



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

FACULTAD DE DERECHO/ZUZENBIDE FAKULTATEA

EL ALCANCE DE LA DISPENSA DEL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR

TESIS DOCTORAL

ANDREA MEIJOMIL GONZÁLEZ

Director: Alberto Empanza Sobejano
Catedrático de Derecho Mercantil

Donostia-San Sebastián, 2022

EL ALCANCE DE LA DISPENSA DEL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR

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

Donostia-San Sebastián, 2022

ÍNDICE

Página

Abreviaturas.....	13
Introducción	15

CAPÍTULO I-. LA IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN DEL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULACIÓN ACTUAL..... 23

I-. LA PRESUNTA IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN DEL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR..... 23

1-. LA IMPERATIVIDAD DEL DEBER DE LEALTAD..... 23

2-. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL CARÁCTER IMPERATIVO DEL DEBER DE LEALTAD 24

II-. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR 29

1-. PRELIMINAR..... 29

2-. ANTECEDENTES 31

2.1-. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el Código de Comercio 31

2.2-. Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas 33

2.3-. Ley de 17 de julio de 1953, del régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada 36

2.4-. Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas..... 36

2.5-. Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada 38

2.6-. 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 de Transparencia..... 38

2.7-. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.....	43
3-. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL DEBER DE LEALTAD EN LA REGULACIÓN ACTUAL tras la Ley 31/2014.....	46
III-. LA FLEXIBILIDAD DEL CARÁCTER IMPERATIVO DEL DEBER DE LEALTAD TRAS LA LEY 31/2014.....	50
1-. LA REGULACIÓN DEL DEBER DE LEALTAD EN LA LEY 31/2014.....	50
2-. LA IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN DEL DEBER DE LEALTAD Y SU FLEXIBILIDAD	52
2.1-. Preliminar	52
2.2-. Fundamento jurídico del carácter imperativo flexible	53
2.3-. Carácter flexible de la imperatividad y la dispensa.....	56
2.4-. Modulación del régimen imperativo del deber de lealtad: la posibilidad de flexibilización del sistema a través de pactos parasociales y el endurecimiento del sistema a través de la autotutela societaria	59
CAPÍTULO II-. EL MECANISMO DE AUTORIZACIÓN DE POSIBLES INCUMPLIMIENTOS DEL DEBER DE LEALTAD: LA DISPENSA	65
I-. LA DISPENSA DEL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR	65
1-. LA DISPENSA	65
2-. FUNDAMENTO JURÍDICO	67
II-. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DISPENSA	71
1-. PRELIMINAR	71
2-. REGULACIÓN ACTUAL: LA DISPENSA EN LA LEY 31/2014	75
3.1-. El carácter singular.....	79
3.2-. El carácter previo a la realización de la conducta	83
III-. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA DISPENSA	85
1-. PRELIMINAR	85
2-. EL ADMINISTRADOR DE DERECHO Y EL ADMINISTRADOR DE HECHO	87
3-. PERSONAS QUE TIENEN ATRIBUIDAS LAS FACULTADES DE ALTA DIRECCIÓN	91
4-. LA PERSONA FÍSICA REPRESENTANTE DE LA ADMINISTRADORA PERSONA JURÍDICA	94

5-. LAS PERSONAS VINCULADAS AL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD	97
.....	97
5.1-. La referencia del artículo 229.2 LSC a las personas vinculadas.....	97
5.2-. Las personas vinculadas en la LSC.....	102
5.2.1-. Vínculos entre personas naturales	104
5.2.2-. Vínculos del administrador persona jurídica.....	107
5.2.3-. El nuevo artículo 231 bis LSC tras la Ley 5/2021. Las operaciones intragrupo.....	108
5.3-. El carácter abierto del artículo 231 LCS	109
IV-. ÁMBITO OBJETIVO DE LA DISPENSA: LOS CONFLICTOS DE INTERÉS.....	113
1-. PRELIMINAR.....	114
2-. LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DERIVADAS DEL DEBER DE LEALTAD	115
.....	115
2.1-. La previsión de las obligaciones básicas.....	115
4.2-. La no conflict rule	117
3-. EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS (ARTÍCULO 229 LSC).....	119
3.1-. Preliminar.....	119
3.2-. Los casos de deslealtad del artículo 229 LSC.....	122
3.2.1-. Prohibición de realizar transacciones con la sociedad.....	122
3.2.2-. Prohibición del uso de activos sociales	125
3.2.3-. Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o invocar la condición de socio	127
3.2.4-. Prohibición de aprovecharse de la oportunidad de negocio	128
3.2.5-. Prohibición de recibir ventajas y remuneraciones de terceros	132
3.2.6-. Prohibición de competencia.....	137
3.3-. La posibilidad de dispensar otros conflictos de interés no incluidos en el artículo 230.2 LSC.....	143
CAPÍTULO III-. PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE DISPENSA I. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN Y ÓRGANO COMPETENTE.....	147
I-. PLANTEAMIENTO: PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DEL ADMINISTRADOR A LA HORA DE SOLICITAR LA DISPENSA.....	147

1- PRELIMINAR	147
2- CONTENIDO DEL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN: LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO	148
2.1-. Comunicación del conflicto	150
2.2-. El deber de abstención.....	150
2.3-. El ejercicio de la dispensa	151
3- LOS BENEFICIOS DE ESTABLECER UN PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA LOS CASOS SUSCEPTIBLES DE CONFLICTO DE INTERESES	151
II-. COMUNICACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS	155
1- EL DEBER DE COMUNICACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS.....	155
2- FUNDAMENTO DEL DEBER DE COMUNICACIÓN: EL DEBER DE TRANSPARENCIA.....	157
3- PRESUPUESTO OBJETIVO DEL DEBER DE COMUNICACIÓN.....	159
4- ÁMBITO SUBJETIVO DEL DEBER DE COMUNICACIÓN.....	160
5- CARACTERÍSTICAS DE LA COMUNICACIÓN.....	164
5.1-. Contenido de la comunicación	164
5.2-. Naturaleza formal de la comunicación.....	165
5.3-. Momento de la comunicación del conflicto de interés.....	166
6- EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN	167
6.1-. Puesta en conocimiento de la situación de conflicto y el deber de abstención	167
6.2-. Comunicación y solicitud de dispensa	168
7- ELEVACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS A LA JUNTA.....	170
III-. ÓRGANO COMPETENTE PARA EL OTORGAMIENTO DE LA DISPENSA.....	173
1- LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE.....	173
2- COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL	175
2.1-. Supuestos de otorgamiento por la junta	176
2.1.1-. Transacciones con la sociedad cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales	177
2.1.2-. Obtención de una ventaja o remuneración de tercero.....	179
2.1.3-. Prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando el administrador pretenda el establecimiento con la sociedad de una relación de servicios obra	180

2.1.4-	Supuesto especial de prohibición de competencia	180
2.1.5-	Supuestos de dispensa derivados a la junta general	181
3-	LA COMPETENCIA RESIDUAL DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN	182
4-	EXIGENCIAS ADICIONALES: REQUISITOS PROCEDIMENTAL Y MATERIAL	183
4.1-	Requisito procedimental: independencia del órgano que dispensa y transparencia	183
4.2-	Requisito de equidad o inocuidad de la operación objeto de dispensa	184

CAPÍTULO IV-. PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE LA DISPENSA

II. DELIBERACION, VOTACIÓN Y ACUERDO DE DISPENSA

I-. EL DEBER DE ABSTENCIÓN DEL ADMINISTRADOR

1-	EL DEBER DE ABSTENCIÓN	187
2-	FUNDAMENTO.....	190
3-	ÁMBITO OBJETIVO DEL DEBER DE ABSTENCIÓN: EL CONFLICTO REAL DE INTERESES	191
4-	ÁMBITO SUBJETIVO DEL DEBER DE ABSTENCIÓN: LA INDEPENDENCIA DEL ÓRGANO.....	192
5-	CONTENIDO DEL DEBER DE ABSTENCIÓN.....	196
6-	La PROHIBICIÓN de dispensar el deber de abstención	199

II-. LA DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN DEL ACUERDO DE DISPENSA .

1-	Preliminar.....	203
2-	Adopción del acuerdo dispensatorio por el órgano de administración.....	203
2.1-	Convocatoria y constitución del órgano de administración y la deliberación	204
2.2-	La votación del acuerdo de dispensa en el órgano de administración	207
3-	Adopción del acuerdo dispensatorio en la junta general	208
3.1-	Convocatoria y constitución de la junta general	209
3.2-	Celebración de la sesión y deliberación del acuerdo dispensatorio	210
3.3-	Votación	212
3.3.1-	La prohibición del socio-administrador de votar el acuerdo de dispensa	212
3.3.2-	La votación del socio en situación de conflicto de interés indirecto ..	214

3.4-. Régimen de mayorías para la adopción del acuerdo de dispensa	221
III-. EL ACUERDO DE DISPENSA.....	224
1-. Forma del acuerdo.....	224
1.1-. Acuerdo expreso.....	225
1.2-. Acuerdo separado	228
2-. Tipos de acuerdo	229
2.1-. Inexistencia de conflicto de interés	229
2.2-. Contenido del acuerdo dispensatorio	231
2.3-. Denegación de dispensa	233
3-. Ratificación de comportamientos desleales como acuerdo especial.....	234
3.1-. Preliminar	234
3.2-. La figura de la ratificación en el actual sistema	235
3.3-. El acuerdo de ratificación.....	237
3.4-. Alcance de la ratificación.....	240
CAPÍTULO V-. EFECTOS DEL OTORGAMIENTO DE LA DISPENSA.....	243
I-. PRELIMINAR	243
II-. REGULARIZACIÓN DEL COMPORTAMIENTO INICIALMENTE DESLEAL.....	243
1-. Preliminar.....	244
2-. Realización de la conducta desleal por el administrador	244
2.1-. El consentimiento de la sociedad como fundamento de la realización de la conducta.....	244
2.2-. Levantamiento del deber de abstención y la nueva posición jurídica del administrador en la sociedad	245
2.3-. La función legitimadora del otorgamiento de la dispensa.....	246
III-. CONTROL SOCIETARIO SOBRE LA ACTUACIÓN DEL ADMINISTRADOR DISPENSADO.....	247
1-. PRELIMINAR.....	247
2-. El papel fundamental del deber de información en el control de la sociedad tras el otorgamiento de la dispensa	248
3-. Adecuación del comportamiento al objeto de la dispensa	250
4-. Validación y renovación de la dispensa.....	252
4.1-. La validación o ratificación de la conducta desleal.....	253

4.2.-. La renovación de la dispensa	254
5.-. Revocación de la dispensa	256
5.1.-. Las causas de revocación de la dispensa.....	257
5.2.-. Procedimiento de revocación	258
5.2.1.-. Comunicación del cambio de circunstancias.....	258
5.2.2.-. Órgano competente.....	259
5.2.3.-. Formas de revocación.....	260
5.3.-. Consecuencias de la revocación.....	262
IV.-. IMPLICACIONES DERIVADAS DEL OTORGAMIENTO DE LA DISPENSA PARA EL ADMINISTRADOR	263
1.-. Exención de la responsabilidad del administrador dispensado.....	263
1.1.-. Fundamento: el efecto exonerador de la autorización en general	264
1.2.-. La exoneración de responsabilidad y el artículo 236.2 LSC.....	265
1.2.1.-. Los presupuestos de responsabilidad.....	265
1.2.2.-. La culpa como criterio de imputación	268
1.2.3.-. El artículo 236.2 LSC y la dispensa	271
2.-. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DISPENSADO	276
2.1.-. Presupuestos de responsabilidad	277
2.2.-. Responsabilidad del administrador correctamente dispensado.....	279
2.2.1.-. Actuación del administrador que no se corresponde con el contenido del acuerdo dispensatorio.....	279
2.2.2.-. Responsabilidad del administrador derivada por una dispensa incorrectamente otorgada.....	281
2.2.3.-. La dispensa obtenida por abuso de la mayoría	282
2.2.4.-. Responsabilidad por revocación.....	286
2.3.-. Ratificación de un comportamiento desleal y la reclamación de responsabilidad	287
Conclusiones.....	289
Bibliografía.....	307
Índice de jurisprudencia	329

Abreviaturas

AA.VV.	Autores Varios.
AP	Audiencia Provincial.
ap.	apartado/apartados.
art./arts.	artículo/artículos.
Cap.	Capítulo.
CC	Código Civil.
CCom	Código de Comercio.
CE	Constitución Española de 1978.
<i>cit.</i>	Obra citada.
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
Coord.	Coordinador/Coordinadores.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
Dir.	Director.
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem.</i>
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
Ley 31/2014	Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.
LSA 1951	Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas.
LSA 1989	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
LSRL 1953	Ley de 17 de julio de 1953 del régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
núm..	Número.
p.	Páginas.
RAE	Real Academia Española.
RD	Real Decreto.
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.
ss.	Siguientes.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TS	Tribunal Supremo.
<i>Vid.</i>	<i>Véase.</i>
<i>Vid. infra</i>	Véase posteriormente.
<i>Vid. supra</i>	Véase anteriormente.
Vol.	Volumen.

Introducción

El deber de lealtad constituye el patrón de referencia que guía la conducta del administrador en la sociedad. Siguiendo el modelo de fiel representante, el deber del administrador es el de anteponer en toda circunstancia los intereses de la sociedad a los suyos propios o de terceros. La importancia del deber de lealtad en la actuación del administrador se ve plasmada en la caracterización del deber de lealtad como un deber indisponible para las partes. Su naturaleza imperativa, consagrada legalmente, hace que el deber de lealtad constituya el mínimo indisponible que debe ser respetado en la relación entre la sociedad y el administrador. No obstante, y en atención a la posibilidad de que determinadas actuaciones puedan resultar beneficiosas para la sociedad, el legislador ha construido el instituto de la dispensa, un sistema de autorizaciones singulares cuyo fin es posibilitar a los administradores el desarrollo de determinadas conductas que supongan un conflicto de interés con la sociedad. De manera que, ante una situación de conflicto de intereses, la sociedad puede decidir el otorgamiento del permiso para que una conducta concreta, correcta y debidamente identificada, pueda ser desarrollada por el administrador.

Tradicionalmente, el derecho societario no ha prestado la atención suficiente a la regulación interna y genérica del conflicto de intereses entre los administradores y la sociedad. La insuficiencia de normas que regularan el ejercicio del cargo de administrador ha sido superada al dotar a la figura del administrador de un mayor protagonismo en la legislación actual, en tanto en cuanto las últimas reformas han ido construyendo el estatuto de deberes que rige su conducta en la sociedad, asegurando la defensa y anteposición del interés social a su interés particular o de terceros. Con la entrada en vigor de la Ley 31/2014, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, el legislador da un paso más, y consagra el carácter imperativo del deber de lealtad del administrador, zanjando el debate existente en torno a su naturaleza jurídica. Este pronunciamiento expreso de imperatividad dota al régimen de lealtad de un protagonismo aún mayor, posicionando el deber en el centro medular del régimen aplicable al administrador en el ejercicio del cargo.

A pesar del pronunciamiento expreso, la imperatividad del deber de lealtad no es absoluta, al incluirse legalmente la posibilidad de que la sociedad pueda permitir al administrador el desarrollo de una determinada conducta legalmente prohibida. El permiso se

materializa en forma de dispensa, como la autorización singular de un determinado conflicto de interés. Aunque ciertamente la legislación consagra un sistema versátil, la posibilidad de dispensar determinados conflictos de interés no significa la pérdida del carácter imperativo del deber de lealtad.

Así pues, el régimen de lealtad al que me referiré en este trabajo es una regulación novedosa, cuyas primeras referencias aparecen en la Ley 26/2003. Hasta el momento, el legislador confiaba en el poder de decisión y gestión del administrador, y no consideraba necesario regular el ejercicio que éste llevaba a cabo en la vida societaria, centrandose su intervención a un control posterior. Con el movimiento de *corporate governance*, los deberes de los administradores y su régimen de responsabilidad adquieren un nuevo protagonismo, que queda plasmado en la publicación del informe Aldama y en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, conocida como la Ley de Transparencia, siendo uno de sus objetivos la reforma del régimen de responsabilidad de los administradores existente hasta el momento.

Sin embargo, el instituto de la dispensa no aparece expresamente regulado hasta el año 2010, cuando se aprueba el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC, aunque no lo hace todavía con la extensión que la reforma del año 2014 confiere a este instituto, pues únicamente regula la dispensa de la prohibición de competencia del administrador.

Siguiendo la línea marcada por los Códigos de Buen Gobierno, en especial los impulsados por la creación en 1997, 2003 y 2006 de grupos de expertos de carácter técnico para estudiar el funcionamiento de las sociedades cotizadas y elaborar propuestas de criterios, recomendaciones y normas que mejorasen los estándares de gobierno corporativo, la Ley 31/2014 dedica al deber de lealtad el protagonismo que hasta entonces había tenido el deber de diligencia; es así como el deber de lealtad pasa a ser el deber protagonista que va a regir la relación del administrador y la sociedad. De manera que, con el nuevo tratamiento del régimen de lealtad, se eleva el deber a la categoría jurídica de deber inherente al cargo del administrador. Así pues, el apartado primero del artículo 230 LSC consagra el carácter imperativo del deber, confirmando la línea que consideraba el deber

de lealtad un deber de naturaleza imperativa. Sin embargo, la imperatividad consagrada no es absoluta, pues el legislador dota a la imperatividad de una interesante versatilidad al introducir el instrumento de la dispensa como forma de permitir determinados comportamientos desleales prohibidos. La consecuencia directa que se deriva de la existencia de la institución de la dispensa es que, a pesar de consagrarse el régimen del deber de lealtad como un régimen de naturaleza imperativa, que es indisponible para las partes, el apartado segundo establece una vía para que la sociedad pueda autorizar determinados conflictos de interés, permitiendo que el administrador atienda un interés ajeno al de la sociedad. De modo que, la propia LSC abre la posibilidad de que la sociedad pueda levantar determinadas obligaciones derivadas del deber de lealtad en casos particulares.

El motivo de la elección del tema objeto de análisis en este trabajo se encuentra en lo atractivo que la propia institución de la dispensa tiene. La dispensa es el único instrumento de consentimiento al alcance de la sociedad para que el administrador conflictuado pueda intervenir en las operaciones a que el conflicto se refiera. Si la ley no regulara un instrumento para autorizar determinados comportamientos desleales la sociedad podría perder interesantes oportunidades de negocio. Por ello, y dado que la regulación de los conflictos de interés se alza en beneficio de la sociedad, no hay razón alguna que impida que la propia sociedad prescinda de la protección que la legislación le brinda. No obstante, la actual regulación, lejos de ser exhaustiva, deja desatendidas cuestiones clave, no solo para la propia utilización del instrumento dispensatorio, sino que plantea innumerables dudas sobre las consecuencias que de su otorgamiento pueden derivarse en la sociedad.

En esta obra me propongo analizar la dispensa como la institución elegida por el legislador para la autorización singular de las obligaciones de lealtad cuyo desarrollo queda inicialmente prohibido. Una de las cuestiones que mayores dudas genera es el propio lenguaje utilizado por el legislador. En este sentido, como tendré oportunidad de apuntar, tanto la precisión terminológica, al referirse la norma al término dispensa, como la propia referencia a los casos singulares que la Ley 31/2014 realiza, parece despejar cualquier duda sobre la naturaleza del permiso. Cuestiones clave, como quienes son los sujetos que están sometidos al deber de lealtad y que, por lo tanto, pueden ser beneficiarios de la dispensa para el desarrollo de una conducta a todos los efectos prohibida, relevancia que se ha visto confirmada tras la aprobación de la Ley 5/2021,

cuáles son las prohibiciones dispensables, más allá de las expresamente enumeradas en la ley, el procedimiento a través del cual se dispensa la obligación de evitar determinados conflictos de interés y cuáles son las verdaderas consecuencias derivadas de un correcto otorgamiento de la dispensa, son algunos de los interrogantes surgidos, y que trataré de resolver en este trabajo.

No es objeto de análisis en este trabajo el régimen de lealtad y dispensa al que se somete la actuación de los administradores de sociedades cotizadas, ello sin perjuicio de que las conclusiones alcanzadas sean igualmente aplicables a estos, atendiendo a las particularidades de su régimen legal.

Para el estudio de las mencionadas cuestiones desempeña un papel crucial la doctrina científica autorizada que a lo largo de los años ha tenido la oportunidad de aportar valiosas aportaciones, reclamando una regulación más exhaustiva y guiando al legislador en la dirección correcta, con el fin de lograr un régimen de lealtad completo que se ajuste a la realidad social de cada momento. Es igualmente importante el valor que aporta a la materia los escasos, aunque relevantes, pronunciamientos jurisprudenciales que han tenido la oportunidad de destacar la problemática en torno al deber de lealtad, aportar soluciones no contempladas legalmente y, sobre todo, de completar el régimen legal. Aunque escasas, son resoluciones que han sido tenidas en consideración por el legislador, como se ha podido comprobar con la última reforma en materia societaria operada tras la Ley 5/2021. Además de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales españolas, no puedo dejar de destacar la importante influencia en el régimen español de la regulación británica contenida en la Companies Act 2006, así como la ordenación de los deberes fiduciarios de los administradores en otros países, que nos señalan un posible camino a seguir en la regulación de los conflictos de interés de los administradores y sus fórmulas de autorización.

Expuestas las razones que me han conducido a elegir el tema de este trabajo, el ámbito objeto de estudio, el objetivo que se pretende alcanzar y los medios empleados, considero conveniente presentar su sistemática.

Con carácter introductorio, en el primer capítulo abordaré el estudio del carácter imperativo del régimen del deber de lealtad. En concreto, me centraré en el fundamento jurídico del carácter imperativo del deber y su regulación. Tras referirme a los

antecedentes normativos, analizaré con mayor detenimiento la regulación actual del deber de lealtad, su carácter imperativo y el carácter versátil que el legislador otorga a dicha imperatividad a través del instrumento de la dispensa. En atención al carácter imperativo que propugna la norma, la cuestión a analizar será si todas y cada una de las manifestaciones del deber de lealtad deben ser tratadas con el máximo rigor imperativo. En este sentido, el carácter imperativo del deber de lealtad no es absoluto, en tanto en cuanto la propia ley construye un sistema de dispensa. Además de la posibilidad de excluir la imperatividad a través de la dispensa, por último, tendré la oportunidad de analizar la cuestión de una posible modulación del régimen imperativo del deber de lealtad a través de pactos parasociales y el endurecimiento del sistema a través de la autotutela societaria.

A continuación, en el segundo capítulo, profundizaré en el propio instrumento autorizador. Tras exponer el fundamento jurídico de la dispensa, procederé a realizar un análisis del instrumento en la Ley 31/2014, ahondando en cuáles son los elementos configuradores de la misma, es decir, su carácter singular y previo a la realización de la conducta. A continuación, analizaré el ámbito subjetivo de la dispensa. Para comprender quiénes pueden ser solicitantes de la dispensa es necesario referirse al ámbito subjetivo del deber de lealtad y, en concreto, a la prohibición de llevar a cabo conductas que supongan un conflicto de interés con la sociedad. Tradicionalmente las disposiciones relativas al deber de lealtad y su responsabilidad se limitaban a los propios administradores de derecho, que quedaban directamente sujetos al régimen del deber de lealtad. Con la Ley 31/2014 el ámbito subjetivo del deber se extiende, alcanzando a otros sujetos que, sin ostentar el cargo de administrador en la sociedad, el legislador convino la necesidad de extenderles las disposiciones legales del deber. La extensión subjetiva que realiza el legislador conlleva que los sujetos anteriormente señalados quedan sometidos a las disposiciones relativas al deber de lealtad y su responsabilidad en los mismos términos que lo hace el administrador de derecho. Asimismo, procederé al análisis del fenómeno de las personas vinculadas. El artículo 230.2 LSC formula el instituto de la dispensa como un instrumento al que el administrador debe recurrir no solo cuando el comportamiento desleal sea el suyo propio, sino también cuando vaya a ser desarrollado por personas a él vinculadas. El ordenamiento ha regulado el supuesto de persona interpuesta con el fin de facilitar la determinación de las personas vinculadas a los administradores. Así, el artículo 231 LSC facilita la labor al indicar los supuestos en que se produce la existencia de vinculación con el administrador. El artículo 231 LSC realiza

una enumeración de los sujetos que se consideran suficientemente próximos al administrador social como para que éste pueda estar tentado a anteponer el interés de estos sobre el interés social al que sirve. Con todo, la reforma operada con la Ley 5/2021 ha modificado la lista de personas vinculadas a los administradores incorporando nuevas relaciones y ha establecido un régimen especial para la adopción de las operaciones intragrupo en el nuevo artículo 231 bis LSC. Por último, y a pesar de la aparente claridad de la norma, es preciso referirse al ámbito objetivo de la dispensa, esto es, cuáles son las situaciones que pueden ser efectivamente dispensadas por la sociedad. Para una correcta delimitación de los supuestos, haré mención a las obligaciones básicas derivadas del deber, la regla de no conflicto y el listado de situaciones de conflicto de interés que la ley específica. Además, mencionaré la posibilidad de dispensa de situaciones de conflicto de interés no incluidos expresamente en el apartado segundo del artículo 230 LSC.

Aclarado en qué consiste el instrumento dispensatorio, quién puede ser su solicitante, y cuáles son las prohibiciones que pueden ser autorizadas por la sociedad, los próximos capítulos se dedican al estudio del procedimiento de otorgamiento de la dispensa. En este sentido, dada su extensión, he decidido dividir el mismo en dos capítulos. Así pues, la primera parte, que se aborda en el tercer capítulo, se dedica al protocolo de actuación del administrador en situación de conflicto de intereses. Con la preocupación por evitar el abuso de los administradores de aprovechar beneficios de la sociedad, la Ley 31/2014 construye un régimen cuyo centro principal es el deber de evitar las situaciones de conflicto de interés del administrador. No obstante, dada la imposibilidad de prohibir la totalidad de los conflictos de interés, ya sea por su inocuidad o por los beneficios que su desarrollo puede atraer a la sociedad, no pueden penalizarse todas las situaciones de conflicto, sino que debe centrarse la atención en la protección del interés social, que se logra asegurando la independencia de criterio del órgano gestor respecto del interés social, a través del sometimiento del administrador a un procedimiento. El procedimiento se inicia con la comunicación de la situación de conflicto de intereses por el propio administrador. Tras analizar la forma y momento de la comunicación, ahondaré en cuáles son los efectos de la comunicación, no solo en el administrador en conflicto, sino también en los órganos de la sociedad. El capítulo tercero concluye con el tema relativo al órgano competente. A pesar de que el receptor de la comunicación del conflicto es el órgano de administración, la competencia para el otorgamiento de la dispensa, en cambio, está legalmente repartida. Aunque la LSC reserva la competencia para aprobar determinados

conflictos de interés a la junta general, no reserva a un determinado órgano la competencia para aprobar el resto de las operaciones, que pueden ser aprobadas por el órgano de administración, previo cumplimiento de una serie de requisitos adicionales.

Para continuar con el procedimiento de otorgamiento de la dispensa, el cuarto capítulo de este trabajo se dedica al momento en el que el asunto se encuentra en el órgano que finalmente va a decidir sobre su concesión. Así pues, dicho capítulo analizaré la fase de deliberación y votación del acuerdo. Antes de proceder al estudio del funcionamiento de la deliberación y votación, se destaca el papel fundamental del deber de abstención, una obligación básica del administrador que prohíbe su participación en la deliberación y votación de los acuerdos en los que él o una persona vinculada pueda tener un conflicto de interés directo o indirecto. En este sentido, analizaré con detenimiento cómo debe materializarse dicha abstención y cómo afecta ésta en la adopción del acuerdo. Por último, estudiaré el acuerdo dispensatorio. En este sentido, además de analizar la forma que éste debe revestir, analizaré los diferentes tipos de acuerdo que la sociedad puede adoptar. De manera que, no solo se estudiará un posible acuerdo dispensatorio, sino que también abordaré la posibilidad de que la sociedad adopte un acuerdo de ratificación e incluso una posible renovación de la dispensa anteriormente concedida.

Por último, y tras el estudio del acuerdo dispensatorio y sus formas, en el capítulo final analizo los efectos que el otorgamiento de la dispensa tiene, no solo en el propio administrador y la sociedad, sino también en terceros posibles afectados por éste. El efecto natural derivado de la concesión del permiso al administrador es la regularización de la conducta desleal, que ahora cuenta con la autorización de la sociedad para su desarrollo, dejando de estar prohibida. No obstante, y a pesar de poder desarrollar la operación de conflicto de interés, la actuación del administrador sigue sujeta al control social, pues la sociedad debe verificar la adecuación entre la dispensa otorgada y el comportamiento efectivamente llevado a cabo por el administrador dispensado. La última cuestión que atenderé en este trabajo se refiere a la posible responsabilidad del administrador por actos desleales, concluyendo con la cuestión relativa a la responsabilidad del administrador. Dada la envergadura del tema delimitaré el estudio a la posibilidad de que un determinado comportamiento previamente dispensado pueda o no derivar en responsabilidad del administrador, sin abordar el estudio relativo a las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad.

CAPÍTULO I.- LA IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN DEL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULACIÓN ACTUAL

I.- LA PRESUNTA IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN DEL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR

1.- LA IMPERATIVIDAD DEL DEBER DE LEALTAD

El deber de lealtad de los administradores es un deber inherente al cargo de administrador, que se alza como el patrón que debe dirigir la conducta de éste en la sociedad. El deber de lealtad obliga al administrador a actuar en interés de la sociedad, debiendo primar el interés de la sociedad sobre cualquier otro, ya sea el suyo propio o el de un tercero. La cláusula general del artículo 227 LSC establece que los administradores deben desempeñar el cargo “*con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”¹. El administrador debe desempeñar su cargo de acuerdo con el modelo de conducta del “fiel representante”, en virtud del cual ha de anteponer en toda circunstancia los intereses del principal a los suyos propios. Resulta fundamental que el administrador al gestionar y representar un interés ajeno lo haga atendiendo exclusivamente ese interés y no con el suyo propio². Ello porque, al gestionar un patrimonio ajeno, gestiona la confianza que la sociedad tiene en él, de manera que, la totalidad de las decisiones deben tomarse en el mejor interés de la sociedad, evitando anteponer su interés personal y, por tanto, debiendo eludir los posibles conflictos de interés que puedan aparecer en el desarrollo de su cargo³.

¹ GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 227. Deber de lealtad”, en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. GARCÍA CRUCES, J. A., SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3035, señala que el deber de lealtad implica la obligación del administrador de tener presente que en el ejercicio de su cargo debe velar por la defensa del interés de la sociedad que administra.

² El hecho de que la ley otorgue al administrador la gestión de un patrimonio que no le es propio supone la anteposición del interés social a su interés personal. Es posible, en determinadas circunstancias, que el administrador anteponga su interés personal al interés social que debe proteger, aunque solo podrá hacerlo siempre que cuente con la dispensa oportuna.

³ Esta lealtad se presentará en forma de maximización de la inversión social de la compañía, dejando de lado cualquier intento de beneficio propio. En este sentido, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de interés en la administración de sociedades mercantiles*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2008, p. 269, señala que la relación jurídica que existe entre el administrador y la sociedad se nutre de la plena confianza que la sociedad tiene depositada en él, por lo que el administrador debe procurar un

La importancia del deber de lealtad en la actuación del administrador se ve plasmada tras la reforma en la caracterización del deber de lealtad como deber indisponible para las partes. La imperatividad consagrada en la nueva regulación impide que los estatutos sociales puedan acomodar la conducta del administrador, lo que hace que el deber de lealtad constituya el mínimo indisponible que debe ser respetado por el administrador en su relación con la sociedad.

A pesar de establecerse el carácter imperativo del deber de lealtad, y por la posibilidad de que determinadas actuaciones competitivas puedan resultar beneficiosas para la sociedad, el legislador construye un sistema de autorizaciones singulares con el fin de que los administradores puedan llevar a cabo determinadas conductas que supongan la existencia de un conflicto de interés con la sociedad.

2-. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL CARÁCTER IMPERATIVO DEL DEBER DE LEALTAD

Para comprender el carácter imperativo del deber de lealtad es preciso atender a la naturaleza de la relación que vincula al administrador con la sociedad. Se trata de una relación contractual especial entre el administrador y la sociedad⁴. La característica propia de los administradores consiste en que el desempeño de su cargo constituye una función, ello supone la obligación de desempeñar el cargo persiguiendo exclusivamente el interés social, lo que hace que el interés social sea la base sobre la que se sustenta tanto en el ejercicio de los poderes como en el cumplimiento de los deberes⁵.

El deber de lealtad, calificado como un modelo de conducta del representante leal, es aplicable a todo administrador por ser un gestor de negocios ajenos. El administrador, en tanto en cuanto explota un patrimonio ajeno, el de la sociedad, debe actuar como si se tratara de un negocio propio. Por consiguiente, la obligación del administrador de desarrollar su conducta contemplando el interés de la sociedad que administra y no el

cumplimiento exacto de la obligación de gestionar la sociedad, evitando la producción de conflictos de interés.

⁴ LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, 1996, p. 45, sostiene que el origen de la relación entre el administrador y la sociedad es una relación contractual especial cuyo contenido está en parte predeterminado por la propia ley, por lo que puede afirmarse que ésta integra parcialmente el contenido del contrato.

⁵ LLEBOT MAJO, J. O., *Ibid.*, p. 46, señala que es esta característica la que nos lleva a afirmar que el desempeño del cargo de administrador tiene carácter fiduciario, puesto que las personas que lo desarrollan deben actuar en atención al interés social y no al suyo propio.

suyo propio es la característica que permite afirmar que el desempeño del cargo de administrador tiene carácter fiduciario. La obligación de respetar el interés social sobre cualquier otro coloca al administrador en una posición funcional y obligacional de representante legal, la posición fiduciaria⁶. De modo que, la relación fiduciaria que une administradores y sociedad hace que los éstos le deban lealtad⁷. Se trata de una relación a través de la cual los administradores gestionan y representan a la sociedad en su interés, promoviendo exclusivamente los intereses de la sociedad, absteniéndose de realizar cualquier actuación contraria que derive en un perjuicio⁸.

Habida cuenta de que el verdadero propósito del administrador de la sociedad es la gestión y representación del patrimonio social, promoviendo el interés social sobre cualquier otro, son dos las figuras que explican el origen del deber de lealtad que rige la conducta del administrador, el instituto del trust y el contrato de mandato.

En el derecho anglosajón, el deber de lealtad se formula en atención a las reglas del *trust*, un instituto a través del cual el *trustee* recibe la propiedad de unos activos con el deber de explotarlos de la mejor forma posible en interés del beneficiario del *trust*⁹. Por otro lado, en el derecho continental el deber de lealtad se formula en el marco del contrato de mandato (arts. 1709 ss. CC y art.225 CCom)¹⁰. De forma que los deberes de los administradores se construyen en el marco de deberes derivados de una relación

⁶ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 261 ss.

⁷ ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Tratando de la sociedad limitada. Fundación Cultural del Notariado*, (Coord. PAZ-ARES, C.), Madrid, 1997, p. 740, denomina la relación fiduciaria como “*orgánico fiduciaria*”.

⁸ El deber de lealtad, por tanto, se basa en la idea de que el administrador tiene control sobre unos activos sociales, es decir, control sobre un patrimonio ajeno, debiendo explotarlo en interés del verdadero titular, y no en su propio interés.

⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, 2007, p. 190, sostiene que es un error calificar el deber de lealtad como deber fiduciario ya que el término “*fiduciario*” tiene en nuestra terminología jurídica “*un alcance bastante preciso, que no coincide con el término fiduciary, vinculado a la institución del trust*”. Dada la complejidad de dotar de una definición única al instituto del trust, son muchas las normas que tienen por objeto la regulación de la figura, para una mayor profundización, MARTIN SANTIESTEBAN, S., *El instituto del «trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del «civil law»*, The Global Law Collection, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p.33 y ss.

¹⁰ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 227. Deber de lealtad”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 364, señala que los deberes de los administradores han sido interpretados conforme a la disciplina del mandato, tanto por referencia legal como a través de la doctrina que “*sostuvo que las normas aplicables por analogía a la relación jurídica entre la sociedad y su titular no podían ser otras que las del mandato, en su caso complementadas por las propias del arrendamiento de servicios*”.

contractual¹¹. Los Códigos de Comercio de 1829 y 1885 calificaban ya al administrador como un mandatario, y es esta figura la que inspira la creación de normas de conducta de los administradores y sus deberes fiduciarios¹².

A pesar de los diferentes orígenes que el régimen deber de lealtad pueda tener, la diferencia entre ambos sistemas legales es menor de lo que a primera vista puede parecer, estando el derecho continental influenciado por el common law¹³. El propio nombramiento del administrador como órgano de la sociedad despliega una serie de deberes que éste va a tener que respetar. Así pues, la relación fiduciaria que une al administrador con la sociedad surge con el nombramiento de éste como administrador, convirtiéndose en un agente de la sociedad con amplios poderes. Es esta transferencia de poder a manos del administrador lo que hace que deban guardarse una serie de cautelas, sobre todo con el fin de que esas facultades no sean ejercidas para fines distintos para los que se concedieron, lo que supondría un incumplimiento del deber de lealtad del administrador.

Para una mejor comprensión de la relación que une al administrador y la sociedad que gestiona se ha acudido a la teoría de la agencia, por tratarse de una relación en la que una de las partes delega sobre otra los poderes de decisión¹⁴. Es así como, a través del contrato de sociedad, el administrador se coloca en la posición de agente de la sociedad, con el objetivo de maximizar el valor de la empresa. Para ello, sin llegar a establecer un listado

¹¹ ALFARO AGUILA-REAL, J., “La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)”, entrada en el Blog DERECHO MERCANTIL, de 1 de julio de 2014, disponible en: <https://derechomercantiles.es/blogspot.com/2014/07/la-reforma-del-gobierno-corporativo-de-7897.html>, señala que el distinto origen de los deberes de los administradores se ha reflejado en un mayor desarrollo del tratamiento de la prevención y de los conflictos de interés en el derecho anglosajón porque parecería que cuando uno realiza un encargo para otra persona, no hay intereses propios del mandatario que puedan entrar en conflicto con los del principal. Así, “cuando a un trustee se le atribuye la propiedad de unos bienes cuyos rendimientos económicos pertenecen a otra persona, el riesgo de que se porte como si los bienes fueran suyos se hace más patente”.

¹² GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 227. Deber de lealtad”, *cit.*, p. 3035, recuerda la denominación tradicional del deber de lealtad como deber de fidelidad, en correlación con la obligación que se asigna al mandatario o a todo aquel que tiene encomendada la gestión de lo ajeno y que se impone al comisionista (art. 267 CCom) y al factor mercantil (art. 288 CCom). El autor señala que, “*todos ellos deben obrar procurando reportar provecho a aquel que representan y no sacrificar el interés de éste en beneficio propio*”.

¹³ En este sentido, BAHAR, R., THÉVENOZ, L., “Conflict of interest: Disclosure, Incentives, and the Market”, en *Conflict of interest: Corporate Governance and Financial Market*, (Ed. THEVENOZ, L., BAHAR, R.), Kluwer Law International, AH Alphen aan den Rijn (The Netherlands), 2007 p. 3, señalan que “*Both common law and civil law jurisdictions have tackled this issue and the outcomes are fundamentally similar. Moreover, there is a clear trend towards convergence of both legal systems*”.

¹⁴ Para una mayor profundización, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1996, p. 22 y ss.

específico y detallado de las funciones que debe realizar para alcanzar dicho objetivo, se establece el imperativo genérico de actuar lealmente con la sociedad. De esta manera, el deber de lealtad supone que el administrador, que actúa como fiduciario, no podrá posicionar su interés personal por encima del interés social, ni podrá obtener un beneficio personal como consecuencia del ejercicio de su cargo. Por tanto, el hecho de que los administradores estén obligados a desempeñar su cargo con la lealtad debida, persiguiendo única y exclusivamente el interés social, es lo que permite afirmar que el desempeño del cargo de administradores tiene carácter fiduciario¹⁵.

El administrador en su labor de gestión y representación de la sociedad (artículo 209 LSC), debe llevar a cabo su cometido con total entrega a la sociedad, con la debida lealtad al interés social, respetando la confianza depositada por la junta general en su nombramiento como administrador¹⁶. El deber de lealtad rige la conducta del administrador tanto cuando actúa en el desempeño de su cargo como cuando realiza actuaciones por cuenta propia o de terceros, lo que hace que deba actuar en defensa del interés social al que sirve¹⁷. A diferencia de lo que ocurre con el deber de diligencia de los administradores, que salvo que medie dolo o negligencia en su actuación, no les es reprochable jurídicamente que su gestión no genere beneficios, si es exigible, en cambio, y en todo caso, la anteposición del interés social a cualquier otro interés ya sea propio o de un tercero¹⁸.

¹⁵ LLEBOT MAJO, J.O., “Los deberes de los administradores en la Sociedad Anónima”, *cit.*, p. 46, señala que es este carácter fiduciario el que hace que el administrador cumpla su función en la sociedad contemplando el interés de la sociedad que administra y no el suyo propio. Esto supone que los administradores están obligados a anteponer el interés social a sus intereses personales. Esta es la razón, señala el autor, por la que se emplea el término *fiduciary duties* para referirse a los deberes de los administradores, pues no se trata de deberes de los *trustees* o *agents*, sino que son deberes a los que están sujetos los administradores de las sociedades.

¹⁶ PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 2016, p. 17, agradece al deber de lealtad la confianza que los socios depositan en la gestión de su inversión en los administradores.

¹⁷ PAZ-AREZ, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, p. 16, señala que el deber de diligencia exige que los administradores inviertan una determinada cantidad de tiempo y esfuerzo, y desplieguen un cierto nivel de pericia en la gestión de la sociedad a fin de maximizar la producción de valor. Por su parte, el deber de lealtad, como deber de proceder como un fiel representante, requiere que los administradores antepongan los intereses de la sociedad a los suyos propios, con el fin de minimizar la redistribución del valor creado. Por tanto, los administradores quedan sujetos a dos imperativos fundamentales, maximizar la producción de valor y minimizar la redistribución de valor.

¹⁸ PAZ-AREZ, C., *Ibid.*, p. 17, señala que esta anteposición de los intereses de la sociedad sobre los intereses propios es la medula de la relación que une a los administradores con la sociedad.

Entendido el fundamento del deber de lealtad, nos referiremos ahora al fundamento de su imperatividad, sin perjuicio de que sea en las páginas siguientes en las que se profundice sobre la cuestión. El deber de lealtad del administrador constituye la base legal y dogmática sobre la que se asienta la obligación del administrador de abstenerse de intervenir en la toma de decisiones sobre asuntos en los que exista un riesgo de que priorice sus intereses personales sobre los de la sociedad¹⁹. Con la intención de reforzar el régimen del deber de lealtad y el de la responsabilidad por su infracción, el legislador consagra el deber de lealtad de los administradores como un deber de naturaleza imperativa cuya configuración queda al margen de las partes²⁰.

El carácter imperativo del deber de lealtad deriva del propio art. 1256 CC, precepto que impide dejar al arbitrio de una de partes la validez y el cumplimiento del contrato²¹. De forma que la imperatividad se justifica en que de permitir al administrador perseguir otros intereses ajenos a la sociedad, ya sean el suyo propio o el de un tercero, estaría desnaturalizándose la relación que une a ambas partes. Si se permitiera al administrador primar un interés que no sea el interés de la sociedad, la relación que une a ambos no

¹⁹ Ante la indiscutibilidad de la conveniencia de una intervención legislativa que desarrollara ordenadamente los supuestos y el régimen de responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad, la regulación carecía de disposiciones respecto del carácter imperativo de la intervención que se planteaba, por lo que podía cuestionarse si tales cuestiones admitían una diversidad respecto a su grado de vinculación. A pesar de ello, aparece una cada vez mayor influencia que dotaba al deber de lealtad de un mayor rigor, a diferencia de lo que ocurría con el deber de diligencia. Sobre la importancia de una regulación completa y detallada del deber de lealtad, QUIJANO, J., MEMBRILLA, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, *cit.*, p. 917 ss.

²⁰ Aunque la imperatividad ha quedado consagrada en el artículo 230 LSC, tanto la doctrina como la jurisprudencia habían otorgado al deber la naturaleza de deber imperativo con anterioridad a la reforma. Es con el informe Aldama del año 2003 cuando se produce un cambio de orientación en los deberes de los administradores. El informe se inclinaba sobre la conveniencia de una intervención legislativa que debería consistir en un desarrollo ordenado de los supuestos y del régimen de responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad. El informe Aldama no recogía disposición alguna respecto del carácter imperativo de la intervención que planteaba, por lo que podía cuestionarse si tales cuestiones admitían una diversidad respecto a su grado de vinculación. A pesar de ello, el informe parece concebir el deber de lealtad con un mayor rigor, mientras que el deber de diligencia parece gozar de una mayor discrecionalidad o competencia técnica de las decisiones empresariales. Para una mayor profundización, QUIJANO GONZÁLEZ, J., MEMBRILLA RIVERA, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., ESTEBAN VELASCO, G., VELASCO SAN PEDRO, L.), Tomo II, Thomson Aranzadi, 2006, p. 917-920.

²¹ ALFARO AGUILA REAL, J., “La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)”, *cit.*, sostiene que, si el administrador pacta con la sociedad la posibilidad de llevar a cabo determinadas conductas desleales, es que no tiene ningún vínculo jurídico con la sociedad que le ha contratado como administrador. Un pacto semejante equivaldría a dejar el cumplimiento del contrato a su arbitrio. El autor insiste señalando las graves consecuencias, sobre todo económicas, que puede tener liberar al administrador de su deber de lealtad, ya que los socios tendrían que hacerse con un mecanismo sustitutivo para proteger sus derechos frente a la apropiación del administrador.

tendría naturaleza fiduciaria, con la consecuencia de que el administrador no sería realmente un administrador, pues la característica propia y fundamental del cargo es la protección del interés de la sociedad a la que sirve. La declaración formal de imperatividad se produce con la entrada en vigor de la Ley 31/2014, que se extiende al deber de lealtad y a al régimen de responsabilidad por su infracción, incluyendo expresamente la invalidez de las disposiciones estatutarias que vengán a limitar o sean contrarias a dicho régimen²².

II-. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR

1-. PRELIMINAR

En nuestra cultura jurídica, la cuestión de los deberes de los administradores no ha merecido una atención especial, esto no quiere decir que la doctrina no se haya ocupado de esta cuestión, sino que, simplemente, no ha gozado de un tratamiento especial, pues la perspectiva habitual ha sido la de la responsabilidad²³.

El derecho societario ha sufrido tradicionalmente la ausencia de una regulación interna y genérica del conflicto de intereses entre los administradores y la sociedad. Así, el ejercicio del cargo de administrador social ha estado caracterizado por la ausencia de una norma concreta que impusiera de manera expresa un deber que asegurase la defensa y anteposición del interés social a los intereses particulares de los administradores

²² JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 415, respecto de la imperatividad señala la imposibilidad del contrato entre la sociedad y el administrador, ni de las normas estatutarias reguladores del órgano de administración, de separarse de lo previsto en los artículos 227 ss. LSC, o de establecer cláusulas que permitan limitar la responsabilidad del administrador cuando infrinja estos deberes. Sobre la imperatividad de las normas, realiza un detallado estudio, MATEU DE ROS, R., “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 303, 2017.

²³ Prólogo de BISBAL MÉNDEZ, J. a la obra de LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, cit., p. 17. El autor señala que los deberes de los administradores solo cobran relevancia como presupuesto de responsabilidad de los administradores. En todo caso, el autor destaca que la nueva perspectiva ha permitido “mejorar el funcionamiento de la maquinaria de la responsabilidad”. Además, el nuevo protagonismo que se da al régimen de los deberes ayuda a determinar cuáles son las prestaciones debidas por su cargo, de modo que, si se incumplen y del incumplimiento se derivan daños jurídicamente imputables a los administradores, serán declarados responsables debiendo enfrentarse a las consecuencias que se puedan derivar.

sociales²⁴. Tras una serie de reformas legislativas, el deber de lealtad de los administradores es ahora un deber de naturaleza imperativa. A pesar de que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014 ya existía un amplio consenso sobre el carácter imperativo del deber, la declaración de imperatividad que introduce la norma zanja el debate que había venido existiendo hasta el momento²⁵.

Habida cuenta de la posición fiduciaria del administrador en la sociedad, la Ley 31/2014 construye un estatuto de deberes preventivo, pero también sancionador, en el que el deber de lealtad ostenta la posición central. El fin, en todo caso, es evitar los conflictos de interés que el administrador puede tener y que supongan un perjuicio al interés social. Sin embargo, la imperatividad del deber de lealtad no es absoluta, puesto que la LSC incluye una serie de supuestos cuyo desarrollo es posible siempre que el administrador cuente con el oportuno permiso de la sociedad. Este permiso, que se materializa en forma de dispensa, funciona como el consentimiento de la sociedad para que el administrador interesado pueda intervenir en determinadas operaciones de conflicto de interés. En todo caso, aunque ciertamente la legislación consagra un sistema flexible, la posibilidad de dispensar determinados conflictos de interés no significa la pérdida del carácter imperativo del deber de lealtad. Aunque bien podría pensarse que el régimen de la dispensa debilita el régimen de imperatividad del deber de lealtad, la realidad, siempre que se haga un uso correcto del instrumento, no es esa. Y ello por la posibilidad de que sea la sociedad la interesada en el desarrollo de la operación objeto de conflicto de interés, o de la existencia de escenarios en los que el desarrollo de una operación conflictiva no conlleve perjuicio alguno en el interés de la sociedad.

Así pues, el régimen de lealtad al que nos referimos es una regulación novedosa, cuyas primeras referencias aparecen sorprendentemente en el año 2003, cuando se introducen de forma innovadora los deberes de lealtad de los administradores²⁶. La filosofía seguida

²⁴ Sobre la cuestión, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de interés en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 108, ha señalado que “por benevolencia o por ingenuidad, nuestro legislador histórico no llegó a positivizar un autónomo deber de lealtad del administrador para con el interés social”.

²⁵ Sobre la cuestión, EMPARANZA, A. “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 284, manifiesta que el régimen de lealtad, “aunque no se indicaba expresamente, revestía un carácter imperativo”. El autor destaca que en la regulación previgente “se infería sin dificultad que el régimen del deber de lealtad era de aplicación obligatoria”, aunque podía extenderse a más situaciones de las contempladas, como tendremos oportunidad de analizar, en la regulación vigente.

²⁶ El legislador de la última década del siglo XX apenas se ocupa de los deberes de los administradores sociales. Ningún texto atiende especialmente de estas cuestiones, no existiendo como tal una categoría

por el legislador hasta el momento se basaba en la confianza del poder de decisión y de gestión del administrador, no considerando necesario regular el ejercicio que éste llevaba a cabo en la vida societaria²⁷. Tras la reforma, los deberes fiduciarios y la responsabilidad de los administradores, que hasta el momento no habían sido objeto de regulación, se convierten en los protagonistas del movimiento *corporate governance*²⁸. Aunque el legislador abrió una línea de regulación legal de los deberes a los que quedaban sujetos los administradores, la figura de la dispensa no aparece hasta el año 2010, aunque no lo hace todavía con la extensión que la reforma del año 2014 confiere a este instituto.

A continuación, se exponen brevemente los antecedentes legales del actual sistema de la dispensa del deber de lealtad de los administradores.

2-. ANTECEDENTES

2.1-. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el Código de Comercio

Hasta la aprobación del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se aprueba el Código de Comercio (en adelante, CCom), nuestro Derecho carecía de principios fijos que aplicar a las nuevas formas sociales existentes en el momento. Las sociedades existentes hasta el momento se regían únicamente a través de lo dispuesto en los reglamentos y estatutos suscritos en ellas, primando, por tanto, la autonomía de la

conceptual sistemática en la regulación de la administración social. El legislador se limitó a regular actuaciones concretas de los administradores impuestas, por lo general, por normas legales o por estatutos y reglamentos de las sociedades, así como por el contrato de administración que le ligaba a la gestión social, sin llegar a concretar una perspectiva de buen gobierno y de la conducta o comportamiento de los administradores en el desempeño de su cargo y de las tareas que le son impuestas. En este sentido, FONT GALÁN, J.I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, num.25, 2005, p. 75.

²⁷ En este sentido, destaca la falta de regulación de los deberes de los administradores en nuestra cultura jurídica, abordando éstos desde la perspectiva de la responsabilidad. BISBAL MENDEZ, J., “*Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*”, *cit.*, p.17, señala que se trataba de un control posterior, considerándose presupuesto de responsabilidad los deberes a los que se sujetaba la actuación del administrador.

²⁸ PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 162, Barcelona, 2003, p.3, proclama los deberes fiduciarios de los administradores como las estrellas del debate de última generación, que se centra en su última fase en los mecanismos legales de protección de inversores. El Nuevo protagonismo que adquieren los deberes y responsabilidad de los administradores, se plasmaron en la publicación del Informe Aldama y en la Ley de Transparencia del año 2003, siendo uno de sus objetivos la reforma del régimen de responsabilidad de los administradores existente hasta el momento.

voluntad de las partes²⁹. A pesar del intento del legislador, el texto tampoco llega a pronunciarse sobre las exigencias de comportamiento de los administradores. El Código se limita a disponer que “*los administradores de las compañías anónimas son sus mandatarios*” y que “*están sujetos a las reglas del mandato*” (art. 156 CCom)³⁰. La alusión al régimen del mandato hace que no solo no se establezcan reglas de comportamiento concretas para el cargo de administrador, sino que, además, la escasa regulación del CCom respecto de la figura del administrador se remite a otro texto legal³¹.

La remisión a las reglas del mandato exigía la adaptación de la conducta del administrador al estándar de conducta correspondiente al buen padre de familia, siendo aplicables al administrador todas aquellas normas del representante contenidas en el Código Civil³². El CCom no se pronunciaba sobre el modo de desempeñar el cargo de administrador, por lo que, y únicamente de forma indirecta, se entiende que los administradores, como mandatarios, se deberán comportar diligentemente, como lo haría “*un buen padre de familia*”. El CCom no incluía en su articulado reglas que ordenaran la actuación de los administradores, sino que su régimen se basaba en el desarrollo de un sistema de responsabilidad por los daños producidos en el desempeño del cargo³³. En fin, el codificador se limitaba a contemplar y controlar la actuación de los administradores desde

²⁹ De hecho, con la aprobación del CCom se ofreció el derecho a elegir entre continuar rigiéndose por sus reglamentos o estatutos o someterse a las prescripciones del nuevo Código a las compañías anónimas mercantiles existentes el 31 de diciembre de 1885.

³⁰ El precepto fue derogado en virtud del apartado primero de la disposición derogatoria única de la LSC.

³¹ FONT GALÁN, J.I., El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales, *cit.*, p.75, señala que el código de comercio no llega a establecer reglas de comportamiento abstractas o generales apelativas a valores o actitudes morales o referenciadas a modelos para métricos subjetivos de conducta.

³² GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1953, p.12, sostienen que el CCom se refería a “*administradores aislados*” configurándolos como mandatarios amovibles designados por los socios y sujetos a doble responsabilidad, como mandatarios y como órganos encargados de la sociedad. El texto calificaba a los administradores como mandatarios y desconocía el órgano colectivo de administración, realidad que constituía la regla general en el derecho vivo de las sociedades anónimas.

³³ FONT GALÁN, J.I., “El deber de administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, *cit.*, p.76-77, considera que el CCom no se pronuncia sobre cómo han de comportarse los administradores en el desempeño del cargo, más bien advierte como no han de comportarse. Los deberes negativos se positivizan como presupuestos de responsabilidad y como criterios de imputación de ésta. En el régimen legal de responsabilidad el legislador prescinde de toda consideración de los deberes de los administradores como elementos normativos de los criterios de imputación de la responsabilidad, “*una opción legislativa que es trasunto ideológico del laissez faire, como predisposición a priori del codificador, y como explicación del control a posteriori del daño acaecido en ausencia de deberes preestablecidos.*” Por tanto, señala el autor, el único espacio de intervención que se permite el legislador no es el de la conducta de gestión del administrador con el objeto de ordenar su conducta en la sociedad, sino más bien, el del resultado lesivo que la conducta pueda tener en la sociedad con vistas a su reparación.

la perspectiva del daño y la responsabilidad, sin llegar a establecer una eficacia normativa general los deberes positivos de los administradores³⁴.

2.2.- Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas

Con el fracaso de la democratización de la Sociedad Anónima que se produce a partir del siglo XX, se produce la instauración de formas de gobierno centralizadas en la sociedad, lo que hace que se produzca la concentración del poder dentro de la junta general en un grupo de control. La consecuencia de esto es que el poder societario, atribuido hasta el momento a la junta general, se desplaza al órgano de administración. El nuevo protagonismo que el órgano de administración adquirió choca con la escasa regulación con la que contaba hasta el momento³⁵.

Partiendo de la regulación contenida en el CCom, en el que el administrador era un mero mandatario, la Ley de 17 de julio de 1951, sobre el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, (en adelante LSA 1951) dota al administrador de competencias de gestión, que cuenta con una posición más importante en el seno social. Frente a la concepción contractualista de la figura del administrador que se hacía en el CCom, la LSA 1951 deja de calificar la relación administrador-sociedad como mandato, por ser una calificación incompleta, no correspondiéndose con la posición de órgano de la sociedad que tiene el administrador, además de la mayor complejidad que esta relación jurídica tiene en el seno social³⁶. La LSA 1951 incluye diferentes disposiciones relativas al estatus de deberes del administrador en la sociedad, así, la actuación de este deja de quedar sujeta a las disposiciones del mandato que recoge el CC, gozando ahora de una regulación societaria

³⁴ SERRANO CAÑAS, J.M., *Los conflictos de interés en la administración de las sociedades de capital*, cit., p. 110, dispone que el establecimiento de las reglas jurídicas de comportamiento de los administradores no forma un verdadero estatuto de deberes, y además los deberes que se establecen se positivizan de forma negativa, imponiendo conductas negativas de no hacer cuya funcionalidad última es la de servir de presupuesto de responsabilidad. Señala el autor que se trata, por tanto, de meros criterios de imputación de responsabilidad a los administradores.

³⁵ SERRANO CAÑAS, J.M., *Ibid.*, p.116, dispone que esta nueva realidad reclama un nuevo derecho a fin de suplir las carencias legales de la “parca y dispositiva regulación que el código de comercio contenía”. Éstos nuevos hechos a los que se refiere se centran en la aparición de la concepción institucionalista de la sociedad a través de la que se defiende el interés de la sociedad misma frente a los intereses individuales de los socios. Siendo el fin de esta nueva concepción la defensa de la empresa en sí se trata de una tarea que sólo puede ser encomendada a los administradores sociales, quienes, en virtud de su propia posición en la sociedad, buscan el interés de la empresa, su conservación y prosperidad.

³⁶ GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p.12.

propia. De manera que los administradores dejan de ser mandatarios de la junta general, convirtiéndose en los verdaderos titulares del órgano encargado de la gestión social³⁷.

En atención al nuevo estatus del administrador en la sociedad es necesario regular su actuación en la sociedad, así como los deberes que deben regir su conducta. La LSA 1951 incorporó por primera vez el deber de diligencia como uno de los deberes a los que debía quedar sujeta la actuación del administrador³⁸. De modo que el proceso de codificación de los deberes de los administradores se inicia con el establecimiento del deber de diligencia en el artículo 79 de la LSA 1951, que exige que los administradores desempeñen su cargo “*con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal*”. Si bien se hace una primera aproximación a una ordenación de la conducta del administrador, en modo alguno establece un estatuto de deberes exigibles a éste³⁹. La consagración del deber de diligencia del ordenado comerciante y del representante leal como una exigencia de comportamiento no pretende controlar el poder del administrador en la sociedad, ni mucho menos sentar las bases para un estatuto de deberes. Se trata de avanzar a un tratamiento profesionalizado, el del ordenado comerciante y representante leal, abandonando la remisión a la institución del mandato, junto al modelo de conducta del buen padre de familia, que hasta el momento había regulado el comportamiento del administrador⁴⁰.

³⁷ SERRANO CAÑAS, J.M., *Los conflictos de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 117.

³⁸ El legislador no afronta el establecimiento legal del deber de diligencia como una cuestión político-jurídica al control del poder de decisión y dirección concentrado de modo creciente en los administradores. La consagración legal, con carácter formal, de la diligencia del ordenado comerciante y del representante leal como regla de exigencia de comportamiento del administrador se afronta como cuestión técnico-jurídica. No se pretende controlar el poder de los administradores en la dirección de la sociedad, ni sentar las bases para un estatuto de deberes. La exigencia del deber de diligencia obedece a otras razones, que son consecuencia del cambio de naturaleza jurídica de la posición del administrador en la sociedad. En este sentido lo expresa, FONT GALAN, J.I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, cit., p. 79.

³⁹ Se trata de una formulación abierta, genérica e imprecisa, mediante la que el legislador pretendió ofrecer un régimen mínimo de deberes y obligaciones a los que se debían sujetar los administradores sociales en su función gestora. Vid. VELASCO ALONSO, A., *La ley de Sociedades Anónimas*, cit., p.433.

⁴⁰ FONT GALAN, “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, cit., p. 79, sostiene que la introducción del deber de diligencia abandona el modelo de conducta de carácter contractual por otro de carácter socio empresarial. Sin embargo, apunta el autor, a pesar del avance esperado en la ley de 1951, únicamente se extrae el valor de la diligencia como cualidad inherente al comportamiento del administrador. En el mismo sentido, GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades de Anónimas*, cit., p. 128, disponen que no se impone una forma de diligencia concreta, sino un tipo abstracto de diligencia que no es la del mandatario, o sea, la del buen padre de familia, sino que es la diligencia propia de las personas que se dedican al comercio y a la representación en el ámbito mercantil

La verdadera novedad que incluye la LSA 1951, es la alusión al deber de actuar conforme a un “*representante leal*”. El deber de diligencia, como el deber de actuar con la diligencia de un buen padre de familia, ya se encontraba dispuesto en el CCom. Por lo que, la inclusión del deber de actuar conforme a un representante leal no hace más que reforzar el régimen al que quedaba sujeto el administrador. No obstante, y a pesar de consagrarse el deber de actuar lealmente con la sociedad, no se contemplaban aun las obligaciones que de dicho deber se derivan, limitándose la regulación a exigir que en la actuación del administrador primara el interés de la sociedad sobre el suyo propio.

Junto con la falta de concreción de las obligaciones derivadas del deber de actuar como un representante leal, la exigencia legal de la diligente administración no se llega a codificar como norma de un estatuto de deberes sociales del administrador, sino como una cuestión subordinada al régimen legal de su responsabilidad. Es decir, la LSA 1951 no incluye un tratamiento autónomo del deber de diligencia, sino como un elemento normativo más del mecanismo legal de la responsabilidad de los administradores⁴¹. Ello suponía estar ante una regulación incompleta. El texto no incluía las obligaciones concretas que regían la conducta del administrador, ni reglas de conducta exigibles en supuestos de conflicto de interés. El hecho de establecer mecanismos indirectos de control, es decir, instrumentos de control posteriores a la realización del daño, provocaba únicamente inseguridad jurídica en los inversores⁴².

A pesar de que la LSA 1951 ciertamente avanza respecto de la regulación anterior al profesionalizar la labor del administrador en la sociedad, no llega a establecerse un estatuto de deberes de los administradores. Por tanto, la regulación de la LSA 1951 resulta insuficiente para hacer frente al importante y creciente papel que el administrador iba adquiriendo en la vida societaria.

⁴¹ En cuanto a las consecuencias de no respetar los deberes incluidos en la LSA de 1951, el citado precepto disponía que el administrador respondería frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores del daño causado por malicia, negligencia o abuso de facultades, es decir, únicamente respondía en aquellos casos en los que se causara un daño, y éste fuera consecuencia del dolo del administrador.

⁴² SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p.119 y ss., sostiene que la falta de previsión normativa respecto de las situaciones de conflicto de interés se justificaba gracias al supuesto ambiente de honradez en que generalmente se desenvolvía la vida de los negocios en España. Apuntando la propia exposición de motivos de la ley a la necesidad de proteger “*la pureza administrativa, como norma y blasón de la gran mayoría de las empresas españolas*”.

2.3.- Ley de 17 de julio de 1953, del régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada

La Ley de 17 de julio de 1953, del régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL 1953) no hace alusión alguna al deber de lealtad de los administradores, sin perjuicio de la previsión de la prohibición de competencia en el artículo 12. Por ello, por remisión del artículo 11, resulta de aplicación cuanto dispone la LSA 1951 en cuanto a la regulación del deber de lealtad.

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

El Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA 1989), no introduce importantes modificaciones en el ámbito de la calificación de los deberes de los administradores⁴³. El texto se limita a regular la actuación de los administradores, una vez más, desde la perspectiva de la responsabilidad, eludiendo la perspectiva reguladora de prevención y cumplimiento de deberes de los administradores⁴⁴. La novedad reside en la sustitución terminológica de la expresión “ordenado comerciante” por la de “empresario” que realiza el artículo 127 LSA 1989 al establecer que el administrador desempeñará su cargo “con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal”. Además, el texto incluye el deber de secreto sobre las informaciones de carácter confidencial en el apartado segundo del artículo 127.

Siguiendo la línea de la regulación anterior, la LSA 1989 no incluye un régimen de deberes de ordenación de la conducta del administrador y señala que el administrador desempeñará su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, sin llegar a definir las obligaciones básicas derivadas de dicha disposición⁴⁵. La ley

⁴³ FONT GALÁN, J.I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, *cit.*, p. 81, señala que esta ley significó solo un tímido avance en materia de codificación de los deberes de los administradores sociales.

⁴⁴ FONT GALÁN, J.I., *Ibid.*, p. 81.

⁴⁵ El administrador no es empresario o comerciante, en cuanto que la actividad realizada la efectúa en nombre o por cuenta de la sociedad, pero se le exigen condiciones similares a las del propio empresario o comerciante. Por tanto, la labor del administrador lleva implícita una nota de profesionalidad, que hasta el momento no había sido exigida. En cuanto al término de representante, cabe señalar la intención del legislador de destacar la labor del administrador como gestor de intereses ajenos. Aunque pueden existir otros intereses, la lealtad del administrador se refiere, en todo caso, a los intereses de la sociedad que gestión. SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Revista de Derecho

se limita a regular la gestión de los administradores desde la perspectiva de la responsabilidad por el daño que causen a la sociedad, a terceros o a los acreedores, pero no regula el cumplimiento de deberes previos o de control preventivo a través de reglas de comportamiento en el desempeño del cargo. El legislador considera suficiente la regulación de la actividad de representación y gestión social a través del establecimiento de una pauta, estándar o regla general de comportamiento que orienta el modo de ejercitar el cargo de administrador social, que se debe amoldar a la conducta que llevaría a cabo un ordenado empresario y representante leal⁴⁶.

Aunque, la LSA 1989 no incluye un régimen de deberes a los que se debe acomodar la conducta de los administradores, incorpora, sorprendentemente, un régimen de responsabilidad de las normas relativas a la diligencia debida⁴⁷. El artículo 133 del texto señala que el administrador responde del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que debe desempeñar el cargo. Se trata de un régimen de responsabilidad novedoso, pues incluye el supuesto de los actos realizados sin la diligencia debida al cargo⁴⁸. Así pues, a falta de un estatuto de deberes, el régimen de responsabilidad que incorpora la LSA 1989 es el único sistema de control de la gestión social, incluyendo el control de la actuación del administrador en situación de conflicto de interés.

En el escenario en el que nace la LSA 1989, protagonizado por el creciente control del gobierno de las sociedades, sorprende que no se establecieran diferentes formas de control del sobre la labor de la administración social. Ciertamente, el artículo 127 LSA 1989 quiso consagrar una norma general y amplia sobre la diligencia con la que debía desempeñar el administrador sus funciones, y aparecen referencias al deber de lealtad como exigencia de conducta del administrador en determinadas situaciones de conflicto de intereses planteadas entre la sociedad y el administrador⁴⁹. En todo caso, la actuación

Privado, Tomo IV, Administradores, Artículos 123 a 143, Madrid 1994, p. 105, y será así porque las consecuencias de su actuación se van a proyectar sobre el patrimonio social, aun cuando queden afectados los intereses de socios y terceros.

⁴⁶ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 125.

⁴⁷ SERRANO CAÑAS, J.M., *Ibid.*, p. 125, el autor destaca que “*se produce una profunda modificación en materia del régimen de responsabilidad del administrador, siendo ésta su más importante y reconocida progresión en la materia*”.

⁴⁸ Como se puede observar el deber de diligencia ostentaban el protagonismo dentro del sistema de deberes, un papel que pasará a manos del deber de lealtad en las posteriores reformas.

⁴⁹ Las situaciones responderían a aquellas en las que el administrador estuviera incurrido en alguna de las prohibiciones legales para ser administrador o cuando fuera o pasara a ser administrador de otra sociedad

del administrador se contempla todavía desde la óptica del daño y la responsabilidad, es decir, desde el control posterior, descartando un control previo o preventivo basado en la ordenación de la conducta del administrador social⁵⁰.

La ley se limitó a regular la actuación gestora del administrador desde la perspectiva de la responsabilidad por el daño causado, olvidándose de incluir reglas de comportamiento del desempeño del cargo. La razón de optar por la perspectiva del daño estaba, quizás, en la reticencia tradicional del legislador a la intervención legislativa en materia de ordenación del ejercicio del poder gestor de la sociedad⁵¹.

2.5-. Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada

La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL 1995) consagra de forma expresa la obligación del administrador de desempeñar el cargo con “*la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*”. El artículo 61 de la citada ley se limita a reproducir el contenido del artículo 127 LSA 1989.

2.6-. 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 de Transparencia

Hasta la promulgación de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (en adelante, Ley de Transparencia 2003), el legislador no había tenido especial preocupación por establecer un estatuto de deberes a los que se debiera ajustar la

competidora. En ambos casos, el administrador debería comunicar la situación y abstenerse de cualquier actuación (Artículos 132 y 124 LSA1989).

⁵⁰ SERRANO CAÑAS, J.M., *Los conflictos de intereses de la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 122, sostiene que la razón es que el legislador se limitó a positivizar de forma enunciativa y genérica los deberes de los administradores, lo que supuso la imposibilidad de fijar las reglas de conducta exigibles a todo administrador diligente y leal.

⁵¹ En este sentido, FONT GALAN, J.I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, cit., p. 81, apunta que “*de ahí a que se limite a reservarse a un concreto espacio de intervención legislativa, el de la responsabilidad por daños, más incardinado en el derecho de daños que en el de las organizaciones económicas societarias*”.

actuación de los administradores. Ningún texto se había ocupado especialmente de los deberes de los administradores, sin llegar a construir un régimen de deberes propios que regularan el cargo⁵².

Con el movimiento de gobierno corporativo de origen anglosajón que había venido desarrollándose en los últimos años, un contexto en el que preocupaba especialmente la gestión de las sociedades mercantiles y el ejercicio del poder en las mismas, los deberes fiduciarios y la responsabilidad de los administradores que hasta el momento no habían sido objeto de regulación se convirtieron en protagonistas de un debate cuyo objetivo era dotar de transparencia al sistema, con el fin de dar seguridad jurídica a los inversores.

Inspirados en el movimiento corporate governance, se promulgan en España diferentes códigos de buen gobierno, entre los que destaca el informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, de 8 de enero de 2003 (en adelante, Informe Aldama). La premisa del estudio se centró en la mejora del régimen jurídico de las sociedades cotizadas, así como en la vertiente de responsabilidad de los administradores⁵³.

El Informe Aldama destaca la importancia del reconocimiento de deberes y responsabilidades que refuercen la seguridad en los conflictos de interés, en los casos en los que la transparencia sea insuficiente para proteger los intereses de los inversores. El tratamiento más adecuado para conseguir esa seguridad, tal y como establece el informe, es a través de la regulación de los conflictos de interés, para cuyo tratamiento considera determinante la intervención del legislador⁵⁴. Así, siguiendo la línea intervencionista del

⁵² SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de interés en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p.108, señala la falta de preocupación del legislador por dotar al ejercicio del cargo de administrador de un régimen o estatuto de deberes bien definido, que establezca las pautas a seguir ante una situación de conflicto de intereses entre los administradores y la sociedad. Por su parte, IGARTUA ARREGUI, F., JUSTE MENCÍA, J., “Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 24, 2005, p. 75, señala la atención predominantemente doctrinal que el tratamiento del deber de lealtad había tenido hasta el momento. Sobre la cuestión, también, FONT GALAN, J. I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores”, cit., p. 81 y ss.

⁵³ El apartado III bajo la rúbrica “*El principio de seguridad y el deber de lealtad. La responsabilidad de los administradores*” se refiere a los deberes de diligencia y lealtad de los administradores incidiendo especialmente en los deberes de lealtad, quedando el incumplimiento de dichos deberes enmarcados en el régimen de responsabilidad de los administradores. (Véase, EMBID IRUJO, J.M., “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima tras la Ley de Transparencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, 2004, p. 2.)

⁵⁴ EMBID IRUJO, J.M., *Ibid.*, p. 2, el autor recuerda que esta recomendación ya se hizo en el Informe elaborado por la comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades a petición del gobierno español el 26 de febrero de 1998 (en adelante, Informe Olivenza). El

Informe Olivenza, el informe Aldama destaca la conveniencia de la intervención legislativa para los casos de enfrentamiento del interés social y el interés personal de quien gestiona la sociedad, que se conseguirá únicamente con el desarrollo de los posibles supuestos de conflicto y el establecimiento de un régimen de responsabilidad más completo y desarrollado⁵⁵. El Informe Aldama establece una serie de recomendaciones en forma de medidas que las sociedades deberían adoptar con el fin de conseguir un verdadero sistema de deberes de los administradores. Las medidas que establecía con el fin de reforzar la eficacia del deber de lealtad son dos. Por un lado, se detallan las obligaciones básicas derivadas del principio general, como sugería ya el Informe Olivenza⁵⁶. Y, por otro lado, se establece el principio de obligatoriedad que inspira el régimen de deberes del administrador⁵⁷.

Así pues, con la proliferación de diferentes códigos de buen gobierno se fueron desarrollando los deberes que debían regir la conducta del administrador. En el año 2003 la Ley de Transparencia, adaptando el contenido del Informe Aldama a su articulado⁵⁸, incluye una mayor distinción entre los deberes de diligente administración y lealtad⁵⁹, cuyo resultado es la creación de un sistema de deberes de los administradores entre los que se enunciaban el deber de diligente administración, el deber de fidelidad, el deber de

texto destacaba la importancia de regular los deberes de lealtad de los administradores, apuntando la necesidad de positivizar estos en la ley, por resultar ser la autorregulación insuficiente en situaciones graves de conflicto de interés.

⁵⁵ El Informe Olivenza criticaba la abstracción de la fórmula del deber de lealtad y recomendaba que las obligaciones que derivaban de estos deberes generales se concretan en reglas de funcionamiento interno de las empresas, centrando su atención en el deber de lealtad y las obligaciones que lo conformaban.

⁵⁶ El Informe señala que la definición de pautas de actuación concretas incrementa la observabilidad y verificabilidad de las conductas indebidas, facilitando el trabajo de quienes han de velar por su cumplimiento y especialmente el de los Jueces, orienta la conducta de los administradores; suministra amparo a los operadores para resistir presiones indebidas, y contribuye a la creación de una cultura corporativa adecuada, que en última instancia es lo más importante.

⁵⁷ A pesar de establecer la obligatoriedad del régimen de deberes, se opta por la posibilidad de eludir la efectiva observancia del deber de lealtad, puesto que la solución contraria podría impedir operaciones parcialmente productivas para la sociedad y ser menos conveniente.

⁵⁸ Recordemos que fue el Informe Aldama el que incluía en sus disposiciones la necesidad de reforzar el deber de lealtad recogiendo diferentes medidas para conseguirlo.

⁵⁹ HERNANDO CEBRIÁ, L., “Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 138, señala que es con la Ley de Transparencia del 2003 cuando se produce la “*desmembración del deber de diligencia*” en tres deberes diferentes, el deber de diligencia, el deber de lealtad y el deber de secreto. Por su parte, IGARTUA ARREGUI, F., JUSTE MENCÍA, J., “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *cit.*, p. 76, apuntan al Informe Aldama como responsable de tal distinción entre los deberes, al haber subrayado éste la necesidad de que el legislador asumiera un tratamiento diferenciado entre los deberes, separando nítidamente “*el aspecto de creación de valor y beneficios de la empresa del aspecto relativo a la distribución de ese valor, como paso previo a la delimitación expresa de los deberes de lealtad*”.

secreto y el deber de lealtad⁶⁰. El legislador opta por una primera redacción de los deberes inherentes al cargo de administrador, dando soporte normativo, con rango legal, a aspectos que hasta ahora habían sido objeto de autorregulación en las sociedades.

Una de las más importantes modificaciones que introdujo la Ley de Transparencia es la novedosa redacción del artículo 127, cuya rúbrica “*Deber de diligente administración*”, aleja a la nueva regulación de la anterior, que hacía referencia al “*ejercicio del cargo*”, una redacción que precisa su contenido abstracto y genérico⁶¹. La ley especifica el contenido del artículo 127 LSA a través de la incorporación de cuatro deberes cuyo incumplimiento desencadena la exigencia de responsabilidad. Son cuatro preceptos que incluyen un estatuto de deberes a los que debe quedar sujeta la actuación del administrador, así, además del deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (art. 127 ap.2º), se incluyen los deberes de fidelidad (art. 127 bis), lealtad (art. 127 ter) y el deber de secreto (art. 127 quater)⁶².

Centrando la atención en el deber de lealtad, aunque mantuvo como principio programático del deber del administrador de comportarse como un representante leal, el

⁶⁰ Artículo 127 TRLSA.

⁶¹ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 236, expone la dificultad de entendimiento que supone el establecimiento de nuevos deberes en la administración social, ello debido al paso de una regla simple y escueta que regulaba el ejercicio del cargo a una formulación de deberes genéricos que norman el ejercicio del cargo. Tomados en conjunto, señala el autor, los deberes positivizados en los diferentes artículos 127 LSA son de difícil interpretación, tanto en su sistemática como en la significación concreta de cada uno.

⁶² La ley de Transparencia incluye, a modo de cláusula de cierre, el art.133, en el que se hace responsable a los administradores por los daños causados por el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo. Por su parte, FONT GALÁN, J.I., *El deber de diligente administración en el nuevo sistema de los administradores sociales*, cit., p.72., destaca que el deber de diligencia deja de ser el único deber inherente al cargo del administrador, añadiéndose otros deberes, que junto al troncal de diligencia conforman un conjunto de deberes requeridos de unidad de orden, es decir, “*de un sistema jurídico cabalmente integrador, y por ello, esencialmente unitario e integrado*”. EMBID IRUJO, J.M., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia”, cit., p. 2, señala que son estos deberes los que forman el conjunto de elementos de necesario cumplimiento por el administrador en el marco de su actividad. Por su parte QUIJANO GONZÁLEZ, J., MEMBRILLA RIVERA, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, cit., p. 927 y 928, afirman que la nueva estructura del artículo 127 no forma un sistema unitario de deberes de los administradores. Así, señalan que no resulta correcto que, como consecuencia del cambio de rótulo del precepto, lo que siempre fue cláusula general del deber de desempeño del cargo con la diligencia exigida y fuente de diversos deberes concretos que se consideraban implícitos, haya pasado a formar parte de un aparente deber específico, como es el de diligencia o de diligente administración, a pesar de conservar intacta su literalidad. Los autores entienden que “*el nuevo artículo 127 pretende recoger el mandato del informe Aldama, diferenciando diligencia y lealtad, y ello lleva a pensar que el artículo 127 pretende referirse al deber de diligencia en particular, al incorporarse separadamente el deber de lealtad en el nuevo artículo 127 ter*”. Esto, afirman, “*lo corrobora un hecho bien notorio, cómo es que del 127 haya salido un deber tan relacionado con la lealtad como es el de secreto y ella entrado un deber tan relacionado con la diligencia como es el de información*”.

artículo 127 ter LSA 1989 enumera por primera vez supuestos de deslealtad, un elenco abierto de casos que precisa de forma más clara la conducta que debe regir el comportamiento del administrador leal⁶³. Además de la enumeración de las conductas, la ley estableció una serie de garantías encaminadas a lograr la transparencia y la prevención de consecuencias derivadas de los conflictos entre las que se incluyen el deber de comunicar los conflictos de interés y la obligación de abstenerse de intervenir en las operaciones objeto de conflicto. El Informe Aldama se refería expresamente a la conveniencia de intervención legislativa en casos de enfrentamiento de intereses, a través del desarrollo de supuestos y de un régimen de responsabilidad, y el artículo 133 LSA 1989 responsabiliza al administrador por los daños causados por actos u omisiones contrarios a la ley o los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al cargo. El título de imputación se establece en el incumplimiento de los deberes que son inherentes al cargo del administrador y no por la inobservancia de la diligencia con la que deben desempeñar el cargo el administrador⁶⁴.

A pesar de que efectivamente se da un paso positivo en cuanto a la regulación del deber de lealtad, el artículo 127 ter no llega a establecer una cláusula general ni criterios para delimitar con claridad la conducta exigida a los administradores⁶⁵. En todo caso, cabe entender que los supuestos que prevé el artículo 127 ter LSA 1989 no constituyen un conjunto cerrado de infracciones al deber de lealtad, sino un elenco abierto⁶⁶.

⁶³ Se trata de una primera aproximación a lo que después sería el elenco de obligaciones derivadas del deber de lealtad y que recoge la LSC. El artículo 127 ter LSA se limita a enunciar una serie de obligaciones para supuestos generales sin llegar a imponer la misma obligación en todas las hipótesis, pues su contenido varía en función de los supuestos. En este sentido, EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Artículo 127 ter. Deberes de lealtad”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (Coord. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), Vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 1.433, señalan que el artículo 127 ter no establece ningún enunciado general omnicomprendido del deber de lealtad o de la conducta típica en que ha de materializarse. Tampoco aparecen enunciados los criterios que han de servir para apreciar la concurrencia de lealtad en el Marco de la actividad de los administradores. Por su parte, EMBID IRUJO, J.M., “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho Español”, *Advocatus*, núm. 17, 2007, p. 33, critica el sistema seguido por el legislador señalando el ejemplo de la ley de competencia desleal como sistema a seguir a través del establecimiento de una cláusula general de deslealtad de la actuación de los administradores, seguida de una enumeración de supuestos ilícitos.

⁶⁴ ARROYO MARTÍNEZ, I., “Art. 133. Responsabilidad”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (Coord. ARROYO, I., EMBID, J.M., GÓRRIZ, C.), Vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, p. 1.536.

⁶⁵ EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Art.127 ter. Deberes de lealtad”, *cit.*, p. 1431.

⁶⁶ Las obligaciones que establece la disposición representan supuestos paradigmáticos del mismo por ello es posible que puedan surgir otras obligaciones distintas de las enumeradas en el artículo 127 Ter LSA. EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., *Ibid.*, p. 1434.

Finalmente, aunque la Ley de Transparencia optó por prohibir en términos muy amplios cualquier situación de conflicto, cabe mencionar la posibilidad incluida en el texto legal de dispensar conflictos de interés, permitiendo al administrador llevar a cabo la conducta desleal. Aun cuando algunos se manifestaban a favor de esta posibilidad, permitiendo la dispensa previa y la ratificación posterior⁶⁷, la falta de homogeneidad para concretar el régimen aplicable en estos casos hace evidente la falta de regulación en la materia, por lo que habrá que esperar a los siguientes textos legales para poder hablar de un verdadero sistema de dispensa⁶⁸.

En fin, a pesar de no encontrarnos ante una regulación completa y detallada del deber de lealtad, las novedades que introduce la Ley de Transparencia regulan deberes del administrador como modelo de conducta a seguir, y no únicamente como presupuesto de responsabilidad, como se había venido haciendo hasta el momento. Ello supuso un régimen de la conducta del administrador más ordenado a pesar de las imperfecciones en la especificación de los deberes de lealtad que la ley presenta⁶⁹.

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

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), introduce novedades importantes en el ámbito de los deberes de los administradores, consagrando un régimen general de los deberes de lealtad de los administradores de sociedades de capital aplicable a ambas formas sociales⁷⁰.

⁶⁷ Se fundamentaba tal posibilidad en que el interés protegido por el deber de lealtad es el de la sociedad, por lo que la propia sociedad podría ceder éste en casos concretos.

⁶⁸ EMBID IRUJO, J.M., GORRIZ LÓPEZ, C., *Ibid.*, p.1433-1434, hacen referencia al problema de la tutela de los accionistas minoritarios que puede plantearse por la cesión de permitir determinadas conductas, señalando que se trata de un problema que podrá canalizarse a través de la impugnación de los acuerdos de los órganos sociales.

⁶⁹ Respecto de las imperfecciones en la especificación de los deberes de lealtad, PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *cit.*, p. 48 y ss.

⁷⁰ La situación en la regulación legal del órgano de administración en la sociedad de capital previa a la refundición se completaba con diferentes normas que regulaban el órgano de administración de acuerdo con el tipo social al que se refería la ley. Tras la refundición de la administración de la sociedad de capital, las especialidades propias de cada tipo societario se han recogido en la LSC 2010. Y lo mismo ocurre con el órgano de administración, en cuyo caso la ley opta por una ordenación sistemática de los deberes del administrador dada la naturaleza misma de la materia y proximidad del régimen en los dos grandes tipos de sociedades de capital. ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, 2011, p.151 y 152. Esta refundición de los tipos sociales supone que el conjunto de deberes que estaban obligados a cumplir los administradores de la sociedad

La LSC 2010 realiza un esfuerzo sistemático y armonizador en materia de deberes de los administradores, regulando separadamente los deberes de diligencia y lealtad, y extiende el contenido de los preceptos anteriormente dedicados a las sociedades anónimas a los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada⁷¹.

En primer lugar, se produce la separación de los deberes de lealtad y diligencia, siendo ahora deberes independientes (artículos 225 y 226 LSC). La formulación tradicional de deberes de los administradores a través de una cláusula general se sustituye por una doble cláusula que se refiere, por un lado, al deber de diligencia (“*desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario*”) y, por otro, al deber de lealtad (“*desempeñarán su cargo como un representante legal en defensa del interés social*”)⁷². A pesar de la distinción que realiza la ley entre ambos deberes el contenido de las exigencias de estos se mantiene inalterado. Esta separación permite una mejor identificación del contenido de cada deber. Así, la diligencia integra el contenido de la prestación debida y la función de medida de culpa a efectos de imputación subjetiva. Y, por su parte, el deber de lealtad implica el deber del administrador de actuar en orden a la promoción del interés social, en cuanto representante de intereses ajenos⁷³. A la vez que se produce la separación entre diligencia y lealtad, el legislador opta por condensar los deberes de lealtad y fidelidad bajo la rotulación unitaria de los deberes de lealtad (art. 226 LSC)⁷⁴.

En segundo lugar, la ley extiende el régimen legal del deber de lealtad de la sociedad anónima a la sociedad de responsabilidad limitada. La LSRL 1995 no dejaba claro el

anónima es ahora también de forzoso cumplimiento en las sociedades de responsabilidad limitadas. EMPARANZA, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 281, 2011, p. 15.

⁷¹ ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de las sociedades de capital”, *cit.*, p.157, señala que la LSC 2010, si bien corrige las insuficiencias de coordinación y redacción arrastradas desde la Ley de Transparencia de 2003, dado los límites de la refundición, no se podrían subsanar defectos de concepción y contenido.

⁷² ESTEBAN VELASCO, G., *Ibid.*, p.157, sostiene que es irrelevante que se haya formulado en dos preceptos separados o en un solo precepto que hubiera recogido en una sola cláusula de doble contenido el desempeño del cargo con la diligencia de ordenado empresario y con la lealtad de un buen representante. Por su parte, PAZ-ARES, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, 2007, P. 126, apunta a la leve modificación del art. 127.1 LSA como el precepto en el que se refleja adecuadamente la “hipótesis de la diversificación” del régimen de responsabilidad de los administradores.

⁷³ PAZ-ARES, C., *Ibid.*, p.158, critica que la refundición se haya limitado a reproducir la noción de interés social que el artículo 127 bis de la LSA contenía al ser una cuestión polémica y sensible como pauta de conducta de los ministros en el cumplimiento de sus deberes.

⁷⁴ EMPARANZA, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *cit.*, p. 18, califica la condensación como una decisión acertada por acoger bajo una misma noción omnicomprendensiva la obligación principal de los administradores de desempeñar su cargo como representante legal en defensa del interés social.

deber de abstenerse en caso de conflicto de interés con la sociedad de un administrador⁷⁵. El texto se limitaba a obligar al administrador a desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y el régimen legal del deber de lealtad que la Ley de Transparencia consagraba era únicamente aplicable a las sociedades anónimas. Esto suponía que la actuación del administrador en la sociedad limitada únicamente podía ser verificado a través de un control ex post⁷⁶. La extensión del régimen legal del deber de lealtad a ambos tipos sociales supuso establecer mecanismos de control preventivos sobre la labor del administrador, que quedaba obligado a informar a la sociedad de aquellas circunstancias u operaciones en las que tuviera intereses personales que pudieran afectar o contravenir los intereses de la sociedad⁷⁷.

Otra de las novedades de la reforma fue la introducción de la posibilidad de dispensar la prohibición de competencia. El apartado primero del artículo 230 LSC establecía expresamente “*los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general, a cuyo efecto deberán realizar la comunicación prevista en el artículo anterior*”. Esta novedosa previsión derogó los artículos 65 LSRL 1995 y 132.2 LSA 1989, regulando de forma expresa para las sociedades anónimas la posibilidad de dispensar la prohibición de competencia de los administradores, superando la prohibición que se contenía en la LSA 1989⁷⁸.

⁷⁵ La LRSL consagraba el deber de no actuar contra el interés social, pero no establecía el deber de abstención en la votación de las operaciones. Con la entrada en vigor de la LSC el régimen de conflictos de interés de los administradores que la LSA recogía en su articulado pasa a ser aplicable no solo a las sociedades anónimas sino también a las sociedades de responsabilidad limitada. Tras la aprobación de la LSC 2010, era aplicable a las sociedades limitadas el régimen de comunicación de conflictos, abstención, inclusión en la memoria de la información sobre situaciones concurrenciales, utilización de la condición de administrador para negocios por cuenta propia, y la prohibición del aprovechamiento de oportunidades de negocio. Igualmente se extiende a la sociedad de responsabilidad limitada el régimen relativo a las personas vinculadas, completando el régimen previsto en la LRSL de 1995.

⁷⁶ ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de las sociedades de capital”, *cit.*, p.159.

⁷⁷ Hasta el momento no se recogían obligaciones básicas del deber de lealtad para las sociedades limitadas, lo que si ocurría en las sociedades anónimas (art.127 LSA 1989), esto hacía que el control sobre el administrador de una sociedad anónimas fuera ex post, a través de la impugnación de acuerdos y de la responsabilidad por el daño patrimonial sufrido por la sociedad. A este respecto, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *cit.*, p. 18, plantea que los deberes que debían cumplir los administradores en relación con los conflictos de interés que pudieran producirse eran, en su mayoría, idénticos, salvo algún tratamiento excepcional.

⁷⁸ A pesar de permitir la posibilidad de dispensar la prohibición de competencia en ambos tipos sociales a través de la armonización que la LSC 2010 realizó, esta armonización no fue absoluta puesto que el tratamiento de la prohibición de competencia en la sociedad limitada y en la sociedad anónima era diferente.

A pesar de los avances introducidos en la LSC 2010, sobre todo los referidos a la regulación unificada de los deberes de los administradores en ambos tipos sociales, fueron numerosas las dudas que quedaron sin responder lo que hizo que los preceptos de la ley tuvieran una interpretación abierta⁷⁹.

3-. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL DEBER DE LEALTAD EN LA REGULACIÓN ACTUAL TRAS LA LEY 31/2014

La reforma de la LSC se produce con la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (en adelante Ley 31/2014). Siguiendo la línea marcada por los códigos de buen gobierno, el legislador incluyó en su agenda regulatoria planes estratégicos de actuación de las instituciones privadas⁸⁰. Además, y aunque en un principio el estudio se centraba en el órgano del consejo de administración y los problemas de agencia e información, los temas se ampliaron, analizándose también cuestiones relativas a retribución y profesionalización de administradores⁸¹.

El origen y antecedente directo de la Ley 31/2014 se encuentra en la creación de una comisión de expertos en materia de gobierno corporativo creado como consecuencia del Acuerdo del Consejo de ministros de 10 de mayo de 2013. El objetivo del estudio era la

Así, en la sociedad de responsabilidad limitada correspondía al socio de la facultad de solicitar al juez de lo mercantil el cese del administrador (artículo 230.2) mientras que en la sociedad anónima era la propia junta general la que debía resolver el cese del administrador a petición de cualquier accionista (artículo 230.3).

⁷⁹ ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de las sociedades de capital”, *cit.*, p.163, declara que la única contribución de la LSC fue permitir visualizar mejor el estado de la cuestión, así como las contradicciones, insuficiencias y debilidades del derecho vigente en el momento. Sostiene que en relación con la administración de la sociedad se consiguió una aclaración del alcance de algunas normas eliminando dudas interpretativas y mejorando su redacción. A pesar de ello, el esfuerzo armonizador que realizó el legislador no impidió el recurso a argumentos analógicos para resolver la existencia de lagunas en el régimen de uno de los tipos.

⁸⁰ La reforma obedece a la necesidad de atender la trascendencia que el gobierno corporativo había venido adquiriendo en los últimos años, muestra de ello la creación en 1997, 2003 y 2006 de grupos de expertos de carácter técnico para estudiar el funcionamiento de las sociedades cotizadas y elaborar propuestas de criterios, recomendaciones y normas que mejorasen los estándares de gobierno corporativo en nuestro país. En 1998 ve la luz el llamado Informe Olivencia, resultado de los trabajos de la comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades y que sirvió de base para la elaboración del primer código de buen gobierno de nuestro país. En 2003, la comisión especial para la transparencia y seguridad de mercados financieros y sociedades cotizadas elaboró el conocido Informe Aldama, modificando el anterior y añadiendo nuevas recomendaciones. Finalmente, en el 2006 se creó un grupo de trabajo especial para armonizar y actualizar, en línea con las tendencias europeas, el contenido del Código de buen gobierno, dando lugar al Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas.

⁸¹ Preámbulo de la Ley 31/2014, ap. II.

propuesta de iniciativas y reformas normativas adecuadas para garantizar el buen gobierno de las sociedades, velar por el correcto funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas para conducirlas a las máximas cotas de competitividad, generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores, mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas. La propuesta consistió en un texto en el que se incluyeron una serie de recomendaciones, entre las que destacan tres grandes bloques. En primer lugar, se abordaron cuestiones relativas a la junta general y los derechos de los accionistas. En segundo lugar, el texto analizaba el consejo de administración, centrándose en las competencias del consejo, su organización y su funcionamiento, así como la propuesta de un estatuto de deberes y responsabilidad de los administradores. Y, por último, se estudió el régimen de las comisiones delegadas⁸². Debido a la necesidad de dar respuesta a estas cuestiones por la apreciable incidencia en la realidad económica afectada por la crisis, el proceso legislativo de la norma fue relativamente rápido, publicándose el Proyecto de Ley 121/000097 relativo a la modificación de la LSC para la mejora del gobierno corporativo en el BOCG de 30 de mayo de 2014 y aprobándose la Ley 31/2014 seis meses después⁸³.

El régimen del deber de lealtad de los administradores de las sociedades presenta una serie de novedades tras la reforma introducida por la Ley 31/2014, cuyo objeto principal es reforzar la presencia y alcance de este deber en la actuación de los administradores. La Ley 31/2014 ha optado por dotar al deber de lealtad del protagonismo que hasta entonces había tenido el deber de diligencia, es así como el deber de lealtad pasa a ser el deber protagonista que va a regir la relación del administrador y la sociedad⁸⁴. Con el mayor valor que se le da al deber de lealtad, se procede a una diversificación de los regímenes

⁸² Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, 2013, disponible en: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CUBGrefundido_JUNIO2013.pdf.

⁸³ La rapidez con la que se aprobó la Ley puede explicarse por causas menos coyunturales, relativas a la reforma de amplio alcance en la que se encuentra inserta desde hace años la disciplina del derecho de sociedades. La materia central, el gobierno corporativo, ha adquirido con motivo de la crisis, un protagonismo singular, no tanto por su importancia, sino por el defectuoso tratamiento que se le había ido dando en anteriores etapas. Véase, EMBID, J.M., “La mejora del gobierno corporativo y el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 28.

⁸⁴ En este sentido, PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 39, 2015, 48 ss., convenía que la insuficiencia de visibilidad del derecho de la deslealtad corporativa era el primer problema que debía atajar la reforma. La escasa densidad de la normativa y el énfasis excesivo en la diligencia, añadida a la cultura jurídica formalista y doctrinal imperante, el resultado era el subdesarrollo y atrofia del derecho de la deslealtad.

de responsabilidad, priorizando el tratamiento de la deslealtad sobre la negligencia⁸⁵. En este contexto se produce el desarrollo de una normativa articulada de la conducta de los administradores, donde la modificación más relevante respecto del sistema anterior se produce con la clasificación de sus deberes, influenciada por los sistemas previstos en el common law que introduce un nuevo esquema de deberes de los administradores que pivota sobre dos ejes situados en el mismo plano⁸⁶, el deber de lealtad y el de diligencia (*duties of care and loyalty*)⁸⁷.

Con el nuevo tratamiento del régimen de la lealtad, se eleva el deber a la categoría jurídica de deber inherente al cargo de todo administrador societario, y ello se consigue gracias a las novedades que a continuación se recogen.

En primer lugar, se produce la consagración de una noción de lealtad más precisa. En este sentido, encontramos una nueva formulación de la cláusula general del deber de lealtad en el artículo 227.1 LSC, que dice 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*”⁸⁸. La nueva previsión del artículo 227 LSC se dedica exclusivamente a regular la lealtad del administrador de forma propia o sustantiva⁸⁹. El apartado primero

⁸⁵ PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *cit.*, p. 47, aludía a la necesidad de que la reforma se completase sobre todo en el ámbito de la responsabilidad por negligencia. aludía así a la necesidad de aprovechar la ocasión de reforma para relajar el tratamiento de la responsabilidad de los administradores por infracción de los deberes de diligencia declarando un espacio de inmunidad para las decisiones empresariales y, en general, moderando el alcance de la responsabilidad.

⁸⁶ A modo de ejemplo, en el derecho inglés los deberes de los administradores son ahora parte del derecho legislado. Si bien tradicionalmente han sido parte del common law, la evolución de estos ha llevado a que aparezcan recogidos en la Part 10 de la Companies Act británica. En este sentido, se recogen de manera pormenorizada el deber de lealtad y el deber de cuidado, detallando los conflictos de interés y otras situaciones de conflicto que pueden surgir en el seno de una sociedad. DAVIES, P., “Corporate Boards in the United Kingdom”, en *Corporate Boards in Law and Practice*, (Dir. DAVIES), Oxford 2013, p. 747.

⁸⁷ OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 61.

⁸⁸ PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.*, p. 49, sostiene que la norma del 227.1 LSC no contiene una regla, sino una autorización o delegación al juez para crearla en cada caso. Es imposible regular de antemano este tipo de fenomenología tan compleja y cambiante, sin dejar lagunas que puedan ser explotadas por el administrador desleal o establecer cortapisas que frecuentemente les dejaran atados de manos impidiéndoles realizar transacciones beneficiosas para la sociedad y los socios.

⁸⁹ El artículo 227 LSC se completa con otras disposiciones que tipifican las conductas desleales estableciendo diferentes criterios que explican el comportamiento esperado del administrador fiel, imparcial, franco, y, en definitiva, leal. Así, el artículo 228 LSC prevé las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad y el artículo 229 establece el deber de evitar situaciones que coloquen al administrador una situación de conflicto de interés. El artículo 230 establece el carácter imperativo del régimen y además regula la dispensa de las obligaciones de abstención que recoge el artículo 229. El artículo 231 LSC establece el régimen de las personas vinculadas a los administradores y el artículo 232 junto con el artículo 227.2 LSC establece las acciones de carácter especial derivadas de las infracciones del deber de lealtad.

del artículo 227.1 LSC reproduce el contenido del artículo 226 de la LSC 2010, añadiendo elementos adicionales con el fin de esclarecer el contenido del deber. El legislador opta por regular el deber de lealtad de forma propia, introduciendo los criterios ordenadores de la conducta del administrador. Por un lado, se hace referencia a la buena fe, retomando la expresión hasta ahora desaparecida con el deber de fidelidad. Y, por otro lado, se sustituye la expresión “*interés social*” entendido como interés de la sociedad, por el “*mejor interés de la sociedad*” de origen anglosajón⁹⁰. Además, se produce la reordenación de la noción y sustituye “*representante leal en defensa del interés social*” por “*desempeñará el cargo con lealtad de un fiel representante, de buena fe y en el mejor interés social*”⁹¹.

En segundo lugar, siguiendo la línea de protagonismo que el legislador concede al deber de lealtad, el artículo 230.1 LSC regulariza el carácter imperativo del deber, confirmando la línea que consideraba el deber de lealtad un deber imperativo. Imperatividad que no es, sin embargo, absoluta. Una de las novedades más importantes de toda la reforma es la versatilidad que la LSC dota al carácter imperativo del deber de lealtad, que se consigue a través del instrumento de la dispensa que el apartado segundo del artículo 230 regula.

La tercera novedad se centra en el desarrollo de la enumeración de las conductas que tipifican los supuestos de comportamientos desleales, lo que supone la especialización del tratamiento jurídico de la deslealtad en diversos ámbitos de la regulación material, con la tipificación de conductas en el artículo 228 LSC y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés del artículo 229 LSC.

La cuarta novedad introducida hace referencia a la ampliación del ámbito subjetivo del deber, que se amplía a otros sujetos más allá del propio administrador de derecho. El artículo 236 recoge los presupuestos y la extensión subjetiva de la responsabilidad del

⁹⁰ SABOGAL, L.F., “El interés social: apuntes teóricos en el marco socioeconómico del derecho de empresa”, en *Revista e-Mercatoria*, enero-junio, 2011, Bogotá, p. 4, haciendo referencia a la teoría contractualista, señala que, siendo la propia sociedad un contrato, ello trae como consecuencia que el interés social sea el interés de los socios. Esta teoría, como se ha apuntado, surge en Estados Unidos con el objetivo de garantizar la mayor independencia de los empresarios en ejercicio de su actividad económica. Con este presupuesto, dice, debe ser el mercado el que, a partir de la contraposición de fuerzas, logre la mayor eficiencia económica con su consecuente beneficio tanto para la empresa como para la comunidad en la que ejerce su actividad.

⁹¹ Sorprendentemente la reforma se centra en el interés social sin concretar qué es.

administrador a todos aquellos sujetos que, sin reunir los requisitos legales de los administradores de derecho, operen en la sociedad como tales.

Finalmente, la LSC incluye la obligación de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido en la vulneración del deber de lealtad. Se trata de la novedad más importante respecto del nuevo régimen de sanciones incluido en la ley, que se alza como estímulo legal que refuerza la exigencia del deber de lealtad.

III-. LA FLEXIBILIDAD DEL CARÁCTER IMPERATIVO DEL DEBER DE LEALTAD TRAS LA LEY 31/2014

1-. LA REGULACIÓN DEL DEBER DE LEALTAD EN LA LEY 31/2014

La previsión del deber de lealtad en el texto legal es el resultado de un largo trabajo legislativo, en el que el legislador ha otorgado al deber el protagonismo que venía exigiendo en los últimos años. A diferencia de lo que había venido ocurriendo en anteriores legislaciones, la LSC contiene una mayor y más completa regulación del deber de lealtad. Así pues, junto al tratamiento independiente que el deber recibe, la Ley 31/2014 dota al mismo de una mayor atención al ser varios los preceptos a través de los que la LSC enuncia y delimita el contenido básico del deber⁹².

El deber de lealtad se consagra en el artículo 227 LSC como el deber de administración leal en los términos siguientes: *“Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”*. La lectura del artículo 227.1 LSC nos lleva a fijar los tres elementos que van a definir el deber de lealtad. La administración fiel, es decir, la obligación del administrador de ser un fiel representante, el desempeño del cargo con buena fe y el deber de hacerlo defendiendo el interés social sobre el suyo propio⁹³. La definición se completa

⁹² El contenido del deber de lealtad en la LSC se completa a través de disposiciones de diferente naturaleza, al encontrar normas preventivas, junto con normas de carácter prohibitivo.

⁹³ 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 Prof. Rafael Illescas Ortiz*, (Dir. MORILLAS JARILLO, M.J., PERALES VISCASILLAS, M.P., PORFIRIO CARPIO, L.J.), Universidad Carlos III, Madrid, 2015, p. 903, señala que la relación establecida entre los términos de lealtad y fidelidad dado su sinonimia no aporta especial claridad. A ello, dice *“se le añade la exigencia de que la actuación del administrador suponga que éste obra de buena fe, que puede también parecer redundante*

con la declaración de imperatividad que el apartado primero del artículo 230 LSC realiza, al declarar imperativo el régimen relativo al deber de lealtad y de la responsabilidad por su infracción.

Atendiendo al desarrollo del deber de lealtad, tanto a través del artículo 227.1 LCS como de los preceptos posteriores, se ha completado su definición señalando que el deber de lealtad consiste en *“la obligación del administrador de actuar en interés de la sociedad en caso de conflicto de interés, debiendo subordinar su interés personal a favor de la sociedad, salvo que previa notificación de su posición de conflicto, la sociedad autorice su actuación interesada”*⁹⁴.

La importancia del deber de lealtad se ve plasmada tras la reforma del año 2014 en la caracterización del deber de lealtad como deber indisponible para las partes. La imperatividad consagrada en la regulación impide que los estatutos sociales puedan acomodar la conducta del administrador, lo que constituye un mínimo indisponible que debe ser respetado en la relación entre la sociedad y el administrador, que quedará sometido al deber de evitar situaciones de conflicto de interés, debiendo abstenerse de intervenir en la operación y debiendo comunicar situación en caso de concurrir en uno ellos⁹⁵.

En conclusión, la Ley 31/2014 ha traído consigo una serie de cambios relevantes en el régimen del deber de lealtad. Si bien nos encontramos ante novedades legislativas

desde un punto de vista general dado que parece que en toda actuación leal debe producirse una conducta activa fundada en dicho principio”.

⁹⁴ Para una mayor profundización sobre el concepto del deber de lealtad, RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, 2012, p.92; LLEBOT MAJO, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, (Dir. ROJO, A., BELTRÁN, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 33ss.,

⁹⁵ El administrador al gestionar el interés social debe olvidar cualquier otro interés que pueda influir en su conducta atendiendo únicamente al interés de la sociedad, es así como el interés social se alza como principio rector absoluto e indisponible de la relación entre el administrador y la sociedad. HERNANDO CEBRIÁ, L., “Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1”, *cit.*, p. 146, alude al interés social como el bien jurídico superior de la organización, aunque el administrador ha de dirigir su propia actuación. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad”, *cit.*, p. 903, hace referencia a que nuestro derecho de sociedades moderno ha venido enunciando el deber de lealtad como aquel consistente en el desempeño del cargo de administrador como un representante leal. La noción tradicional, dice, *“se reitera en el art.227.1 LSC, pero con un mayor desarrollo puesto que se exige que la actuación del administrador se haga conforme al criterio de la lealtad propia de un fiel representante”*.

importantes en torno a la nueva regulación, la inclusión expresa del carácter imperativo del deber de lealtad es la reforma más importante

2-. LA IMPERATIVIDAD DEL RÉGIMEN DEL DEBER DE LEALTAD Y SU FLEXIBILIDAD

2.1-. Preliminar

El legislador ha optado por consagrar un régimen del deber de lealtad mayor y más completo respecto de la legislación anterior, en el que la protección del interés social es el centro del sistema. Con el fin de lograr la eficaz protección del interés de la sociedad, el legislador establece la imperatividad de la regulación del deber de lealtad y su responsabilidad en el apartado primero del artículo 230 LSC.

Aunque la imperatividad gozaba del beneplácito de la doctrina y la jurisprudencia, hasta el momento no encontraba plasmación en el articulado⁹⁶. Ello hacía que existieran dudas sobre su verdadero alcance normativo, debido a lo cual el legislador incluye el pronunciamiento expreso de la imperatividad aclarando el alcance del deber de lealtad⁹⁷. Ciertamente, del previgente régimen legal LSC 2010 se desprendía ya este carácter del régimen relativo a la lealtad del administrador, no siendo posible que los estatutos pudieran prever ningún tipo de cláusula que redujera el alcance del deber⁹⁸. En todo caso, la LSC decide zanjar el debate incluyendo el pronunciamiento expreso del carácter imperativo en el artículo 230 LSC, que establece expresamente que *“El régimen relativo al deber de lealtad y la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias relativas que lo limiten o sean contrarios al mismo”*.

⁹⁶ Para una mayor profundización, PORTELLANO, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit, p. 27. El autor señala que, *“no es de extrañar que la Ley 31/2014 haya venido a consagrar expresamente el trato especial que merecen los conflictos de interés en línea con los postulados que ya desde hace tiempo venía defendiendo lege data la doctrina y el Informe Aldama (y que parcialmente se vieron recogidos por la Ley de Transparencia de 2003)”*.

⁹⁷ Pese a establecerse unánimemente que era imperativo, el no tener base legal hacía que existieran dudas, lo que lleva al legislador a regularlo expresamente. En opinión de EMPARANZA SOBEJANO, A. *“Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230”*, cit., p. 293, no resultaba necesario el reconocimiento expreso que da el legislador a la imperatividad, ya se entendía. La regulación llevaba a esa conclusión, aunque acepta que se ha zanjado el debate.

⁹⁸ El previgente artículo 229 LSC expresaba ese carácter coercitivo al establecer el deber de comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto de interés, y el deber de abstención en los acuerdos o decisiones sobre las operaciones a las que el conflicto se refiera. EMPARANZA SOBEJANO, A. *“Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230”*, cit, p. 285.

De la lectura del precepto se extrae el carácter indisponible del régimen de la lealtad para las partes, con extensión al régimen de la responsabilidad. La LSC opta por el pronunciamiento expreso de la imperatividad del régimen, no siendo válidas las disposiciones estatutarias limitativas o contrarias al mismo⁹⁹. Del régimen legal consagrado en la Ley 31/2014 se desprende la imposibilidad de que los estatutos puedan acomodar las conductas que supongan una deslealtad por la vía estatutaria¹⁰⁰. Así pues, el deber de lealtad tiene un contenido mínimo indisponible que tanto la sociedad, como los administradores, deben respetar, el deber de comunicación y abstención cuando el administrador se encuentre o pueda encontrarse en conflicto de interés y la publicidad de los conflictos de interés que el administrador pueda tener¹⁰¹.

2.2.- Fundamento jurídico del carácter imperativo flexible

Para comprender la razón por la que el deber de lealtad es imperativo es preciso atender el carácter medular del deber de lealtad en la relación directa entre el administrador y la sociedad y la relación indirecta entre el administrador y los socios¹⁰². Teniendo en cuenta la importancia del deber de lealtad en la actuación del administrador, si el régimen del deber de lealtad tuviera la imperatividad que la ley le otorga, los administradores simplemente no serían administradores. Es decir, carece de sentido que un administrador

⁹⁹ El hecho de consagrar el carácter imperativo del deber de lealtad parece conceder al deber de diligencia un carácter dispositivo. Para una lectura más extensa sobre la disponibilidad del deber de diligencia, véase, HERNANDO CEBRIÁ, L., “El deber general de diligencia: art. 225”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 59-98; EMBID IRUJO, J.M., “La protección de la discrecionalidad empresarial: art. 226” en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 105-133. También, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 225. Deber general de diligencia”, en *Comentario de la ley de Sociedades de Capital, La junta general. La administración de la sociedad*, Tomo III, (Dir. García-Cruces González, J. A., Ignacio Sancho Gargallo, I.), Tirant lo Blanch, 2021, p. 3093-3104; JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, en *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. La junta general. La administración de la sociedad*, Tomo III, (Dir. García-Cruces González, J. A., Ignacio Sancho Gargallo, I.), Tirant lo Blanch, 2021, p. 3105-3116.

¹⁰⁰ PAZ-ARES, C., “¿Cómo entendemos y como hacemos el derecho de sociedades?”, en *Tratando de la sociedad limitada (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)*, (Coord. PAZ-ARES, C.), Fundación cultural del Notariado, 1997, p.81, apuesta por que el grado de exigencia del deber de lealtad se pueda rebajar y permitir la inclusión de cláusulas estatutarias que reduzcan el alcance del deber de lealtad.

¹⁰¹ El régimen legal del deber de lealtad impide que los estatutos acomoden conductas reclamables al administrador, lo que no obsta a la solicitud de posibles dispensas, tal y como se apuntará más adelante. HERNANDO, L., “Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1”, *cit.*, p. 146. Por su parte, RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *cit.*, p. 92, señala que el “*contenido nuclear*” del deber de lealtad se asienta en dos pilares: la prohibición de actuar desinteresadamente y la obligación de comunicar la situación de conflicto a la sociedad.

¹⁰² PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, *cit.*, 2016, p. 25.

no atiende, o pueda no atender, el interés social, ya que su tarea principal es velar por este, y si no la tuviera no tendría el papel que tiene en la sociedad¹⁰³. Dada la importancia que el deber de lealtad tiene en la ordenación de la conducta del administrador de la sociedad, la positivización del carácter imperativo persigue impedir la posible modificación o derogación de las previsiones del deber de lealtad a través de los estatutos sociales¹⁰⁴.

El creciente protagonismo del deber de lealtad se percibe con la nueva definición autónoma del deber de lealtad que introduce la reforma del año 2014. El artículo 227.1 LSC establece 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*”. Se trata de un artículo que opera como la cláusula general matriz del deber de lealtad, a la vez que se establece un sistema de deberes de los administradores, y un elenco de obligaciones básicas (artículos 228 y 229 LSC)¹⁰⁵. El desarrollo normativo que se produce del deber de lealtad, tanto a través de la inclusión expresa del deber como deber autónomo, así como a través del desarrollo normativo del mismo en los preceptos que siguen al artículo 227.1 LSC, hace que el régimen del deber adquiera una “*taxonomía propia*” tras la reforma de la LSC operada del año 2014¹⁰⁶.

¹⁰³ En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, en *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., ESTEBAN VELASCO, G., VELASCO SAN PEDRO, L.) Vol. II, Tomo II, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2016, p. 467, se refiere a la imposibilidad de dejar en manos de los administradores decidir el respeto o no al deber de lealtad. Lo mismo sucede con cualquier tipo de contrato, en el que no puede dejarse al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de este (artículo 1256 CC). Recordemos que el administrador es un agente de la sociedad, que gestiona un patrimonio ajeno, el de la sociedad, buscando, o, mejor dicho, debiendo buscar el máximo beneficio para la sociedad que administra, por ello deberá actuar siempre en atención al interés social. Por tanto, el administrador debe actuar siempre de forma desinteresada, ya que si éste pudiera actuar caprichosamente se le transferiría propiedad social, es decir, se le estaría dando una “*simple grant of property*”. Así lo dijo la Corte Suprema de Delaware en el caso *McNeil v. McNeil* en el año 2002, que señala que “*A trust where there is no binding legal obligation on a trustee is a trust in name only and more in the nature of an absolute estate or fee simple grant of property*”.

¹⁰⁴ PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *cit.*, p. 15, destaca la necesidad de contar con una regulación imperativa dado el peligro que la libertad contractual puede tener en el ámbito, pues permite “*estructurar formas alternativas de retribución de los managers, y porque, en todo caso, los mercados descuentan eficientemente en el valor de la acción los flujos anticipados de “beneficios privados” que puedan distraer a los insiders*”.

¹⁰⁵ PAZ-ARES, C., *Ibid.*, p.14, aludía ya en el año 2003 a la posibilidad de compaginar la necesidad de un precepto de textura abierta, dejando espacio para el desarrollo judicial del derecho, con la necesidad de proporcionar al aplicador del derecho un mapa que le permita orientarse.

¹⁰⁶ Prólogo de *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 8-9.

El deber de lealtad es, pues, la base legal sobre la que se asienta la obligación del administrador de abstenerse de intervenir en cuestiones en las que existe riesgo de priorizar intereses personales sobre el interés de la sociedad¹⁰⁷. Y ello hace que el deber de evitar conflictos de interés sea el deber fiduciario más importante del administrador, pues con él se presenta el riesgo de que el administrador anteponga su interés al de la sociedad¹⁰⁸. El mayor protagonismo del deber se percibe sobre todo con la inclusión expresa del carácter imperativo. La razón de dicha inclusión es la aclaración del alcance de este pues hasta el momento existían muchas dudas para calificar su verdadero alcance normativo¹⁰⁹.

Conocido el carácter imperativo que propugna la norma, la cuestión a analizar será si todas y cada una de las manifestaciones del deber de lealtad deben ser tratadas con el máximo rigor imperativo, y la respuesta, en este caso, es negativa.

El carácter imperativo del deber de lealtad no es absoluto, en tanto en cuanto la propia ley construye un sistema de dispensa, es decir, un sistema de autorizaciones singulares a través de las cuales los administradores tienen la posibilidad de llevar a cabo determinadas conductas desleales que supongan un conflicto con el interés social, precisando éstos, por tanto, de un tratamiento *ad hoc*¹¹⁰. El deber de lealtad requiere de una regulación dúctil,

¹⁰⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230”, *cit.*, p. 283.

¹⁰⁸ Así lo manifiesta la STS de 4 de octubre de 2011, (RJ 2012/759), al señalar que “*en las relaciones de gestión en las que el gestor dispone de poderes para afectar la posición jurídica del principal, nuestro ordenamiento, como concreta manifestación del principio general conforme al cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, impone a aquel en quien el tercero ha depositado su confianza una pluralidad de deberes (deberes fiduciarios) de entre los que destaca el de lealtad o primacía de los intereses del principal en el eventual conflicto de intereses entre el gestor y quien en él ha confiado, de tal forma que exige la anteposición de este sobre los de aquel*”. Es así como el interés social se alza como principio rector del deber de lealtad, que es absoluto e indisponible, siendo el bien jurídico superior que va a dirigir la actuación del administrador para con la sociedad. En este sentido, HERNANDO CEBRIÁ, L., “Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1”, *cit.*, p. 146. El interés social, por tanto, será el criterio ordenador que va a regir la conducta del administrador, concretando el deber de lealtad en obligaciones singulares. IRACULIS ARREGUI, N., Aceptación de ventajas patrimoniales por consejeros no ejecutivos y miembros de la comisión de control: juicio de deslealtad, *La Ley Mercantil*, núm. 9, 2014, p.6., destaca, en concreto, que “*el interés social pasa a ser criterio de actuación o la máxima de conducta en el desempeño del cargo de administrador. La protección del interés social de la sociedad se convierte así en la directriz necesaria para la posterior concreción del deber de lealtad en obligaciones singulares o concretas exigencias de conducta*”.

¹⁰⁹ Pese a establecerse unánimemente que era imperativo, el no tener base legal hacía que existieran dudas, lo que lleva al legislador a regularlo expresamente. En opinión de EMPARANZA SOBEJANO, A. “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230”, *cit.*, p. 293, no resultaba necesario el reconocimiento expreso que da el legislador a la imperatividad, ya se entendía. La regulación llevaba a esa conclusión, aunque acepta que se ha zanjado el debate.

¹¹⁰ Para una mayor profundización, PORTELLANO DÍEZ, P., “*El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC*”, *cit.*, p. 467.

en la que el conflicto de interés goce de un valor fundamental¹¹¹. La razón de buscar una regulación flexible reside en la necesidad de alinear los intereses del administrador y los intereses de la sociedad, pero conociendo la posibilidad que existe de que haya casos en que sea la propia sociedad la interesada en que el administrador lleve a cabo algún tipo de actuación. Por tanto, puede suceder que no nos encontremos ante una anteposición de los intereses del administrador, sino ante un alineamiento de éstos con los intereses de la sociedad, y, por tanto, se le permita llevar a cabo una determinada conducta desleal¹¹². Es más, habrá casos en los que, aun sin esperar beneficio alguno, y siempre que se aseguren las garantías necesarias, la sociedad admita una determinada actuación al administrador que suponga el quebrantamiento del deber de lealtad, siempre que ésta no conlleve daño para la sociedad, o que el daño que pueda esperar se vea compensado¹¹³.

Estas situaciones hacen que el carácter imperativo del deber de lealtad no sea una obligación de carácter absoluto, sino de carácter relativo. Y es así, por la admisión, si bien implícita, que hace el ordenamiento jurídico al establecer la posibilidad de que el deber de lealtad no sea expresamente cumplido¹¹⁴. Por tanto, consagrando un régimen de los conflictos de interés en protección de la sociedad, y no se debe impedir que ésta haga un uso dispositivo del mismo¹¹⁵.

2.3-. Carácter flexible de la imperatividad y la dispensa

La existencia de administradores en posición de conflicto de interés con la sociedad es una situación que se producía diariamente en el mundo societario, así, y teniendo en cuenta las ventajas de las que puede beneficiarse la sociedad gracias una operación que supone un conflicto de interés del administrador, el objetivo que persiguió la reforma era lograr formas de protección del interés de la sociedad. La protección se materializa con

¹¹¹ PORTELLANO DÍEZ, P., *Ibid.*, p. 467, recalca que una regulación sensata y eficiente de los conflictos de interés requiere cierto grado de ductibilidad, pues los conflictos de interés gozan de un valor capital en la sociedad. En la misma línea, HANNIGAN, B., *Company Law*, 5ª ed., Oxford University Press, 2018, p.223, el valor capital de los conflictos de interés al señalar que “*what matters most to directors is the ability to be released from the no-conflict duty*”.

¹¹² Como veremos más adelante, el ejemplo por excelencia es el caso de las operaciones vinculadas.

¹¹³ PORTELLANO DÍEZ, P., “*El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC*”, *cit.*, p.467.

¹¹⁴ EMPARANZA SOBEJANO, A. “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230”, *cit.*, p. 287.

¹¹⁵ En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “*El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC*”, *cit.*, p. 468, señala que “una norma que se dicta para proteger a un sujeto o en su beneficio, no hay razón para impedirle que, en ejercicio de su autonomía negocial y en circunstancias concretas, prescinda de la protección el ordenamiento jurídico le da.

la reforma operada a través de la Ley 31/2014 gracias a introducción de una regulación flexible de la imperatividad del deber de lealtad a través del instituto de la dispensa¹¹⁶.

El artículo 230.2 LSC es el precepto encargado de consagrar la posibilidad de dispensar comportamientos desleales y señala expresamente que “*No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la sociedad podría dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero*”. Con la posibilidad de autorizar determinadas prohibiciones el pronunciamiento de imperatividad del artículo 230.1 LSC queda vacío de contenido, lo que hace que el alcance del deber de lealtad del administrador quede siempre en manos de la sociedad¹¹⁷.

La aludida flexibilidad no supone, en ningún caso, poner en entredicho la imperatividad del régimen del deber de la lealtad, en tanto en cuanto, la regulación cuenta con una serie de límites, cuyo objetivo es asegurar que esa flexibilidad no conlleve un perjuicio para la sociedad¹¹⁸. Los límites a los que se encuentra sometida esta imperatividad flexible son de tipo material, de limitación del alcance del permiso concedido, de limitación de fuentes y la intangibilidad de las garantías legalmente previstas¹¹⁹.

En primer lugar, la flexibilidad de la imperatividad queda limitada materialmente. La flexibilidad no es extensible al deber general de lealtad, se aplica exclusivamente a los conflictos de interés¹²⁰. Al mismo tiempo, dentro de las situaciones de conflicto de interés

¹¹⁶ La posibilidad de autorizar determinadas conductas se encontraba ya incluida en la regulación anterior (art.230 LSC 2010), por lo que la previsión que hace la LSC 2014 no supone una verdadera novedad. No obstante, la función que esta autorización tenía se limitaba a los supuestos de actividad competitiva del administrador, es decir, aquellos supuestos en los que éste se dedicaba por cuenta propia o ajena al mismo, análogo o complementario genero de actividad que constituía el objeto social de la sociedad de la que era administrador. EMPARANZA SOBEJANO, A., “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230”, *cit.*, p. 294, en el resto de los conflictos podían ser excepcionados si el administrador comunicaba el hecho al órgano competente y se abstenía a la hora de que éste tomara la decisión.

¹¹⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A., *Ibid.*, p. 294, declara inapropiado predicar el carácter imperativo del deber de lealtad para construir después un régimen de excepción o dispensa.

¹¹⁸ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de los administradores de evitar conflictos de interés”, *cit.*, p. 28, expone que la flexibilidad de la regulación de las situaciones de conflicto de interés no pone en entredicho la necesidad de que el deber de lealtad sea imperativo, dice, “*antes bien, se apoya en él*”.

¹¹⁹ Para un mayor estudio respecto de los límites, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1. h. LSC)”, *cit.*, p. 469ss.

¹²⁰ La flexibilidad no se aplica al deber general de lealtad del artículo 227 LSC, ni a las obligaciones concretas que lo desarrollan recogidas en el artículo 228 LSC, si bien con la excepción del deber de guardar

del artículo 229 LSC, tampoco es posible predicar la flexibilidad de todos los comportamientos que el precepto recoge¹²¹. Por tanto, hay una serie de prohibiciones absolutas, en las que no va a ser posible dispensar la prohibición¹²², y prohibiciones relativas, en cuyo caso se podrá levantar la prohibición, exclusivamente a través del otorgamiento de la correspondiente dispensa¹²³.

En segundo lugar, la limitación de fuentes se refiere al origen del permiso, y es que, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones donde el régimen es más flexible, la legislación española establece que el permiso puede proceder únicamente de los órganos de la sociedad, del órgano de administración o de la junta general, según el caso concreto. La consecuencia es la imposibilidad de que la dispensa proceda de los estatutos de la sociedad, puesto que no caben permisos anticipados¹²⁴.

En tercer lugar, la limitación del ámbito hace referencia al radio de acción del permiso concedido al administrador. En este sentido, el legislador distingue entre dispensa, como permiso para llevar a cabo una conducta concreta, y autorización, como consentimiento genérico de supuestos de antemano no especificados¹²⁵. La diferencia fundamental radica

secreto, que, como expondremos más adelante, será posible levantar la prohibición de hacer uso de un tipo especial de información secreta. Respecto de la posibilidad de levantar esta última prohibición, realiza una explicación detallada, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1. h. LSC), *cit.*, p. 529.

¹²¹ PORTELLANO DÍEZ, P., *Ibid.*, p. 469, dispone que la flexibilidad no es predicable de todas las situaciones que recogen las letras a) a f) LSC.

¹²² Este sería el caso del apartado b) del art.229 LSC, puesto que no es posible que un administrador utilice el nombre de la sociedad o invoque su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

¹²³ En este caso nos encontramos con el resto de las conductas estipuladas en el art.229 LSC, como son la prohibición de realizar transacciones vinculadas, hacer uso de activos sociales, aprovecharse de oportunidades de negocio, obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad, desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que entrañen competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad. Igualmente, y como ya se ha expuesto, será posible levantar la prohibición de guardar secreto en casos concretos legalmente tasados.

¹²⁴ PORTELLANO, P., “*El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC*”, *cit.*, p. 470-471, opina que la solución legal es “excesivamente rígida” pues siempre podrían cambiarse los estatutos si se evidenciara peligro inminente. El problema, dice, reside en la modificación estatutaria, pues son los administradores quienes convocan la junta para modificar los estatutos. Además, con el régimen legal del quórum y las mayorías existiría peligro de abuso de la mayoría para impedir la reforma estatutaria, apoyando, así a administradores nombrados por socios de control. En todo caso, y aunque se consiguiera llegar a tal modificación, el daño estaría hecho, puesto que el administrador habría tenido el tiempo suficiente para llevar a cabo el comportamiento desleal en virtud del permiso estatutario que existía. El autor expone que la existencia de supuestos en los que la limitación de fuentes puede causar disfuncionalidades, siendo el caso por excelencia el de las joint ventures.

¹²⁵ Más adelante haremos referencia a la distinción entre ambas instituciones.

en que la dispensa se otorga para casos singulares y concretos, por lo que requiere un tratamiento *ad hoc* para cada situación de conflicto concreta.

Por último, el legislador limita la intangibilidad de las garantías legales con el fin de asegurar que la flexibilidad no conlleva un daño al interés social. Son las garantías procedimentales que ha establecido el legislador para el otorgamiento de dispensa, que deberán respetarse en todo el procedimiento dispensatorio¹²⁶.

Además de los límites mencionados, hay un mínimo indisponible que debe ser siempre respetado en la relación administrador-sociedad, el deber de comunicación y la publicidad de los conflictos de interés (art. 229.3 LSC), a los que aludiremos más adelante en mayor profundidad.

La imperatividad del deber de lealtad que el artículo 230.1 LSC construye supone la imposibilidad de que los estatutos modulen el régimen del deber. El precepto establece expresamente la invalidez de las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. Esta previsión parece dejar abierta la vía de los pactos parasociales.

2.4-. Modulación del régimen imperativo del deber de lealtad: la posibilidad de flexibilización del sistema a través de pactos parasociales y el endurecimiento del sistema a través de la autotutela societaria

El pronunciamiento de imperatividad del artículo 230.1 LSC supone que el régimen del deber de lealtad no puede ser, en ningún caso, limitado o derogado en vía estatutaria, lo que supone que el régimen que legalmente se consagra es el mínimo indisponible que debe ser respetado en todo caso. La LSC pone especial atención a esta cuestión y completa el precepto señalando la invalidez de las cláusulas estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. De forma que cualquier disposición estatutaria que sea contraria al régimen que la LSC prescribe no será válida y no tendrá, por tanto, efecto alguno en la sociedad. La cuestión que se suscita a este respecto es la posibilidad de flexibilizar el régimen a través del instrumento de los pactos parasociales.

¹²⁶ Nos referimos a la declaración de la existencia del conflicto, el órgano competente para la toma de la decisión de otorgamiento de dispensa, el acuerdo de dispensa y la posibilidad de revisión judicial del acuerdo. A estas garantías nos referiremos extensamente en apartados posteriores.

Los pactos parasociales son convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad, anónima o limitada, con el fin de completar, concretar o modificar en sus relaciones internas las reglas legales y estatutarias que rigen en ella. Los pactos parasociales están motivados por la necesidad de los socios de velar por sus intereses económicos en la sociedad, que no quedan atendidos de manera suficiente en la regulación legal o estatutaria. Así, lo que caracteriza a los pactos parasociales es que no se integran en el ordenamiento de la sociedad, sino que únicamente van a regir en las relaciones internas de quienes los suscriben¹²⁷.

La ley se ha limitado a regular el funcionamiento mecánico de la organización y de sus órganos, dejando cuestiones que preocupan a los socios, y que constituyen el núcleo de sus conflictos de interés, sin reglamentar normativamente. Un claro ejemplo es el caso de los deberes fiduciarios, en concreto, la posibilidad de los pactos de completar y concretar deberes fiduciarios¹²⁸. A este respecto, aunque los deberes de los administradores deben regirse por la ley y los estatutos. Sin embargo, la regulación de los conflictos de intereses y las conductas concretas que se pactan para evitar dichos comportamientos puede ser uno de los temas a abordar en los pactos parasociales¹²⁹.

La tendencia actual, en la que la estructura societaria corporativa está pasando a ser una cuestión más contractual, lleva a una mayor delegación de la responsabilidad de diseñar sus relaciones intrasocietarias a los sujetos directamente implicados, esto es, los socios y los administradores¹³⁰. En el caso de la inclusión de cláusulas relativas a conflictos de interés en los pactos parasociales, los socios podrían definir un sistema propio de

¹²⁷ PAZ-ARES. C., “El enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5, 2003, p.19.

¹²⁸ Como se apunta a lo largo de este estudio, el tema de los deberes fiduciarios es una de las cuestiones que no cuenta con una legislación completa. SÁEZ, M.I., “Los pactos parasociales de todos los socios en el Derecho español. Una materia en manos de los jueces”, *InDret*, 3, 2009, p. 13, señala que es “*casi como si no existieran a los ojos del derecho positivo*”.

¹²⁹ SÁEZ LACAVE, M.I., “Los pactos parasociales de todos los socios en el Derecho español. Una materia en manos de los jueces”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2009, p.13, destaca el ejemplo de la legislación alemana, señala que no debe sorprender que una de las cuestiones más debatidas es si los pactos parasociales pueden concretar o complementar los deberes fiduciarios. Una parte de la doctrina alemana “*desenvuelve un argumento intachable desde el punto de vista dogmático, pero artificioso: una cosa son los deberes de lealtad en el seno de la sociedad interna, y otra bien distinta, su contenido en el ámbito de la sociedad de capitales, que se debe regir por la ley y los estatutos*”. En este sentido, P. ULMER (1987), “*Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht?*”, *NJW*, p. 1849-1852; M. WINTER (1988), *Mitgliedschaftliche Treubindungen in der GmbH-Rechts*, C.H. Beck, München, p. 51-52.

¹³⁰ SÁEZ LACAVE, M.I., “Los pactos parasociales de todos los socios en el Derecho español. Una materia en manos de los jueces”, *cit.*, p. 11.

conflictos de interés diseñado atendiendo las características propias de la sociedad, con el fin de incrementar sus beneficios en la compañía. Sin embargo, la opción de modificar el régimen del deber de lealtad haciéndolo más flexible a través de cláusulas incluidas en los pactos parasociales no tiene visos de prosperar. La razón no es otra que la inoponibilidad que dichas disposiciones tendrían.

La oponibilidad de los pactos es un tema que ha suscitado una gran controversia en nuestra experiencia jurídica. En los últimos años ha predominado la idea de que los pactos parasociales son oponibles a la sociedad cuando todos los socios forman parte de él. Sin embargo, aunque la coincidencia subjetiva se alza como necesaria para quebrar la regla de la inoponibilidad, ésta no será condición suficiente, y ello porque los compromisos asumidos bajo el régimen jurídico de los pactos parasociales solo serán efectivos bajo ese régimen, ya que, si las partes no integran ciertos pactos en sus estatutos, no podrán recurrir más tarde a la tutela societaria¹³¹.

Esta exigencia es la que imposibilita la creación a través de los pactos parasociales de un régimen de conflictos de interés diferente al que la LSC consagra, pues un pacto parasocial que modula o deroga el régimen del deber de lealtad no podría ser integrado en los estatutos, en tanto en cuanto estaría yendo contra la imperatividad que el artículo 230.1 LSC establece.

Así pues, ningún instrumento, más allá de la dispensa, podrá reducir o eliminar la imperatividad del régimen de lealtad de la LSC. Ello no impide la posibilidad de acrecentar las exigencias relativas del deber de lealtad, puesto que la regulación imperativa, si bien no es posible reducirla, puede ser modificada siempre que refuerce la protección que la norma consagra¹³². De manera que la sociedad puede reforzar su autotutela, excluyendo la flexibilidad que caracteriza al régimen de imperatividad de los conflictos de interés¹³³. A través de esta fórmula de autotutela, cada sociedad establece el alcance de la flexibilidad del deber de lealtad de sus administradores, teniendo en cuenta

¹³¹ PAZ-ARES. C., “El enforcement de los pactos parasociales”, *cit.*, p.33-36, señala que los firmantes han de ser consistentes con la voluntad contractual que expresa la celebración de un pacto parasocial, puesto que nadie debe poder conseguir por la vía societaria más de lo que puede conseguir por la vía obligacional o contractual.

¹³² EMPARANZA SOBEJANO, A. “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230”, *cit.*, p.285.

¹³³ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 473.

las particularidades del sector de actividad en el que se inscriba la actividad o la estructura interna que la organización concreta tenga¹³⁴.

Son numerosas las fórmulas de protección que se pueden articular, dependiendo de quién emane la voluntad de acrecentar los niveles de protección, siendo posible que sea el deseo de los socios o del órgano de administración, por lo que será posible hacerlo tanto por vía estatutaria, de las instrucciones de la junta, como por los reglamentos del propio consejo de administración¹³⁵.

En primer lugar, si la voluntad de autotutela proviene exclusivamente de los socios, son dos los instrumentos a través de los cuales se puede canalizar la autotutela. Por un lado, pueden acrecentar el régimen a través de los estatutos, lo que confiere una mayor seguridad jurídica al estar respaldado por los socios, derivado del régimen del quórum y las mayorías para la modificación estatutaria. Es la forma que resulta más adecuada para incorporar normas de conducta como forma de completar el régimen del deber de lealtad, pues la actuación de los administradores queda sujeta al cumplimiento de reglas estatutarias¹³⁶. