transparencia: deberes de transparencia, 4º:99, 101, 133-138. Deber de comunicar al mercado toda información relevante, 4º:134. Operaciones realizadas con partes vinculadas: información semestral, Introd.:8.; 4º:135; de la sociedad con accionista y administradores, incluir en el Informe anual de gobierno corporativo, 4º:135. Conflictos con los administradores, 4º:136, 137. Información complementaria, 4º:138.
— Principio de paridad de trato entre clientes, 4º:113.
— Principio de prevención de conflictos, 4º:114, 115-121.
— Principio de subordinación de intereses, 4º:111, 112.
— Principio del confidencialidad, deber de confidencialidad, 4º:105-110.
— Principio de seguridad en el mercado, 5º:131.
— Principios de disclosure, confidencialidad, prioridad de intereses, paridad de trato y prevención de conflictos, 4º:101.

— Reglamentos internos de conducta, 4º:115-119.
— Responsabilidad civil, 4º:98.

Deberes del administrador
— Deberes de diligencia en sentido estricto o de cuidado y de lealtad, 4º:24, 43. Diferencias, 4º:24. Tratamiento jurídico distinto, 4º:25; 5º:126.
— Deber de administrar diligentemente, 4º:22.
— Deber general de administrar, 3º:113; 4º:21.
— Deberes de fidelidad, deberes fiduciarios, 4º:43. V. Deber de fidelidad.

Derecho comunitario
— Estatuto de la sociedad anónima europea, 2º:10.
— Propuesta de Quinta directiva, 2º:11.

Diligencia del representante leal
— V. Cláusula general de diligencia del representante leal.

E

Economía del Derecho, 1º:1n..

Economía normativa, 1º:2-3.

Economía positiva o descriptiva, 1º:2.

Efectos del deber de lealtad sobre el negocio
— Aplicación de la regla de la gestión más ventajosa, 6º:108, 109, 110.
— Ausencia de buena fe: Conocimiento de la ausencia de autorización, 2º:11; 6º:106. Ignorancia / conocimiento inexcusable, 2º:11; 6º:106. Actuación en concurso, 6º:106.
— Consecuencias negociales relativas a la contratación interesada, 6º:79-143.
— Efectos frente a terceros de buena fe, 2º:11, 59, 166, 178, 182; 6º:105, 106, 107. Inoponibilidad, 2º:11, 90-92.
— Inaplicación de la regla del aprovechamiento por el principal de las ventajas de la gestión oficiosa, 6º:111-114.
— V. Autocontratación.
— V. Modelo preventivo absoluto, conductas no autorizables.

Efectos del deber de lealtad sobre el negocio – anulabilidad
— Anulabilidad del contrato de transferencia de activos, no autorizado por la Junta general, 2º:178.
— Anulabilidad del contrato no celebrado de buena fe y actuando sin la finalidad propia, 2º:166.
— Anulabilidad del crédito no autorizado por la Junta general, 2º:182.
— Anulabilidad del negocio frente al tercero que conoce o le es reconocible el conflicto, 2º:94.
— Anulabilidad del negocio no autorizado por el Consejo que causa un daño, 2º:38, afecta a los terceros contratantes, 2º:38.
— Anulabilidad del negocio no autorizado, 2º:59.
— Anulabilidad del negocio por abuso de poder, 6º:98-100.
— Anulabilidad del negocio que concluye el representante consigo mismo, 2º:94.

Efectos del deber de lealtad sobre el negocio – nulidad
— Nulidad absoluta por contravención, 2º:17, 142, 156, 193, 6º:79, 94, 116.
— Nulidad absoluta por falta de consentimiento, 6º:93.
— Nulidad por causa ilícita, 6º:95, 96, 97. V. Abuso de poder de representación.
— Nulidad por fraude de contrato autorizado, 2º:36.

Efectos patrimoniales
— V. Responsabilidad civil del administrador
— V. Restitución de beneficios.

Efectos penales
— Administración desleal, 6º:126-138. Incumplimiento del deber de lealtad, 6º:132. Delito de lesión, 6º:133. Delito doloso, 6º:135, 136.
— Inexistencia de un tipo general de administración desleal, 6º:124.
— Otros ordenamientos. Uso abusivo de los bienes y del crédito social, 2º:17n., 37n.; administración desleal, 2º:37n. (Francia). Delito de infidelidad patrimonial, 2º:63; préstamos y garantías, 2º:63 (Italia). Contratación de créditos y garantías, 2º:182 (Reino Unido).
— Relación entre la administración desleal y la apropiación indebida, 6º:139-1432. Criterio del incumplimiento definitivo o temporal, 6º:139, 140.
— Supuestos: Concesión de garantías, créditos, préstamos; pago de deudas ajenas, servicios no prestados, intercambios precios distintos del mercado, uso de bienes, recepción de comisiones, 6º:138.
— Violación de secretos, 5º:67.
— V. Mercado de Valores, información privilegiada.

Efectos sobre el acuerdo autorizante
— Anulabilidad del acuerdo, lesivo para el interés social y beneficioso para el socio o tercero, 4º:96
— Efectos del voto interesado en el Consejo de Administración, 6º:15-22. Nulidad del voto emitido, 6º:15-17. Voto emitido sin el *disclosure* completo, consentimiento prestado por error, 6º:17. Nulidad del

acuerdo social, 6º:18-21. Prueba de la resistencia, 2º:68, 76, 84, 87; 6º:19, 24.
— Efectos del voto interesado en la Junta general, 6º:23-26. Nulidad del voto emitido, 6º:23. Nulidad del acuerdo, 6º:24-26. Prueba de la resistencia, 6º:24. Exclusión del voto al interesado, 6º:25.
— V. Deber de abstención de votar.

Eficiencia
— Criterio de eficiencia, 1º:4.
— Eficiencia según Pareto, 1º:5.
— Eficiencia según Coase, 1º:6.
— Eficiencia según Posner, 1º:7.

F

Fusión de sociedades
— Con administradores comunes, 2º:23n., 25.
— Proyecto de fusión, 2º:25n., 46n., 72; 4º:54n.

G

Gestión prestada por empresa
— Relación gestora de naturaliza compleja, 3º:68.
— Prestación de servicios de inversión en el Mercado de Valores, 3º:68.

Gestión representativa, 3º:69-98
— Actuación por cuenta e interés del representado, 3º:71.
— Declaraciones negociales y actos jurídicos, 3º:73.
— Definición de gestión representativa, 3º:73.
— Distinción con la gestión, 3º:77. Caracterización por la actuación frente a terceras personas, 3º:77.
— El poder de representación: integra el contenido de un contrato de gestión, 3º:67, 79. Título de legitimación, 3º:78. Representación sin poder, 3º:80.
— Estrecha relación con la gestión, 3º:74.
— Relevancia del interés del principal, 3º:72.
— Representación en sentido amplio, 3º:70. Representación directa e indirecta, 3º:70, 72.
— Representación indirecta, 3º:46, 50, 89.
— V. relación de comisión.
— V. relación de factor mercantil.
— V. relación de mandato.
— V. relaciones mixtas, gestoras y no gestoras: relación de agencia – contrato de agencia, relación de gestión de negocios sin mandato, relación fiduciaria – fiducia.

Gestión orgánica, 3º:100-134, 125, 131.
— Aspecto externo e interno de la administración, 3º:114-118. Gestión representativa, externa, y no representativa, interna, 3º:115. Actividad gestora interna y externa, 3º:116. Gestión orgánica representativa, 3º:117. Gestión orgánica interna, 3º:118.
— Aspecto orgánico de la administración, 3º:106-114.
— Distribución de competencias, 3º:104.
— Inoponibilidad del objeto social frente a terceros de buena fe, 3º:117.
— Naturaleza de la relación jurídica de administración, 3º:122. Carácter legal, nombramiento unilateral, 3º:122. Naturaleza orgánica y contractual, 3º:123.
— Naturaleza gestora de la relación jurídica de administración, 3º:122-134.
— Organización corporativa, régimen de mayorías, 5º:98.
— Organo de administración, competencia general para realizar la actividad gestora, 3º:109.
— Relación entre administración de sociedades y gestión, 3º:126-134, 4º:39. Relación indirecta entre el administrador y el socio, 3º:132. Relación sui generis, gestora y orgánica, 3º:133. Naturaleza gestora, consecuencias, afirmación del deber de lealtad del administrador, 3º:134, 4º:37.
— Relación entre administración y mandato, 3º:103, 104, 105, 106.
— Teoría de la representación, 3º:101, 102.
— V. Deber de lealtad – fundamento material, margen de discrecionalidad.

I

Informe anual de Gobierno Corporativo
— Exigencia a las sociedades cotizadas, 4º:138; 5º:170.
— Contenido: las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores, 4º:54n., 136; 5º:170.
— Contenido: operaciones vinculadas de la sociedad con accionista y administradores, 4º:135; 5º:44n., 170.
— Contenido: remuneración de los administradores, 4º:138.
— Contenido: relaciones del administrador con accionistas con participaciones significativas, la existencia de consejeros cruzados o vinculados, 4º:138.
— Contenido: publicidad de los pactos parasociales, 4º:138.

Informe de los auditores
— Comunicación del contrato autorizado a los auditores, 2º:31 (Francia).
— Comunicación del interés a los auditores, 2º:50 (Bélgica).
— Contenido del informe, 2º:33, 53-54.

Integración
— A través de los Principios generales del Derecho, 1º:112.
— Analogía *iuris*, 1º:109-110, 117.
— Analogía *legis*, 1º:104-108.

Interés social

— Planteamiento contractual, 5º:60-61.
— Planteamiento institucional, 5º:59.
— V. deber de actuar en interés de la sociedad.

L

Liquidadores
— V. Deber de lealtad del administrador – sujeto pasivo del deber.

M

Memoria anual
— Deber de incluir la participación que tuvieran en el capital de una sociedad competidora, 5º:168n.
— Deber de incluir la realización por cuenta propia o ajena, de actividades competidoras, 5º:168n.
— Deber de incluir los cargos o las funciones en sociedad competidora, 5º:168n.
— Deber de informar sobre los anticipos y créditos concedidos, 5º:96n.
— Deber de las sociedades cotizadas de informar sobre las operaciones de los administradores con la sociedad, 4º:137, 5º:168n. Operaciones excluidas, relativas al tráfico ordinario de la sociedad, que se realicen en condiciones normales de mercado, 4º:137.

Modelo de prohibición relativa, 5º:140, 141.
— Ambito anglosajón, 2º:158, 170.
— Contenido preventivo: prohibición de actuar en conflicto, deber de *disclosure*, 5º:141.
— Modelo preventivo presidido por el principio de prohibición relativa, 5º:140.
— Reglas procedimentales, *safe harbor statutes* 2º:158,195, 203.

Modelo híbrido de regulación del conflicto, 5º:139.
— Sistema de autorización general con prohibiciones particulares, 5º:139.
— Sistema de prohibición general con autorizaciones singulares, 5º:139.

Modelo mixto
— Normas del Derecho común y del Derecho de sociedades, 5º:133n.

Modelo no preventivo de regulación del conflicto, 5º:134-136.
— Control judicial ex post, 5º:134, 136.
— Protección basada en la acción indemnizatoria, 5º:134.
— Régimen general de autorización implícita de actuar en conflicto, 5º:134.

Modelo preventivo absoluto de regulación del conflicto
— Derecho de sociedades, 5º:138. Créditos y garantías, Proyecto de LSRL (1993), 5º:138n. Prohibición de voto del socio administrador, 5º:138n.
— Doctrina tradicional de los deberes fiduciarios, 2º:157, 169, 192, 193.
— Protección del incapaz, 4º:56n.; 5º:16, 137.
— Otros ordenamientos. Créditos y garantías, 2º:17; contratos de trabajo, 2º:20 (Francia). Préstamos, 2º:5, 180 (Reino Unido); 2º:219-220 (Estados Unidos).

N

Normas de conducta
— V. Deber de lealtad en el Mercado de Valores.

O

OPAs
— Conflicto posicional, 2º:108; 5º:28, 46.

Oportunismo
— Especialización y confianza, 1º:25.
— Medios de control del oportunismo: normas legales y morales, autonomía de la voluntad, mecanismos de mercado, 1º:93; 5º:103.
— Noción de oportunismo, 1º:26.
— Oportunismo de la minoría, 1º:55.

P

Principio de trasparencia, 1º:93n., 5º:131, 133, 133n., 161, 170n.

Prohibición de actuar en conflicto (*No conflict rule*)
— Deber de abstención o prohibición de actuar en conflicto, 1º:123, 128; 2º:16, 96, 151, 154, 166; 4º:46-47; 5º:141.
— Subordinación del interés propio, 2º:103, 152; 4º:46, 47, 80, 81, 82, 111, 112; 5º:124.

Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, 5º:74-79.
— Actividad rechazada por la sociedad, 5º:78.
— Delimitación con la prohibición de competencia, 5º:79.
— Objeto, 5º:75-76.
— Operaciones de interés para realizar los fines sociales, 5º:75.
— Otros ordenamientos: 2º:67, 101 (Italia); 2º:111, 116n. (Alemania); 2º:167, 184-188 (Reino Unido); 2º:191, 222-234 (Estados Unidos).
— Supuestos, 5º:77-78.
— Uso de información para aprovechar oportunidades de negocio, 5º: 68.
— V. Prohibición de competencia.

Prohibición de competencia, 5º:69-73.
— Actuación por cuenta propia o ajena, 5º:72.
— Administrador de sociedad competidora, 5º:72.
— Deber de plena dedicación, 2º:114, 116; 5º:70.
— Delimitación con el aprovechamiento de oportunidades, 5º:73, 79.
— Mercado relevante, 5º:73.

— Otros ordenamientos: 2º:6, 98, 99, 100 (Italia); 2º:6, 106, 113-124 (Alemania); 2º:190 (Reino Unido).
— Participación de control en sociedad competidora, 5º:72.
— Uso de información con fines competitivos, 5º:68.
— V. Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio.
— V. Restitución de beneficios.

Prohibición de conceder créditos y otras relaciones financieras a los administradores
— Créditos, préstamos, garantías, asistencia financiera y anticipar fondos, dirigida al administrador de la sociedad limitada, 5º.96.
— Créditos, avales y garantías, dirigida al vocal del consejo de las Caja de ahorro, 5º.97.
— Otros ordenamientos: 2º:17-19 (Francia). 2º: 125-132 (Alemania). 2º:179-182 (Reino Unido). 2º:219-221 (Estados Unidos).

Prohibición de contratar con la sociedad – supuesto, 5º:83-97.
— Otros ordenamientos: 2º:133-142 (Alemania) 2º:175-178 (Reino Unido); 2º:191-218 (Estados Unidos). Ambito objetivo, 2º:25, 26, 46, 137. Operaciones que dan lugar a derechos u obligaciones, 2º:46. Relaciones laborales y de servicios, 2º:137. Adquisición de bienes y servicios de la sociedad, 2º:137.
— Simple contratación: 5º:84, 88; 6º:80, 81, 115-119.
— V. autocontratación.

Prohibición de contratar – reconocimiento legal
— Cajas de ahorro, obtención de créditos, avales o garantías de la Caja y enajenar a la misma bienes o valores de su propiedad o emitidos por tales Entidades, 5º:97, 146.
— Comisión, autoentrada y aplicación del comisionista, 4º:60; 5º:91.
— Concurso, administración concursal, 4º:63; 5º:93.
— Corredores intérpretes marítimos, 5º:91.
— Fundaciones, 5º:97, 146.
— Mandato, autocompra del mandatario, 4º:60; 5º:50, 90.
— Patria potestad, 5º:90. Tutela, 5º:90.
— Sociedad anónima, uso del nombre social, 5º:95.
— Sociedad cooperativa, negocios con la cooperativa, 5º:97.
— Sociedad de responsabilidad limitada, prestación de servicios y de obra, 5º:96. Concesión de créditos, préstamos, garantías, asistencia financiera, anticipar fondos, 5º:96.
— Sociedad personalista, uso de la firma social, 5º:95.
— V. Mercado de valores.

Prohibición de obtener beneficios ocultos o ventajas no autorizadas
— Comisiones, 4º:49; 5º:49. V. Restitución de beneficios.
— Derivación de la prohibición de actuar en conflicto, 4º:48.
— Interdicción de obtener beneficios y ventajas, 4º:48, 49; 6º:50, 78.
— Obligación del mandatario de entregar lo recibido del mandato, 4º:48, 60; 6º:65.
— Otros ordenamientos: Comisiones, 2º:33 (Francia); 2º:109 (Alemania); 2º:155, (ámbito anglosajón - *secret profits*). 2º:166, 184, 188 (Reino Unido).
— Uso de bienes, información y oportunidades, 4º:49. V. Restitución de beneficios.

