



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

ALCANCE DEL DEBER DE SECRETO DE LOS CONSEJEROS DOMINICALES

Autor: María Domingo Roldán
5º E-3 A
Área de Mercantil

Tutor: Inés Fernández Fernández

Madrid
Abril 2019

RESUMEN/ABSTRACT

El objeto de este trabajo es estudiar el alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial, a falta de previsión expresa en la legislación societaria. Es una opinión generalmente aceptada en la doctrina, que los consejeros dominicales están sujetos a los mismos deberes de lealtad frente a la sociedad administrada que el resto de administradores, sin embargo, resulta difícil valorar el alcance de su deber de secreto, cuando trasladan información confidencial a los socios proponentes sobre la marcha de la sociedad. En este trabajo, se pretende analizar si cabe modular este deber y, en dicho caso, bajo qué condiciones podrían los consejeros dominicales compartir dicha información con los socios proponentes, partiendo de la base de que existe entre ambos una “vinculación funcional”.

Palabras clave: administradores, consejero dominical, deber de secreto, deber de lealtad, responsabilidad de los administradores.

This paper aims to analyze the fiduciary duty to maintain confidentiality of proprietary directors, from both a doctrinal and jurisprudential perspective, since there is no express reference to the matter in the Spanish Corporate Law. It is generally accepted that proprietary directors are subject to the same duties of loyalty to the company as the other directors, however, is it difficult to assess whether or not proprietary directors breach their duty of confidentiality when they share confidential information on company affairs with the proposing shareholders. This paper examines whether this duty shall be modulated and, if so, under what conditions may proprietary directors disclose the company's confidential information to the proposing shareholders, considering that there is a "functional dependency" between the two.

Keywords: directors, proprietary director, duty of confidentiality, duty of loyalty, board members liability.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	5
1. INTRODUCCIÓN	6
2. EL DEBER DE SECRETO COMO DEBER ESPECÍFICO DEL DEBER DE LEALTAD ...	8
3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DEBER DE SECRETO	10
3.1. Incorporación normativa del deber de secreto a la legislación societaria	10
3.2. Alcance objetivo del deber de secreto	11
3.2.1. <i>El valor de la información</i>	12
3.2.2. <i>Reforma del alcance objetivo del deber de secreto</i>	15
3.2.3. <i>Excepciones al deber de secreto</i>	17
3.2.4. <i>Régimen de dispensa e imperatividad</i>	19
3.3. Alcance subjetivo del deber de secreto	20
3.4. Alcance funcional del deber de secreto	21
3.5. Consecuencias de la infracción del deber de secreto	24
3.5.1. <i>Acción de responsabilidad</i>	24
3.5.2. <i>Revocación del cargo</i>	25
3.5.3. <i>El remedio civil</i>	25
3.5.4. <i>El remedio penal</i>	27
3.5.5. <i>Breve referencia a la Ley de Competencia Desleal</i>	28
4. DEBER DE SECRETO DEL CONSEJERO DOMINICAL: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA	29
4.1. El consejero dominical	29
4.2. Sobre la problemática inherente al deber de secreto del consejero dominical	32
4.3. Jurisprudencia	38
4.3.1. <i>Fred Olsen (2011)</i>	38
4.3.2. <i>Acciona vs. FCC (2005)</i>	43
4.3.3. <i>ACS vs. Iberdrola (2014)</i>	47

4.4. Recomendaciones ante la inseguridad jurídica asumida por el consejero dominical....	50
4.4.1. <i>Pactos de confidencialidad</i>	50
4.4.2. <i>Reglamento del consejo</i>	51
4.4.3. <i>Carta de nombramiento</i>	51
5. CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA	57
LEGISLACIÓN	60
RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA.....	62

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

Art.: artículo

C. de Com.: Código de Comercio

CC: Código Civil

Cfr.: confróntese

CNMV: Comisión Nacional del Mercado de Valores

Coord.: coordinador

CP: Código Penal

Dir.: director

***Ibid.*:** igual que la referencia anterior

LCD: Ley de Competencia Desleal

LMV: Ley del Mercado de Valores

LSA: Ley de Sociedades Anónimas

LSC: Ley de Sociedades de Capital

LSE: Ley de Secretos Empresariales

Núm.: número

Ob. cit.: obra citada

Pp.: páginas

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SJM: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

Ss.: siguientes

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

***Vid.*:** véase

Vs.: versus

VV.AA.: varios autores

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto hacer un análisis profundo y completo sobre un tema controvertido –el alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales– que se plantea de manera recurrente en la práctica societaria. Los administradores dominicales se exponen a un importante grado de inseguridad jurídica en lo que al alcance de su deber de secreto se refiere, no habiendo una referencia expresa en la norma a este supuesto y siendo la doctrina y jurisprudencia sobre esta cuestión limitadas. Dentro de dicho debate, se discute si el deber de secreto está vigente respecto de estos administradores de la misma forma que para el resto o si, por el contrario, “la vinculación funcional” que existe entre el administrador dominical y el socio proponente, hace inevitable el intercambio de información confidencial entre ellos, constituyendo una excepción al deber de secreto respecto de estos administradores.

La importancia del deber de secreto estriba en el valor de la información confidencial para la compañía. Bajo esta consideración, el problema se plantea cuando el socio proponente que recibe la información hace un uso indebido de ella, siendo formas comunes en las que se puede concretar la infracción de este deber por el consejero dominical: el *insider trading*; la utilización de información de valor empresarial por la competencia; el aprovechamiento de una oportunidad de negocio por el socio proponente, o un daño a la reputación de la sociedad. De hecho, uno de los supuestos donde está problemática se manifiesta con mayor intensidad es cuando el socio proponente es competidor de la compañía, existiendo un riesgo que se filtre información a través del consejero dominical.

En las siguientes líneas, se describe cómo, a pesar de los riesgos que entraña la infracción del deber de secreto, resulta difícil, en la práctica, compatibilizar el cumplimiento de este deber por el administrador dominical con la relación de confianza que le une con el socio proponente. Es por ello, que en este trabajo se examina si existe la posibilidad de modular el deber de secreto respecto de estos administradores y, en dicho caso, bajo qué condiciones.

Para llevar a cabo este análisis, el trabajo se divide fundamentalmente en dos partes. En primer lugar, se realiza un examen exhaustivo del deber de secreto, bajo la actual normativa societaria. Con ese fin, se determinan los ámbitos objetivo, subjetivo y

funcional del deber de secreto de los administradores, así como las consecuencias de la infracción de este deber. Una vez definido este marco general, el trabajo se centra en el caso específico del consejero dominical, examinando este supuesto desde una perspectiva tanto doctrinal como jurisprudencial, concluyendo el estudio con una breve consideración final, en la que se incluyen recomendaciones ante la inseguridad jurídica que asumen estos administradores en relación a su deber de secreto.

La metodología empleada para este trabajo ha consistido, esencialmente, en la revisión de la doctrina, contenida en artículos de revista, informes y libros, así como en el examen de la jurisprudencia más relevante a estos efectos. Cabe advertir que el análisis se realiza desde la perspectiva estrictamente societaria, aunque se incluyen breves referencias a otras regulaciones íntimamente relacionadas con este deber.

2. EL DEBER DE SECRETO COMO DEBER ESPECÍFICO DEL DEBER DE LEALTAD

El deber de secreto viene siendo considerado como uno de los deberes específicos derivados del deber genérico de lealtad (artículo 227 LSC)¹. Ahora bien, aunque el deber de lealtad constituya la fuente primera de la que emana el concreto deber de secreto, este no es ajeno al deber de diligencia (artículo 225 LSC), pudiendo el administrador desvelar la información por mera imprudencia o porque no valoró adecuadamente la importancia de la misma ni su consiguiente capacidad lesiva².

Hasta la aprobación de la Ley 31/2014³, nuestra legislación societaria recogía de forma abstracta el deber de lealtad, sin detallar qué obligaciones resultaban del principio general establecido⁴. En cambio, el nuevo artículo 228 LSC, que integra los antiguos artículos 226 y siguientes, contiene una especificación, que sirve de pauta orientativa de conducta al administrador y sobre la que el poder judicial podrá ir construyendo y concretando los deberes de los administradores⁵.

De esta manera, la formulación general del deber de lealtad, consagrada en el artículo 227 LSC, se completa ahora con el artículo 228 LSC, que recoge las obligaciones básicas derivadas de este deber. Además, a estos efectos, es preciso tener en cuenta también otros preceptos que regulan el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (artículo 229 LSC), el régimen de imperatividad y dispensa (artículo 230 LSC) así como las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (artículo 232 LSC).

¹ Así lo consideran, CASTELLANO RAMÍREZ, M. J., “El deber de secreto”, en Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.), *Comentario a la ley de sociedades de capital*, Thomson Reuters, 2011, p.1665, GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia”, en Rodríguez Artigas F. (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas II*, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 993-995, FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, 2001, pp. 85-87, y PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, núm. 39, 2015, p. 51 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766>; última consulta 14/01/2019).

² CASTELLANO RAMÍREZ, M. J., “El deber...”, ob. cit., p. 1665.

³ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. BOE, núm. 293, de 4 de diciembre de 2014, pp. 99793-99826.

⁴ El Informe Olivencia (*El Gobierno de las Sociedades Cotizadas*. Madrid, 26 de febrero de 1998), ya sugería que era conveniente detallar esta cuestión, de la misma forma que posteriormente recogía esta propuesta el Informe Aldama (*Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas*, de 8 de enero de 2003).

⁵ VELOSO CARO, J., “El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)”, en Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, 2015, pp. 428-431.

Si se compara el anterior artículo, relativo al deber de lealtad, con la nueva redacción que da el legislador en el artículo 227 LSC⁶, cabe hacer dos apreciaciones. En primer lugar, se sustituye la expresión “en defensa del interés social” por la exigencia de obrar “de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”, lo que parece indicar que el legislador ha querido referirse al conjunto de intereses de la empresa (accionistas, empleados, clientes, etc.), en lugar de al interés exclusivo de los accionistas, que tradicionalmente se ha identificado con la expresión “interés social”. Por otro lado, se amplía el alcance de la sanción por la infracción de este deber que, además de la indemnización a la sociedad por el daño causado al patrimonio social, incluirá también la devolución del enriquecimiento injusto obtenido por el administrador a la sociedad⁷.

Asimismo, la caracterización básica del deber de lealtad admite dos formulaciones de diverso signo, que lejos de ser excluyentes, son complementarias entre sí. Por un lado, implica la prohibición de obtener ventajas propias a costa del sacrificio de la sociedad y, por otro, el imperativo de desarrollar la actividad contractual buscando la promoción del fin común, de forma que el administrador lo persiga con preferencia a cualesquiera otros, es decir, anteponiendo el interés social a los suyos propios o de terceros en caso de conflicto⁸.

Dicho esto, el deber de secreto encuentra su fundamento en el deber de lealtad, en tanto que quien ocupa el cargo de administrador ostenta una posición especialmente privilegiada, desde la cual accede a toda la información de valor para la empresa, sin ser titular de la misma, sino un simple gestor de negocios ajenos, a quien incumbe un deber de actuar en interés de la sociedad.

El nuevo artículo 228 LSC sistematiza, como contenido específico del deber de lealtad general, los distintos deberes de los administradores que hasta ahora se encontraban regulados en varios artículos, entre ellos, el deber de secreto recogido en el anterior artículo 232 LSC.

⁶ Artículo 227. Deber de lealtad. 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. 2. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

⁷ VELOSO CARO, J., “El deber...”, ob. cit., p. 435.

⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, ob. cit., pp. 993-995.

3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DEBER DE SECRETO

La configuración, alcance y contenido del deber de secreto no han sido históricamente objeto de especial atención ni tratamiento, hasta el punto de que el legislador no lo ha dotado de una regulación autónoma hasta recientemente. Sin embargo, hoy en día, el incremento de los deberes de transparencia e información impuestos a las sociedades y promovidos por las corrientes del gobierno corporativo, así como el desarrollo de las nuevas tecnologías, han conferido un nuevo protagonismo a este deber⁹.

3.1. Incorporación normativa del deber de secreto a la legislación societaria

Aunque el deber de secreto afecta a otros muchos ámbitos jurídicos, en lo que atañe a los administradores y la legislación societaria, uno de los hitos normativos lo constituye la promulgación de la Ley 26/2003, de 17 de julio, de Transparencia¹⁰, cuyo fin era incorporar al ordenamiento jurídico español los principios de Gobierno Corporativo, modificando la LSA de 1989 y la LMV de 1988. Este texto encuentra su fundamento, principalmente, en los informes Olivencia (1998) y Aldama (2003) y, toma en consideración, también, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles (2002). Se modifica así el antiguo artículo 127.2 LSA, que recogía de manera conjunta los deberes de diligencia y lealtad, además de hacer una mínima alusión al deber de guardar secreto, y que, de hecho, fue criticado por la doctrina, debido a que se consideraba muy vago en su precisión¹¹. En el nuevo texto el legislador separa, por un lado, el deber de diligencia (artículo 127 LSA) del de fidelidad y lealtad (artículo 127 bis y ter, respectivamente) y, por otro, introduce el artículo 127 quáter, donde se regula específicamente el deber de secreto de una manera más exhaustiva.

⁹ FELIU REY, J., “El deber de secreto de los administradores”, en Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 613-614.

¹⁰ Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. BOE, núm. 171, de 18 de julio de 2003, pp. 28046-28052.

¹¹ SUÁREZ RUBIO, S. M., “El deber de secreto de los administradores de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 45, 2015, p. 364.

Posteriormente, se promulga el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio¹², por el cual se aprueba el texto refundido de la actual Ley de Sociedades de Capital. En lo relativo al deber de secreto, este texto viene a reproducir el artículo 127 quáter LSA, en su artículo 232 LSC, recogiendo el deber de secreto de forma autónoma.

En 2013, se elabora la Propuesta de Código Mercantil, en la que el deber de secreto se encuentra, de nuevo, regulado como un deber autónomo, y poco después, se publica el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (2014) para la mejora del gobierno corporativo¹³, fruto de las recomendaciones del informe “Estudio sobre propuesta de modificaciones normativas” de 2013¹⁴. Ya en este texto, el deber de secreto dejaba de tener una regulación propia y se incorporaba a la enumeración de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (artículo 228 b) LSC), aunque con una redacción más escueta que la del antiguo artículo 232 LSC, como se verá más adelante.

Por último, se aprueba la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, que difiere en algunos aspectos del Proyecto de Ley, concretamente, eliminando la última mención relativa a la extensión del deber de secreto al representante del administrador persona jurídica.

3.2. Alcance objetivo del deber de secreto

Este epígrafe tiene por objeto examinar el contenido esencial del deber de secreto. Para ello, conviene comenzar explicando el fundamento de este deber y determinar qué requisitos debe reunir la información para ser merecedora de protección. A continuación, se aborda la evolución que ha experimentado el alcance objetivo del deber de secreto tras la reforma de la LSC en 2014 y, por último, se tratan las excepciones a este deber y se realizan algunas consideraciones sobre el régimen de dispensa e imperatividad.

¹² Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE, núm. 161, de 3 de julio de 2010, pp. 58472-58594.

¹³ BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A, 30 de mayo de 2014, núm. 97-1 (disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-97-1.PDF; última consulta 19/02/2019).

¹⁴ Informe de 14 de octubre de 2013, elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo (disponible en http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CEGC_EstModif_20131014.pdf; última consulta 19/02/2019).

3.2.1. El valor de la información

El fundamento del deber de confidencialidad reside en la salvaguarda de toda información que es valiosa para la sociedad, mientras se mantenga en secreto, y a la que los administradores tienen acceso, existiendo el riesgo de que puedan explotarla para su beneficio particular o revelarla públicamente causando un daño a la sociedad¹⁵. Es por ello que el deber de secreto está relacionado con la amplia facultad de acceso que tiene el administrador, cualquiera sea la estructura del órgano de administración, a todos los datos o hechos de la vida social, en base a su derecho y deber de estar informado de los hechos que afectan a la marcha de la sociedad (artículo 225.3 LSC).

La información es esencial a la hora de llevar a cabo una estrategia empresarial. De modo que, una de las funciones del administrador es gestionar esa información con el fin de maximizar el valor de la empresa¹⁶. En este sentido, se afirma que “la consideración económica que se atribuye a la información es inversamente proporcional al número de sujetos que la conocen”¹⁷. Su carácter inmaterial hace que esa información pueda ser conocida, transmitida o empleada simultáneamente por más de una persona, sin estar sujeta dicha información a límites físicos, lo que conlleva que una vez comunicada a terceros, se pierda el control absoluto sobre la misma, pudiendo el tercero explotarla sin la aprobación de su anterior titular¹⁸.

Ahora bien, la lógica más elemental apoya la idea de que el deber de secreto no puede, ni debe, afectar a toda la información social que los administradores hayan podido conocer en el desempeño de su cargo, siendo tres los elementos a tener en cuenta para determinar qué información queda protegida por el deber de guardar secreto¹⁹:

- (i). En primer lugar, que se trate de información societaria²⁰, siempre y cuando tenga un contenido mínimo que la haga merecedora de protección. Carece de sentido

¹⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El deber de secreto de los administradores sociales”, *Almacén de Derecho*, agosto 2018 (disponible en <https://almacenederecho.org/deber-secreto-los-administradores-sociales/>; última consulta 14/01/2019).

¹⁶ CASTELLANO RAMÍREZ, M. J., “El deber...”, ob. cit., pp. 1664-1665.

¹⁷ FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit., p. 27.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 21-24.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 104-132.

²⁰ Al respecto, RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, enero-junio 2012, pp. 86-87, enumera como requisito que la información sea de “origen empresarial”, entendiéndose que la información debe referirse a la sociedad con la que el administrador mantiene una relación de gestión, extendiéndose a informaciones sobre terceros (socios, clientes...) por los eventuales daños derivados de la conducta infractora cuando la sociedad está sujeta respecto de tales personas a deberes de confidencialidad.

obligar a los administradores a mantener secreto sobre aquellas informaciones societarias que puedan catalogarse de triviales o irrelevantes o sobre aquellas que, por su vaguedad o generalidad, deban calificarse de inespecíficas.

- (ii). Poseer carácter confidencial, es decir, que no sea de público conocimiento, lo que no impide que mantenga el carácter confidencial aquella información que es conocida por más sujetos, además de su titular, cuando el receptor no tenía derecho a ser informado.
- (iii). Existe un interés legítimo en mantener la reserva de la información. Dicho interés queda justificado cuando se acredita que la información ofrece a la sociedad una ventaja sobre sus competidores, permitiéndole una mejora de su proceso productivo en cualquiera de sus facetas técnica, comercial u organizativa y que, finalmente, se traduce en una reducción de costes o un incremento de los beneficios de la sociedad. Al margen de ello, existen otras muchas informaciones que, sin ofrecer una clara ventaja competitiva sobre los competidores, también deben estar amparadas por el deber de secreto por razón del daño o perjuicio social que pueda causar su divulgación.

Al fin y al cabo, lo determinante para la atribución del carácter confidencial es la existencia de un interés del titular de la información en preservarla por su valor, sin que se prejuzgue la consistencia intrínseca del mismo. Es decir, el valor no tiene por qué ser de índole patrimonial ni situar a los competidores en una mejor posición correlativa al perjuicio del titular ante su divulgación. De hecho, puede ocurrir que la sociedad resulte perjudicada sin que los competidores resulten beneficiados, por ejemplo, cuando se frustra un determinado contrato o se produce un daño a la reputación²¹.

En base a estas consideraciones, una primera categoría de información protegida por el deber de secreto la integraría toda aquella que tenga un valor estratégico o comercial para la compañía, como el *know how*, los secretos industriales, los planes estratégicos y la situación o perspectivas financieras, entre otros, así como toda aquella que haya de mantenerse en secreto por razón de acuerdos suscritos con terceros. Asimismo, quedaría amparada bajo el deber de secreto aquella información con carácter interno de la sociedad que, aunque no tenga relación directa con la actividad empresarial ni pueda ser aprovechada por la competencia, de ser conocida podría resultar en un perjuicio para la

²¹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, ob. cit., pp. 1009-1011.

sociedad (por ejemplo, datos personales de los empleados o proyectos de modificación estructural de la sociedad)²².

Además, tratándose de sociedades cotizadas, se considera confidencial toda aquella información que, integrándose o no en la categoría anterior, tuviera la condición de información privilegiada, a efectos del artículo 226 LMV²³.

En este punto, conviene distinguir entre información privilegiada e información confidencial²⁴. Mientras que la información privilegiada se refiere a informaciones concretas sobre materias expresamente vinculadas a la LMV, la información confidencial se refiere a la LSC, con un ámbito más amplio. Además, la LSC protege la información de la sociedad donde se ejerce el cargo, mientras que la información privilegiada puede estar relacionada con la propia sociedad o ser información externa. Si bien la LMV protege la confianza en el mercado para evitar el uso fraudulento o abusivo de la información privilegiada que distorsionaría el mercado, la LSC protege el interés social. Por último, el deber de secreto de la LSC es aplicable a los administradores, mientras que el infractor, de acuerdo con la LMV, es todo aquel que disponga de información privilegiada, alcanzando, en principio, a cualquier persona. Todo ello sin perjuicio de que existan supuestos en los que la información privilegiada se considere información confidencial, de manera que el administrador infrinja tanto el deber de secreto de la LSC como su deber de acuerdo con el artículo 226 LMV.

Por otro lado, cabe señalar, también, la diferencia entre información confidencial y secretos empresariales (artículo 13 LCD²⁵) o el secreto de empresa (arts. 278 y 279 CP²⁶), que reside en el requisito de “la adopción de medidas necesarias para salvaguardar el secreto”, siendo este un elemento necesario para la protección de cierta información como secreta, pero que carece de sentido en el caso de los administradores, siendo ellos mismos

²² SUÁREZ RUBIO, S. M., “El deber de secreto de los administradores de las sociedades de capital”, ob. cit., pp. 375-376.

²³ Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2015, pp. 100356-100541.

²⁴ FELIU REY, J., “El deber...”, ob. cit., pp. 635-636. En el mismo sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, ob. cit., p. 1011., y FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit., pp. 147-152.

²⁵ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE, núm. 10, de 11 de enero 1991, pp. 959-962.

²⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, pp. 33987-34058.

los obligados por la ley a adoptar las medidas adecuadas para evitar su divulgación, en cumplimiento del deber de diligencia, de conformidad con el artículo 225 LSC²⁷.

A pesar de todas las indicaciones, lo cierto es que las mismas son meros criterios de selección que exigen una valoración específica para cada caso concreto. De esta forma, cada administrador deberá decidir en la hipótesis específica sobre el interés de la sociedad, el carácter confidencial de la información en base a este interés y el correlativo deber de secreto que le obliga, resolviendo, en caso de duda, siempre a favor del secreto, máxime cuando el perjuicio que se exige es potencial y no actual²⁸.

3.2.2. Reforma del alcance objetivo del deber de secreto

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 31/2014, el deber de secreto estaba previsto en el artículo 232 LSC²⁹. Actualmente, el deber de secreto de los administradores se encuentra regulado en el artículo 228 b) LSC, en virtud del cual los administradores deben: “guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera”.

De un primer análisis, puede deducirse que la reforma pretende ampliar el ámbito objetivo del deber de secreto de los administradores, que debe entenderse en el más amplio sentido. Es cierto que el legislador mantiene la redacción anterior en el siguiente punto “las informaciones, datos, informes o antecedentes”, reiterándose en que el deber de secreto se extiende a todo tipo de datos o hechos, ya sean positivos o negativos, con independencia del soporte en que se materialicen e incluso aunque no requieran soporte alguno³⁰. Ahora bien, dispone el nuevo artículo que, el deber de guardar secreto engloba todas las informaciones, datos, informes o antecedentes:

²⁷ FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit., pp. 142-147.

²⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, ob. cit., pp. 1009-1011. Asimismo, CASTELLANO RAMÍREZ, M. J., “El deber...”, ob. cit., considera que, cada uno de los administradores debe valorar con arreglo a la diligencia que le es exigible por razón de su cargo cuándo una determinada circunstancia ha de ser mantenida en secreto en interés de la sociedad.

²⁹ Artículo 232. Deber de secreto. 1. Los administradores, aun después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social [...].

³⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, ob. cit., pp. 1002-1003.

- (i). A los que haya tenido acceso el administrador en el desempeño de su cargo (y no necesariamente como consecuencia de su cargo, según disponía el antiguo artículo 232 LSC), y
- (ii). Aunque su divulgación no represente una amenaza para el interés social (a diferencia de lo que exigía el anterior artículo 232 LSC, que establecía como requisito para la confidencialidad, que la divulgación de las informaciones, datos, informes o antecedentes podiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social).

En lo que se refiere a la primera puntualización, puede concluirse que la nueva redacción del artículo pretende abarcar todas las informaciones que se puedan conocer durante la vigencia del cargo, incluidas aquellas cuyo conocimiento tenga lugar fuera del ámbito societario. Con ello, tratando de evitar el legislador maniobras exculpatorias o defensivas por parte de administradores desleales, que intenten negar el incumplimiento de su deber cuando “por ejemplo, no guardaron secreto sobre hechos que conocieron fuera de las reuniones del consejo o como elementos accesorios de lo que fue la decisión o acuerdo en el que participaron”³¹. Asimismo, se protege no solo la información respecto de situaciones contemporáneas sino también anteriores a la aceptación del cargo, siempre y cuando fuesen conocidas durante el desempeño del mismo³².

De esta forma, cualquier información conocida durante el ejercicio de su cargo y que afectase a la sociedad, quedaría sujeta al deber de confidencialidad³³. Sin embargo, esta interpretación puede resultar excesiva, imponiendo al administrador comportamientos desmesurados o innecesarios para un representante leal³⁴. Es por ello que, por regla

³¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad”, en Morillas Jarillo, M. J., Perales Viscasillas, M. P., Porfirio Carpio, L. J. (dirs.), *Estudios sobre el futuro del Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 904-905 (disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21008/reformadeberesadministradores_sanchez-caleroguilarte_RIO_2015.pdf; última consulta 10/02/2019). En sentido contrario, ALFONSO SÁNCHEZ, R., “La obligación del administrador de guardar secreto: entre el deber de diligencia y el deber de lealtad”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, núm. 3, 2016, pp. 461-462, entendiendo que con la expresión “a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo” se reducen sustancialmente las informaciones obtenidas por el administrador sobre las que este debe guardar secreto.

³² FELIU REY, J., “El deber...”, ob. cit., p. 633. Así lo considera también, CASTELLANO RAMÍREZ, M. J., “El deber...”, ob. cit., p. 1667.

³³ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma...”, ob. cit., p. 905.

³⁴ ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2016, p. 3 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Idcb262008b6311e68036010000000000&sguid=i0ad82d9b000001690f8794932c680a93&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>; última consulta 14/01/2019). En

general, debe considerarse sujeta al deber de secreto toda la información privada, “salvo aquella absolutamente irrelevante e indiscutiblemente inocua a ojos de cualquier observador externo”³⁵, aplicándose así un criterio de relevancia y razonabilidad. Es decir, solo las informaciones, datos, informes o antecedentes que no sean públicos³⁶ y que la sociedad tenga interés en mantener secretos y/o al menos, una expectativa razonable de que serán mantenidos en secreto, han de estar cubiertos por el deber de confidencialidad.

Una vez dilucidado este punto, lo que sí parece claro de la nueva redacción del artículo, es que ya no constituye un criterio decisivo para delimitar qué información queda fuera de la obligación de guardar secreto, el hecho de que no tenga consecuencias perjudiciales para el interés social³⁷. Por este motivo, se podría considerar información confidencial aquella cuya divulgación pudiese simplemente entorpecer, obstaculizar o limitar el buen funcionamiento de la sociedad, sin necesidad de que sea susceptible de causar un daño efectivo a la misma³⁸.

Por último, el artículo 228 b) LSC, exige que se respete el deber de secreto por el administrador, incluso cuando haya cesado en el cargo. Asimismo, el antiguo artículo 232 LSC, puntualizaba que el deber de guardar secreto opera “aun después de cesar en sus funciones” el administrador. Por supuesto, el deber de secreto tras el cese del administrador sólo se extenderá en la medida en que la información siga siendo confidencial y de manera indefinida, aunque sujeta la acción indemnizatoria a las reglas de prescripción aplicables (artículo 1968.2 CC y artículo 949 C. de Com.)³⁹.

3.2.3. Excepciones al deber de secreto

El artículo 228 b) LSC exceptúa del deber de secreto los supuestos en los que la ley permita o requiera la divulgación de la información. De la misma forma, esta excepción estaba prevista en el antiguo artículo 232 LSC, cuyo apartado 2 disponía que se

el mismo sentido, FELIU REY, J., “El deber...”, ob. cit., p. 637, considera que, una interpretación excesiva de la regulación podría desembocar en un efecto indeseado de opacidad de la compañía.

³⁵ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, ob. cit., p. 51.

³⁶ Al respecto, FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit., pp. 118-123, mantiene que la información no pierde necesariamente el carácter confidencial cuando es comunicada a otras personas.

³⁷ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, ob. cit., p. 51.

³⁸ ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del...”, ob. cit., p. 4.

³⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El deber...”, ob. cit. Véase como tratan esta cuestión FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit., pp. 196-201, y SÁNCHEZ CALERO, F., “El deber de secreto de los miembros del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 34, 2004, pp. 261-264.

exceptuaban del deber de secreto los supuestos en que: “las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes”. Estos preceptos dejan pocas dudas de que, el administrador estará exento de guardar secreto sobre la información confidencial de la sociedad cuando ello estuviese permitido o fuese requerido por la ley. Ahora bien, han de ser los términos en que la ley autoriza o reclama que el administrador comparta o facilite dicha información inequívocos⁴⁰.

Dicho esto, no se trata, sin embargo, de la única excepción al deber de guardar secreto, aunque sí la única prevista en la LSC, identificándose hasta tres supuestos⁴¹:

- (i). En primer lugar, la ya mencionada excepción relativa a los casos en los que la ley lo permita o requiera (artículo 228 b) LSC), diferenciándose dos subgrupos:
 - Los deberes legales de divulgación, en virtud de los cuales la ley obliga a la sociedad a divulgar periódicamente o puntualmente cierto tipo de información a cualquier interesado, ya sea mediante comunicaciones, mediante su anuncio o mediante su facilitación a la Administración para que lo incluya en registros de acceso público. A modo de ejemplo, la obligación de las sociedades anónimas cotizadas de informar al público de toda información relevante que pueda influir de forma sensible en la cotización (art. 228 LMV), la obligación de hacer públicos determinados pactos parasociales en las sociedades cotizadas (art. 530 LSC) o la obligación de hacer pública la información contable exigida por las cuentas anuales mediante su depósito en el registro mercantil (art. 279 LSC).
 - Los deberes legales de comunicación, donde los administradores, a diferencia del supuesto anterior, no divulgarán la información, sino que bastará con su comunicación a ciertos sujetos, que pueden estar obligados a mantener en secreto dicha información. Por ejemplo, el deber de facilitar información requerida a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, a los servicios de inspección de la CNMV o a la Administración Tributaria en su función inspectora, entre otros.
- (ii). En segundo lugar, constituyen una excepción aquellos casos en los que el traslado de información venga justificado por la gestión diligente y leal de la sociedad,

⁴⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma...”, ob. cit. p. 905.

⁴¹ FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit., pp. 161-194.

estando el receptor obligado, a su vez, a guardar reserva sobre dicha información. Se pueden identificar tres supuestos: a) cuando la información es comunicada a aquellos que prestan servicios profesionales a la sociedad y que, por razón de su estatuto profesional, están obligados a mantener secreto sobre la misma (por ejemplo, los abogados o los auditores); b) aquellos sujetos a los que se proporciona información, por razón de su vínculo laboral con la sociedad, para el desarrollo adecuado de su trabajo (por ejemplo, los directivos o los trabajadores), y, por último, c) la categoría formada por aquellas personas externas al círculo empresarial, cuya colaboración es necesaria para el desarrollo de la actividad de la sociedad (por ejemplo, un fabricante que va a diseñar un determinado producto o el banco que concede un crédito a la sociedad). En algunos casos, el tercero no soporta una concreta obligación de guardar secreto sobre dicha información, por lo que, será necesario que los administradores exijan un pacto de confidencialidad.

(iii). Por último, la excepción por razón de orden público. En este sentido, el deber de secreto no protege la confidencialidad de las actuaciones ilícitas de la sociedad o de otro administrador, que deberán ser comunicadas por el administrador que tenga conocimiento de ellas. Cuestión distinta es el método o la forma de comunicar la información, que deberá ser la que menos afecte al interés social, debiendo hacer llegar dicha información al organismo que, por razón de la materia, sea competente.

3.2.4. Régimen de dispensa e imperatividad

Una vez examinadas las excepciones al deber de guardar secreto, conviene hacer referencia al régimen dispensa e imperatividad, consagrado en el artículo 230 LSC. Este precepto recoge expresamente el carácter imperativo del régimen previsto para la infracción del deber de lealtad, de forma que no serán válidas aquellas disposiciones estatutarias que lo pretendan contravenir o limitar.

Sin embargo, el legislador prevé también un régimen de dispensa riguroso, por el cual la sociedad podrá permitir determinadas actuaciones tasadas, siempre y cuando, se asegure la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social. En este sentido, la dispensa será siempre excepcional por ser especial, esto es, por referirse a casos singulares, descartándose así la posibilidad de dispensas genéricas a favor de un determinado administrador o proyectadas sobre operaciones, negocios o cualesquiera

otros actos pertenecientes a una determinada categoría. Por lo tanto, la concesión de la dispensa supone autorizar expresamente que el administrador pueda realizar una operación, que está prohibida con carácter general, siendo, normalmente, el beneficiario directo de la dispensa el administrador, aunque también puede serlo una persona vinculada a él (artículo 230.2 LSC en relación con el artículo 231 LSC). Asimismo, la dispensa se puede referir a cualquiera de los supuestos de abstención en situaciones de conflicto de interés, consagrados en el artículo 229.1 LSC, si bien su objeto hace que varíe la competencia para concederla, que quedará en manos de la junta o de esta y del órgano de administración⁴².

Analizados estos preceptos, no parece contemplar la LSC la posibilidad de dispensar el deber de guardar secreto, aunque íntimamente relacionados con esta cuestión están los apartados c) y f) del artículo 229.1 LSC, en relación con el artículo 230 LSC, relativos a la dispensa de la prohibición de uso de información confidencial con fines privados, y al desarrollo de actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva con la sociedad o de cualquier otro modo sitúen al administrador en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

3.3. Alcance subjetivo del deber de secreto

En cuanto al alcance subjetivo del deber de confidencialidad, puede deducirse, de la literalidad del artículo, que todos los administradores están sujetos al deber de guardar secreto. De esta forma, es irrelevante la estructura del órgano de administración, lo que tiene lógica pues no cabe establecer diferencias entre consejeros ejecutivos o no ejecutivos en relación a este deber, a pesar de que, naturalmente, la información confidencial de la que dispongan los consejeros ejecutivos será mayor que aquella de la que dispongan los consejeros dominicales o independientes, en su caso⁴³. Asimismo, el artículo 236.3 LSC, extiende esta obligación a los administradores de hecho. Como se verá más adelante, sí se contempla, en cambio, una excepción al deber de secreto para la persona física representante del administrador persona jurídica que, sin embargo, no está libre de controversia.

⁴² SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma...”, ob. cit., pp. 911-914.

⁴³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El deber...”, ob. cit.

A su vez, se considera que, el régimen de responsabilidad por infracción del deber de lealtad, como deber general, debería extenderse a todas aquellas personas que, aun sin ostentar la posición formal de administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar, estando dicha extensión incluso más justificada, dada la mayor opacidad de la actividad que desarrollan estas personas, que a menudo actúan “en la sombra o en la trastienda de los órganos de decisión formales”. Es por ello que la extensión debiera alcanzar al menos a: (i) las personas físicas que representan a los administradores personas jurídicas; (ii) los altos directivos de la sociedad, debiendo incluirse en esta categoría solamente a quienes estén en la primera línea ejecutiva, dependiendo directamente del consejo de administración, y que dispongan de una elevada autonomía de decisión; (iii) los administradores de hecho, es decir, aquellas personas que en la realidad del tráfico desempeñan sin título o con título nulo o extinguido las funciones propias de administrador; (iv) los “administradores ocultos”, que son las personas bajo cuyas instrucciones actúan los administradores de la sociedad, y, por último, (v) los accionistas de control⁴⁴.

Supuesto particular es el del consejero dominical, que resulta especialmente controvertido y que será analizado en profundidad más adelante, constituyendo el tema central de este trabajo.

3.4. Alcance funcional del deber de secreto

En lo que respecta al alcance funcional del deber de secreto, el administrador está sujeto a la obligación de no revelar determinada información conocida en el desempeño de su cargo, de modo que, en principio, será necesario un comportamiento activo por parte del administrador para su infracción. No obstante, se puede entender que la naturaleza de la obligación no solo es negativa, sino también positiva, pudiendo infringirse el deber de secreto por una actitud pasiva del administrador, cuyo deber es adoptar las medidas necesarias para que la información no sea accesible⁴⁵. De esta forma, admitiéndose comportamientos tanto activos como omisivos (permitir o simplemente no impedir el acceso a la información a los terceros) en relación a la infracción de este deber⁴⁶.

⁴⁴ PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret*, 2003 (disponible en http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf; última consulta 10/02/2019).

⁴⁵ FELIU REY, J., “El deber...”, ob. cit., p. 638.

⁴⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, ob. cit., pp. 991-1028.

Comúnmente, se distinguen dos conductas infractoras: (i) la comunicación, y (ii) la divulgación. Mientras la comunicación supone que la información sea conocida por determinados terceros, la divulgación conlleva que la información pase a ser de dominio público. Pues bien, la diferencia no es trivial, en el sentido de que, si la divulgación de la información confidencial hace que la información que pasa al dominio público, pierda tal carácter, la comunicación de la misma no tiene por qué implicar necesariamente la pérdida de la naturaleza confidencial, aunque siga constituyendo una infracción del administrador⁴⁷.

Cabe destacar que, el hecho de que la conducta tipificada exija la puesta en conocimiento de la información, excluye del deber de secreto la mera utilización de la misma por el administrador, sea en beneficio propio o de un tercero. En otras palabras, el uso de información confidencial constituye un supuesto autónomo excluido de este deber⁴⁸.

Además, la transmisión de información no debe ser necesariamente verbal, sino que basta con que se entregue el soporte que contiene la información, así como facilitar los mecanismos que permitan el acceso a la misma (por ejemplo, una llave o una clave)⁴⁹.

Por otro lado, la motivación de la conducta del administrador es irrelevante, infringiéndose el deber independientemente de que la comunicación se realice con un ánimo de lucro o, por el contrario, obedezca a cualquier otro motivo, incluso, cuando se haya producido por un mero descuido, de forma que cabe la infracción a título de culpa⁵⁰.

En el ámbito funcional, cabe hacer referencia, también, al derecho de información del socio, reconocido en los artículos 93 y 196 y ss. LSC, en cuya virtud se permite a los accionistas o sus representantes, solicitar y examinar “informes o aclaraciones” acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día de una junta, imponiendo a los administradores la correlativa obligación de facilitarla. Este precepto obliga a examinar la forma en que se conjugan este derecho del socio y el deber de secreto de los administradores.

⁴⁷ FELIU REY, J., “El deber...”, ob. cit., p. 638.

⁴⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, ob. cit., pp. 1011-1014. En el mismo sentido, FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit., p. 86. Para mayor detalle, véase CASTELLANO RAMÍREZ, M. J., “El deber...”, ob. cit., pp. 1669-1670.

⁴⁹ Así lo considera, FELIU REY, J., “El deber...”, ob. cit., p. 639.

⁵⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El deber...”, ob. cit.

Sobre esta cuestión, cabe hacer dos aclaraciones⁵¹: en primer lugar, por regla general, la vida social queda reservada al órgano de administración, por lo que, salvo cuando la norma o los estatutos sociales imponen la obligación de comunicar cierta información, los administradores únicamente están obligados a facilitar aquella relacionada con materias incluidas en el orden del día de las juntas. Esto permite concluir, que toda la demás información que faciliten libremente, sin estar vinculada al orden del día, no estará amparada por el derecho del socio, pudiendo constituir una infracción del deber de guardar secreto si se tratase de información confidencial. En segundo lugar, el derecho de información no tiene carácter absoluto, por lo que el socio no puede ejercerlo con abuso del mismo al objeto de obtener un resultado ajeno a su finalidad (artículo 197. 6 LSC)⁵².

Cabe destacar que, atendiendo a los límites que establecen los propios artículos 196.2 y 197.3 LSC, el órgano competente tiene la facultad para negar la información solicitada por los socios si estimase que puede perjudicar al interés social. Una vez el órgano impone el deber de reserva sobre cierta información, los administradores no podrán comunicarla a ningún socio hasta que, al serles requerida de nuevo en una junta posterior, no haya un impedimento para su comunicación o cuando dicha información sea ya pública. Parece claro, que dicha prohibición no puede limitarse al momento de la reunión o ceñir su alcance únicamente a los asistentes a la junta, pues de lo contrario, se produciría el sinsentido de que aquellos socios que no la han requerido o no han asistido a la reunión, podrían llegar a conocer dicha información. Por otro lado, aunque el órgano debe ponderar el daño que la sociedad puede sufrir si dicha información se proporciona, no se exige la motivación de su decisión, bastando con la simple manifestación de que su divulgación puede dañar el interés social, lo que no supone que el órgano de administración pueda actuar a su libre arbitrio, pero sí que la fiscalización de dicha decisión tendrá lugar en un momento posterior, cuando el socio impugne la denegación de la información⁵³. Ahora bien, esta facultad no podrá ser utilizada cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el 25% del capital social, pudiendo los estatutos fijar un límite menor (aunque superior al 5% del capital social) para el caso de las sociedades anónimas (artículos 193.3 y 197.4 LSC).

⁵¹ FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit., pp. 170-183.

⁵² Sobre esta cuestión, STS núm. 2747/1962, de 13 de abril de 1962, donde se reconoce que, el derecho de información no es un “cauce abierto a cualquier intención obstaculizadora con móviles no siempre legítimos que dificulten el normal funcionamiento de la sociedad y de los órganos”.

⁵³ FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit., pp. 178-183.

En definitiva, normalmente, serán los propios administradores los que ostenten la facultad de determinar el carácter confidencial de los datos solicitados y si perjudican el interés social, estableciendo de esta forma los límites al derecho de información del socio⁵⁴.

3.5. Consecuencias de la infracción del deber de secreto

Llama la atención la insuficiencia de cauces previstos para exigir la responsabilidad por la infracción del deber de lealtad, lo que explica la escasísima litigiosidad en esta materia. Entre los obstáculos que impiden la litigación, se destacan tres: (i) las elevadas exigencias de legitimación para ejercitar la acción social de responsabilidad; (ii) la relativa opacidad de las situaciones conflictivas, y (iii) las dificultades de prueba⁵⁵. A continuación, se exponen las principales consecuencias del incumplimiento del deber de secreto del administrador, aunque sin efectuar un estudio detenido de la cuestión, ya que excedería del propósito de este trabajo⁵⁶.

3.5.1. Acción de responsabilidad

Los administradores responden frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, interviniendo dolo o culpa (artículo 236 LSC). En este sentido, la legislación societaria prevé dos tipos de acciones de responsabilidad: por un lado, la acción social de responsabilidad; y, por otro, la acción individual de responsabilidad.

En relación a la primera, la acción social de responsabilidad (artículo 238 LSC) tiene como notas características que: (i) se trata de una acción cuyo titular es la sociedad, en cuanto que se pretende con ella resarcir los daños que ha sufrido la sociedad como consecuencia del incumplimiento del administrador; (ii) los sujetos pasivos deben ser los administradores a los que se considere responsables, tratándose de una responsabilidad personal y no del órgano en sí mismo, y (iii) esta acción puede ejercitarse además de por la junta general, subsidiariamente, por los accionistas que representen, al menos, el cinco

⁵⁴ Sobre esta cuestión, véase GARCÍA ÁLVAREZ, B., “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: Un conflicto abierto”, *Revista Derecho de los Negocios*, núm. 254, noviembre 2011, pp. 7-23.

⁵⁵ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, ob. cit., pp. 59-62.

⁵⁶ Para mayor exhaustividad, véase RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, 2010, pp. 627-749.

por ciento del capital social y por los acreedores de la sociedad, cuando concurren determinadas circunstancias⁵⁷.

Por otro lado, el artículo 241 LSC prevé la acción individual de responsabilidad, haciendo surgir el deber de resarcimiento de los administradores por los daños que sus actos causen directamente a los socios y terceros. Es decir, la diferencia principal entre la acción social y la acción individual es la distinta identidad del patrimonio que sufre el daño, debiendo ser en ambos casos un daño directo y no reflejo.

Por último, cabe destacar que la jurisprudencia del TS, de forma reiterada, exige la concurrencia de otros dos presupuestos, además de la conducta ilícita, para que los administradores incurran en responsabilidad: (i) el daño y, (ii) el nexo causal entre los dos presupuestos anteriores⁵⁸.

3.5.2. Revocación del cargo

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 lo tanto, que no está pensada para actuar exclusivamente en los casos de deslealtad⁵⁹. Este efecto está previsto en la legislación societaria en el artículo 223 LSC, en virtud del cual la junta general podrá acordar la separación de los administradores, en cualquier momento, sin necesidad de justificar el acuerdo, por la mera pérdida de confianza en el administrador. Asimismo, cabe señalar el supuesto especial para la sociedad anónima, recogido en el artículo 224.2 LSC, que establece: “los administradores y personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general”.

3.5.3. El remedio civil

A través del remedio civil no se pretende tanto sancionar al infractor, sino más bien reparar el daño que la comunicación ilícita de la información confidencial pueda producir

⁵⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., “Acción social y acción individual de responsabilidad”, en *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, 2007, pp. 367-369.

⁵⁸ Para mayor detalle, véase SÁNCHEZ CALERO, F., “Acción social...”, ob. cit., pp. 365-428.

⁵⁹ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob. cit., pp. 634-642.

a su titular. El artículo 227.2 LSC, dispone que: “la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”.

Más allá de la referencia que hace el precepto a la obligación de indemnización de daños y perjuicios, ya resultante de la aplicación del régimen de responsabilidad de los artículos 236 y ss. LSC, destaca el establecimiento de la obligación de devolución del enriquecimiento injusto obtenido por el administrador y su compatibilidad con la indemnización de daños y perjuicios. De esta forma, todo beneficio obtenido como consecuencia del incumplimiento queda atribuido a la propia sociedad, que podrá reclamarlo con independencia de que ese incumplimiento haya ocasionado o no daños a la sociedad⁶⁰.

Esta previsión se completa con la del artículo 232 LSC, que añade que el ejercicio de la acción de responsabilidad: “no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad”. Este precepto se limita a reconocer la compatibilidad de las acciones de indemnización de daños y perjuicios y devolución de enriquecimiento injusto con el resto de acciones disponibles en el ordenamiento frente a la infracción del deber de lealtad. Así, los remedios generales contra los actos desleales incluyen: (i) acciones de impugnación, dirigidas a obtener la anulación de un acuerdo del consejo o, en su caso, de la junta, que contradigan los deberes de lealtad de los administradores; (ii) las acciones de nulidad, encaminadas a obtener la anulación de concretos negocios o contratos que hayan sido celebrados contraviniendo las reglas derivadas del deber de lealtad, y (iii) las acciones de cesación y remoción, cuya finalidad es obtener del Juez una resolución que ordene el cese de actividades prohibidas por el deber de lealtad o la remoción de los efectos causados por ellas⁶¹.

⁶⁰ GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., “El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad”, *Publicaciones Uría Menéndez*, 2015, p. 3 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4769/documento/20151111foro.pdf?id=5962>; última consulta 16/02/2019). En el mismo sentido, RIBAS FERRER, V., “Deberes de...”, ob. cit., pp. 681-682.

⁶¹ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, ob. cit., p. 64.

3.5.4. El remedio penal

Asimismo, la infracción del deber de secreto puede comportar eventuales efectos penales sobre el administrador, a través de los diversos tipos aplicables al supuesto de revelación ilícita de información empresarial secreta que contiene el actual Código Penal.

Los dos primeros, de carácter general, son: (i) el artículo 199.1 CP, que sanciona a quienes, habiendo tenido conocimiento “por razón de su oficio o de sus relaciones laborales”, revelasen secretos ajenos a terceros, y (ii) el artículo 199.2 CP, que castiga al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgase secretos de otras personas. En este sentido, recoge el artículo 200 CP, que lo dispuesto en el capítulo, será también aplicable al que descubriere, revelare o cediere, datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos del Código Penal.

Más específico, es el artículo 278 CP, que sanciona a quien, para descubrir un secreto de empresa, se apodera de cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, agravándose la pena si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos. El artículo 280 CP sanciona a quien, sin haber tomado parte en su descubrimiento, pero con conocimiento del origen ilícito del secreto, realizare alguna de las conductas descritas en los artículos 278 y 279 CP. Finalmente, y de importancia central para este trabajo, el artículo 279 CP sanciona a quienes, teniendo legal o contractualmente obligación de guardar reserva, difundieran, revelaran o cedieran un secreto de empresa, imponiéndose las penas en su mitad inferior si el secreto se utilizara en provecho propio.

Íntimamente relacionado con las conductas que en este trabajo se examinan, cabe mencionar también el artículo 285 CP, que tipifica como delito el uso de información relevante para la cotización de forma directa o por persona interpuesta, por quien haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, así como el suministro de la misma obteniendo para sí un beneficio económico superior a los 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

3.5.5. Breve referencia a la Ley de Competencia Desleal

Sin perjuicio de todo ello, el incumplimiento del deber de secreto puede constituir un acto de competencia desleal en su modalidad de violación de secretos.

Hasta ahora, la violación de secretos empresariales se regulaba en el artículo 13 LCD, pero con la entrada en vigor de la nueva ley de secretos empresariales⁶², se modifica este artículo, que queda redactado de la siguiente forma: “se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales”. De esta manera, estas conductas se reputan desleales, pero pasan a ser reguladas por la nueva norma.

Esta nueva ley además de concretar la definición de secreto empresarial (artículo 1 LSE), considera las siguientes conductas como constitutivas de violación de secretos (artículo 3 LSE): (i) la obtención del secreto; (ii) su utilización o revelación, y (iii) la producción y explotación comercial de mercancías infractoras o “productos y servicios cuyo diseño, características, funcionamiento, proceso de producción, o comercialización se benefician de manera significativa de secretos empresariales obtenidos, utilizados o revelados de forma ilícita”. Asimismo, la ley prevé las siguientes acciones en defensa de los secretos empresariales (artículo 9 LSE): (i) declaración de la infracción; (ii) cesación o prohibición de los actos de violación de secreto empresarial; (iii) remoción; (iv) indemnización de daños y perjuicios; (v) publicación o difusión de la sentencia, así como (vi) otras específicas en relación a las mercancías infractoras.

⁶² Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2019, pp. 16713-16727.

4. DEBER DE SECRETO DEL CONSEJERO DOMINICAL: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Hasta aquí se ha realizado un análisis del deber de secreto, que servirá de marco general para la cuestión en la que se centra el trabajo en esta segunda parte –el alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales– que será tratada desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial.

4.1. El consejero dominical

El desarrollo de dicha cuestión exige hacer una primera aproximación a la figura del consejero dominical.

Desde sus orígenes, la noción de consejero dominical se ha venido asociando a la sociedad cotizada. En ese ámbito, fue acuñada por el Informe Olivencia y en el mismo ámbito quedó finalmente incorporada a la normativa societaria⁶³. La LSC en su artículo 529 duodecies, apartado 2, distingue dentro de la categoría de consejeros no ejecutivos entre: dominicales, independientes u otros externos.

Resulta conveniente partir de la definición de consejeros independientes que, en virtud del apartado 4 de dicho artículo, son aquellos consejeros que, habiendo sido designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, pueden desempeñar sus funciones sin verse condicionados por sus relaciones con la sociedad, sus accionistas significativos o sus directivos, y que no incurrir en una de las incompatibilidades enumeradas en el mismo artículo. No serán consejeros independientes, en cambio, aquellos que sean dominicales, en virtud del apartado 3 del artículo 529 duodecies LSC⁶⁴.

⁶³ PAZ-ARES, C., “Identidad y diferencia del consejero dominical” en Juste Mencía, J. y Espín Gutiérrez, C. (coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber abicorum*, Fernando Rodríguez Arigas, Guadencio Esteban Velasco, tomo II, Aranzadi, 2017, p. 41.

⁶⁴ Artículo 529 duodecies. Categorías de consejeros. [...] 3. Se considerarán consejeros dominicales aquellos que posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa o que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía, así como quienes representen a accionistas de los anteriormente señalados.

Si se descompone el citado precepto, son considerados consejeros dominicales, con las consiguientes apreciaciones⁶⁵:

A. Aquellos que posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa.

En relación a este supuesto, el problema reside en la remisión que hace el legislador a una “supuesta” definición legal de lo que se considera como una participación significativa (“una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa”). Dicha remisión parece dirigida al artículo 23 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores⁶⁶, en virtud del cual se consideran participaciones significativas las que alcancen, superen o se reduzcan por debajo de “los umbrales del 3 %, 5 %, 10 %, 15 %, 20 %, 25 %, 30 %, 35 %, 40 %, 45 %, 50 %, 60 %, 70 %, 75 %, 80 % y 90 %”. A continuación, añade el artículo 32 de dicha norma que los porcentajes establecidos en el artículo 23 serán sustituidos por el porcentaje del 1% y sus sucesivos múltiplos, en el caso de que los sujetos tengan su residencia en un paraíso fiscal o en un país o territorio de nula tributación o con el que no exista efectivo intercambio de información tributaria conforme a la legislación vigente. En decir, serán calificados como consejeros dominicales (y no lo serán como independientes) aquellos que posean o representen una participación accionarial superior al 3% (o al 1%, en su caso).

B. Los consejeros que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía.

La redacción del precepto carece de sentido en este punto, pues casi todos los consejeros son accionistas de la sociedad, no teniéndose en cuenta esta condición generalmente en las propuestas de nombramiento. Además, esto puede resultar en la no consideración como independientes de administradores relacionados con accionistas con una participación mínima o circunstanciales de la sociedad por el

⁶⁵ MATEU DE ROS CERESO, R., “Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 47, 2016, pp. 21-24, (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ie2ec6400b76d11e6a67b010000000000&sguid=i0ad82d9a0000016919eb26e38fb1bda1&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>; última consulta 10/09/2018).

⁶⁶ Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea. BOE, núm. 252, de 20 de octubre de 2007, pp. 42692-42708.

mero hecho de que el carácter de accionista se haya tomado en consideración. De la misma forma, la condición de accionista podría ser ignorada de manera deliberada por la sociedad.

C. *Los consejeros que representen a accionistas de los anteriormente señalados.*

La crítica viene dada, en este caso, por la falta de pauta alguna sobre el concepto de representación. En relación a este precepto, se entiende comúnmente por supuestos de representación: la representación del administrador persona jurídica por parte de una persona física (artículo 236.5 LSC) y la representación proporcional (artículo 243 LSC). Concebido el sistema de representación proporcional como un mecanismo de tutela de la minoría, faculta a los socios minoritarios a tener representantes en el consejo de administración, sin acuerdo de la junta, lo que, como se verá, puede implicar un conflicto de intereses entre el socio y la sociedad. A efectos de este trabajo, el foco de atención se centra en este supuesto, para elucidar la problemática inherente al deber de secreto de estos consejeros cuando comparten información confidencial con el socio proponente.

Dicho esto, aunque dada la extensión limitada de este estudio no cabe hacer hincapié en la discusión en torno a la clasificación de los consejeros no ejecutivos, conviene apuntar, brevemente, que la artificiosa distinción entre consejeros independientes y consejeros dominicales ha provocado una “avería grave” en el modelo de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas españolas, algo que se podría haber evitado estableciendo un sistema de categorías que se limitara a distinguir, como en los demás países, entre consejeros internos o ejecutivos y consejeros externos o no ejecutivos⁶⁷. La ley societaria española no distingue entre consejeros dominicales que lo sean por estar relacionados con un accionista de control o de referencia y aquellos que lo sean por estar relacionados con un accionista significativo minoritario (entre el 3% y el 10% de participación), de manera que la definición de consejero independiente “provoca, por tanto, que las compañías españolas tengan mayores dificultades para configurar sus consejos de administración y no se beneficien de un *level playing field* uniforme y adecuado con su entorno de comparables en otras jurisdicciones”⁶⁸. Fruto de ello, parte de la doctrina ha acuñado el término de “consejero microdominical” para referirse a aquellos consejeros dominicales,

⁶⁷ MATEU DE ROS CERREZO, R., “Los consejeros...”, ob. cit. p. 20.

⁶⁸ VV.AA., “Estudio relativo a los consejeros microdominicales”, *Guías Uría Menéndez*, enero 2018, p. 9 (disponible en https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5486/documento/Estudio_consejeros_microdominicales.pdf?id=7182; última consulta 15/01/2019). Sobre esta cuestión, véase PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, ob. cit., pp. 168-173.

que podrían asemejarse a un consejero independiente, siempre y cuando, posean o representen a un accionista minoritario (menos del 10% de participación) y cumplan con otros requisitos de independencia adicionales (por ejemplo, contar con una antigüedad inferior a 12 años o no tener conflictos de interés)⁶⁹.

4.2. Sobre la problemática inherente al deber de secreto del consejero dominical

Hasta ahora la doctrina mayoritaria ha considerado que los consejeros dominicales están sujetos al deber de guardar secreto en los mismos términos que el resto de administradores.

Teniendo en cuenta que los administradores designados por una minoría de accionistas, al amparo del artículo 243 LSC, no son simples representantes de esta, sino parte del órgano social con el mismo *status* que el resto de administradores, el deber de secreto debe afectar a los consejeros dominicales como al resto. En caso contrario, se daría la paradoja de que los administradores designados por la minoría podrían informar a estos socios minoritarios de aspectos reservados relativos a la marcha de la gestión social, mientras que los socios mayoritarios carecerían de dicha información⁷⁰.

No obstante, lo que parece una evidencia, conjuga mal con la configuración de este sistema de nombramiento de administradores, si tenemos en cuenta la relación de confianza que existe entre el administrador dominical y el socio que lo propone. Fruto de ello, una de las cuestiones que se plantean es si, con relación a los consejeros dominicales, recae también el deber de secreto respecto del socio que les ha propuesto, o bien puede emplearse la lógica aplicable a la persona física representante del administrador persona jurídica, que entiende, una excepción. La respuesta en este sentido parece clara, ya que, en el caso de los consejeros dominicales, no existe una relación jurídica similar a la que surge en el supuesto anterior, teniendo en cuenta que los accionistas que proponen a la junta el nombramiento de determinados administradores carecen de la condición de administrador, a diferencia del administrador persona jurídica⁷¹.

⁶⁹ VV.AA., “Estudio relativo...”, ob. cit., p. 10.

⁷⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., “El deber...”, ob. cit., pp. 257-261. En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos en los que no opera el deber de secreto”, en *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, 2007, pp. 216-219.

⁷¹ En determinados supuestos el accionista poseedor de una participación significativa que sea relevante puede ser considerado como administrador de hecho, según SÁNCHEZ CALERO, F., “El deber...”, ob. cit., p. 260.

Volviendo a la regulación anterior del deber de secreto, el apartado 3 del antiguo artículo 232 LSC, establecía: “cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquélla”. Este inciso no hace sino extender el deber de secreto también a la persona física que representa al administrador persona jurídica, lo que, en defecto, de norma expresa, hubiera sido discutible al carecer la misma de la condición de administrador –de derecho– y no estar expresamente previsto como un supuesto de administrador de hecho⁷².

A diferencia del anterior artículo 232 LSC, el actual artículo 228 b) LSC no contempla como excepción al deber de secreto el cumplimiento de la obligación de informar que tiene el representante persona física respecto del administrador persona jurídica. Sin embargo, su acceso a la información confidencial se entiende amparado por la actual LSC, en la medida en que el administrador persona jurídica tiene el deber y el derecho de estar informado sobre la marcha de la sociedad (artículo 225.3 LSC)⁷³.

En este sentido, la persona física debe informar a la persona jurídica a la que representa, no aplicándose respecto a esta la obligación negativa en que consiste el deber de secreto del representante, precisamente, porque el administrador persona jurídica dispone de un derecho de información y está sometido al correlativo deber de secreto⁷⁴. Ahora bien, dicha transmisión de información debe limitarse al órgano de administración de la persona jurídica, no extendiéndose al conjunto de sus socios, por cuanto se trata del ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber incluidos en el ámbito del poder de representación que, como es sabido, es competencia exclusiva y excluyente, pero conjunta, del consejo de administración y los delegados⁷⁵.

⁷² GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, ob. cit., pp. 996-998. De esta misma opinión, CASTELLANO RAMÍREZ, M. J., “El deber...”, ob. cit., pp. 1664-1665.

⁷³ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 (RLC 2014, 1613) para la mejora del gobierno corporativo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 138, abril-junio 2015. En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., “El deber...”, ob. cit., pp. 259-260, y SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos en...”, ob. cit., pp. 216-220.

⁷⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, ob. cit., p. 996.

⁷⁵ Al respecto, véase HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión...”, ob. cit. p. 19. Así lo considera también, GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, ob. cit., p. 999., entendiendo que la transmisión de información debe quedar limitada al órgano de administración del administrador persona jurídica.

Pese a ser cierto que, a diferencia de lo que ocurre con los socios proponentes, los administradores personas jurídicas están expresamente sujetos al deber de guardar secreto, respondiendo frente a la sociedad de su incumplimiento, desde el punto de vista de la sociedad administrada, cuyo interés es mantener en secreto la información y limitar su conocimiento al menor número de personas posible, parece dudoso que el distinto tratamiento dado al administrador persona jurídica y al socio proponente tenga justificación⁷⁶.

Otra reflexión que debe hacerse es si es compatible el deber de secreto de los administradores con la especial vinculación que existe entre el consejero dominical y el socio proponente. Indudablemente, existe una relación de especial confianza entre los consejeros dominicales y estos accionistas, que “desde una perspectiva fáctica o metajurídica”, es especialmente poderosa, ya que la reserva del consejero puede determinar que el socio en cuestión decida no proponer su reelección. De esta forma, surge una relación de dependencia, considerando el accionista, que recae sobre el administrador un deber de fidelidad hacia él. Ahora bien, la cuestión ha de centrarse en determinar si dicha relación de fidelidad del consejero dominical respecto del socio proponente debe prevalecer sobre el deber de fidelidad que tiene dicho administrador con la sociedad o viceversa. En principio, debe prevalecer el deber de lealtad del administrador respecto de la sociedad, sin embargo, esto no evita, en la práctica, que el poder que ejerce el accionista sobre el consejero haga que el administrador informe al accionista de cuanto sucede en la sociedad⁷⁷. Pese a ello, se considera que estos administradores deben quedar plenamente sometidos a la obligación de guardar secreto por una doble razón: (i) no existe una excepción en la normativa que lo permita, actuando el precepto en beneficio de la totalidad de los accionistas, y (ii) la incongruencia que supondría que los accionistas minoritarios tuvieran acceso a información confidencial que no llegarían a tener los demás accionistas⁷⁸.

La siguiente cuestión que se plantea es la independencia o no del consejero dominical respecto de las directrices del socio proponente y, como consecuencia de ello, la necesidad de compartir información con el accionista con el propósito de recibir instrucciones. En este sentido, el consejero dominical no puede convertirse en un

⁷⁶ ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del...”, ob. cit., pp. 4-5.

⁷⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., “El deber...”, ob. cit., pp. 260-261. En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos en...”, ob. cit., pp. 216-220.

⁷⁸ FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit., pp. 99-100.

consejero de parte, decidiendo en el seno del consejo de acuerdo con las instrucciones que le imparta el accionista que lo designó, a no ser que haya consentimiento al respecto por parte de todos los socios. Así, el deber de independencia es infranqueable también para este administrador. La causa del contrato de sociedad –el fin común– obliga a los administradores a actuar con independencia, de acuerdo con el artículo 228 d) LSC, en virtud del cual los administradores deben desempeñar sus funciones “bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros”. Este precepto refleja la idea de que los administradores no están sujetos a un mandato individual, en este caso, del socio o socios que le hayan designado o que hayan contribuido con sus votos a su designación, que le obligue a atender las instrucciones del socio proponente, promoviendo exclusivamente sus intereses. Por el contrario, los administradores están sujetos a un mandato colectivo impartido por el conjunto de los socios y, por lo tanto, su obligación es actuar en el mejor interés de la sociedad⁷⁹. Si un administrador antepone los intereses individuales de un socio al interés social, este comportamiento generará una externalidad para los demás, habida cuenta de que las consecuencias de la actuación del administrador son indivisibles, por proyectarse sobre toda la sociedad, lo que afectaría al resto de accionistas en sus intereses en el patrimonio social sin que tal afectación hubiera sido consentida por ellos⁸⁰.

Una vez examinados estos argumentos, cabe destacar que la doctrina más reciente tiende hacia una postura más flexible en lo que el alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales se refiere, como se recoge a continuación.

Al hilo de la última cuestión planteada, cabe decir que, junto con el mandato jurídico único del colectivo de la sociedad, resulta interesante la idea del mandato natural, que proporciona un equilibrio adecuado entre las dos exigencias básicas impuestas por la

⁷⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los administradores sociales: introducción”, *Almacén de Derecho*, julio 2018 (disponible en <https://almacenederecho.org/los-administradores-sociales-introduccion/>; última consulta 16/02/2019). Sobre esta cuestión, GUERRA MARTÍN, G., “La separación de consejeros dominicales por conflicto de intereses del accionista al que están vinculados”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 272, 2009, p. 10 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I0a516920ccc411e2aed4010000000000&rguid=i0ad6adc500000169636f99efbcd0847b&src=withinResuts&spos=14&epos=14&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#>; última consulta 09/03/2019), mantiene que, desde un punto de vista jurídico, no puede entenderse la posición del consejero dominical en el ámbito de la representación, de forma que quiebre el principio de vinculación de los administradores al interés social a favor de socios concretos. Al respecto, PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, ob. cit., pp. 99-100, entiende que, del mandato en cuestión no surge una “relación de representación” propiamente dicha, sino una “relación de intermediación”.

⁸⁰ PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, ob. cit., pp. 50-51.

razón práctica y por la razón jurídica respecto del consejero dominical: la interacción y la autonomía. Bajo esta perspectiva, el mandato conferido por el socio proponente al consejero dominical ha de construirse como un mandato de favor –el llamado mandato natural– en cuyo seno “no se reconocen relaciones jerárquicas, sino relaciones meramente dialógicas o comunicativas”, de forma que, los consejeros dominicales no están obligados a seguir las indicaciones del accionista, aunque sí están legitimados para hacerlo dentro del interés social⁸¹. Esto significa que el consejero dominical y el socio proponente podrán establecer una relación de intercambio de información, de forma que, sin llegar a constituir instrucciones vinculantes, el accionista pueda formularle propuestas y orientarle, sobre el modo en el que, a su juicio y en su interés, debería actuar el consejo de administración⁸².

En el mismo sentido, el deber general de confidencialidad no es absoluto, habiendo circunstancias que justifican excepciones, tales como la posibilidad de que los consejeros dominicales trasladen dicha información a los accionistas significativos, y específicamente, a la sociedad matriz, por ser funcional al papel de tales consejeros en nuestro sistema de gobierno corporativo⁸³. En relación a lo anterior, la funcionalidad propia del consejero dominical exige que se facilite la interacción mutua –la “conversación privada”–, pasando por “liberalizar la coordinación y comunicación interna entre accionista significativo y consejero dominical” con el fin de permitir que el primero traslade al segundo indicaciones o recomendaciones para el ejercicio de su cargo y que el segundo traslade al primero informaciones reservadas sobre la compañía para el seguimiento de sus inversiones⁸⁴.

Asimismo, se considera una “verdadera contradicción teleológica”, admitir la figura del consejero dominical y a la vez vedar la comunicación con el socio proponente. En el mismo sentido, resulta imposible desarrollar las funciones propias de gobernanza del consejero dominical –la función de supervisión y de intermediación y composición de intereses– si no se liberaliza el flujo de comunicación, desconociendo, en tal caso, las externalidades positivas que pudieren aportar los accionistas⁸⁵.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 82-83.

⁸² GUERRA MARTÍN, G., “La separación...”, *ob. cit.*, p. 11

⁸³ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *ob. cit.*, p. 51.

⁸⁴ PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, *ob. cit.*, pp. 74-76. Al respecto, FELIU REY, J., “El deber...”, *ob. cit.*, pp. 625-626., considera que la especial vinculación que une a los accionistas con los administradores que los representa, hace ceder el deber de secreto de estos administradores respecto de los socios que les nombraron, en virtud del deber de información de aquel con el socio proponente.

⁸⁵ PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, *ob. cit.*, pp. 137-139.

Cabría considerar también la posibilidad de encuadrar el intercambio de información entre el socio proponente y el consejero dominical en la excepción al deber de secreto por “utilidad operativa” –con ocasión de la gestión diligente y leal de la sociedad– que, pese a no estar prevista en la norma, es ampliamente aceptada por la doctrina, como ya se ha visto. En este sentido, considerando la comunicación de información confidencial como parte del ejercicio “normal” del cargo de consejero dominical⁸⁶.

Por otro lado, debe admitirse el traslado de información por el consejero dominical, con carácter general, a la luz de la valoración que hace el TS, entendiendo que el deber de confidencialidad “no constituye una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, de tal forma que admite ser modulado en función de sus destinatarios”⁸⁷. Además, se podría llegar también a esta conclusión si se considera que la sociedad lo ha consentido de manera expresa o tácita. A falta de consentimiento expreso, el tácito puede deducirse de la relación del consejero dominical con el accionista y de las circunstancias que han motivado su nombramiento, así como de la propia composición del consejo. A modo de ejemplo, cuando los consejeros han sido nombrados en virtud de un acuerdo de socios o de *joint venture*, en cuyo caso la intención de las partes es, precisamente, que dichos consejeros compartan la información en aras del interés social, o cuando tienen la consideración formal de representantes de accionistas o han sido nombrados por el sistema de representación proporcional⁸⁸.

Asimismo, la jurisprudencia ha considerado legítima la comunicación de información confidencial por parte del administrador dominical al accionista que lo ha designado, cuando existan conflictos internos y la información sea relevante para la adecuada defensa de los intereses legítimos del accionista y del interés social⁸⁹. A esta consideración, cabe añadir los siguientes motivos por los que el flujo de información entre consejero dominical y el socio proponente encuentra justificación: (i) si el administrador puede recibir sugerencias o indicaciones del socio proponente, ha de poder compartir con este información que le permita formar al socio una opinión sobre los asuntos de la sociedad; (ii) el accionista significativo está igualmente obligado por el deber de reserva y lealtad a la sociedad; (iii) si el conflicto de interés concurre en el accionista, el conflicto se extiende al administrador dominical, y, por último, (iv) el socio siempre podría designarse

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 137-139.

⁸⁷ STS núm. 622/2011, de 4 de octubre de 2011 (sobre esta sentencia, *Vid. infra* 4.3.1.).

⁸⁸ Así lo considera, ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del...”, ob. cit., pp. 7-8.

⁸⁹ STS núm. 622/2011, de 4 de octubre de 2011 (sobre esta sentencia, *Vid. infra* 4.3.1.).

a sí mismo o a una filial como administrador con lo que no habría comunicación que impedir. Todo ello, sin perjuicio de que el accionista deba incurrir en la correspondiente responsabilidad en caso de que haga un uso indebido de dicha información⁹⁰.

Lógicamente, el consejero dominical deja de estar amparado por la excepción, cuando estima que hay “probabilidades ciertas” de que la información confidencial pueda ser aprovechada o utilizada por el accionista con fines perjudiciales para la sociedad⁹¹. Al fin y al cabo, son la buena fe del consejero dominical y la prioridad del interés social las que determinan la licitud de la conducta del consejero⁹².

4.3. Jurisprudencia

Asimismo, la jurisprudencia reciente se inclina hacia una interpretación más flexible del deber de secreto. Ahora bien, el TS no deja de apreciar el riesgo que existe de que se filtre información a través del consejero dominical, especialmente, cuando el socio proponente es competidor de la sociedad administrada. A continuación, se analizan tres sentencias relacionadas con el tema estudiado.

4.3.1. *Fred Olsen (2011)*

Esta sentencia, a la que ya nos hemos referido, es quizás la más relevante a efectos de este trabajo⁹³. Se plantea ante los Tribunales una acción social de responsabilidad por infracción de los deberes de lealtad y secreto de dos miembros del consejo de administración, que trasladaron a otra sociedad, de la que eran socio único y director general, a su vez, información confidencial de la primera⁹⁴.

⁹⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El deber...”, ob. cit.

⁹¹ PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, ob. cit., p. 145.

⁹² ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del...”, ob. cit., p. 8.

⁹³ STS núm. 622/2011, de 4 de octubre de 2011 (RJ 2012\759). En segunda instancia, SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 28 de marzo de 2007 (AC\2007\894).

⁹⁴ Comentan esta sentencia ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del ...” ob. cit., pp. 5-6, y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Deber de secreto de los administradores”, *Almacén de Derecho*, diciembre 2011 (disponible en <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2011/12/deber-de-secreto-de-los-administradores.html>; última consulta 17/02/2019).

La sociedad administrada FRED OLSEN, S.A., demanda a los miembros del Consejo de Administración por los daños derivados de la utilización por parte de la compañía PETTER OLSEN A.S. de información y documentación confidencial de la primera, que le había sido facilitada por los demandados, a su vez socio único y director general de PETTER OLSEN A.S., que participa en el capital de FRED OLSEN S.A., habida cuenta de que tuvieron acceso a ella por su condición de consejeros de la sociedad administrada.

El conflicto que dio lugar a esta resolución surge en el seno de la compañía FRED OLSEN S.A., cuyo accionariado estaba compuesto por dos hermanos y sus correspondientes grupos familiares, de la siguiente forma: (i) D. Conrado ostentaba un 10% del capital social (GRUPO FRED); (ii) D. Emilio, a través de PETTER OLSEN A.S. (hoy FIRMAMENT A.S.) ostentaba otro 10% del capital social (GRUPO PETTER) y, finalmente, (iii) el restante 80% pertenecía a una sociedad controlada por el TRUST, al que los citados hermanos habían transmitido sus acciones, siendo ambos grupos beneficiarios por partes iguales. A su vez, el Consejo estaba formado, por:

- A. D. Conrado
- B. D. Conrado Jr. (el hijo de D. Conrado)
- C. D. Emilio
- D. D. Julián (director general de FIRMAMENT A.S.)
- E. Otros

Este consejo, con la ausencia de D. Conrado y de su hijo, y con el voto en contra de D. Emilio y D. Julián, aprobó en 2001 suscribir un contrato de fletamento del buque "BONANZA EXPRESS" con una de las empresas controladas por D. Conrado (FRED OLSEN EXPRESS LTD), infringiendo así el acuerdo del TRUST suscrito por las dos familias con el fin de que se comportara de forma neutral en relación con los intereses de ambos grupos. A grandes rasgos, dicho acuerdo prohibía las operaciones comerciales entre, por un lado, las empresas y entidades controladas por el TRUST y, por otro, las partes del acuerdo o las sociedades y entidades controladas por estas, sin el consentimiento de la otra parte.

Ese mismo año, PETTER OLSEN A.S. presentó una demanda en Noruega pidiendo la adopción de una medida cautelar con el fin de impedir la entrega del buque a FRED OLSEN EXPRESS LTD. Aunque el desarrollo del litigio finalizó por resolución desestimatoria, no consta que la actuación de los demandados ni la iniciativa emprendida

por la entidad PETER OLSEN A.S. ante el tribunal, provocase retrasos en la entrega del buque, ni tampoco que derivasen daños ni perjuicios materiales.

Fruto de ello, la junta general de FRED OLSEN S.A. adoptó en junio de 2004 un acuerdo para ejercitar la acción social de responsabilidad contra D. Emilio y D. Julián, en cuya ejecución se interpuso la demanda inicial del presente litigio.

La sentencia de primera instancia razonó que “no hubo incumplimiento del deber de secreto por parte de los demandados. Rasgado el velo, desaparecen en puridad el tercero y la divulgación, que son elementos del tipo”, desestimando, por lo tanto, la demanda. Por el contrario, la sentencia de segunda instancia sí sostuvo la deslealtad de los administradores, entendiendo que: (i) la entrega de información y documentación constituyó una vulneración del deber de secreto, al trasladar a un tercero información confidencial que los demandados habían obtenido con ocasión de su cargo de consejeros; (ii) la naturaleza confidencial de la información vino determinada por el uso perverso que se iba a hacer de la misma; (iii) el comportamiento iba dirigido expresamente a causar un perjuicio al interés social impidiendo el cumplimiento de los compromisos asumidos con un tercero, lo que podía causar un enorme daño a la sociedad, y (iv) el arrendamiento del buque resultó ser beneficioso para la empresa. No obstante, la sentencia declaró, en segundo término, la falta de prueba de la existencia de daño dimanante de la actuación de los administradores demandados. Como se verá, finalmente, el Tribunal Supremo declaró que no apreciaba una infracción del deber de secreto.

Es de aplicación al caso, el artículo 127 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, en la redacción vigente en el momento de desarrollo de los hechos litigiosos⁹⁵.

No obstante, a efectos de la sentencia, considera el Tribunal útil la previsión contenida en el antiguo artículo 232.1 LSC (*Vid supra* 3.2.2.), de cuyo análisis deduce que para que exista deber de confidencialidad es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

- (i). Que la información cualquiera sea su naturaleza –datos, informes o antecedentes– sea confidencial.

⁹⁵ Art. 127. Ejercicio del cargo. 1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. 2. Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones.

- (ii). Que el conocimiento de la información se haya adquirido “como consecuencia del ejercicio del cargo”, aunque no necesariamente en el ejercicio del mismo.
- (iii). Que la comunicación o divulgación sea apta para provocar consecuencias perjudiciales de cualquier tipo al interés social.

A estos requisitos añade el TS, la necesaria concurrencia de los siguientes elementos: (i) que la información se comunique o divulgue a terceros, y (ii) que quien reciba la información, no tenga derecho a ser informado.

Según el TS, para que tenga lugar la infracción del deber de secreto debe concurrir la “comunicación a tercero”, lo que no se aprecia cuando quien recibe la información es el socio único del socio proponente o su director general, como ocurre en este caso. Bajo esta consideración, no puede sostenerse que fueron los codemandados y no el propio Consejo quien informó a FIRMAMENT A.S., desde el momento en que el accionista único y el director general de la compañía no dejaron de serlo mientras asistían a la sesión del órgano de administración.

Al hilo de esto, el TS sostiene que coincide con la sentencia recurrida cuando afirma que “la vida societaria y el ordenado desarrollo de la actividad del consejo de administración de las sociedades de capital no están diseñados en nuestro sistema en régimen asambleario”, de forma, que no resulta precisa la información a los accionistas, aunque ostenten minorías relevantes e incluso mayorías, de los acuerdos a los que llega el órgano de administración. No obstante, puntualiza, que el deber de confidencialidad no tiene carácter absoluto y que, por lo tanto, no constituye “una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, de tal forma que admite ser modulado en función de los destinatarios”, especialmente cuando se trata de las llamadas operaciones de “tráfico peligroso”, que exigen, a excepción de supuestos singulares, “la información puntual y suficientemente detallada a los accionistas”, en aras de controlar las decisiones del órgano de administración.

Asimismo, se puede entender que el TS considera legítimo que los administradores informen a los accionistas al margen del ejercicio del derecho de información en determinadas circunstancias. El hecho de que el órgano de administración deba informar sobre la marcha de los asuntos sociales en el marco de la junta, no excluye que puedan intercambiar información fuera de este marco, máxime cuando esta información viene

exigida de forma expresa por un pacto parasocial, que sirve de control de la transparencia de la gestión y que, “si bien no vincula a la sociedad ni a los socios que no suscribieron el pacto, no puede ser totalmente ignorado sin faltar a los deberes de comportamiento de buena fe por quien tomó nota sin mostrar su oposición al mismo”, entendiéndose, para el caso particular, que quien tomó nota fue el TRUST⁹⁶.

Por otro lado, sostiene el TS que el deber de confidencialidad debe enmarcarse dentro de la lealtad a la sociedad, lo que puede exigir que se desvelen informaciones cuya ocultación precisamente pueda ser perjudicial para los intereses de la sociedad. Teniendo en cuenta que el administrador debe hacer todo lo razonable para evitar un perjuicio al interés social (artículo 237 LSC), su actuación no debe encauzarse necesariamente por la vía de impugnación de acuerdos del consejo, siendo razonable una pretensión, que al contrario de lo que se argumenta, no se dirigía a impedir el cumplimiento de lo contratado por la sociedad, ya que no fue la sociedad administrada la demandada ante los tribunales noruegos⁹⁷.

En definitiva, la sentencia comentada contribuye a sentar jurisprudencia sobre la aplicación del deber de secreto de los administradores. Concretamente, considera que no se cumple el requisito de “comunicación a tercero” cuando los consejeros son, a su vez, el socio único y director general del socio proponente, concluyendo, por lo tanto, que no hay vulneración del deber de secreto. No obstante, a falta de una referencia general a los consejeros dominicales, persisten las dudas en lo que respecta a aquellos consejeros a quienes no les corresponde el control o la representación orgánica del socio proponente⁹⁸.

⁹⁶ Véase ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Deber de secreto de los administradores”, ob. cit.

⁹⁷ Así lo considera PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, ob. cit., p. 51, recogiendo entre las diversas circunstancias que justifican la excepción al deber de secreto: “[...] el propio deber de lealtad exige que se desvelen informaciones cuya ocultación puede ser perjudicial para la sociedad; recuérdese que el administrador está obligado a hacer ‘todo lo conveniente para evitar daño’ a la sociedad (art. 237 LSC), lo que puede incluso exigir que la haga pública para impugnar acuerdos (STS 4-X-2011 (RJ 2012\759))”.

⁹⁸ ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del...”, ob. cit., pp. 6-10, sostiene que, no hay en dicha sentencia un reconocimiento expreso de que los consejeros dominicales pueden compartir la información con los socios proponentes, pero sí parece deducirse, que la transmisión de información puede venir justificada por el interés social. En su opinión, asumiendo que sí existiese comunicación a tercero, el consejero dominical solo podría transmitir información confidencial de la sociedad administrada al socio proponente si es de buena fe y en interés de dicha sociedad.

4.3.2. *Acciona vs. FCC (2005)*

En este caso, se plantea ante los Tribunales el cese de tres miembros del consejo de administración nombrados por el sistema de representación proporcional, dada la existencia de una situación de conflicto de intereses entre el socio proponente y la sociedad en la que se pretende desempeñar el cargo de consejero⁹⁹.

ACCIONA –titular del 15,055% del capital social de FCC– interpone demanda contra FCC, de impugnación de acuerdo social, adoptado por la junta general ordinaria de accionistas de ACCIONA, por el que se acuerda destituir a tres consejeros designados por FCC mediante el sistema de representación proporcional. Se solicita en la demanda la nulidad de pleno derecho de los acuerdos sociales impugnados por violación del derecho de representación proporcional del art. 137 (actual artículo 243 LSC) en relación con el art. 132.2 (actual artículo 224.2 LSC) de la hoy derogada LSA. La actora fundamenta la demanda en que no puede apreciarse justa causa para la separación, que de hecho frustra el efectivo ejercicio del derecho de representación proporcional en el consejo de administración, por el mero hecho de ser el socio proponente una sociedad competidora.

Al caso en cuestión, es de aplicación el artículo 132.2 LSA, en virtud del cual “los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general”.

La sentencia de primera instancia validó la decisión de la junta al constatar la existencia de justa causa para la separación al amparo del art. 132.2 LSA. Siendo ACCIONA competidora de FCC, es “lógico y más que presumible” que las personas nombradas “sean como mínimo simpatizantes o afines” a ella, de forma que el lazo que les une con ACCIONA “contamina en mayor o menor medida la actuación de éstos en el cargo”, pese a que “tengan unas intenciones irreprochables”.

⁹⁹ SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 14 de diciembre de 2005 (AC 2007\12).

Se discute, en apelación, si por el mero hecho de proceder al nombramiento, por este sistema, una sociedad competidora, puede ser apreciada una justa causa de separación, por tener dichos consejeros “bajo cualquier forma, intereses opuestos a los de la sociedad” (artículo 132.2 LSA). Es decir, no se trata tanto de determinar si, por la mayoría, se ha impedido el ejercicio de un derecho que la ley reconoce a la minoría como es el del nombramiento por el sistema de representación proporcional, sino de enjuiciar si en los administradores nombrados por dicho sistema concurre la repetida causa de incompatibilidad, constituyendo una justa causa de separación.

Resulta claro que ACCIONA y FCC son sociedades directa y efectivamente competidoras, fundamentalmente, en el sector de la construcción y servicios, circunstancia que, “conocida y próxima al hecho notorio, no niega la actora”.

La doctrina viene sosteniendo, que la facultad de la junta general de separar *ad nutum* a los administradores conforme al artículo 131 LSA (actual artículo 223.1 LSC) encuentra un límite en el derecho de representación proporcional de las minorías recogido en el artículo 137 LSA. Sin embargo, no excluye que puedan ser separados dichos administradores mediando justa causa, entre ellas, la que consagra el artículo 132.2 LSA¹⁰⁰. En el caso en cuestión, la junta general constató que dichos administradores tenían “bajo cualquier forma, intereses opuestos a los de la sociedad”, habida cuenta de que el socio proponente era competidor.

Añade la sentencia, que no cabe duda de que, en contraste con la facultad de separación *ad nutum* que consagra el artículo 131 LSA, el cese de los administradores del artículo 132.2 LSA, se configura no como un derecho potestativo de la mayoría, sino más bien como un mecanismo de defensa del interés social que el legislador concede a la junta general. Así, la garantía del derecho de representación proporcional viene dada por la posibilidad de impugnar el acuerdo de cese, de la misma manera que podría ser impugnado el acuerdo de sentido contrario, relativo al mantenimiento del nombramiento, ya sea por contravenir la norma o el interés social.

¹⁰⁰ Cfr. SÁEZ LACAVE, M. I., “Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios”, *Indret*, julio 2012, pp. 19-24 (disponible en <http://www.indret.com/pdf/917.es.pdf>; última consulta 20/03/2019).

Además, señala que, al contrario del cese por las prohibiciones legales del artículo 124 LSA (actual artículo 213 LSC), que opera de forma obligatoria, la ley relega en el caso del artículo 132.2 LSA a la junta general la apreciación de la existencia o no del conflicto de intereses, que, siendo una cuestión subjetiva, atiende al interés privado de la sociedad. En tales casos, el control judicial, ante la acción de impugnación de un acuerdo de separación, conllevará la fiscalización de la decisión de la junta, verificando si el interés opuesto, aducido como fundamento del acuerdo social, efectivamente existe y cuál es su valoración. La técnica de enjuiciamiento apropiada para ello será la ponderación de intereses, comprobando si efectivamente el interés invocado puede ser entendido como tal y si posee un mayor peso que el derecho de la minoría de nombrar consejeros por el sistema de representación proporcional.

De importancia central para el tema del trabajo, sostiene el Tribunal respecto al derecho de representación proporcional, que no puede desconocerse que la verdadera importancia de dicha facultad reside “no ya en una gestión compartida, en la práctica generalmente imposible, sino sobre todo en la información y control que a través del representante de la minoría puede obtenerse y ejercitarse en el consejo de administración”. Esos poderes, especialmente el de información, en manos de los administradores nombrados por un socio proponente competidor, “sirven de plataforma idónea, en abstracto, para perjudicar el interés social y crean las condiciones adecuadas para el desarrollo de prácticas desleales, falseando igualmente la libre competencia”, afirmación que se fundamenta en datos objetivos y, que es, inevitable.

Por este motivo, el art. 132.2 LSA opera, *ex ante*, a modo de tutela preventiva del interés de la sociedad. Es decir, sin necesidad de que el conflicto se materialice concretamente en el ejercicio del cargo, ni de que efectivamente se lleguen a infringir los deberes de lealtad y confidencialidad¹⁰¹.

Especialmente interesante es la reflexión que hace el ponente sobre el vínculo existente entre el consejero dominical y el socio proponente. Tras su nombramiento, todos los administradores asumen, por disposición legal, una obligación de lealtad hacia la

¹⁰¹ Al respecto, SÁEZ LACAVE, M. I., “Nombramiento y...”, p. 35-36, no comparte esta solución, por entender que el cese del artículo 224.2 LSC debe ser justamente de carácter extraordinario. En este sentido, pone de relieve que, no se ha comprobado que los beneficios del cese preventivo de estos administradores sean superiores a los costes de dejar a los socios minoritarios sin representación. Asimismo, una interpretación en sentido amplio de este mecanismo de cese resulta en el oportunismo de los socios de control.

sociedad que se traduce en la postergación de los intereses personales del socio, atendiendo únicamente al interés de la sociedad. Sin embargo, como ya se ha puesto de relieve, el artículo 132.2 LSA, en relación con el 137 LSA, opera de manera preventiva, permitiendo considerar los intereses que los consejeros dominicales representan y que han determinado su nombramiento, bastando la constatación de un riesgo o peligro para el interés de la sociedad. Asimismo, no es equiparable la unión entre el socio proponente y el administrador dominical al de “un mandato *sui generis* matizado por facultades decisorias, y no sólo de gestión, que facultan al mandatario para situarse en un plano superior y neutral respecto de los intereses del *dominus*, como pudiera ser el mandato arbitral”, ya que en este caso subsiste la facultad del mandante de revocar el nombramiento, generando así un vínculo “más o menos perceptible, consustancial y genético, y en este caso constitutivo de un dato objetivo que revela un conflicto de intereses, por representar los de una sociedad competidora”, independientemente de que los nombrados se comprometan a actuar con independencia y sin ajustarse a las instrucciones del socio proponente, que puede destituirlos.

Concluye la sentencia que, en el caso en cuestión, fue correctamente activado por la junta general el artículo 132.2 LSA, no siendo necesario para apreciar el conflicto un ejercicio presuntivo, pues basta con constatar un dato objetivo como es la fuente del nombramiento, que “se erige por sí solo, en circunstancia que integra el supuesto de hecho de la norma”. Prevalece así el interés de la sociedad sobre el derecho de representación proporcional de la minoría de formar parte del consejo de la sociedad competidora.

La sentencia comentada contribuye a sentar doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del mecanismo preventivo de cese de administradores, en este caso, nombrados por el sistema de representación proporcional, con motivo de la condición de competidor del accionista que los nombra. En lo que atañe a este trabajo, tiene especial relevancia la consideración del vínculo estrecho que existe entre el socio proponente y el consejero dominical, así como la valoración del riesgo de la infracción del deber de guardar secreto, cuando el ponente defiende que el artículo 132.2 LSA opera, *ex ante*, a modo preventivo, “sin necesidad de que el conflicto se materialice concretamente en el ejercicio del cargo, ni de que efectivamente se lleguen a infringir los deberes de lealtad y confidencialidad”.

En definitiva, la justificación de que el ejercicio del derecho de representación proporcional quede sujeto a este límite sustantivo se encuentra en la denominada,

“vinculación funcional” entre el consejero dominical y el accionista relevante que lo nombra¹⁰². Cuando el accionista concurre en un conflicto de intereses estructural, como es el de competencia, se produce la extensión automática de dicha situación en el consejero nombrado¹⁰³. Es decir, una eventual sustitución del consejero dominical por otro designado por el mismo socio, no resolvería el grave problema inherente a tener un competidor en el consejo de administración de la sociedad, siendo suficiente que la incompatibilidad concorra en el socio proponente. Ahora bien, esta vinculación en vez de denominarse “vinculación funcional” debería denominarse “vinculación de intereses”, en tanto que, a pesar de que aquellos consejeros deberían desempeñar de una manera efectiva la función de supervisión del consejo, lo harán “en interés” de la minoría relevante que les ha nombrado¹⁰⁴.

4.3.3. ACS vs. Iberdrola (2014)

Se plantea ante los Tribunales la destitución de un administrador nombrado por el sistema de representación proporcional, dada la existencia de una situación de conflicto de intereses entre el accionista que lo nombra y la sociedad en la que pretende desempeñar el cargo de consejero¹⁰⁵. El riesgo de que los consejeros nombrados por este sistema compartieran información con los socios proponentes, competidores de la sociedad administrada, motivó que los tribunales considerarán válido el cese de dichos administradores.

RMC –titular del 6,194% del capital social de IBERDROLA S.A. y participada íntegramente por ACS– interpuso demanda contra IBERDROLA, de impugnación de

¹⁰² Sobre el reproche que merece esta tesis, SÁEZ LACAVE, M. I., “Nombramiento y...”, ob. cit., pp. 43-44.

¹⁰³ Al respecto, ARANBURU URIBARRI, “Alcance del...”, ob. cit., p. 7, apunta que, aunque el consejero dominical no pueda considerarse una persona vinculada al socio proponente a efectos del artículo 231 LSC, puede entenderse que concurre en el administrador un deber de abstención derivado de un conflicto “indirecto” de intereses. Para mayor exhaustividad, véase PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, ob. cit., pp. 118-135.

¹⁰⁴ IRACULIS ARREGUI, N., “Cese del administrador nombrado por accionista competidor”, en *Conflictos de interés del socio*, Marcial Pons, 2013, pp. 172-178. Sobre este supuesto especial de cese del administrador, véase GUERRA MARTÍN, G., “La separación...”, ob. cit.

¹⁰⁵ STS núm. 609/2014, de 11 de noviembre de 2014 (RJ 2014\6459). En segunda instancia, SAP de Vizcaya (Sección 4ª), de 20 de enero de 2012 (AC 2012\288). En primera instancia, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 26 de enero de 2011 (JUR 2011\47776).

acuerdos sociales, adoptados por la junta general ordinaria de accionistas de IBERDROLA, por los que se acuerda destituir a los consejeros designados por RMC mediante el sistema de representación proporcional. Se solicita en la demanda la nulidad de pleno derecho de los acuerdos sociales impugnados por violación del derecho de representación proporcional del art. 137 en relación con el art. 132.2 de la hoy derogada LSA.

La sentencia de primera instancia, comienza definiendo el concepto de sociedad competidora. A continuación, el ponente apunta que, entre las circunstancias del caso a tener en cuenta, está la especial intensidad del conflicto, que habrá de medirse atendiendo al interés de la sociedad en cuyo consejo de administración quiere participar la competidora. A estos efectos, lo relevante será comprobar si dichas actividades de la sociedad que compite con la administrada tienen la capacidad como para “erigirse en un riesgo para el interés social” de esta última. Es decir, no puede entenderse amparado en la ley el cese del administrador cuando la lesión o el riesgo para interés social sean mínimos. En dicho caso, deberá respetarse el derecho de representación proporcional de la minoría, acudiendo a los deberes de lealtad del administrador designado y, especialmente, a su obligación de abstención de los asuntos en los que tenga un conflicto de intereses.

En el caso en cuestión, se llega a la conclusión de que los grupos ACS e Iberdrola concurren en los sectores de energías renovables e ingeniería industrial, además de existir riesgo de competencia en otras áreas de negocio como son el vehículo eléctrico o los servicios de ahorro energético. Una vez delimitadas las áreas de concurrencia, cabe valorar la intensidad del conflicto. A propósito de ello, el PROF. HUGO (Catedrático de Organización de Empresas de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona) en su "Informe económico-empresarial sobre el conflicto de competencia entre ACS e Iberdrola", aportado con la demanda, defiende que la presencia del representante de ACS en el consejo de IBERDROLA originaría un grave riesgo para el interés social de esta en lo relativo a competencia. Ello, por una posible fuga de información relevante para la competencia entre las dos sociedades y por un peor funcionamiento del órgano de administración. Asimismo, añade que el riesgo no sería evitable mediante la abstención de los asuntos en que el consejero designado por la competidora tuviese un conflicto de interés, habida cuenta de que “no habría previsibilidad de ‘acotabilidad’ de los conflictos en la mayor parte de las ocasiones”, de manera que podría acabar en manos de uno de los

competidores de IBERDROLA información estratégica relevante de esta, además de dificultar este mecanismo el buen funcionamiento del consejo de administración. Por si fuera poco, no se aprecian daños para ACS y el hipotético beneficio que podría obtener esta sociedad con su presencia en el consejo resulta insuficiente para justificar el riesgo sustancial que la representación supone para el interés social de IBERDROLA. Atendiendo a estos argumentos, el cese del representante, acordado por la mayoría de los accionistas de IBERDROLA, responde a una evaluación razonable y fundada de los intereses en conflicto.

La demanda es íntegramente desestimada, al concluir el tribunal que el acuerdo de la junta general es justificado. En consecuencia, ordena el cese del consejero designado por ACS. Por otro lado, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestiman los recursos de apelación, y de infracción procesal y extraordinario, respectivamente, respaldando el pronunciamiento de primera instancia.

De este caso, resulta interesante la cuidada construcción que se hace en primera instancia sobre el fundamento del artículo en cuestión (art. 132.2 LSA), entendiendo que¹⁰⁶:

- (i). El derecho de destitución del administrador lejos de ser una vulneración del derecho de representación proporcional del accionista es lícito, siempre y cuando, la junta general acuerde el cese con la finalidad perseguida por la norma, que es la protección del interés social. En este sentido, la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 14 de diciembre de 2005, en el asunto ACCIONA vs. FCC, apunta que en la aplicación del artículo 132.2 LSA “prevalece, en fin, el interés de la sociedad sobre el derecho de la minoría de referencia a introducirse en el consejo de administración de la sociedad competidora”.
- (ii). Este derecho no constituye una sanción por competencia ilícita, sino una medida preventiva, por lo que ha de valorarse tanto la competencia actual como la futura, derivada de las inversiones previstas por la sociedad competidora en los sectores o áreas de negocio en conflicto. En este sentido, señala la sentencia: “el perjuicio derivado de la presencia de un competidor en el consejo viene implícito en la

¹⁰⁶ LUCEÑO OLIVA, J. L., “Consejero y competidor (comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 26 de enero de 2011. Caso Iberdrola-ACS)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 819, 2011 (disponible en <http://aranzadi.aranzadigital.es/maf/app/document?docguid=16d271240883b11e086b001000000000&sruid=i0ad82d9b000001693a5e543e4657825b&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>; última consulta 13/02/19).

propia prevención legal de una medida de salvaguarda del interés social (artículo 132.2 LSA)”, excluyendo así la necesidad de acreditar el perjuicio.

Las sentencias comentadas contribuyen a sentar jurisprudencia clara sobre la aplicación del mecanismo de cese de administradores por la junta general de una sociedad competidora, previsto en la legislación societaria, así como los términos en que va a ser valorada por nuestros tribunales la situación de competencia. En relación al tema objeto de este trabajo, pone de manifiesto que el riesgo de que los consejeros dominicales puedan compartir información con el socio proponente, en este caso, competidor de la sociedad administrada, ha motivado el cese de dichos administradores nombrados por el sistema de representación proporcional.

4.4. Recomendaciones ante la inseguridad jurídica asumida por el consejero dominical

Expuesta la problemática que gira en torno a esta cuestión, corresponde valorar distintas formas para hacer frente a la inseguridad jurídica a la que se exponen estos administradores cuando comparten información con el socio proponente. Al respecto, sería recomendable que el alcance del deber de secreto de estos administradores, se detallase expresamente o bien en acuerdos específicos de confidencialidad, o en las cartas de nombramiento, así como en el reglamento del consejo, incluyendo, a título meramente enunciativo: (i) aquella información que tenga carácter confidencial; (ii) aquellas personas, a quienes pueda trasladarse dicha información confidencial previendo, aquí, el caso específico de los consejeros dominicales; (iii) el plazo durante el cual será exigible la reserva y, (iv) las consecuencias de la infracción del deber de secreto.

4.4.1. Pactos de confidencialidad

En sus relaciones contractuales, es muy común que las partes expresen compromisos de confidencialidad sobre ciertas informaciones, constituyendo la solución más simple y económica. Un pacto de confidencialidad entre el consejero dominical y la sociedad puede ser una herramienta útil para delimitar qué cuestiones quedan amparadas por el deber de secreto, el plazo de vigencia de este deber, las excepciones a su cumplimiento,

así como las consecuencias derivadas de su infracción¹⁰⁷, incluyendo, por ejemplo, una cláusula penal¹⁰⁸. Indudablemente, la obligación general del administrador de guardar secreto se vería reforzada si se encontrase prevista de forma expresa en un pacto de confidencialidad.

4.4.2. Reglamento del consejo

El reglamento del consejo incluye normalmente una cláusula relativa al deber de confidencialidad, sin embargo, suele ser muy general, incluyendo meros principio de actuación.

En la mayoría de los casos, estas cláusulas se limitan a reproducir el artículo 228 b) LSC. También es común, encontrar una referencia expresa a la excepción por autorización o requerimiento de la ley, así como a la obligación de guardar secreto una vez haya cesado el administrador en el cargo. Además, resulta interesante que muchas de estas cláusulas recogen expresamente el supuesto del representante persona física del administrador persona jurídica.

Aunque en la práctica el reglamento del consejo no tenga el mismo carácter coercitivo que un pacto de confidencialidad, sería conveniente concretar los supuestos en que está permitido comunicar dicha información confidencial a un tercero previendo, específicamente, el caso del consejero dominical, para paliar así la inseguridad jurídica a la que se exponen estos administradores.

4.4.3. Carta de nombramiento

Para garantizar la transparencia de la condición de consejero dominical, se recomienda que estos consejeros revelen su condición de tales, así como el interés del socio proponente, dejando constancia, especialmente en el ámbito de las sociedades cotizadas, de las expectativas del accionista al que representa, de las circunstancias que consultará

¹⁰⁷ FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit., pp. 48-53. Sobre esta cuestión, PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, ob. cit., apunta que, para “evitar los eventuales errores de los consejeros en el juicio de confidencialidad” ya no será necesario suscribir específicos pactos de confidencialidad, como sucedía en la STS 4-X- 2011. La ley ya provee un “pacto general de confidencialidad”.

¹⁰⁸ Así lo considera, ARANBURU URIBARRI, “Alcance del...”, ob. cit., pp. 9-10. Comparte esta idea, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob. cit., p. 410.

con él y de que le trasladará información confidencial de la compañía, pidiendo al socio que guarde secreto sobre esta. Asimismo, se aconseja que las comisiones de nombramientos desarrollen políticas más completas sobre los consejeros dominicales, haciendo referencia expresa a los conflictos de interés que puedan surgir. Especialmente útil puede resultar la formalización de una “carta de nombramiento” para garantizar la independencia del administrador, en la que el socio proponente deje constancia formal de que, aunque espera que el consejero dominical tenga en cuenta sus intereses, es consciente y acepta que dicho consejero no está obligado a actuar conforme a sus indicaciones¹⁰⁹. Igualmente, en el marco de esta carta, pueden suscribir un acuerdo de confidencialidad el consejero dominical y el socio proponente, de forma que el accionista asuma el compromiso de no hacer uso ni de comunicar la información confidencial que le haya proporcionado el consejero dominical¹¹⁰.

Ello al margen de que, cabe propugnar un deber implícito del socio de guardar secreto de las informaciones confidenciales, cuya divulgación o comunicación a terceros ajenos a la sociedad pueda perjudicar el interés social¹¹¹. Esta obligación en todo caso podrá ser, además, objeto de regulación estatutaria o acordarse mediante pactos parasociales que contengan acuerdos de confidencialidad¹¹².

¹⁰⁹ PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, ob. cit., pp. 105-106.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 143-144.

¹¹¹ Sobre esta cuestión, IRACULIS ARREGUI, N., “Cese del...”, ob. cit., pp. 50-55, sostiene que el deber de lealtad del socio encuentra su origen en el contrato de sociedad y en el principio de buena fe aplicado a las relaciones del socio con la misma, sustentándose en los artículos 7 y 1258 CC. Así lo considera también, GARNACHO CABANILLAS, L., “Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52, enero-abril 2018, pp. 171-172.

¹¹² GARCÍA ÁLVAREZ, B., “El deber...”, ob. cit., p. 11.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA. – Del alcance objetivo del deber de secreto:

Con la reforma de la LSC en 2014, el legislador pretende ampliar el ámbito objetivo del deber de secreto de los administradores, sin embargo, una interpretación literal del precepto puede llevar a imponer al administrador obligaciones desmesuradas para un representante leal. Por ello, se entiende que queda amparada bajo el deber de secreto toda la información privada, salvo aquella que sea trivial, aplicándose los criterios de relevancia y razonabilidad. Asimismo, lo determinante para atribuir el carácter confidencial a la información es la existencia de un interés legítimo en mantenerla en secreto por su valor para la sociedad. Cabe distinguir al menos tres excepciones al deber de secreto: en primer lugar, cuando la ley permita o requiera la transmisión de información; en segundo lugar, aquellos casos en los que la comunicación encuentre justificación en la gestión diligente y leal de la sociedad, y, por último, cuando la puesta en conocimiento de la información venga exigida por razones de orden público.

SEGUNDA. – Del alcance subjetivo del deber de secreto:

Es posición mayoritaria en la doctrina que el deber de secreto recae sobre todos los administradores, independientemente de la estructura del órgano de administración y del sistema utilizado para su nombramiento, a la luz de la literalidad del precepto que regula el deber de secreto. Asimismo, se extiende el deber de confidencialidad al administrador de hecho. Sí se prevé, en cambio, una excepción para el caso del representante persona física del administrador persona jurídica en relación a la información que traslade a este último. Especial atención merece la aplicación de este deber al consejero dominical, que, en principio, y desde un punto de vista estrictamente normativo, está sujeto al deber de secreto, sin excepción alguna.

TERCERA. – Del alcance funcional del deber de secreto:

La infracción del deber de guardar secreto se puede entender tanto en un sentido positivo, cuando se transmite la información a un tercero, como negativo, cuando se permite o no se impide el acceso a la información confidencial. Comúnmente, se distinguen dos conductas infractoras: la divulgación y la comunicación. Mientras que en el primer supuesto la información pasa a ser de dominio público, en el segundo la información es conocida por un tercero, lo que no implica que pierda necesariamente su carácter confidencial. Cabe destacar que la comunicación no tiene que ser verbal, bastando con

entregar el soporte que contiene la información, así como facilitar el acceso a la misma. Además, la intención del administrador es irrelevante, infringiéndose el deber independientemente de lo que motivó dicha vulneración.

CUARTA. – De la insuficiencia de cauces para exigir la responsabilidad:

Actualmente existe una escasísima litigiosidad en lo que al deber de lealtad respecta, lo que merma no solo su capacidad preventiva, sino también su eficacia orientativa al impedir que la jurisprudencia vaya nutriendo las insuficientes indicaciones legislativas. Son tres los principales obstáculos que dificultan la litigación: (i) las elevadas exigencias de legitimación para promover una acción social de responsabilidad; (ii) la opacidad de las situaciones conflictivas, y (iii) las dificultades de prueba en esta materia.

QUINTA. – Del debate en torno al deber de secreto del consejero dominical:

Es una opinión generalmente aceptada en la doctrina que el deber de lealtad recae sobre el consejero dominical de la misma forma que sobre el resto de administradores. Sin embargo, resulta complicado para estos consejeros cumplir con el deber de secreto en la práctica, dada la “vinculación funcional” que existe entre estos administradores y los socios proponentes. En contra de una postura permisiva, los autores sostienen que además de no existir una excepción expresa en la ley, sería injusto que estos administradores pudiesen informar a los socios minoritarios de aspectos confidenciales que los socios mayoritarios ignorarían. Asimismo, pese a existir una relación de especial confianza entre el administrador dominical y el socio que lo propone, debe prevalecer en todo caso el deber de lealtad del administrador hacia la sociedad. Por otro lado, el flujo de información no parece imprescindible, habida cuenta de que el administrador no está sujeto a las instrucciones del socio proponente, debiendo actuar con independencia y en interés del fin social. Sin embargo, la doctrina más reciente se inclina por una interpretación más flexible sobre esta cuestión. Así, considera que el deber de guardar secreto no es absoluto, encontrando justificación el traslado de información confidencial por parte de estos consejeros, por ser funcional a su rol, lo que resulta inevitable y consustancial a su cargo en la práctica. Otros autores matizan esta postura considerando que esta posibilidad requiere que la relación sea pública y que el intercambio de información sea sobre la base de un consentimiento expreso o tácito por parte de la sociedad administrada o del interés social. Asimismo, se considera que, si el consejero puede recibir sugerencias o indicaciones por parte del socio proponente, es necesario que exista un flujo de información. Optando por esta postura, parece lógico que, por regla general, pueda

compartir información el administrador dominical con el socio proponente, siempre y cuando lo haga de buena fe y en interés de la sociedad y, además, cuando no exista un conflicto entre el deber de lealtad del administrador hacia la sociedad y los deberes fiduciarios respecto del socio proponente, debiendo prevalecer aquel en todo caso.

SÉXTA. - De la jurisprudencia sobre el deber de secreto del consejero dominical:

No existe en la jurisprudencia un pronunciamiento claro al respecto. El TS en su sentencia de 4 de octubre de 2011 (RJ 2012/759), consideró que no había infracción del deber de secreto, pues no concurría la “comunicación a tercero”, habida cuenta de que los consejeros dominicales demandados eran, a su vez, el accionista único y director general del socio proponente a quien llegó la información. Es cierto que el tribunal declaró que el deber de secreto no tiene carácter absoluto, admitiendo ser modulado en función de los destinatarios, pero no existe una referencia general en dicha sentencia a los consejeros dominicales. Sí contempla el TS, en cambio, que puedan desvelarse informaciones cuya ocultación pueda ser perjudicial para el interés social, de acuerdo con el artículo 237 LSC, y asumiendo que el deber de secreto debe enmarcarse dentro de la lealtad a la sociedad. Por otro lado, la AP de Barcelona en su sentencia de 14 de diciembre de 2005 (AC/2007/12), sostiene que el derecho de representación proporcional no excluye que los administradores nombrados por este sistema puedan ser separados, cuando bajo cualquier forma, tienen intereses opuestos a los de la sociedad (artículo 224.2 LSC). El tribunal consideró válido el cese de tres miembros del consejo de administración apreciando el riesgo de que los administradores compartieran información con el socio proponente, a su vez, competidor de la sociedad. Señala el Tribunal, que incluso si el consejero dominical se comprometiese a actuar con independencia, existiría un riesgo inevitable de lesión al interés social, fruto de la “vinculación funcional” que existe entre el consejero dominical y el socio proponente. En el mismo sentido, el TS en sentencia de 11 de noviembre de 2014 (RJ 2014\6459), sostiene la existencia de un riesgo grave para el interés social derivado de la posible fuga de información relevante para la competencia, dada la relación de especial confianza entre el consejero dominical y el socio proponente. Estas dos últimas sentencias siendo relevantes por la reflexión que hacen sobre el vínculo existente entre el administrador dominical y el socio proponente, así como por la valoración del riesgo de infracción del deber de secreto en el marco de esta relación.

SÉPTIMA. – De la inseguridad jurídica asumida por los consejeros dominicales:

A *priori*, no existe en la legislación societaria ni en la jurisprudencia una excepción general al deber de secreto de los consejeros dominicales, lo que se traduce en un importante grado de inseguridad jurídica para estos administradores cuando comparten información con el socio proponente, resultando inevitable en la práctica. Además, pese a ser un tema recurrente en la *praxis* societaria, tanto la doctrina como la jurisprudencia al respecto son escasas. Aunque la doctrina se inclina por una postura cada vez más flexible al respecto y el Tribunal Supremo parece admitir la modulación del deber de secreto, sería recomendable delimitar el alcance de este deber y, concretamente, respecto de los consejeros dominicales, o bien en un pacto de confidencialidad entre el consejero dominical y la sociedad, o bien en una “carta de nombramiento”, en el reglamento del consejo o en políticas más completas sobre los consejeros dominicales elaboradas por la comisión de nombramientos.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Deber de secreto de los administradores”, *Almacén de Derecho*, diciembre 2011 (disponible en <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2011/12/deber-de-secreto-de-los-administradores.html>; última consulta 17/02/2019).

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los administradores sociales: introducción”, *Almacén de Derecho*, julio 2018 (disponible en <https://almacenederecho.org/los-administradores-sociales-introduccion/>; última consulta 16/02/2019).

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El deber de secreto de los administradores sociales”, *Almacén de Derecho*, agosto 2018 (disponible en <https://almacenederecho.org/deber-secreto-los-administradores-sociales/>; última consulta 14/01/2019).

ALFONSO SÁNCHEZ, R., “La obligación del administrador de guardar secreto: entre el deber de diligencia y el deber de lealtad”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, núm. 3, 2016, pp. 457-472.

ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2016 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Idcb262008b6311e6803601000000000&srguid=i0ad82d9b000001690f8794932c680a93&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>; última consulta 14/01/2019).

CASTELLANO RAMÍREZ, M. J., “El deber de secreto”, en Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.), *Comentario a la ley de sociedades de capital*, tomo I, Thomson Reuters, 2011, pp. 1664-1674.

FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, 2001.

FELIU REY, J., “El deber de secreto de los administradores”, en Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 613-648.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia”, en Rodríguez Artigas, F. (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, volumen II, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 991-1028.

GARCÍA ÁLVAREZ, B., “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: Un conflicto abierto”, *Revista Derecho de los Negocios*, núm. 254, noviembre 2011, pp. 7-23.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., “El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad”, *Publicaciones Uría Menéndez*, 2015 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4769/documento/20151111foro.pdf?id=5962>; última consulta 16/02/2019).

GARNACHO CABANILLAS, L., “Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52, enero-abril 2018, pp. 161-190.

GUERRA MARTÍN, G., “La separación de consejeros dominicales por conflicto de intereses del accionista al que están vinculados”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 272, 2009 (disponible en [http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I0a516920ccc411e2aed4010000000000&srguid=i0ad6adc500000169636f99efbcd0847b&src=withinResuts&spos=14&epos=14&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#](http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I0a516920ccc411e2aed401000000000&srguid=i0ad6adc500000169636f99efbcd0847b&src=withinResuts&spos=14&epos=14&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#); última consulta 09/03/2019).

HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 (RLC 2014, 1613) para la mejora del gobierno corporativo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 138, abril-junio 2015, pp. 49-106.

IRACULIS ARREGUI, N., “Cese del administrador nombrado por accionista competidor”, en *Conflictos de interés del socio*, Marcial Pons, 2013.

LUCEÑO OLIVA, J. L., “Consejero y competidor (comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 26 de enero de 2011. Caso Iberdrola-ACS)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 819, 2011 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I6d271240883b11e086b0010000000000&srguid=i0ad82d9b000001693a5e543e4657825b&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#>; última consulta 13/02/19).

MATEU DE ROS CERREZO, R., “Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 47, 2016 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ie2ec6400b76d11e6a67b010000000000&srguid=i0ad82d9a0000016919eb26e38fb1bda1&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#>; última consulta 10/09/2018).

PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret*, 2003 (disponible en http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf; última consulta 10/02/2019).

PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 39, 2015, pp. 43-65 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766>; última consulta 14/01/2019).

PAZ-ARES, C., “Identidad y diferencia del consejero dominical” en Juste Mencía, J. y Espín Gutiérrez, C. (coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber abicorum*, Fernando Rodríguez Arigas, Guadencio Esteban Velasco, tomo II, Aranzadi, 2017, pp. 39-191.

RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, 2010.

RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, enero-junio 2012, pp. 73-154.

SÁEZ LACAVE, M. I., “Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios”, *Indret*, julio 2012 (disponible en <http://www.indret.com/pdf/917.es.pdf>; última consulta 20/03/2019).

SÁNCHEZ CALERO, F., “El deber de secreto de los miembros del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 34, 2004, pp. 246-267.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Acción social y acción individual de responsabilidad”, en *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, 2007, pp. 365-428.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos en los que no opera el deber de secreto”, en *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, 2007, p. 215-221.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad”, en *Estudios sobre el futuro del Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 894-917 (disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21008/reformadeberesadministradores_sanchez-caleroguilarte RIO 2015.pdf; última consulta 10/02/2019).

SUÁREZ RUBIO, S. M., “El deber de secreto de los administradores de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 45, 2015, pp. 359-385.

VELOSO CARO, J., “El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)”, en Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, 2015, pp. 427-466.

VV.AA., “Estudio relativo a los consejeros microdominicales”, *Guías Uría Menéndez*, enero 2018, (disponible en https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5486/documento/Estudio_consejeros_microdominicales.pdf?id=7182; última consulta 15/01/2019).

LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, pp. 33987-34058.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE, núm. 10, de 11 de enero 1991, pp. 959-962.

Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. BOE, núm. 171, de 18 de julio de 2003, pp. 28046-28052.

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. BOE, núm. 293, de 4 de diciembre de 2014, pp. 99793-99826.

Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2019, pp. 16713-16727.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE, núm. 161, de 3 de julio de 2010, pp. 58472-58594.

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2015, pp. 100356-100541.

Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea. BOE, núm. 252, de 20 de octubre de 2007, pp. 42692-42708.

BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A, 30 de mayo de 2014, núm. 97-1 (disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-97-1.PDF; última consulta 19/02/2019).

Informe Olivencia. *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas*. Madrid, 26 de febrero de 1998 (disponible en <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>; última consulta 24/03/2019).

Informe Aldama. *Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas*, de 8 de enero de 2003 (disponible en <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>; última consulta 24/03/2019).

Informe de 14 de octubre de 2013, elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo (disponible en http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CEGC_EstModif_20131014.pdf; última consulta 19/02/2019).

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal Supremo:

STS núm. 2747/1962, de 13 de abril de 1962.

STS núm. 622/2011, de 4 de octubre de 2011 (RJ 2012\759).

STS núm. 609/2014, de 11 de noviembre de 2014 (RJ 2014\6459).

Sentencias de Audiencias Provinciales:

SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 14 de diciembre de 2005 (AC 2007\12).

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 28 de marzo de 2007 (AC\2007\894).

SAP de Vizcaya (Sección 4ª), de 20 de enero de 2012 (AC 2012\288).

Sentencias de Juzgados de lo Mercantil:

SJM núm. 1 de Bilbao, de 26 de enero de 2011 (JUR 2011\47776).