



FACULTAD DE DERECHO

EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Autor: Itziar Kraus Rodríguez

5º E-3 B

Derecho Mercantil

Tutor: Inés Fernández Fernández

El deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital

Resumen

El propósito de este trabajo consiste en la búsqueda del fundamento y el análisis del tratamiento científico del deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital en España, así como la investigación de posibles soluciones para controlar las actuaciones y comportamientos que se desvían del interés social. Para ello, se lleva a cabo un análisis profundo del concepto y contenido del deber de lealtad. Se estudia la evolución del marco normativo y se analiza el fundamento de este deber desde distintas perspectivas. Del estudio del contenido del deber de lealtad deriva la prohibición de actuar en casos de conflicto de interés. Por ello, se analiza la regulación de estas situaciones, su concepto y las posibles soluciones que deben adoptarse en aras a la protección del interés social.

Tras el análisis del deber de lealtad de los administradores y de las situaciones de conflicto de interés se pone de manifiesto la principal problemática que genera la delegación del poder de gobierno de una sociedad en los agentes que deben anteponer siempre el interés social. La imposible determinación *a priori* del contenido completo de esta delegación genera riesgos de aprovechamiento que han de ser controlados por el deber de lealtad.

Palabras clave: deber de lealtad, conflicto de interés, deberes fiduciarios, administrador, teoría de la agencia, prohibición de competencia, responsabilidad de los administradores.

Abstract

The purpose of this paper consists in the search of the basis of the duty of loyalty of Spanish commercial companies' directors, as well as the research of solutions to control the conducts and behaviours that differ from the social interest. For that purpose, an in-depth study of the concept and content of the duty of loyalty is conducted. The evolution of the legal framework is examined and the basis of such duty is analysed from different perspectives. The prohibition to act in cases of conflict of interest is derived from the study of the content of the duty of loyalty. For this reason, it is analysed the regulation and the concept of the conflict of interest, as well as the possible solutions to adopt to protect the social interest.

After the analysis of directors' duty of loyalty and the situations of conflict of interest, it is exposed the main problem generated by the delegation of the company's government power to the agents who must always put the social interest before their own interests. The impossible a priori determination of the complete content of this delegation generates risks of unfair advantage that must be controlled by the duty of loyalty.

Keywords: *duty of loyalty, conflict of interest, fiduciary duties, director, Agency Theory, prohibition on competition, directors' liability.*

Tabla de contenido

Resumen	2
Abstract	3
Listado de abreviaturas	6
Capítulo I: Introducción	7
1. Propósito y justificación del tema	7
2. Metodología	8
3. Estructura	8
Capítulo II: El deber de lealtad	10
2.1. Aproximación al deber de lealtad	10
2.1.1. Concepto del deber de lealtad	10
2.1.2. Marco normativo	14
2.2. Fundamento del deber de lealtad: aproximación a la Teoría de la Agencia ...	18
2.3. Contenido del deber de lealtad	22
Capítulo III: Conflictos de interés	27
3.1. Aproximación al conflicto de interés	27
3.2. Tipos de conflictos de interés	32
3.2.1. Deber de abstenerse de realizar transacciones con la sociedad.....	34
3.2.2. Deber de abstenerse de utilizar el nombre de la sociedad o la condición de administrador	36
3.2.3. Deber de abstenerse de hacer uso de activos sociales para fines privados.....	38
3.2.4. Deber de abstenerse de aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad	38
3.2.5. Deber de abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones.....	39
3.2.6. Deber de abstenerse de desarrollar actividades de competencia.....	40
3.3. Posibles soluciones ante supuestos de conflicto de interés	43
Conclusiones	49
Bibliografía	52

1. Legislación	52
2. Jurisprudencia (clasificadas por tribunal)	52
3. Obras doctrinales	54

Listado de abreviaturas

- AP: significa Audiencia Provincial.
- Art: significa artículo.
- CC: significa Código Civil.
- CE: significa Constitución Española.
- CNMV: significa Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- CP: significa Código Penal.
- LSA: significa Ley de Sociedades Anónimas.
- LSC: significa Ley de Sociedades de Capital.
- RAE: significa Real Academia Española.
- Ss: significa siguientes.
- TS: significa Tribunal Supremo.

Capítulo I: Introducción

1. Propósito y justificación del tema

El propósito de este trabajo consiste en la búsqueda del fundamento del deber de lealtad, así como del tratamiento científico y la búsqueda de soluciones eficaces a las situaciones de conflicto de interés en el seno del consejo de administración de las sociedades de capital españolas. El deber de lealtad no pertenece sólo al ámbito del Derecho Societario, sino que constituye un principio fundamental en nuestro Derecho. Está presente en toda relación jurídica y su finalidad consiste en la protección del interés social.

La importancia de este deber ha sido ampliamente reconocida por la doctrina y la concreción de su deber, que supone una tarea muy compleja, ha sido objeto de un gran debate doctrinal.¹ Si bien se critica la forma en la que este deber ha sido abordado en el plano legal, la crisis financiera del siglo XXI provocó la promulgación de leyes que buscaban incrementar la transparencia y la moralidad en el gobierno de las sociedades. La ley 31/2014 supone una ruptura con el régimen legal anterior y trata de regular el deber de lealtad con mayor precisión.² Se trata de una cuestión de plena actualidad, con gran implicación en la práctica de la economía y objeto de distintas discusiones doctrinales. Por ello, considero de gran interés el estudio de esta cuestión.

En el estudio del concepto de este deber, se analiza no sólo su contenido, sino otros aspectos como el significado de “interés social” que ha sido objeto de múltiples debates doctrinales y jurisprudenciales. Asimismo, se lleva a cabo un estudio de la evolución del marco legal analizando los aspectos que se han ido mejorando mediante la modificación

¹ Alfaro Águila-Real, J., “Aclaraciones sobre el deber de lealtad de los administradores”, *Almacén de*

² Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n. 65, 2016, p.41.

de la normativa. En cuanto al estudio de su fundamento, se analiza el deber de lealtad en el marco de la teoría de la agencia y en su relación con el principio de buena fe.

Por último, se analizan las situaciones de conflicto de interés en relación a su ámbito subjetivo y temporal. Se discute el contenido y las obligaciones que derivan de cada situación y se exponen las posibles soluciones a aplicar en caso de conflicto de interés.

2. Metodología

La metodología de este trabajo se centra en la revisión de literatura. Se lleva a cabo un análisis crítico de distintas fuentes primarias y secundarias. Se estudian tanto fuentes legales, fuentes jurisprudenciales, como la literatura existente con el fin de alcanzar el propósito de este trabajo.

El análisis de la jurisprudencia resulta fundamental ya que la regulación del deber de lealtad es *ex post*. Resulta prácticamente imposible prever el contenido de este deber que se caracteriza por la discrecionalidad de la que disponen los administradores en el desarrollo de su cargo. De hecho, como se expone en los siguientes capítulos, esta indeterminación genera múltiples problemas. La labor de los jueces resulta esencial en la concreción de las lagunas y en el desarrollo de un deber de contenido tan amplio.³

3. Estructura

Este trabajo se estructura en tres capítulos:

³ Paz-Ares Rodríguez, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, p.49.

El *Capítulo I, Introducción*, explica el propósito principal y los objetivos a lograr mediante este trabajo. Se justifica el interés del tema elegido y se explica la metodología empleada en la realización del trabajo. Por último, se detalla la estructura del trabajo.

El *Capítulo II, El deber de lealtad*, desarrolla el concepto y el marco legal del deber de lealtad de los administradores. Se realiza una aproximación a su contenido con la finalidad de encontrar su fundamento.

El *Capítulo III, Conflictos de interés*, lleva a cabo una aproximación al concepto y la regulación del conflicto. Se analizan los tipos de conflictos de interés así como las posibles soluciones y la forma en la que los administradores deben abordarlos.

El trabajo se cierra con las *Conclusiones*, donde se muestran los resultados más significativos alcanzados en este trabajo.

Por último, se incluye la bibliografía, con todas las fuentes utilizadas ordenadas alfabéticamente.

Capítulo II: El deber de lealtad

2.1. Aproximación al deber de lealtad

Con el fin de estudiar el fundamento del deber de lealtad de los administradores en las sociedades de capital en España se lleva a cabo una aproximación a su significado y marco normativo. Se analiza el concepto de este deber en el seno de la sociedad de capital española, realizándose un análisis de las diferencias con los principales deberes de los administradores. A continuación, se realiza un estudio del panorama legal y su evolución en nuestro Derecho. Con esta aproximación se pretende obtener un conocimiento más profundo del deber de lealtad.

2.1.1. Concepto del deber de lealtad

El deber de lealtad es un principio fundamental del Derecho Privado y puede definirse como la obligación de cualquier agente de anteponer los intereses del principal a los suyos propios. Este principio aparece como un deber de obligado cumplimiento en toda relación representativa, en todo negocio jurídico. No constituye un deber único del Derecho Societario⁴ y deriva del deber de buena fe.⁵ Si bien es cierto que la concreción de su contenido es una tarea complicada,⁶ el fin consiste siempre en la búsqueda del interés del principal.⁷

Aunque el deber de lealtad se presenta como autónomo, parte de la doctrina entiende que puede localizarse en el seno de una escala de deberes dependientes en el siguiente

⁴ Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, p.44.

⁵ Valpuesta Gastaminza, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Bosch, Barcelona 2015, p. 622.

⁶ En este sentido, *vid.* Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 284\2009, de 3 de septiembre (FJ 3); Sentencia de la AP de Cáceres (Sección 1ª) núm. 175\2010 de 29 de abril (FJ 2).

⁷ Alfaro Águila-Real, J., “Aclaraciones sobre el deber de lealtad...”, *op. cit.*

orden: buena fe, diligencia, fidelidad y por último, la lealtad.⁸ Asimismo, resulta conveniente señalar que el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁹ (en adelante, “LSC”), regula conjuntamente el deber de diligencia y el deber de lealtad. Si bien es cierto que ambos persiguen un mismo fin, su contenido es distinto. Además, a diferencia del deber de lealtad que se configura como un deber imperativo,¹⁰ se defiende el carácter dispositivo del deber de diligencia que puede modificarse por vía estatutaria.¹¹

Tanto el deber de lealtad como el deber de diligencia persiguen alcanzar la protección del interés social.¹² Ahora bien, no existe una posición uniforme sobre el concepto de “interés social”¹³ que puede ser entendido como la suma de los intereses particulares de los socios o como el interés de la propia sociedad en cuanto organismo autónomo.¹⁴ Si bien la LSC define el interés social como el “interés de la sociedad”, su contenido no es preciso y ha dado lugar a un largo debate jurisprudencial y doctrinal.¹⁵ De acuerdo con nuestro Tribunal Supremo, se distinguen dos principales posiciones. Por un lado, los defensores de la teoría institucionalista consideran la sociedad una institución que persigue un interés distinto al de los socios, centrándose en su propio interés como un organismo compuesto por distintos grupos de *stakeholders*. Los defensores de la teoría contractualista entienden que el interés social es el resultado de la suma de los intereses particulares de sus socios y que cualquier daño a la maximización del beneficio sería contrario al interés social.¹⁶

⁸ Ribas Ferrer, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, Madrid, 2010, p.220.

⁹ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2010, núm. 161.

¹⁰ *Vid.* Art. 230 LSC.

¹¹ En este sentido, *vid.* Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 911; Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio, núm. 653/2008; Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de noviembre, núm. 830/2011; Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de noviembre, núm. 5407/2014.

¹² Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, p. 43.

¹³ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de diciembre, núm. 873/2011 (F2).

¹⁴ Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵ *Vid.* Artículos 204.1 y 227.1 de la LSC.

¹⁶ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991. RJ 1991\1512 (F2).

Parece que la LSC se inclina por un concepto institucionalista de interés social al hablar del “interés de la sociedad”; sin embargo, la jurisprudencia parece inclinarse por la teoría contractualista, proclamando el interés social como el “interés común de todos los socios” o como la suma de los intereses de todos ellos en múltiples sentencias.¹⁷ Asimismo, parece que el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 24 de febrero de 2015 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, “CNMV”) aboga también por la teoría contractualista al definir el interés social como “la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa”.¹⁸

En definitiva, pese a la inexistencia de una definición clara, en el gobierno de la sociedad se tienen en cuenta únicamente los intereses de los socios para la concreción de la toma de decisiones ya que como señala ALFARO, resultaría contradictorio que se encargase a unas personas gobernar en interés de otros sujetos¹⁹ a los que no se da participación en dicho gobierno.²⁰ Así, los administradores deben elegir la actuación que conlleve la mejor defensa del interés social pese a que ello pueda resultar perjudicial o insatisfactorio para otros intereses.²¹

En relación con el deber de diligencia, éste hace referencia a la obligación del administrador de llevar a cabo la gestión de la sociedad de manera adecuada, atendiendo

¹⁷ Vid. Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de diciembre, núm. 873/2011 (F2); Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de marzo, núm. 186/2006; Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1983. RJ 1983\6111; Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1983. RJ 1983\4212.

¹⁸ Vid. Recomendación 12 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 24 de febrero de 2015 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

¹⁹ Se refiere a terceros como pueden ser los trabajadores, los acreedores o los proveedores.

²⁰ Alfaro Águila-Real, J., “El interés social: planteamiento”, *Almacén de Derecho*, 2010 (disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2010/10/el-interes-social-planteamiento.html>; última consulta 8/4/2017).

²¹ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 903.

siempre a los estándares de actuación del ordenado empresario. La diligencia que se le exige al administrador no es la de una persona común, sino la propia del profesional del sector concreto en el que realiza la actividad. Así, la Ley 31/2014 ha introducido la *business judgement rule* en nuestro sistema. En virtud de esta norma, los jueces no revisan las decisiones de los administradores siempre que éstos cumplan con los mínimos de diligencia, entendiéndose como el deber de actuar de buena fe, sin incurrir en conflicto de interés, con información suficiente y siguiendo un procedimiento adecuado en la toma de decisiones.²²

El deber de lealtad, en cambio, centra su naturaleza ética en el principio general de la buena fe tratando de evitar que el administrador pueda primar su propio interés sobre el interés social.²³ De hecho, la RAE lo define como el “cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría del bien”, entendiendo la fidelidad como “lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona”.²⁴ El administrador social, como fiel representante del principal, debe desempeñar su trabajo cumpliendo en todo momento con este deber.²⁵ Esto implica anteponer siempre el interés del principal y abstenerse de obtener cualquier beneficio en el desarrollo de su cargo.²⁶ Es decir, actuar como el gestor que busca siempre el interés del principal.²⁷

El administrador actúa como agente del principal y en cuanto contraparte de la sociedad, el estándar de comportamiento exigible al administrador es el de cualquier contratante frente a su contraparte. Es decir, el administrador no le debe lealtad a la sociedad al negociar cuestiones como su retribución, duración del cargo o sus facultades. En este sentido, está obligado, en virtud del art. 1258 del Código Civil (en adelante, “CC”) a ejecutar el contrato de acuerdo con las exigencias de la buena fe,

²² Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, p. 43.

²³ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 44.

²⁴ Definición de la RAE (disponible en <http://dle.rae.es/?id=N2C1OiZ>; última consulta 31/03/2017).

²⁵ Alfaro Águila-Real, J., “La moralidad de las relaciones fiduciarias y la prohibición de enriquecimiento injusto”, *Almacén de Derecho*, 2016 (disponible en <http://almacendederecho.org/juega-por-mi-los-deberes-de-lealtad-de-los-administradores>; última consulta 27/02/2017).

²⁶ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, p. 904.

²⁷ Valpuesta Gastaminza, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, p. 622.

teniendo la sociedad la facultad de negociar estas condiciones y de prestar o no su consentimiento. El supuesto de un administrador que fijara sus propias condiciones constituiría un supuesto de autocontratación.²⁸

En definitiva, el deber de lealtad, presente en toda relación representativa, constituye un principio fundamental de nuestro Derecho. Asimismo, pese a la dificultad encontrada en relación con la concreción de su contenido, que se analiza en el epígrafe 2.3., puede definirse como la obligación de los administradores de actuar siempre en interés del principal.

2.1.2. Marco normativo

Una vez expuesto el concepto del deber de lealtad, resulta relevante llevar a cabo una aproximación al estudio de su marco normativo para tratar de profundizar en el significado de este deber.

Tras la reforma operada por la Ley 31/2014,²⁹ el deber de lealtad aparece regulado en el artículo 227 y siguientes de la LSC. El núcleo de este deber se encuentra en el apartado primero del art. 227 LSC que señala que “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”. De esta definición se observan los principales rasgos del deber, que se expresaban en el epígrafe anterior: el estándar del fiel representante, la obligación de actuar conforme al principio de buena fe, y el objetivo último del interés social.³⁰

La regulación de este deber ha ido evolucionando y ha sido objeto de múltiples reformas hasta alcanzar el marco normativo actual. Si bien el Código de Comercio de

²⁸ Alfaro Águila-Real, J., “Aclaraciones sobre el deber de lealtad...”, *op. cit.*

²⁹ 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).

³⁰ Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, pp. 45-46.

1885³¹ alude al deber de lealtad, es la Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas (en adelante, “LSA”) la que introduce de manera específica la cláusula general de fidelidad en su artículo 79.³² Durante las últimas décadas del siglo XX, debido a la laguna jurisprudencial, la doctrina se centra en debatir el fundamento de este deber. Parte de la doctrina encentra su fundamento en la ley y parte entiende que el deber deriva de la relación fiduciaria de los administradores.³³

La reforma operada por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se modifica la LSA de 1951, supone la reafirmación de la cláusula general de la diligencia del “ordenado empresario” y del “representante leal” a través de su incorporación a distintas formas societarias.³⁴ Sin embargo, lo característico de esta reforma no es la reafirmación de la cláusula, sino la modificación del régimen de responsabilidad de los administradores, que, junto a la introducción de nuevos enfoques y doctrinas, trae como consecuencia el inicio de los estudios que permiten profundizar en el sentido y alcance del deber de lealtad. Durante esta época se desarrollan los primeros informes de gobierno corporativo que critican el tratamiento de la cuestión (se presentan a continuación). En concreto, se critica de la LSA la ausencia de garantías en la actuación de los administradores en relación con la sociedad que administran.³⁵

En 1996, el informe, “Una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de Administración”, califica de insuficiente e imprecisa la cláusula general y exige la determinación de unas obligaciones mínimas exigibles a cualquier consejero.³⁶ El Informe Olivencia de 1998 exige que se establezcan reglas claras para afrontar las

³¹ Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (GACETA núm. 289, de 16 de octubre de 1885).

³² Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, p. 41.

³³ Ribas Ferrer, V., *El deber de lealtad del administrador...*, *op. cit.*, pp. 245-246.

³⁴ *Ibid.*, p. 246.

³⁵ Polo Sánchez, E. M., “La nueva disciplina de los administradores de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en Pries y Picardo, A. (coord.), Nieto Carol, U. (coord.), y Almoguera Gómez, A. (coord.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, 1998, p. 723.

³⁶ Círculo de Empresarios, “Una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de Administración”, *Documentos Círculo*, Madrid, 1996 (disponible en www.ecgi.org/codes/documents/empres.pdf; última consulta 20/03/2017).

situaciones de conflictos de intereses en los reglamentos internos de las sociedades.³⁷ Para ello, se recomienda la introducción del deber de abstención del administrador en la asistencia y deliberación de los asuntos en los que se encontrara en situación de conflicto, así como el establecimiento de un mayor número de cautelas en relación con las transacciones profesionales entre los administradores y la sociedad.³⁸

En 2002 se introduce por primera vez en el art. 125.2 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles un planteamiento completo del deber de lealtad. En 2003 tiene lugar un cambio novedoso en la regulación del deber mediante la publicación del Informe Aldama³⁹ y la Ley de Transparencia de las Sociedades Cotizadas.⁴⁰ El Informe Aldama propone una serie de contenidos mínimos que debe introducir la ley como obligaciones básicas del deber.⁴¹ La Ley de Transparencia aclara el sentido del interés social entendido como el interés de la propia sociedad, define el contenido nuclear del deber de lealtad y establece una serie de supuestos especiales relativos a competencia, contratación y el uso de información social. Además, se regula por primera vez el

³⁷ Vid. García Osma, B. y Gil de Albornoz Noguera, B., “El gobierno corporativo en las empresas españolas cotizadas: el cumplimiento de las recomendaciones del Código Olivencia”, *RVEH*, n.10, 2004 (disponible en https://www.researchgate.net/profile/Belen_Noguera/publication/28084257_El_gobierno_corporativo_en_las_empresas_espanolas_cotizadas_El_cumplimiento_de_las_recomendaciones_del_Codigo_Olivencia/links/0c960521f00887e6f3000000/El-gobierno-corporativo-en-las-empresas-espanolas-cotizadas-El-cumplimiento-de-las-recomendaciones-del-Codigo-Olivencia.pdf; última consulta 7/4/2017); Sánchez Álvarez, J.M., “El Código Olivencia y la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.7, 1999, 133-156; Gómez Ansón, S. y Fernández Rodríguez, E., “La experiencia del Código Olivencia”, *Análisis Financiero*, n. 90, 2003, pp. 63-71.

³⁸ Valpuesta Gastaminza, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, op. cit., p. 622.

³⁹ Vid. Sánchez-Calero Guilarte, F., “Observaciones preliminares al proyecto de ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 1 (20), 2003, pp. 27-50; Lizcano Álvarez, J. L., “Buen gobierno y responsabilidad social corporativa”, *Partida Doble*, n. 182, 2006, pp. 20-35 (disponible en http://aece.es/old/comisiones/rsc/partidadoble_buen_gobierno.pdf?idArt=370; última consulta 7/4/2017).

⁴⁰ 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).

⁴¹ Vives Ruiz, F., “Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad en la reforma de la Legislación Mercantil”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 137, 2015, p.16.

conflicto indirecto, entendido como aquel que tiene lugar entre el administrador y un tercero que actúa frente a la sociedad.⁴²

En 2006 se publica el Informe Conthe⁴³ fruto del trabajo del Grupo Especial de Trabajo que asesora a la CNMV en la armonización y actualización de las recomendaciones de los informes Olivencia y Aldama. El informe recomienda al gobierno una tipificación más precisa del deber de lealtad así como la elevación de las sanciones por incumplimiento. Además, formula un conjunto de recomendaciones que se agrupan en el Código Unificado de Buen Gobierno para las sociedades cotizadas de 2006.⁴⁴

Finalmente, tiene lugar la reforma operada por la Ley 31/2014 que subsana ciertas deficiencias del régimen normativo del deber de lealtad con el objetivo de mejorar el buen gobierno de las sociedades. Se trata de reforzar la regulación, adecuarla al Derecho Comparado y a las exigencias de los inversores institucionales.⁴⁵ Esta reforma detalla

⁴² Juste Mencía, J., e Iguartua Arregui, F., “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 24, 2005.

⁴³ Sobre el Informe Conthe, *vid.* Chivite Fernández S. y Rodríguez Monroy C., “Análisis de los diez años de gobierno corporativo en España y cumplimiento del Código Unificado o Código Conthe”, *Dirección y Organización*, n. 37, 2009, pp. 14-21 (disponible en <http://w.revistadyo.com/index.php/dyo/article/view/33/33>; última consulta 4/4/2017); Solís Céspedes, J. L., “El Código Conthe: claves del buen gobierno”, *Estrategia Financiera*, n. 231, 2006 (disponible en <http://normasiso.es/wp-content/uploads/2014/11/CODIGO-CONTHE-copia.pdf>; última consulta 4/4/2017); Torrent Ruiz, A. J., “Reflexiones sobre el gobierno corporativo: la comisión de nombramientos (Apunte críticos al proyecto de Código Conthe)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 1 (26), 2006, pp. 219-256; Velasco Gámez, M., Puentes Poyatos, R., y Vilar Hernández, J., “El Código Unificado de Buen Gobierno: su nivel de seguimiento por empresas socialmente responsables”, *Revista de Estudios Empresariales*, n. 2, 2010, pp. 99-113 (disponible en <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/REE/article/view/476/407>; última consulta 5/4/2017).

⁴⁴ Peñas Moyano, B., “Los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores en la reforma de la LSC”, *Thomson Reuters Lex Nova*, 2015 (disponible en <http://mercantil.blogs.lexnova.es/2015/02/24/los-deberes-de-diligencia-y-de-lealtad-de-los-administradores-en-la-rerforma-de-la-lsc>; última consulta 29/03/2017); Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

⁴⁵ Sobre esta reforma, *vid.* por todos, Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*; Peñas Moyano, B., “Los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*; Vives Ruiz, F., “Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad...”, *op. cit.*; Embid Irujo, J. M., “La codificación del gobierno corporativo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 140, 2015 (disponible en http://aranzadi.aranzadigital.es/maf/app/document?startChunk=1&endChunk=2&stid=marginal_chunk&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_legis&marginal=RCL\2014\1613&version=&sruid=i0ad6adc500015b3f14d3a20ca3b8f9&lang=spa&src=withinResuts&spos=1&epos=1&mdfilter=mdlegisfilter#; última consulta 5/4/2017).

las conductas desleales distinguiendo las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad en el art. 228 LSC, de la obligación de evitar conflictos de interés del art. 229 LSC. Se introduce el régimen de dispensa en el art. 230.2 LSC y se extiende el deber de lealtad a los administradores de hecho (art. 236.3 LSC). Se amplía también la sanción por incumplimiento del deber que además de la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio de la sociedad, en virtud del art. 227.2 LSC, se obliga a devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.⁴⁶

2.2. Fundamento del deber de lealtad: aproximación a la Teoría de la Agencia

Abordada la aproximación al deber de lealtad de los administradores a través de su concepto y marco normativo, es importante el estudio de la teoría de la agencia como aproximación al fundamento de este deber.

La escasez de recursos de la economía actual exige la especialización como presupuesto necesario para la obtención de resultados eficientes. Esta especialización insta a los propietarios a delegar la gestión de su sociedad en unos agentes en los que tienen que depositar necesariamente su confianza para que puedan desarrollar su cargo.⁴⁷ De la separación entre la propiedad y la gestión de la sociedad surge por tanto, la relación de agencia entre accionistas y administradores.⁴⁸ La confianza que depositan los accionistas en los administradores abre la puerta a oportunidades de aprovechamiento, siendo mayor el riesgo de aprovechamiento conforme aumenta el nivel de confianza delegada. Este riesgo encuentra su fundamento en el hecho de que toda persona, por naturaleza, actúa de forma egoísta tratando de aumentar su propio beneficio. Como consecuencia, existe el peligro de tener que lidiar con actuaciones oportunistas basadas

⁴⁶ Peñas Moyano, B., “Los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*

⁴⁷ Ribas Ferrer, V., “Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades”, Tesis Doctoral. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, 2004, pp. 31-34.

⁴⁸ Duprat, D. A. J., “Los conflictos de agencia en las sociedades cerradas”, *Thomson Reuters*, 2012 (disponible en <http://thomsonreuterslatam.com/2012/04/24/los-conflictos-de-agencia-en-las-sociedades-cerradas>; última consulta 30/03/2017).

en la existencia de asimetrías de información y caracterizadas por la dificultad de ser detectadas y la facilidad de ser encubiertas.⁴⁹

La teoría de la agencia sitúa al consejo de administración como el órgano de gobierno clave para la alineación de los intereses de accionistas y directivos.⁵⁰ La sociedad es entendida como un conjunto de relaciones contractuales y el consejo de administración actúa como mecanismo de control para proteger a los accionistas de los intereses individuales y de los comportamientos oportunistas de los directivos.⁵¹ Debido a las asimetrías de información y la existencia de contratos incompletos, existen conflictos de agencia entre accionistas y administradores que llevan asociados un coste.⁵²

Se distinguen los costes de agencia y los costes de influencia. En un ámbito de la asimetría de información, los costes de agencia surgen de la persecución del propio interés en lugar del interés social. Surge el coste por el consumo de recursos necesario para corregir esa situación, es decir, para controlar la conducta del agente por parte del principal.⁵³ Los costes de influencia aparecen en el mismo contexto, pero se refieren a un comportamiento activo por parte de los administradores que demandan un mayor control aumentando su capacidad de decisión.⁵⁴

En este contexto, surge el deber de lealtad como “un mecanismo de rendición de cuentas en relaciones de delegación de poderes discrecionales con fuertes asimetrías de

⁴⁹ Ribas Ferrer, V., “Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador...”, *op. cit.*, pp. 31-34.

⁵⁰ Pucheta-Martínez, M.C., “El papel del Consejo de Administración en la creación de valor en la empresa”, *Revista de Contabilidad*, 2014, p. 3.

⁵¹ Fama, E. F. y Jensen, M. C., “Separation of Ownership and Control”, *Journal of Law and Economics*, vol. 26, n. 2, 1983, p.304.

⁵² Pucheta-Martínez, M.C., “El papel del Consejo de Administración en la creación de...”, *op. cit.*, p. 3.

⁵³ Ribas Ferrer, V., “Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador...”, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁴ Villasalero Díaz, M., “Economía de los costes de transacción, teoría de la agencia y enfoque de los derechos de propiedad: Diferencias básicas en el ámbito de la economía de las organizaciones”, *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispano-Francés*, Logroño (La Rioja), 16 de junio, 1999, Universidad de La Rioja, 1999, p. 764.

información”.⁵⁵ En la sociedad, se establece esta relación fundamentalmente entre socios y administradores; si bien, se encuentra cierto paralelismo de la relación agente-principal entre las mayorías de control y las minorías de inversión. Conforme al deber de lealtad, el agente ha de velar en todo momento por el interés del principal que ha de confiar necesariamente en la actuación del agente. El deber de lealtad aparece como el mecanismo necesario para evitar que el administrador actúe en su propio beneficio debiendo actuar como un fiel representante en aras a la protección del interés del principal. En definitiva, la relación principal-agente requiere un control que genera una serie de costes que deberán ser minimizados por el deber de lealtad para evitar las conductas desleales que se generan como consecuencia de la delegación y el riesgo de aprovechamiento.⁵⁶

Los administradores disponen de un amplio poder en cuanto gestores de la sociedad que ha de ser controlado, ya que de su actuación pueden derivarse importantes consecuencias. Además, destaca la difícil concreción del deber de lealtad que aparece como un principio indeterminado y que provoca que los administradores dispongan de una enorme discrecionalidad al desarrollar su conducta. Siendo siempre el interés social la finalidad de su actuación, los administradores se ven obligados a cumplir únicamente con la ley y los contratos.⁵⁷

Si bien la separación entre la propiedad y la gestión permite una mayor rentabilidad y eficiencia fomentándose así la especialización, también genera un mayor riesgo puesto que los administradores son seres racionales que tienden a actuar egoístamente. Por ello, se establecen los deberes fiduciarios para alinear los intereses del principal y el agente cuando las asimetrías de información facilitan que el administrador pueda operar más allá del control del principal. Resulta prácticamente imposible anticipar las instrucciones para contingencias futuras por lo que surgen los contratos incompletos

⁵⁵ Sáez Lacave, M.I., “Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas”, *InDret*, n. 1, 2016 (disponible en http://www.indret.com/pdf/1211_es.pdf; última consulta 29/3/2017), p. 13.

⁵⁶ Ribas Ferrer, V., “Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador...”, *op. cit.*, pp. 31-34.

⁵⁷ Alfaro Águila-Real, J., “Aclaraciones sobre el deber de lealtad...”, *op. cit.*

aumentando el poder discrecional de los administradores. Además, la conducta del agente resulta muy difícil de observar por la propia naturaleza de la actuación o incluso porque el principal carezca de las habilidades necesarias en comparación con las capacidades técnicas y de experiencia de los administradores.⁵⁸

El administrador, en el seno de la relación principal-agente, actúa por cuenta del principal. De este modo, se amplía la autonomía del principal mediante la toma de decisiones del administrador y recaen los efectos de su actuación en la esfera jurídica del principal. Resulta muy explicativo el ejemplo desarrollado por ALFARO al estudiar la relación de dos personas que juegan al parchís. Si una de ellas se ausenta y le pide a su rival que tire el dado en su lugar, el rival deberá decidir qué ficha moverá como si el ausente hubiera estado allí, presumiendo que quiere jugar y ganar. Si mueve una ficha que no fuese la que más le interesase al otro jugador estaría abusando de su posición, de la autoridad que se le ha otorgado para actuar en lugar del otro.⁵⁹ El administrador debe actuar siempre como si la sociedad quisiese “jugar y ganar” y no abusar de su posición privilegiada. El administrador debe elegir la actuación que conlleve la mejor defensa del interés de la sociedad, aunque ello pueda resultar perjudicial o insatisfactorio para otros intereses.⁶⁰

Prueba de la necesidad de controlar el deber de lealtad y la discrecionalidad de los administradores en el desarrollo de su cargo es la existencia de las primas de control. Como señala PAZ-ARES, el adquirente que paga la prima por una participación minoritaria de control puede buscar una mayor eficiencia o unos beneficios mayores a lo que le corresponde por su participación. Si se piensa que el adquirente producirá más valor, el valor de cotización de las acciones, hecha pública la operación, tenderá a converger con el satisfecho. En cambio, si lo que se estima es una redistribución de valor, la cotización tenderá a alejarse del precio pagado y regresar a su estado primitivo. Esta diferencia entre el valor privado y el valor público pone de manifiesto la existencia

⁵⁸ Sáez Lacave, M.I., “Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios...”, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁵⁹ Alfaro Águila-Real, J., “La moralidad de las relaciones fiduciarias y la prohibición...”, *op. cit.*

⁶⁰ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, p. 904.

de beneficios privados que extraen los *insiders*. Cuanto mayor es esta diferencia, mayor es la existencia de beneficios privados, menor la confianza del público, la liquidez, profundidad y tamaño de los mercados de capitales. En nuestro sistema, la diferencia es notable⁶¹ y sólo la “amenaza creíble de responsabilidad societaria permite conjurar o minimizar el problema”.⁶²

En definitiva, se observa cómo de la delegación de poder en un agente surgen ciertos riesgos que deben ser controlados mediante el deber de lealtad. Tras la aproximación al fundamento de este deber a través de la teoría de la agencia se ha puesto de manifiesto el peligro de su indeterminación y la amplia discrecionalidad de actuación de que disponen los administradores. Por ello, resulta relevante el estudio del contenido de este deber con la finalidad de encontrar el mecanismo que otorgue una mayor protección al interés social.

2.3. Contenido del deber de lealtad

La doctrina concreta el contenido de este deber fundamentalmente en dos postulados: la prohibición de actuar en situación de conflicto de interés y el deber de informar al principal de la posición de conflicto.⁶³

Estos postulados pueden definirse atendiendo a dos reglas básicas. La primera, la regla *no conflict*, y la segunda y principal, la regla *no profit*. Por un lado, el administrador debe evitar colocarse en situaciones en las que exista riesgo de anteponer el interés personal al interés de la sociedad (*no conflict*). Por otro lado, al administrador se le prohíbe obtener ningún beneficio personal del ejercicio de su cargo (*no profit*). Por tanto, el deber de lealtad se concreta en la obligación de evitar actuar o colocarse en

⁶¹ Paz-Ares Rodríguez, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *op. cit.*, p. 45 (se estima esta diferencia mediante el análisis de resultados de OPAs parciales).

⁶² *Id.*

⁶³ Ribas Ferrer, V., *El deber de lealtad del administrador...*, *op. cit.*, p. 221.

cualquier situación de conflicto de interés y en caso de ser colocado en una situación de tal carácter, tiene el deber de abstenerse de aprovecharla.⁶⁴

Estas reglas (*no profit* y *no conflict*) poseen distintos fundamentos. La regla *no conflict* aparece como una regla de carácter moral; mientras que la regla *no profit*, en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto, tiene como finalidad la colocación de una atribución patrimonial. Gracias a la regla *no profit* se salvaguardan los beneficios que corresponden íntegramente al principal. A modo de ejemplo, si en la realización de un negocio, el administrador cobrase una comisión, la comisión pertenecería a la sociedad en cuanto a que éste actuó como si se tratase del principal.⁶⁵ De acuerdo con la regla *no conflict*, para que el administrador prime el interés del principal, deberá actuar como si él mismo fuera el principal evitando cualquier situación de conflicto ya que se entiende que cualquiera que se encuentre en situación de conflicto no es capaz de actuar de manera objetiva.⁶⁶

Resulta relevante la existencia de situaciones en las que se produce un aprovechamiento de beneficio sin que exista propiamente un conflicto de interés. En este sentido, destaca el caso de *Keech v Sandford* que tuvo lugar en Reino Unido hace más de 300 años y que es considerado el primer caso de la historia en someter la teoría jurídica de los deberes fiduciarios al poder judicial.⁶⁷ En este caso, el señor Sandford, tutor de un menor arrendatario, celebró en su propio nombre y cuenta el contrato de arrendamiento del que era parte su tutelado, aún menor de edad al expirar el contrato. Es decir, el señor Sandford renovó el contrato de arrendamiento en su propio nombre y cuenta ante los deseos del propietario de no continuar con una contraparte menor de edad.⁶⁸ Sin

⁶⁴ Alfaro Águila-Real, J., “La moralidad de las relaciones fiduciarias y la prohibición...”, *op. cit.*

⁶⁵ Como vemos en la regla del mandato del art. 1720 CC, “todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo”.

⁶⁶ Alfaro Águila-Real, J., “La moralidad de las relaciones fiduciarias y la prohibición...”, *op. cit.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Casanova Torrado, M.J., “La fundamentación de los *fiduciary duties* de los administradores de sociedades y sus consecuencias en la acción social de responsabilidad”, Tesis Doctoral, Universidad de Navarra, 2012, p. 244.

embargo, el tribunal entendió que el señor Sandford había infringido la regla *no profit*, no porque hubiese un conflicto de interés sino porque debía haber dejado terminar el contrato antes de convertirse él mismo en arrendatario. Como señala el tribunal, el señor Sandford era “la única persona en el mundo que no podía convertirse en arrendatario”. Si cuando el propietario rechaza renovar el arrendamiento pudiera él mismo arrendar la cosa, pocos patrimonios administrados en esta figura serían renovados a favor del menor. Es decir, el señor Sandford se encontraba en una situación privilegiada y debía haber velado en todo momento por los intereses del menor a su cargo.⁶⁹

Este caso permite observar la existencia de ciertas situaciones en las que sin existir un conflicto de interés propiamente dicho, entra el juego el deber de lealtad. Es el caso de los administradores que como consecuencia de la posición que ocupan deben tener únicamente en cuenta el interés del principal. En *Keech v Sandford*, el propietario tomó la decisión de no renovar el contrato con el menor sin ningún tipo de injerencia, por lo que en un primer momento, no se observa la existencia de ningún conflicto de interés. Sin embargo, no por ello se permite la actuación en beneficio propio. Como señala ALFARO, sólo actuando el administrador como si fuera el principal, pese a la inexistencia de conflicto, se consigue maximizar el interés del principal.⁷⁰

Como conclusión, el administrador ha de evitar cualquier situación que pueda colocarle en conflicto de interés. Si existen posibilidades de terminar convirtiéndose en contraparte de la sociedad, es muy difícil que su juicio no se vea afectado por su interés personal o el de un tercero. Se trata así de reforzar la resistencia del administrador frente a la tentación de anteponer sus intereses a los de la sociedad. Se evita de igual modo al administrador un dilema moral ya que cuando una persona actúa en una situación de conflicto, es imposible que esté segura de haber adoptado la decisión óptima.⁷¹ Se habla

⁶⁹ Alfaro Águila-Real, J., “La moralidad de las relaciones fiduciarias y la prohibición...”, *op. cit.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ A modo de ejemplo, en el caso de un profesor que corrige el examen de su hijo existe claramente un conflicto de interés. Además, puede que el profesor sea demasiado benévolo o demasiado estricto para evitar que le inflencie el hecho de ser su padre en la calificación por lo que no sabrá si ha actuado de forma óptima.

en este sentido de norma de moralidad dado que es importante tener en cuenta el proceso de toma de decisión interno para juzgar el cumplimiento del deber de lealtad.⁷²

En definitiva, resulta complicada tanto la concreción como la búsqueda del fundamento del deber de lealtad. Parte de la doctrina encuentra su fundamento en el carácter moral de la relación de confianza. Otros sitúan el fundamento de este deber en la teoría de la agencia, y otros, en la negociación contractual basada en el principio de eficiencia económica.⁷³

En relación con el fundamento basado en la moralidad de la relación entre las partes, destaca el hecho de que los esfuerzos legales se centran en el diseño de mecanismos para alinear los intereses de la sociedad y los administradores. Es decir, resulta contradictorio que se defienda un fundamento basado en la moralidad de la confianza en una relación que *a priori* carece de confianza y cuyos intereses se encuentran en conflicto. Además, la existencia o no de confianza no es determinante en relación con las consecuencias jurídicas. La única implicación práctica de la confianza sería la reducción de las posibilidades de incumplimiento reduciendo la necesidad del establecimiento de normas coercitivas de los deberes fiduciarios. Podría actuar la propia confianza como mecanismo para la reducción de los costes de agencia, pero no como fundamento de la relación ni de los remedios propuestos.⁷⁴

En relación con la teoría de la agencia, si bien es cierto que regula los problemas principales de esta relación como son la separación propiedad y gestión, la imposibilidad de establecer reglas concretas de actuación al agente y las dificultades de control por información asimétrica; considera el derecho fiduciario como una creación eminentemente jurisprudencial. Esto resulta criticable ya que los tribunales no son

⁷² Alfaro Águila-Real, J., “La moralidad de las relaciones fiduciarias y la prohibición...”, *op. cit.*

⁷³ Casanova Torrado, M. J., “La fundamentación de los *fiduciary duties* de los administradores...”, *op. cit.*, pp. 326-327.

⁷⁴ Alces Williams, K., “Debunking the Corporate Fiduciary Myth”, *Journal of Corporation Law*, vol. 36, n. 2, 2009, p. 240 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352595; última consulta 7/4/2017).

capaces de diseñar en abstracto las reglas aplicables imperativamente a las relaciones fiduciarias. Si se sigue esta argumentación, las normas impositivas no serían tampoco convenientes, deberían ser moldeables según las circunstancias y la evolución jurisprudencial.⁷⁵

El principio de la buena fe posee un papel relevante en la definición jurídica de la relación fiduciaria que resulta compatible con la teoría de la agencia, y en los deberes que derivan de ella. Se hace referencia al principio de la buena fe que rige en toda relación contractual y que actúa como mecanismo para solventar las lagunas del deber de lealtad de los administradores caracterizado por la discrecionalidad. Al localizar la relación fiduciaria en el ámbito contractual, el cumplimiento de la buena fe aparece como una obligación contractual no como consecuencia sólo de su pertenencia al consejo de administración, sino también como sujeto individual. De este modo, se incorpora la obligación de cumplir con el principio de la buena fe pero desde una perspectiva contractual, como condición indispensable para el funcionamiento del mercado. No implicaría necesariamente una relación de confianza ni especiales requerimientos de moralidad más allá de los exigidos por el principio de buena fe contractual.⁷⁶

En definitiva, tras el estudio del deber de lealtad de los administradores en las sociedades de capital en España, cabe concluir que el principal problema del deber de lealtad lo constituye tanto la indeterminación de su contenido como los riesgos que se generan de la necesidad de confiar en un agente para el gobierno de la sociedad. Resulta imposible prever todo su contenido *a priori* y ello supone el riesgo de que puedan generarse conductas de aprovechamiento. Pese a las deficiencias del deber de lealtad, no se ha encontrado un mecanismo mejor para la protección del interés social en la delegación de las actuaciones de gestión.

⁷⁵ Casanova Torrado, M. J., “La fundamentación de los *fiduciary duties* de los administradores...”, *op. cit.*

⁷⁶ *Id.*

Capítulo III: Conflictos de interés

Abordada la importancia del deber de lealtad de los administradores en las sociedades de capital en España, es relevante el estudio de las obligaciones que derivan del mismo. En este capítulo se lleva a cabo un análisis del concepto del conflicto de interés, así como del panorama normativo y de los supuestos y las posibles soluciones al respecto.

3.1. Aproximación al conflicto de interés

Pese a la posición superior que otorga nuestro Derecho al deber de lealtad de los administradores, en lugar de entender el conflicto de interés como violación del deber de lealtad; se ha llegado a plantear la posibilidad de concebirlo como un presupuesto básico y el deber de lealtad como el mecanismo para la corrección de los desequilibrios en los casos de conflicto de interés. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina localiza la actuación en el conflicto de interés como una conducta que constituye una violación de este deber.⁷⁷ De hecho, se incluye entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad del art. 228 LSC la obligación de evitar situaciones de conflicto de interés.⁷⁸ Del deber de lealtad deriva por tanto, la obligación de evitar colocarse en una situación de conflicto de interés y el deber de abstenerse de participar en decisiones en las que se tenga un interés propio.⁷⁹

La definición del conflicto de interés queda limitada a la esfera patrimonial y requiere la concurrencia de una serie de circunstancias. En primer lugar, se requiere la existencia de

⁷⁷ Sabogal Bernal, L.F., “El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades”, Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Mercantil, 2017, p. 268.

⁷⁸ Ramos Herranz, I., “La prohibición que pesa sobre los administradores (y los cargos de la más alta dirección) de utilizar su condición de administrador o el nombre de una sociedad mercantil para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas en el anteproyecto de Código Mercantil” en Arroyo, T. (coord.), Feliu, J. (coord.), Lastiri, M. (coord.), y Rodríguez J.P. (coord.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 812.

⁷⁹ Paz-Ares Rodríguez, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *op. cit.*, p.53.

una transacción entre la sociedad y un tercero. En segundo lugar, la existencia de una persona con capacidad de influencia en el proceso de toma de decisiones de la compañía respecto de la transacción. Y por último, que el interés personal de la persona con capacidad de influir en la otra parte de la transacción o en ciertas consecuencias colaterales de la transacción, sea típicamente mayor que su interés en el bienestar de la compañía.⁸⁰

El administrador debe abstenerse de cualquier tipo de participación, ya sea activa o pasiva, en la deliberación o votación de la decisión si está incurso en una situación de conflicto de interés.⁸¹ Además, deberá abstenerse cuando el conflicto afecte a una persona vinculada a él en los términos que establece el art. 231 LSC. El ámbito subjetivo de aplicación del deber de evitar situaciones de conflicto de interés se extiende a las personas vinculadas al administrador.⁸² La doctrina entiende el concepto de vinculación en el sentido más amplio posible. En relación con las personas físicas, se hace referencia a criterios como el parentesco o de coincidencia en otros negocios, y en relación con las personas jurídicas se utilizan criterios habituales de integración en grupos de sociedades o de cualquier otro tipo de relaciones intersocietarias.⁸³

En relación al ámbito temporal del conflicto de interés, el deber de evitar estas situaciones se predica de todos los administradores durante el periodo en el que ejerzan su cargo. Asimismo, se extiende a los sujetos que sin ser administradores formalmente, ejercen una conducta equivalente. Sería el caso del administrador de hecho o el administrador oculto. Además, el deber se predica respecto al uso de la información que adquiera el administrador en el ejercicio de su cargo, aunque haya cesado en el mismo.⁸⁴

⁸⁰ Paz-Ares Rodríguez, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *op. cit.*, p.52.

⁸¹ *Id.*

⁸² Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, p. 905.

⁸³ *Ibid.*, p. 910.

⁸⁴ Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, p. 1637.

La situación de conflicto resulta relevante cuando contempla una concurrencia de intereses opuestos entre la sociedad y el administrador que desde un punto de vista objetivo puede poner en riesgo los intereses de la sociedad. El conflicto se caracteriza así por dos elementos: la contraposición de intereses entre la sociedad y el administrador y el riesgo de lesión de los intereses de la sociedad.⁸⁵ La existencia de la lesión del interés del principal puede resultar irrelevante para fundamentar el conflicto, ya que para ello basta con la existencia de una situación de riesgo para los intereses del principal. Sin embargo, a los efectos de determinar la responsabilidad del administrador sí es importante la acreditación del daño del interés social.⁸⁶

Las conductas que no tengan relevancia o entidad económica para la sociedad quedan excluidas de las situaciones de conflicto. No se trata tanto de analizar la conducta del administrador, sino de valorar el propio interés gestionado. Comúnmente conocida como la regla de “*minimis*”, diversos ordenamientos reconocen una exención para las pequeñas operaciones y negocios cuyo valor económico hace que su sanción cree más problemas de seguridad jurídica y de costes que la propia tolerancia de los mismos. El silencio normativo no impide la aplicación de la regla, si bien es cierto que la falta de criterios específicos dificulta la resolución de múltiples supuestos.⁸⁷

En definitiva, la obligación de evitar ponerse en una situación de conflicto de interés constituye la manera más eficaz de impedir que el administrador obtenga un beneficio personal indebido. Se le prohíbe ponerse en una situación de riesgo, en la que pueda sucumbir a la tentación de alcanzar su propio interés frente al social.⁸⁸ Puede darse también el caso de que el interés del principal entre en conflicto con el de un tercero respecto del cual, el agente ostenta también un deber derivado de la ley o un contrato.⁸⁹ El administrador está obligado a actuar en interés del principal, subordinando sus propios intereses a los de éste. Debe ejercer su cargo velando en todo momento por los

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Ibid.*, p. 1638.

⁸⁸ Paz-Ares Rodríguez, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *op. cit.*, p.53.

⁸⁹ Alfaro Águila-Real, J., “Aclaraciones sobre el deber de lealtad...”, *op. cit.*

intereses sociales y omitiendo cualquier circunstancia que pueda dañarlos.⁹⁰ El deber implica la obligación de abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de su cargo, así como la abstención de realizar cualquier conducta que suponga la obtención de una ventaja ante una situación de conflicto de interés.⁹¹

En cuanto al deber de información, el administrador tiene el deber de comunicar a los demás administradores, o a la junta general si se trata de un administrador único, cualquier situación de conflicto que él o cualquier persona vinculada a él pudiera tener con el interés de la sociedad.⁹² Esta información incentiva a que el resto de administradores o la junta puedan proteger el interés de la sociedad de manera eficaz ya que con esta información podrán reclamarle que se abstenga.⁹³ De acuerdo con el art. 229.3 LSC debe hacerse también referencia a esta información en la memoria que acompaña a las cuentas anuales.⁹⁴

En este sentido, destaca el caso de un administrador que va a demandar a su propia sociedad por una acción de reembolso por unas cantidades que tuvo que abonar dado el incumplimiento de la compañía en varias pólizas bancarias. Afirma el TS que la LSC impide estimar la demanda interpuesta por el administrador cuando éste no ha comunicado previamente al resto de administradores su intención de formular la demanda. En este caso se lleva a cabo la comunicación una vez interpuesta la demanda y sólo al recurrente, no a todos los miembros del consejo de administración. El TS desestima el motivo ya que la finalidad del art. 228 c) LSC consiste en que la sociedad sea informada adecuadamente por el administrador de la existencia del conflicto de intereses. De esta forma, la sociedad puede adoptar las decisiones adecuadas para defender sus intereses, sin que el administrador en conflicto pueda intervenir en la

⁹⁰Girón Tena, J., *Derecho de Sociedades I*, Lex Nova, 1976, p. 296.

⁹¹ Juste Mencía, J., e Iguartua Arregui, F., “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 24, 2005, p. 77.

⁹² Art. 229.3 LSC.

⁹³ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, pp. 905.

⁹⁴ Art. 229.3 LSC.

adopción de tal decisión y activar los mecanismos de dispensa en los casos en que sea posible.⁹⁵

Pese a la existencia de un conflicto claro de interés, es cierto que el demandante lo comunica a uno de los administradores del consejo en un momento que posibilita la defensa de los intereses de la sociedad. No puede alegarse que el consejo, sin la intervención demandante, no decidiera oponerse a la demanda para fundar la petición de desestimación de la demanda. El otro socio con un porcentaje significativo e integrante del consejo, recibe la comunicación de la existencia del litigio, se opone a la demanda y realiza una actividad procesal de alegación y prueba destinada a defender los intereses de la sociedad. No se considera así que la sentencia recurrida viole el art. 228 c) LSC.⁹⁶

Destaca también la sentencia del TS de 17 de noviembre de 2011 que señala que pese a que una situación de conflicto de interés sea conocida por todos los miembros del consejo, los administradores han de abstenerse en la votación. En el caso, se demanda a tres administradores que habían sido nombrados por una propuesta vinculante de una compañía (Mazda Motor Corporation) en cumplimiento de un acuerdo de participación entre dicha compañía y la sociedad (Mazda Motor España) en la que ejercían su cargo.⁹⁷ Pese al deber de comunicar la situación de conflicto de interés a la sociedad, es cierto que ya era conocida la situación por todos los miembros como consecuencia del acuerdo de participación suscrito. Por ello, no podía imputarse ninguna consecuencia de la falta de comunicación. Sin embargo, el deber del administrador, señala el TS, consiste en defender el interés social y abstenerse de intervenir en las actuaciones en las que entren en conflicto los distintos intereses. Además, la existencia del acuerdo de participación no justifica que los demandados no se abstuvieran ya que debe primar la obligación de

⁹⁵ Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª del Tribunal Supremo de 7 de abril núm. 222/2016.

⁹⁶ Alfaro, J., “Deber de revelar el conflicto de interés del administrador”, *Almacén de Derecho*, 2016 (disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2016/04/deber-de-revelar-el-conflicto-de.html>; última consulta 1/4/2017).

⁹⁷ Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª del Tribunal Supremo de 17 de noviembre, núm. 793/2011.

transparencia e información sobre la libertad de pacto en aras a la protección del interés del mercado y de terceros.⁹⁸

La doctrina critica las graves deficiencias que presenta la regulación del deber de evitar las situaciones de conflicto de interés. La interpretación del marco normativo y el estudio de la jurisprudencia resulta muy importante en la configuración del deber. El trabajo de los tribunales va cobrando más fuerza en el desarrollo de este deber. A modo de ejemplo, se ha señalado que la derogación del inciso del art. 230.3 LSC “y las personas que bajo cualquier forma tenga intereses opuestos a los de la sociedad”, permitió en el caso de ACS e Iberdrola, S.A. (en adelante, “**Iberdrola**”), en 2014, que se estudia en el epígrafe 3.2.6., que los tribunales declarasen la validez del cese por la Junta de Iberdrola de los administradores nombrados por representación proporcional.⁹⁹

Pese a estas deficiencias, la doctrina señala que la Ley 31/2014 es más coherente y homogénea y aporta una mayor claridad en la configuración del deber de evitar situaciones de conflicto de interés. Esta ley introduce una serie de novedades entre las que destacan las siguientes: se supera la idea tradicional de autocontrato que deja de definir por sí sola el conflicto como incumplimiento del deber de lealtad; se incluye la contratación de la sociedad con personas vinculadas al administrador en la definición del conflicto de interés; el otorgamiento de la dispensa ya no corresponde sólo a la junta, sino que el consejo puede otorgarla siempre que no se encuentre vinculado; y por último, el otorgamiento de la dispensa deja de tener un carácter genérico teniendo que ser concreto para cada caso.¹⁰⁰

3.2. Tipos de conflictos de interés

⁹⁸ Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª del Tribunal Supremo de 17 de noviembre, núm. 793/2011.

⁹⁹ Vicent Chuliá, F., “Grupos de sociedades y conflictos de intereses”, *Revista de Derecho Mercantil*, n. 280, 2011, p. 8; Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de noviembre núm. 608/2014.

¹⁰⁰ Valpuesta Gastaminza, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, op. cit., p. 622.

Se encuentran distintas clasificaciones de tipos de conflictos de interés. Se puede distinguir el conflicto directo en el que el administrador realiza el acto por sí mismo, del conflicto indirecto.¹⁰¹ En este último caso un tercero mantiene una relación jurídica con la sociedad y otra con el administrador. El elemento que permite determinar la posición interesada del administrador deriva del vínculo que media entre el administrador y el tercero.¹⁰² Puede distinguirse entre los conflictos permanentes, como el caso de la prohibición de competencia, de los ocasionales como sería el caso de la apropiación de un bien determinado. Se diferencian también los conflictos sujetos a prohibición absoluta, caracterizados por el hecho de no poder ser objeto de autorización por la sociedad, de los conflictos sometidos a prohibición relativa que pueden ser autorizados. De igual modo, se distinguen los conflictos revelados en los que el administrador cumpliendo con su deber de lealtad procede a comunicarlo a la sociedad de los conflictos ocultos.¹⁰³

Siguiendo la línea de la clasificación entre conflictos directos y conflictos indirectos, el Tribunal Supremo distingue entre conflictos por cuenta propia y conflictos por cuenta ajena. En el caso de los conflictos por cuenta ajena, el agente se enfrenta al cumplimiento de dos deberes incompatibles entre sí. Por ejemplo, es el caso de un administrador que a su vez, posee una participación mayoritaria en una sociedad que es accionista de la sociedad en la que éste es administrador, se cuestiona si el deber de abstención del administrador debe extenderse a esta sociedad-socia.¹⁰⁴ Es relevante señalar la diferencia existente entre el deber de lealtad de los administradores y el de los socios. Los administradores deben cumplir siempre con el interés social y los socios ejercen un derecho subjetivo al votar pudiendo perseguir un interés personal.¹⁰⁵

¹⁰¹ Paz-Ares Rodríguez, C. “Anatomía del deber de lealtad”, *op. cit.*, pp. 43-65.

¹⁰² Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, p. 1639.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 1641.

¹⁰⁴ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero 359/2017 (FJ 4).

¹⁰⁵ *Id.*

Si votase la sociedad controlada por el administrador en la junta es como si lo hiciera el propio administrador. Esta sociedad sí es considerada persona vinculada al administrador en los términos del art. 231 LSC y aunque el art. 190 LSC no extiende la prohibición de voto a los socios que sean personas vinculadas a los administradores, sí sería conveniente extenderla analógicamente y aplicar el art. 231 LSC a los conflictos del art. 190 LSC.¹⁰⁶ Lo que se trata de determinar en este caso es si el socio ha de equipararse al administrador. Es decir, si la sociedad-socia puede ser equiparada al administrador al que se dispensa de la prohibición de competencia. Si se puede equiparar se deberá seguir la consecuencia jurídica y ver si el acuerdo se adoptó con su participación decisiva. Esta equiparación puede basarse en el sentido de que la sociedad-socia votará a favor de la dispensa de prohibición de competencia del administrador con independencia de que la dispensa sea conforme al interés social.¹⁰⁷

Estudiadas las distintas clasificaciones, resulta conveniente acudir al marco legal donde se desarrollan las principales situaciones de conflicto de interés. La obligación básica de prevención de estas situaciones conflictivas se incorpora en el art. 228 e) LSC. El contenido de este deber se desarrolla en el art. 229 LSC que detalla las principales situaciones en las que el administrador debe abstenerse de actuar para evitar el conflicto de interés. No se trata de un *numerus clausus*, sino que se detallan las principales situaciones en las que se produce un conflicto y el administrador ha de abstenerse de actuar.¹⁰⁸ Se estudia a continuación cada una de las situaciones que recoge el art. 229 LSC.

3.2.1. Deber de abstenerse de realizar transacciones con la sociedad

La primera categoría del art. 229 LSC hace referencia al deber del administrador de abstenerse de realizar transacciones con la sociedad “excepto que se trate de

¹⁰⁶ Alfaro Águila-Real, J., “Conflictos de interés del socio y personas vinculadas”, *Almacén de Derecho*, 2017 (disponible en <http://almacenederecho.org/conflictos-interes-del-socio-personas-vinculadas>; última consulta 29/03/2017).

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, p. 907.

operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia”.¹⁰⁹ Se entiende que las transacciones son de escasa relevancia cuando su información no afecta a la imagen fiel del patrimonio de la sociedad.¹¹⁰ El concepto de transacción se entiende en un sentido amplio refiriéndose a cualquier negocio jurídico en el que las posiciones de la sociedad y del administrador se encuentren en contraposición por cualquier condición del negocio. Ahora bien, se autoriza la realización de las transacciones que cumplan dos requisitos: que sean ordinarias y de escasa relevancia.¹¹¹

Las transacciones se entienden ordinarias en cuanto propias del tráfico habitual de la empresa, teniendo en cuenta tanto su objeto social como su actuación normal en el tráfico mercantil. Deben ser realizadas en las condiciones estándar para los clientes sin recibir un trato especial por tener como contraparte a un administrador. De esta forma se trata de impedir que la sociedad sufra perjuicio alguno.¹¹² En relación con la relevancia económica, se hace referencia a la regla de “*minimis*” con la finalidad de que el posible perjuicio para la sociedad sea mínimo. Se analiza tanto la situación patrimonial como el tamaño de la sociedad para determinar el umbral de relevancia económica. El porcentaje que se establece en el art. 230 LSC del diez por ciento para la dispensa otorgada por la junta no es aplicable en estos casos. De hecho, entiende la doctrina que en los casos de escasa relevancia económica la convicción suele ser unánime. Se presume relevante y en caso de duda la transacción debe someterse a autorización del órgano de administración.¹¹³

Esta prohibición va más allá del concepto clásico de autocontrato ya que no se exige la doble intervención del administrador en la relación contractual.¹¹⁴ Basta con ser

¹⁰⁹ Art. 229 1 a) LSC.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, p. 907.

¹¹² Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, p. 59.

¹¹³ *Ibid.*, p. 60.

¹¹⁴ Mariño Pardo, F., “El conflicto de intereses en materia societaria en el ejercicio de la representación orgánica o voluntaria. Novedades introducidas por la Ley 34/2014, de 3 de diciembre: contratación con personas vinculadas y dispensa concreta del conflicto”, *Iuris Prudente*, 2015 (disponible en

administrador y celebrar una transacción con la sociedad para que se de la situación de conflicto de intereses prohibida, aun cuando la sociedad estuviera representada por un tercero en el acto.¹¹⁵ En estos casos la sociedad es siempre el sujeto con el cual se ejecuta la conducta interesada del administrador. La situación se soluciona atendiendo a la salvaguarda de los bienes y derechos de la sociedad.¹¹⁶

3.2.2. Deber de abstenerse de utilizar el nombre de la sociedad o la condición de administrador

La segunda categoría del art. 229 LSC se refiere a la prohibición de “utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas”.¹¹⁷ Es decir, el administrador no puede utilizar la sociedad como una especie de seguro o de respaldo para llevar a cabo operaciones entre él y terceros.¹¹⁸ A diferencia del caso anterior, en esta categoría no se da ningún supuesto de autocontratación, ya que es el administrador el que se aprovecha de su cargo pero en sus relaciones con terceros, no con la sociedad. Además, se diferencia del supuesto anterior en que esta prohibición no es dispensable. Por ello, su interpretación debe ser estricta y cerrada.¹¹⁹

En relación con la utilización del nombre de la sociedad, tiene lugar cuando un administrador en sus negocios con terceros utiliza el nombre de la sociedad para cerrar un contrato u obtener mejores condiciones en la negociación. El tercero es inducido a pensar que está contratando con la sociedad o que por contratar con el administrador la sociedad facilitará la eficacia del contrato o actuará como garante de su posición. Si el

<http://www.iurisprudente.com/2015/01/el-conflicto-de-intereses-en-materia.html>; última consulta 6/4/2017).

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, *op. cit.*, p. 1640.

¹¹⁷ Art. 229.1b) LSC.

¹¹⁸ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, p. 908.

¹¹⁹ Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, pp.60-61.

tercero presentase una reclamación a la sociedad alegando el engaño, tendrá a su favor la inscripción del administrador en el Registro Mercantil, de acuerdo con el art. 234.2 LSC.¹²⁰

La imposibilidad de dispensar esta conducta encuentra su justificación en el hecho de que el administrador no sólo incumple el deber de lealtad, sino que además, induce con dolo al tercero a contratar.¹²¹ De acuerdo con el art. 1269 CC, “hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”.¹²² Existe una actuación dolosa en el presente caso ya que como consecuencia del engaño se obtienen condiciones más beneficiosas o el tercero acepta la contratación.

En cuanto a la invocación de la condición de administrador, tiene lugar cuando el administrador a cambio de un beneficio, permite que un tercero contrate con la sociedad cuando no lo debería hacer o cuando debería permitirselo en todo caso.¹²³ Esta actuación se relaciona con el delito del apartado primero del art. 286 bis del Código Penal (en adelante, “CP”) que sanciona al administrador que “reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados” como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en las relaciones comerciales.¹²⁴ Si bien es cierto que las condiciones para constituir un delito penal son más duras y puede darse el caso de una conducta que constituya un ilícito civil o incurra en otro tipo penal pero que no reúna los requisitos para incurrir en este delito en concreto.¹²⁵

¹²⁰ Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, p. 61.

¹²¹ *Id.*

¹²² Art. 1269 CC.

¹²³ Portellano Díez, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflictos de interés*, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2016.

¹²⁴ *Vid.* Art. 286 bis CP.

¹²⁵ Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, p. 62.

3.2.3. Deber de abstenerse de hacer uso de activos sociales para fines privados

En tercer lugar, la ley prohíbe el uso de los activos sociales con fines privados.¹²⁶ El concepto de activo social aparece de manera indeterminada, incluyendo tanto bienes como derechos.¹²⁷ De hecho, el propio artículo prohíbe el uso de la información confidencial de la compañía.¹²⁸ Si el administrador se dedicara a divulgar o comunicar la información sin una finalidad personal, no incurriría en esta prohibición, pero estaría quebrantando el deber de secreto recogido en el art. 228 b) LSC.¹²⁹

Se dice que no pueden utilizarse los activos sociales en las operaciones privadas. Este tipo de operaciones incluye cualquier supuesto en el que se utilicen los activos sin ninguna conexión con el cargo, las funciones o las facultades del administrador. Este supuesto puede plantear problemas de desvío de información en relación con los grupos de sociedades y con el ámbito familiar.¹³⁰ En definitiva, se debe tener en cuenta que el patrimonio de la sociedad es autónomo y está separado del de sus socios. Aunque los administradores poseen el poder de disposición del patrimonio como representantes de la sociedad, deben utilizarlo únicamente para satisfacer el fin social.¹³¹

3.2.4. Deber de abstenerse de aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad

En cuarto lugar, la ley hace referencia a la prohibición de aprovechamiento de las oportunidades de negocio de la sociedad.¹³² A modo de ejemplo, se entiende por oportunidad de negocio la firma de un contrato tendente a la explotación del mercado

¹²⁶ Art. 229.1. c LSC.

¹²⁷ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, pp. 908.

¹²⁸ Art. 229.1 c LSC.

¹²⁹ Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, p. 63.

¹³⁰ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, pp. 908.

¹³¹ Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, p. 62.

¹³² Art. 229.1 d LSC.

que genera beneficios económicos desviados al patrimonio del administrador o de un tercero en perjuicio del interés de la sociedad. La amplitud del concepto genera cierta inseguridad jurídica aumentando la flexibilidad y adaptación a las circunstancias. En principio, el administrador es libre para operar al margen de la sociedad en ámbitos no competitivos. El hecho de ser administrador no excluye que pueda aprovecharse de oportunidades de negocio.¹³³ Sin embargo, lo que ha de excluirse es que la oportunidad de negocio la constituya la propia sociedad. Es importante por tanto, diferenciar las oportunidades de negocio que pertenecen a la sociedad y las que no ya que podrá el administrador ejecutar las oportunidades de negocio que surjan al margen de su cargo y que no constituyan conductas competitivas.¹³⁴

Para distinguir las oportunidades de negocio que pertenecen a la sociedad, puede atenderse a la conveniencia con el fin social. Además, debe tenerse en cuenta el interés de la sociedad. En cuanto la sociedad haya mostrado interés sobre cierta oportunidad quedará ésta excluida del libre aprovechamiento del administrador. En definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias, si el administrador entiende que la oportunidad es adecuada para conseguir el fin social, como si la sociedad analiza o estudia la celebración de dicha oportunidad aunque no se haya concluido la negociación, se entiende que pertenece a la sociedad no pudiendo aprovecharse de ella el administrador.¹³⁵

3.2.5. Deber de abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones

En quinto lugar, se apela a la prohibición de obtener ventajas o remuneraciones de terceros, excluyéndose las “atenciones de mera cortesía”.¹³⁶ Es decir, se trata de evitar que la independencia de criterio de los administradores se vea afectada por regalos o

¹³³ Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, p. 65.

¹³⁴ Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Civitas, Pamplona, 2011.

¹³⁵ Portellano Díez, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones...*, *op. cit.*

¹³⁶ Art. 229.1 e) LSC.

cualquier tipo de ventaja por alguien externo a la sociedad. Se prohíben por tanto, las clásicas invitaciones, regalos o viajes. El administrador queda obligado a no aceptarlos y a impedir que afecten al desarrollo de su cargo. Resulta habitual el establecimiento de un límite cuantitativo para distinguir las atenciones de mera cortesía.¹³⁷ Destaca el hecho de que estas retribuciones sean dirigidas sólo a una parte de los miembros del consejo. Esto una división en el órgano de administración desestabilizando las relaciones entre sus miembros. Además, se generan dudas en relación a la figura del administrador independiente que recibe retribuciones de un socio.¹³⁸

3.2.6. Deber de abstenerse de desarrollar actividades de competencia

Por último, el artículo 229 LSC prohíbe el desarrollo de actividades que sean competitivas con la sociedad o que sitúen al administrador en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.¹³⁹ La competencia puede ser actual o potencial, exigiéndose en todo caso, el deber de abstención al administrador. Ha de tenerse en cuenta que la competencia que sufriría la sociedad en este caso sería superior a la normal de mercado dada la posición privilegiada que ostenta el administrador.¹⁴⁰ El fundamento de esta prohibición no consiste en proteger a la sociedad de otros competidores, lo que sería contrario al principio constitucional de libertad de empresa del art. 38 CE y a las reglas del mercado; sino que trata de evitar la situación permanente de conflicto de interés en la que se colocaría el administrador al competir en el mismo mercado con la sociedad. Se encontraría así el administrador con el dilema moral de primar el interés social, el suyo propio o el de la persona a la que representa.¹⁴¹

Se plantea la duda de si el deber de abstenerse de desarrollar actividades de competencia implica una prohibición del administrador de participar en el capital o

¹³⁷ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, pp. 908.

¹³⁸ Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, p. 67.

¹³⁹ Art. 229.1 f) LSC.

¹⁴⁰ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, pp. 910.

¹⁴¹ Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, pp.68-70.

establecer relaciones económicas con otras sociedades con las que exista competencia efectiva. La jurisprudencia, como se muestra en el caso de ACS e Iberdrola, entiende que este deber se infringe mediante la constitución de una sociedad de idéntico objeto y sin autorización, salvo que se demuestre, tras el examen de las circunstancias, que no existe contraposición de intereses.¹⁴²

Resulta relevante el estudio de un caso real para analizar el modo en el que los tribunales aplican el contenido de este deber. Esta situación de conflicto permanente se pone de manifiesto en el caso de ACS e Iberdrola de 2014. En este caso, Residencial Monte Carmelo, S.A. (en adelante, “**RMC**”) demanda a Iberdrola, solicitando la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta General de Iberdrola por los que se acuerda la destitución de dos administradores previamente designados por representación proporcional por RMC, sociedad íntegramente participada por ACS que tiene una participación, a su vez, del 20% en el capital de Iberdrola.¹⁴³

Entiende RMC que no existe conflicto de interés alegando que ACS no es competidor de Iberdrola y que por tanto, no tienen intereses contrapuestos. Sin embargo, la demanda no prospera y señala el tribunal de primera instancia que existe competencia actual dado que ambas sociedades desarrollan su actividad en el mismo sector (energías renovables e ingeniería industrial) y además, concurren en los mismos ámbitos geográficos. Asimismo, entiende el tribunal que existe riesgo de competencia potencial en otras áreas de negocio como el coche eléctrico o el ahorro energético.¹⁴⁴

RMC presenta recurso de casación alegando falta de precisión y contundencia en la doctrina del TS en cuanto a cuándo tiene lugar un conflicto de interés por una situación de competencia y en cuanto al concepto de sociedad competidora. Además, se alega una

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de noviembre, núm. 5407/2014 (FJ 1).

¹⁴⁴ *Id.*

vulneración de la doctrina jurisprudencial del TS sobre el cese de administradores con intereses opuestos a los de la sociedad en la que ostentan ese cargo.¹⁴⁵

La doctrina que se invoca como vulnerada señala que la prohibición de competencia desleal se infringe mediante la creación por parte de los administradores sin autorización expresa de la sociedad de una sociedad con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias que no existe contraposición de intereses. Según el recurrente, el TS no ha considerado las circunstancias para valorar si existe una verdadera contraposición de intereses y justifica la destitución sobre la base de una situación de competencia que es manifiestamente incapaz de generar un riesgo real y consistente para Iberdrola y por tanto, para justificar la negación práctica del derecho de representación proporcional de ACS. Entiende el recurrente que ACS e Iberdrola no pueden ser considerados competidores directos, estructurales y permanentes, a diferencia de Acciona y FCC que sí lo eran.¹⁴⁶

La sentencia recurrida sigue el criterio sentado en la sentencia de la AP de Barcelona sobre el caso Acciona y FCC de 14 diciembre de 2005 que utiliza la técnica de ponderación de intereses para analizar si el concreto interés social posee un mayor peso que el interés de la minoría en nombrar un administrador por el sistema de representación proporcional.¹⁴⁷ El TS reconoce que es necesario que exista justa causa para cesar a los administradores para no dejar vacío de contenido el derecho de representación proporcional de las minorías. Además, señala que en los casos en los que la situación de competencia sea meramente ocasional, la mera abstención en la deliberación y votación de los acuerdos relativos al conflicto de interés constituye un remedio más proporcionado y adecuado. Sin embargo, en el presente caso, existe justa causa para el cese dado que la situación de conflicto es estructural, no coyuntural y de

¹⁴⁵ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de diciembre, núm. 1166/2008 (FJ 4).

¹⁴⁶ *Ibid.*, (FJ 3).

¹⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 14 de diciembre, núm. 522/2005 (FJ 6).

competencia directa y permanente entre ACS e Iberdrola. Por tanto, se desestima el recurso de RMC.¹⁴⁸

En definitiva, se considera prohibida aquella conducta en la que se den estos dos requisitos: que exista una competencia, actual o potencial, pero no bastando la idea de compartir objeto social o actividad productiva, sino que es necesario que la actividad desarrollada por la sociedad del administrador resulte susceptible de ser sustituida de algún modo por la nueva actividad competitiva desarrollada por el administrador; se exige además que la situación de conflicto sea permanente.¹⁴⁹

3.3. Posibles soluciones ante supuestos de conflicto de interés

Una vez estudiados el concepto y marco normativo del conflicto de interés, así como los supuestos principales que regula la ley, es de gran interés analizar qué soluciones pueden darse ante una situación de tal conflicto.

Ante el conflicto de interés, se prevén distintos mecanismos en aras a la protección del interés social. El sistema general se basa en la aplicación de remedios *a posteriori* a la situación de conflicto de interés. Es decir, se resuelve el conflicto mediante la impugnación del acuerdo y la acción de responsabilidad de los administradores. Por otro lado, el sistema excepcional, el método preventivo, trata de evitar la actuación en situación de conflicto de interés mediante la prohibición *a priori* de ejercitar el derecho de voto, de contratar con la sociedad, y de intervenir en las decisiones o en los acuerdos del consejo de administración sobre tales operaciones.¹⁵⁰

En relación con la posible autorización, se permite en determinados casos el otorgamiento de la dispensa para la actuación generalmente prohibida del

¹⁴⁸ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de noviembre, núm. 5407/2014.

¹⁴⁹ Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores...”, *op. cit.*, pp.68-70.

¹⁵⁰ Vicent Chuliá, F., “Grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p.9.

administrador. El régimen de la dispensa está regulado en el art. 230 LSC que presenta una de las principales novedades de la última reforma del deber de lealtad.¹⁵¹ Establece este artículo la imperatividad del régimen del deber de lealtad que no puede verse sometido a una configuración estatutaria puesto que el régimen aplicable no es dispositivo. Las disposiciones o los pactos parasociales que lo limiten o que sean contrarios al mismo no serán válidos. Tanto las obligaciones del administrador como el régimen de responsabilidad son imperativos y no pueden limitarse.¹⁵² Sin embargo, como señala PAZ-ARES, la norma *no conflict* puede ser “derogada” por las partes ya que se trata de una norma instrumental que trata de proteger a la regla *no profit*.¹⁵³ A pesar de esta imperatividad, se introduce la dispensa como excepción en el art. 230 LSC de forma que se permite la autorización en determinados casos, para que el administrador pueda realizar una conducta que está prohibida con carácter general.¹⁵⁴

En atención al órgano encargado de otorgar la dispensa, los apartados segundo y tercero del art. 230 LSC establecen una serie de reglas atendiendo al supuesto concreto de prohibición de actuación. La autorización podrá ser otorgada tanto por la junta general como por el órgano de administración para la realización de una transacción con la sociedad, el uso de activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero.¹⁵⁵ Ahora bien, la junta general será necesariamente el órgano encargado de otorgarla para el caso de obtención de “una ventaja o remuneración de terceros, o cuando afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales”.¹⁵⁶ Asimismo, la obligación de no competir sólo podrá ser objeto de dispensa mediante acuerdo de la junta general en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el daño se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la

¹⁵¹ *Vid.* 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).

¹⁵² Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, pp. 911.

¹⁵³ Alfaro Águila-Real, J., “La moralidad de las relaciones fiduciarias y la prohibición...”, *op. cit.*

¹⁵⁴ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, pp. 911.

¹⁵⁵ Art. 230.2 LSC.

¹⁵⁶ *Id.*

dispensa.¹⁵⁷ La reforma operada por la ley 31/2014 modifica el régimen anterior colocando al órgano de administración, como regla general, como el encargado de otorgar la dispensa siempre que se respete la independencia entre el que la concede y el administrador dispensado.¹⁵⁸

Una vez otorgada la dispensa para la realización de operaciones de competencia puede ocurrir que el riesgo devenga relevante para la sociedad. En este caso, cualquier socio puede instar a la junta general para que resuelva sobre el cese del administrador que desarrolla actividades competitivas.¹⁵⁹ Esta propuesta constituye una iniciativa de cualquier accionista, correspondiéndole a éste la alegación y acreditación del riesgo. No es necesaria la prueba de un daño efectivo, sino de la posibilidad real de que la sociedad sufra un perjuicio como consecuencia de dicha actividad de competencia. Este perjuicio constituye un concepto amplio que incluye tanto situaciones precisas como la pérdida de contratos, trabajadores o clientes, como situaciones más indeterminadas que presentan difícil acreditación. La propuesta de cese no vincula a la junta general, que tiene la capacidad de acogerla o rechazarla.¹⁶⁰

Se cuestiona la posibilidad de que el administrador que sea a su vez socio y del que se solicita el cese pueda participar en la deliberación y voto de dicha decisión. En virtud del art. 190.1 e) LSC no podrá ejercer el derecho de voto en relación a las obligaciones derivadas del deber de lealtad de acuerdo con el art. 230 LSC. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo que señala que deben abstenerse los administradores en la votación que les afecta.¹⁶¹ Mediante este mecanismo de cese se altera la carga de la argumentación en relación a la conformidad del acuerdo con el interés social. El acuerdo se presume por tanto, contrario al interés social mientras no se demuestre que no es dañoso para la sociedad.¹⁶²

¹⁵⁷ Art. 230.3 LSC.

¹⁵⁸ Mariño Pardo, F., “El conflicto de intereses en materia societaria en el ejercicio de la representación...”, *op. cit.*

¹⁵⁹ Art. 230.3 LSC.

¹⁶⁰ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, p. 915.

¹⁶¹ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 781/2012, de 26 de diciembre.

¹⁶² Alfaro, J., “Conflictos de interés del socio...”, *op. cit.*

En relación con el sistema general de remedios *a posteriori*, la Ley 31/2014 introduce en el art. 232 LSC la idea de 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”.¹⁶³ Se reconocen estas acciones y se expresa su compatibilidad con el ejercicio de la acción de responsabilidad de forma que la responsabilidad no aparece como el único remedio para la lesión del incumplimiento del deber de lealtad.¹⁶⁴ Este reconocimiento de acciones resulta relevante si se tiene en cuenta además, que la jurisprudencia tradicional ha sostenido que la reacción frente al incumplimiento del deber de lealtad no admitía acudir a remedios de Derecho común limitándose a los remedios propios del Derecho de Sociedades (la impugnación de acuerdos y la responsabilidad de administradores).¹⁶⁵

El art. 227.2 LSC señala que “la infracción del deber de lealtad determinará no sólo 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”.¹⁶⁶ Es decir, todo beneficio obtenido como consecuencia del incumplimiento es atribuido a la sociedad que podrá reclamarlo con independencia de que dicho incumplimiento haya ocasionado daños a la compañía. Es necesario que exista un vínculo causal entre los actos antijurídicos realizados por los administradores y el daño causado a la sociedad, a diferencia de lo que ocurre en el caso estudiado de Mazda Motor Corporation en el que se advierte la falta de relación causal.¹⁶⁷ Se exige, además del incumplimiento, que el administrador haya obtenido un beneficio. A diferencia de la acción de enriquecimiento

¹⁶³ Art. 232 LSC.

¹⁶⁴ 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”, *Uría Menéndez*, 2015 (disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4769/documento/20151111foro.pdf?id=5962>; última consulta 5/4/2017), p.3.

¹⁶⁵ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 7933/1997, de 5 de noviembre; Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 8095/1997, de 21 de noviembre.

¹⁶⁶ Art. 227.2 LSC.

¹⁶⁷ Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª del Tribunal Supremo de 17 de noviembre, núm. 793/2011.

ilícito común, no es necesario que la ganancia obtenida por el administrador haya causado una pérdida correlativa para la sociedad.¹⁶⁸

El párrafo segundo del art. 239.1 LSC reconoce a la minoría la posibilidad de ejercer la acción social de responsabilidad cuando ésta se fundamente en la infracción por el administrador de su deber de lealtad. Se otorga a la minoría una iniciativa tan excepcional como es demandar a los propios administradores en defensa del interés social. Si la acción es estimada los administradores se ven obligados a indemnizar al patrimonio de la sociedad. Además, ha de entenderse que la legitimación también comprende la facultad de la minoría para acumular la acción de enriquecimiento injusto a la acción principal e indemnizatoria. Se pueden acumular ambas acciones por ser compatibles, corresponderse con el mismo interés y basarse en los mismos hechos.¹⁶⁹

El sistema general suele terminar en la nulidad del acuerdo referido a la transacción en la que haya participado el administrador inmerso en un conflicto de interés. PAZ-ARES propone como solución la inversión de la carga de la prueba. El juez anularía el contrato a no ser que los administradores demuestren que la transacción a que se refiere es justa y razonable para la sociedad, demostración que podrá realizarse en el juicio sobre ventajas comparativas y compensatorias.¹⁷⁰

En definitiva, podemos distinguir los siguientes remedios además de la acción de responsabilidad *a posteriori* en relación con el incumplimiento del deber de lealtad: la acción de impugnación de acuerdos societarios; la acción de Derecho común de anulación de actos y contratos celebrados por los administradores; y las acciones de cesación y remoción de efectos. En cuanto a estas acciones de cesación y remoción, si bien la jurisprudencia considera su aplicación limitada a las acciones de competencia

¹⁶⁸ 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”, *Uria Menéndez*, 2015 (disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4769/documento/20151111foro.pdf?id=5962>; última consulta 5/4/2017), p.4.

¹⁶⁹ Sánchez-Calero Guilarte, J., “La reforma de los deberes de los administradores...”, *op. cit.*, pp. 917.

¹⁷⁰ Paz-Ares Rodríguez, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *op. cit.*, p.52.

desleal,¹⁷¹ la doctrina entiende que no debe limitarse su aplicación a dichas actividades.¹⁷²

¹⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 13 de enero, núm. 10/2009.

¹⁷² 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”, *Uria Menéndez*, 2015 (disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4769/documento/20151111foro.pdf?id=5962>; última consulta 5/4/2017), p.5.

Conclusiones

I. Tras el estudio del concepto del deber de lealtad, se encuentra una relación muy significativa entre el deber de lealtad y el principio de la buena fe. Si bien el deber de lealtad es considerado un deber autónomo, parte de la doctrina lo sitúa dentro de una escala jerárquica de deberes.¹⁷³ De hecho, la LSC lo regula de manera conjunta con el deber de diligencia, del que se diferencia no sólo en su carácter imperativo, sino también en su fundamento. Aunque ambos persigan el interés social, puede decirse que el deber de lealtad se centra en el principio de la buena fe, teniendo el administrador la obligación de actuar como fiel representante del principal anteponiendo en todo momento el interés del principal y absteniéndose de obtener cualquier beneficio como consecuencia de su cargo.

II. Analizado el deber de lealtad desde la teoría de la agencia, se pone de manifiesto el riesgo que supone la necesidad de confiar en un agente para la gestión de la sociedad. El deber de lealtad se configura en este sentido como mecanismo que trata de evitar el surgimiento de conductas oportunistas que impidan una gestión que prime el interés social. Ahora bien, se ha visto que el principal problema no es sólo la delegación de confianza sino que viene referido a la discrecionalidad. Es decir, no es posible prever todo el contenido de la delegación del deber y dado que el principal ha de confiar en los agentes para la gestión de su sociedad, esta indeterminación hace más complicado el control de su actuación. De hecho, la existencia de las primas de control pone de manifiesto la existencia de los beneficios privados que reducen la confianza del público generando un problema de confianza y de falta de transparencia.¹⁷⁴

III. En cuanto al contenido del deber de lealtad, se distinguen dos normas principales: *no conflict* y *no profit*. Se trata de la obligación de evitar colocarse en situación de conflicto de interés y la prohibición de actuar en su caso, así como la prohibición de

¹⁷³ Ribas Ferrer, V., *El deber de lealtad del administrador...*, *op. cit.*, p. 220.

¹⁷⁴ Paz-Ares Rodríguez, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *op. cit.*, p. 45.

obtener un beneficio del ejercicio de su cargo.¹⁷⁵ Destacan también las situaciones en las que sin existir un conflicto propiamente dicho, se ha de evitar actuar para evitar un aprovechamiento injusto. En definitiva, el administrador posee una posición privilegiada y no puede aprovecharse de dicha posición para obtener beneficios personales.

IV. De la exploración del fundamento y de la indeterminación del contenido de este deber, se concluye que no cabe fundamentar el deber de lealtad en la existencia de una relación de confianza entre socios y administradores. De hecho, se presume la falta de confianza y este deber actúa como control de dicha carencia para evitar los comportamientos que se aprovechan de la posición privilegiada y no persiguen el interés social. El problema surge de la dificultad de controlar la cuestión. Dado que los socios no son capaces de abarcar la gestión de sus sociedades, no se encuentre ningún mecanismo mejor para controlar los riesgos de la relación. Además, se ha observado la importancia que tienen los tribunales en el desarrollo de este deber. Si bien es cierto que la indeterminación genera inseguridad jurídica, se está primando la flexibilidad y la adaptabilidad, llevándose a cabo una aproximación al derecho comparado que defiende esta flexibilidad en aras al buen funcionamiento del mercado.

V. Finalmente, puede encontrarse el fundamento de este deber en el principio de la buena fe, que cumple un papel muy importante en toda relación contractual. Si bien genera ciertos problemas, si se concreta el principio en el plano contractual se evitan los riesgos de fundamentarse en una relación de confianza. Sin embargo, es cierto que la relación socio-administrador no constituye una relación contractual ordinaria y deben prestarse las atenciones necesarias para que el gobierno de la sociedad se vea impulsado por la persecución del interés social. En definitiva, es el deber de lealtad el mejor mecanismo encontrado hasta ahora para evitar la desviación del interés social.

VI. Del examen del contenido del deber de lealtad deriva la prohibición de colocarse en posición de conflicto de interés y en caso de ser colocado en tal situación, la obligación

¹⁷⁵ Alfaro Águila-Real, J., “La moralidad de las relaciones fiduciarias y la prohibición...”, *op. cit.*

de comunicarlo a la sociedad y de abstenerse de actuar y participar en la deliberación y votación que afecte a tal situación. Del análisis de las principales situaciones de conflicto de interés recogidas en el art. 229 LSC puede señalarse que la tipificación de estos supuestos aumenta la seguridad. Sin embargo, al no constituir un *numerus clausus* se deja abierta la puerta a la flexibilidad y a la actuación de los tribunales que desempeñan un papel fundamental.

VII. Del estudio de posibles soluciones ante supuestos de conflicto de interés, puede señalarse que las acciones con las que cuentan los socios suponen un avance en la protección del interés social, generando mayor seguridad en el control de las actuaciones que se desvían del mismo. Si bien es cierto que se ha optado por el control de la relación fomentándose de este modo la delegación de confianza; este excesivo control, así como las penalizaciones en caso de actuar en conflicto de interés pueden generar un detrimento de la innovación y la generación de ideas y opiniones diversas en el gobierno de las sociedades. Constituye una tarea muy complicada encontrar el equilibrio entre flexibilidad y seguridad jurídica y es en el desarrollo de esta labor donde el deber de lealtad alcanza un papel fundamental como el mejor mecanismo de control encontrado hasta ahora.

Bibliografía

1. Legislación

- 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).
- 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).
- 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).
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1989).
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (GACETA núm. 289, de 16 de octubre de 1885).
- Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado el 24 de febrero de 2015 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

2. Jurisprudencia (clasificadas por tribunal)

- Tribunal Supremo:
 - Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero, núm. 359/2017.
 - Sentencia de la Sala de lo Civil (Sección 1ª) del Tribunal Supremo de 7 de abril, núm. 222/2016.

- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de noviembre, núm. 608/2014.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de noviembre, núm. 5407/2014.
- Sentencia de la Sala de lo Civil (Sección 1ª) del Tribunal Supremo de 26 de diciembre, núm. 781/2012.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de diciembre, núm. 873/2011.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de noviembre, núm. 830/2011.
- Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª del Tribunal Supremo de 17 de noviembre, núm. 793/2011.
- Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª del Tribunal Supremo de 5 de diciembre, núm. 1166/2008.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio, núm. 653/2008.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de marzo, núm. 186/2006.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de octubre, núm. 892/1999.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de noviembre, núm. 7933/1997.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 21 de noviembre, núm. 8095/1997.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1991. RJ 1991\1512.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1983. RJ 1983\6111.
- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1983. RJ 1983\4212.

- Audiencias Provinciales:
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) de 29 de abril, núm. 175\2010.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 3 de septiembre, núm. 284\2009.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 13 de enero, núm. 10/2009.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 14 de diciembre, núm. 522/2005.

3. Obras doctrinales

- Alces Williams, K., “Debunking the Corporate Fiduciary Myth”, *Journal of Corporation Law*, vol. 36, n. 2, 2009, pp. 239-282 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1352595; última consulta 7/4/2017).
- Alfaro Águila-Real, J., “Aclaraciones sobre el deber de lealtad de los administradores”. *Almacén de Derecho*, 2013 (disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2013/12/aclaraciones-sobre-el-deber-de-lealtad.html>; última consulta 20/3/2017).
- Alfaro Águila-Real, J., “La moralidad de las relaciones fiduciarias y la prohibición de enriquecimiento injusto”, *Almacén de Derecho*, 2016 (disponible en <http://almacenederecho.org/tag/relaciones-fiduciarias>; última consulta 27/02/2017).
- Alfaro Águila-Real, J., “Conflictos de interés del socio y personas vinculadas”, *Almacén de Derecho*, 2017 (disponible en <http://almacenederecho.org/conflictos-interes-del-socio-personas-vinculadas>; última consulta 29/03/2017).
- Alfaro Águila-Real, J., “Deber de revelar el conflicto de interés del administrador”, *Almacén de Derecho*, 2016 (disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2016/04/deber-de-revelar-el-conflicto-de.html>; última consulta 1/04/2017).

- Alfaro Águila-Real, J., “El interés social: planteamiento”, *Almacén de Derecho*, 2010 (disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2010/10/el-interes-social-planteamiento.html>; última consulta 8/4/2017).
- Casanova Torrado, M. J., “La fundamentación de los *fiduciary duties* de los administradores de sociedades y sus consecuencias en la acción social de responsabilidad”, Tesis Doctoral, Universidad de Navarra, 2012.
- Chivite Fernández S. y Rodríguez Monroy C., “Análisis de los diez años de gobierno corporativo en España y cumplimiento del Código Unificado o Código Conthe”, *Dirección y Organización*, n. 37, 2009, pp. 14-21 (disponible en <http://w.revistadyo.com/index.php/dyo/article/view/33/33>; última consulta 4/4/2017).
- Círculo de Empresarios, “Una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de Administración”, *Documentos Círculo*, Madrid, 1996 (disponible en <http://www.ecgi.org/codes/documents/empres.pdf>; última consulta 20/3/2017).
- Duprat, D. A. J., “Los conflictos de agencia en las sociedades cerradas”, *Thomson Reuters*, 2012 (disponible en <http://thomsonreuterslatam.com/2012/04/24/los-conflictos-de-agencia-en-las-sociedades-cerradas>; última consulta 30/03/2017).
- Embid Irujo, J. M., “La codificación del gobierno corporativo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 140, 2015 (disponible en http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?startChunk=1&endChunk=2&stid=marginal_chunk&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_legis&marginal=RCL\2014\1613&version=&srguid=i0ad6adc50000015b3f14d3a20ca3b8f9&lang=spa&src=withinResuts&spos=1&epos=1&mdfilter=mdlegisfilter#; última consulta 5/4/2017).
- Fama, E. F. y Jensen, M. C., “Separation of Ownership and Control”, *Journal of Law and Economics*, vol. 26, n. 2, 1983, pp. 301-325.
- García Osma, B. y Gil de Albornoz Noguera, B., “El gobierno corporativo en las empresas españolas cotizadas: el cumplimiento de las recomendaciones del Código Olivencia”, *RVEH*, n.10, 2004 (disponible en https://www.researchgate.net/profile/Belen_Noguera/publication/28084257_El_g

[obierno corporativo en las empresas españolas cotizadas El cumplimiento de las recomendaciones del Código Olivencia/links/0c960521f00887e6f3000/El-gobierno-corporativo-en-las-empresas-espanolas-cotizadas-El-cumplimiento-de-las-recomendaciones-del-Codigo-Olivencia.pdf](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4769/documento/20151111foro.pdf); última consulta 7/4/2017).

- 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”, *Uría Menéndez*, 2015 (disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4769/documento/20151111foro.pdf?id=5962>; última consulta 5/4/2017).
- Girón Tena, J. *Derecho de Sociedades I*, Lex Nova, 1976.
- Gómez Ansón, S. y Fernández Rodríguez, E., “La experiencia del Código Olivencia”, *Análisis Financiero*, n. 90, 2003, pp. 63-71.
- Juste Mencía, J. e Igartua Arregui, F., “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *Revista de Derecho de Sociedades* n. 24, 2005, pp. 75-89.
- Lizcano Álvarez, J. L., “Buen gobierno y responsabilidad social corporativa”, *Partida Doble*, n. 182, 2006, pp. 20-35 (disponible en http://aeca.es/old/comisiones/rsc/partidadoble_buen_gobierno.pdf?idArt=370; última consulta 7/4/2017).
- Mariño Pardo, F., “El conflicto de intereses en materia societaria en el ejercicio de la representación orgánica o voluntaria. Novedades introducidas por la Ley 34/2014, de 3 de diciembre: contratación con personas vinculadas y dispensa concreta del conflicto”, *Iuris Prudente*, 2015 (disponible en <http://www.iurisprudente.com/2015/01/el-conflicto-de-intereses-en-materia.html>; última consulta 6/4/2017).
- Mariño Pardo, F., “La naturaleza de la ineficacia de las situaciones de conflicto de interés en la contratación por administradores de las sociedades mercantiles. La Resolución DGRN de 3 de agosto de 2016”, *Iuris Prudente*, 2016 (disponible en <http://www.iurisprudente.com/2016/10/la-naturaleza-de-la-ineficacia-de-las.html>; última consulta 7/4/2017).

- Martínez-Cortés Gimeno, J., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n. 65, 2016, pp. 39-118.
- Paz-Ares Rodríguez, C. “Anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, pp. 43-65.
- Peñas Moyano, B., “Los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores en la reforma de la LSC”, *Thomson Reuters Lex Nova*, 2015 (disponible en <http://mercantil.blogs.lexnova.es/2015/02/24/los-deberes-de-diligencia-y-de-lealtad-de-los-administradores-en-la-rerforma-de-la-lsc>; última consulta 29/03/2017).
- Polo Sánchez, E. M., “La nueva disciplina de los administradores de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en Pries y Picardo, A. (coord.), Nieto Carol, U. (coord.), y Almoguera Gómez, A. (coord.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, 1998, pp. 643-756.
- Portellano Díez, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflictos de interés*, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2016.
- Pucheta-Martínez, M.C., “El papel del Consejo de Administración en la creación de valor en la empresa”, *Revista de Contabilidad*, vol. 18, n. 2, 2015, pp. 148-161.
- Ramos Herranz, I., “La prohibición que pesa sobre los administradores (y los cargos de la más alta dirección) de utilizar su condición de administrador o el nombre de una sociedad mercantil para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas en el anteproyecto de Código Mercantil” en Arroyo, T. (coord.), Feliu, J. (coord.), Lastiri, M. (coord.), y Rodríguez J.P. (coord.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 809-839.
- Ribas Ferrer, V., “Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades”, Tesis Doctoral. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, 2004.

- Ribas Ferrer, V. *El deber de lealtad del administrador de sociedades* (1ª ed.), La Ley, Madrid, 2010.
- Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo I, Civitas, Pamplona, 2011.
- Sabogal Bernal, L.F., “El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades”, Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Mercantil, 2017.
- Sáez Lacave, M., “Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas”, *InDret*, n.1, 2016 (disponible en http://www.indret.com/pdf/1211_es.pdf; última consulta 29/03/2017).
- Sánchez Álvarez, J.M., “El Código Olivencia y la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.7, 1999, 133-156.
- Sánchez-Calero Guilarte, F., *Los administradores en las sociedades de capital* (2ª ed.), Civitas S.A., Pamplona, 2007.
- Sánchez-Calero Guilarte, F., “Observaciones preliminares al proyecto de ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el informe Aldama”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 1 (20), 2003, pp. 27-50.
- Solís Céspedes, J. L., “El Código Conthe: claves del buen gobierno”, *Estrategia Financiera*, n. 231, 2006 (disponible en <http://normasiso.es/wp-content/uploads/2014/11/CODIGO-CONTHE-copia.pdf>; última consulta 4/4/2017).
- Torrent Ruiz, A. J., “Reflexiones sobre el gobierno corporativo: la comisión de nombramientos (Apunte críticos al proyecto de Código Conthe)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 1 (26), 2006, pp. 219-256.
- Valpuesta, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital* (2ª ed.), Bosch, Barcelona, 2015.
- Velasco Gámez, M., Puentes Poyatos, R., y Vilar Hernández, J., “El Código Unificado de Buen Gobierno: su nivel de seguimiento por empresas socialmente

responsables”, *Revista de Estudios Empresariales*, n. 2, 2010, pp. 99-113 (disponible en <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/REE/article/view/476/407>; última consulta 5/4/2017).

- Vicent Chuliá, F., “Grupos de sociedades y conflictos de intereses”, *Revista de Derecho Mercantil* n. 280, 2011, pp. 19-43.
- Villasalero Díaz, M., “Economía de los costes de transacción, teoría de la agencia y enfoque de los derechos de propiedad: Diferencias básicas en el ámbito de la economía de las organizaciones”, *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispano-Francés*, Logroño (La Rioja), 16 de junio, 1999, Universidad de La Rioja, 1999, pp. 761-767.
- Vives Ruiz, F., “Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad en la reforma de la Legislación Mercantil”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 137, 2015 (disponible en <http://aranzadi.aranzadigital.es/maf/app/document?psrguid=i0ad6adc50000015b3f14d3a20ca3b8f9&docguid=1b7ef1b80dd8f11e4ae0701000000000#>; última consulta 5/4/2017).