Prohibición de prestar servicios u obras
— Otros ordenamientos: Contratos de servicios, 2º:177 (Reino Unido).
— V. Prohibición de contratar.

Prohibición de recibir compensaciones por cese en el cargo, 2º:176.

Prohibición de uso de bienes sociales, 5º:80-82.
— Aprovechamiento de la organización empresarial, 5º:80.
— Delimitación con el uso de oportunidades, 5º:82.
— Otros ordenamientos: 2º:110 (Alemania); 2º:167 (Reino Unido); 2º:233 (Estados Unidos).
— Uso particular del administrador de bienes adquiridos por la sociedad, de los servicios laborales y profesionales de la sociedad, el pago de facturas y gastos personales, el uso de efectivo, 5º:81.
— V. Restitución de beneficios.

Prohibición de uso de información, 5º:67-68.
— Otros ordenamientos: 2º:67, 97, 101 (Italia); 2º:106 (Alemania); 2º:171 (Reino Unido).
— V. Mercado de Valores, información privilegiada.
— V. Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio.
— V. Prohibición de competencia.

R

Ratificación de la conducta interesada, 5º:180-185.
— Admisión, 5º:180.
— Requisitos, 5º:182-184.

— Efectos de legitimación y exoneración, 5º:185.
Relación contractual
— Buena fe contractual, 1º:99; 3º:2, 5; 4º:67; 5º:110, 122.
— Deber de lealtad contractual, 3º:2.
Relación de administración
— Aplicación de los deberes fiduciarios, 2º:147, 191.
— Distinción frente al agente, 2º:145, 146.
— Distinción frente al *trust*, 2º:146.
Relación de agencia – *agency relationship*
— Caracterización, 2º:145.
— Control sobre el agente, 2º:145, 146.
— Distinción frente al albacea, al síndico, al tutor, 2º:146.
— Distinción frente al *trust*, 2º:146.
— Distinción frente a la relación de gestión, 3º:62.
Relación de agencia – contrato de agencia
— Agencia de contratación y agencia de promoción, 3º:94.
— Carácter mixto, gestor y no gestor, 3º:94.
— Diferencias con la gestión, 3º:94. Promoción en la conclusión de actos y contratos, 3º:94.
— Relación de afinidad con la gestión, 3º:93.
Relación de comisión
— Contrato de comisión, 3º:89, 90.
— Caracterización, 3º:89.
— Contrato de gestión, 3º:89.
— Comisionista que contrata en nombre propio, 3º:89.
— Deber de cuidar el negocio como propio, 4º:42.
— Deber de lealtad del comisionista, comisión bursátil, 4º:100n.
Relación de confianza
— Lealtad y confianza, elemento psicológico, 3º:3.
— Deber de lealtad en las relaciones de confianza, 3º:3.
— V. Revocación del cargo
Relación de factor mercantil
— Relación gestora, 3º:91.
Relación de gestión
— Actuación en interés ajeno, 3º:41-55. Potestades, 3º:41. Intereses gestores, 3º:43, 44. Efectos gestores, 3º:49, 50. Actuación promotora del gestor en interés del principal, 3º:51.
— Actuación por cuenta ajena, 3º:37-40, 83, 89. Colaboración, 3º:38, 75, 76. Sustitución, 3º:39, 75, 76. Legitimación, 3º:40 (apoderamiento, nombramiento), 75, 78.
— Caracterización, 3º:15, 16. Conveniencia de reforma en torno a la remuneración del gestor, 3º:16n.; 5º:20, 24.
— Causa y función, 3º:35-55. Función económica, 3º:36.
— Especie perteneciente al género de las relaciones de prestaciones de servicio en interés de otro, 3º:12.
— Exclusión del contrato de sociedad de las relaciones gestoras, 3º:31, 58.
— Fenómeno más amplio que la representación, relación de especialidad, 3º:75-80.
— Gestión como categoría dogmática, 3º:9-15. Características tipológicas, 3º:9. Convenciones terminológicas, 3º:10.
— Lealtad, consecuencia de la naturaleza de la relación de gestión. V. Deber de lealtad, naturaleza gestora.
— Noción de gestión en sentido amplio, 3º:29. Declaraciones de voluntad, declaraciones de conocimiento, actos materiales, 3º:29. Modelo legal, gestión de negocios sin mandato, 3º:30. Otros tipos: relaciones laborales, arrendamiento de obra y de servicio, depósito, mediación, , 3º:30.
— Noción de gestión en sentido intermedio, 3º:32. Incluye los actos materiales encaminados a la promoción de negocios jurídicos. Mediación, agencia no representativa, 3º:32.
— Noción, 3º:10, 14.
— Noción estricta de gestión, 3º:33. Prestación o cooperación jurídica, 3º:13, 33, 83. Declaraciones de voluntad: actos y negocios jurídicos, 3º:33, 34. Declaraciones con la finalidad de constituir, modificar o extinguir una relación jurídica, 3º:34; 4º:31.
— Objeto de la prestación gestora, 3º:28-34. Actos y negocios de gestión, 3º:28.
— Objeto de la relación gestora, 3º:20-27. Prestación de hacer positiva, 3º:22. Gestión simple y administración, 3º:26.
— Relaciones gestoras de carácter sucesivo o continuado, 3º:21.
— Sujetos de la relación, principal y gestor, 3º:18. Intervención de terceros, 3º:19. Contrato en favor de tercero, 3º:19, 45.
— Tipo empírico, 1º:118, 136; 3º:9, 10,35, 88.
— Tipo estructural de relación gestora, 1º:129.
— V. Deber de lealtad – fundamento material.
— V. Gestión representativa, gestión orgánica.
Relación de gestión de negocios sin mandato
— Carácter mixto, gestor y no gestor, 3º:95.
— Distinción de la relación de gestión, 3º:95.
— Distinción del mandato, 3º:95.
Relación de mandato, 3º:82-88.

— Deber de lealtad del mandatario, 2º:16 (Francia).
— Distinción de las figuras afines: del arrendamiento de servicios, 3º:84; de la relación de representación, 3º:85, 86.
— Elementos característicos, 3º:83.
— Noción, 3º:82.
— Relación de especie con el género gestión, 3º:88.
— Relación gestora típica, tipo básico de gestión 3º:88.
— Tipo normativo básico de gestión, 3º:88.

Relación fiduciaria – fiducia
— Afinidad con la gestión, negocio fiduciario y representación indirecta, 3º:97.
— Carácter mixto, gestor y no gestor, 3º:96, 97.
— Deber de lealtad, 3º:99.
— Distinción con la relación de gestión, 3º:63. Fiducia de garantía, 3º:97.
— Negocio fiduciario, 3º:3n., 96, 97.
— Noción, 3º:96.
— Pacto fiduciario, 3º:96.
— Teoría de la mera titularidad fiduciaria, 3º:98.
— Teoría del doble efecto, 3º:98.

Relación fiduciaria – *fiduciary relationship*
— Administrador como fiduciario, 2º:147-149.
— Deberes fiduciarios, 2º:143-162, 3º:63. Deberes de cuidado y lealtad, 2º:150.
— Propuestas de codificación de los deberes fiduciarios, 2º:164-166.
— Delegación de poderes, abuso y conflicto de intereses, 2º:147.
— *Trust*, 2º:144.
— V. Deber de lealtad
— V. Relación fiduciaria – fiducia
— V. Relación de agencia – *agency relationship*

Relación representativa
— V. Gestión representativa.

Relaciones afines a la gestión
— V. Relaciones de colaboración.
— V. Relaciones de prestación de servicio en interés de otro.

Relaciones de colaboración o cooperación
— Actuación en interés de otro o en interés común, 3º:6.
— Contrato de sociedad, de colaboración, 4º:75. Causa del contrato, interés común, 4º:75.
— Contratos de colaboración en interés común, interés común, relaciones de colaboración mercantil, contratos de distribución en sentido estricto: la concesión comercial, la distribución selectiva y la franquicia, 4º:70-74.
— Contratos de colaboración, 3º:38.
— Distinción con otras relaciones de intercambio, actuación en interés propio, 3º:6.
— Especies, relaciones de arrendamiento de obra y de servicio, 3º:6.
— No explican el deber de lealtad, 3º:7, 8.
— Tipos: contratos de colaboración en sentido estricto (comisión, agencia y corretaje); contratos de colaboración en sentido amplio (*factoring*, *leasing*, *engineering*, concesión, franquicia y publicitarios); otros contratos de colaboración (contratos de edición, cinematográficos, con los auxiliares de comercio, de uniones de empresa); relaciones parciarias (aparcería, cuentas en participación), 3º:57-58.
— V. deber de fidelidad genérico.
— V. deber de lealtad – aplicación analógica, contratos de distribución.
— V. deber de lealtad del socio.

Relaciones de prestación de servicio en interés de otro, 3º:12.
— Relaciones mixtas, gestora y no gestoras: gestión de negocios sin mandato, contrato de agencia, 3º:61.
— Relaciones no gestoras: prestación de servicios o de obra, la mediación, el depósito o las relaciones laborales, 3º:61.
— Tipos: relaciones de colaboración (el mandato, la comisión, la agencia, la mediación, la asistencia técnica y los contratos publicitarios); 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, 3º:60.

Relaciones de tracto sucesivo, continuado o de duración
— Aplicación del deber de diligencia, 4º:19.
— No explican el fundamento del deber de lealtad, 3º:5.

Remisión al representante leal
— El representante, paradigma del tipo gestor, 2º:7; 4º:39.
— Remisión tipológica al representante, 4º:39-42.
— Se incorpora al ordenamiento al momento de reconocerse la posición orgánica del administrador, 4º:40.
— V. Cláusula general de diligencia del representante leal.

Remuneración del administrador
— V. Control de la gestión en la sociedad abierta.
— V. Informe anual de Gobierno Corporativo.

Representación

— De la sociedad, por el Consejo de Vigilancia en caso de contratación de un miembro de la Dirección, 2º:133, 140 (Alemania).
— Disciplina del conflicto de intereses, 2º:61, 85, 93-95 (Italia).

Responsabilidad civil del administrador, 6º:27-50.
— Acción social, 6º:29. Acción individual, 6º:30.
— Administrador de hecho, 6º:32.
— Carga de la prueba, 6º:44. No es necesario acreditar la culpa, 2º: 81 (Italia).
— Legitimación, accionista minoritarios del uno por cien, 2º:58 (Bélgica).
— Pactos de indemnización de los costes de defensa frente a acciones de responsabilidad, 2º:168; 6º:45, 48, 49.
— Pactos de limitación de las indemnizaciones, 6º:45. Distinción entre deberes de diligencia y lealtad, 6º:45. nulidad de tales pactos, 6º:46.
— Por daños causados a la sociedad por acción u omisión, 2º:79 (Italia).
— Por daños, en contrato autorizado, pero nulo por causa de fraude, 2º:39 (Francia).
— Por daños, en operaciones autorizadas, pero con ventaja abusiva en detrimento de la sociedad, 2º:57 (Bélgica).
— Presupuestos: Comportamiento imputable, 6º:32. Responsabilidad por culpa, 6º:34. Autorización y exoneración, 6º:35-39. Causas legales de exoneración, 6º:41. Daño a la sociedad, 6º:42-44.
— Seguro de responsabilidad, 2º:168 (Reino Unido); 6º:45, 50. Mala fe, conducta dolosas, 6º:50.

Restitución de beneficios, 6º:51-78
— Actos de competencia, 6º:66, 67, 68.
— Actos de doble gestión, comisiones, 6º:65.
— Actos de uso de bienes, 6º:57-64. Usurpación del goce y disfrute de la cosa ajena, 6º:60, 61, 62. Incorporación y consumo de cosa ajena, 6º:63, 64.
— Acumulación de acciones indemnizatorias y restitutorias, 2º:151; 6º:54, 55.
— Función de la acción de restitución, complementar acciones reivindicatorias e indemnizatorias, 6º:55.
— No requiere el concurso de la culpa, 6º:55, 58.
— No requiere el concurso del daño, 6º:55, 58. No es necesario acreditar pérdidas económicas, 2º:161.
— Presupuestos de aplicación: Enriquecimiento del administrador, 6º:72, 73. Empobrecimiento del actor, 6º:74, 75, 76. Ausencia de causa, 6º:77, 78.
— Prohibición de enriquecerse injustamente a costa de otro, Principio general del Derecho, 6º:52.
— Subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, 6º:54.
— Otros ordenamientos: 2º:105, 122-123, 130-131 (Alemania); 2º:182, 189 (Reino Unido); 2º:.222 (Estados Unidos).
— V. Prohibición de obtener beneficios ocultos o ventajas no autorizadas, obligación del mandatario de entregar lo recibido del mandato

Revocación del cargo
— Relación de gestión, relación de confianza, desistimiento unilateral, revocación, 3º:4.
— Régimen previsto en la LSA, 6º:10-13.
— Régimen previsto en la LSRL, 6º:14.
— Revocación del cargo de administrador, 6º:6-14.

Riesgo económico empresarial
— El administrador no asume el riesgo empresarial, 4º:29.
— El administrador responde civilmente por incumplimiento de deberes, no por riesgos empresariales, 6º:34.

S

Separación entre propiedad y gestión
— La dispersión accionarial privilegia estrategias interesadas, 1º:32.
— Necesidad de control, 1º:34.
— Separación eficiente, 1º:33.

Sistema jurídico
— Función sistemática de orden interno de los principios, 1º:113.
— Grupos de casos, 1º:116, 130, 4º:2, 12.
— Imperativo de justicia, 1º:18, 20, 105, 110, 115.
— Jurisprudencia de conceptos, 1º:114.
— Jurisprudencia de intereses, 1º:114
— Pensamiento tipológico, 1º:132, 133. Tipo ideal lógico, 1º:134; 4º:41. Tipo real o empírico, 1º:135. Tipo de frecuencia, 1º:135; 4º:41, buenas costumbres, costumbres del tráfico, uso de comercio, 1º:135; estándar o modelo, 1º:135, 136. V. tipo.
— Pensamiento tópico, 1º:116.
— Reconocimiento de nuevos principios, 1º:117.
— Sistema abierto, 1º:113n., 116n, 117.
— Sistema interno, 1º:98, 113, 116; 4º:42.

Sistema dualista, 1º:70, 2º:111.
Sistema monista, 1º:68.

T

Tipo
— Relevancia del tipo en el sistema, 3º:1n.
— Tipo de frecuencia, negación de la lealtad como modelo o estándar de conducta normal del tráfico, 1º:135.

— Tipo real, afirmación de la lealtad como el modelo de conducta que debe realizarse en el tráfico, fruto de su carácter normativo, 1º:135-137, 4º:41-42.

V

Vinculaciones funcionales
— Administrado de sociedades que realizan operaciones societarias entre ellas (fusiones, opas, etc.), 5º:47.
— Administrador de sociedades competidoras, 5º:46.
— Administrador de sociedades contratantes, 5º:46.
— Administrador de sociedades de un mismo grupo (intragrupo), 5º:32, 47; 2º:43, 49 (Bélgica); 2º:70 (Italia); 2º:107 (Alemania). V prohibición de competencia.
— Sociedades con administradores comunes, 2º:18, 23 (Francia); 2º:45 (Bélgica); 99 (Italia); 107, 118, 126, (Alemania); 171, 180-181; 5º:46, 47.

Vinculaciones de doble gestión o actuación por cuenta ajena
— Encargos de influencia, 5º:48.
— Aplicaciones, doble representación, representación múltiple o plural, 5º:49, 86.
— Persona interpuesta, 2º:17, 22, 38 (Francia); 126 (Alemania), 171, 180-181 (Reino Unido); 5º:50, 51, 88, 90, 95.

Vinculaciones familiares, 2º:17 (Francia); 126, 138 (Alemania); 171, 180-181 (Reino Unido); 5º:52.

Vinculaciones de control societario
— Administrador, socio mayoritario o de control de la sociedad tercera, 2º:23 (Francia); 45 (Bélgica); 171, 180-181 (Reino Unido); 5º:53.
— Administrador, socio personalista de la sociedad tercera, 2º:23 (Francia); 2º:113, 126 (Alemania); 5º:54.
— V. prohibición de competencia.

Vinculaciones económicas
— De colaboración, intercambio, crédito, garantía, laborales, de prestación de servicios, 2º:171, 180-181 (Reino Unido); 5º:55.

Vinculaciones del administrador persona jurídica, 2º:56.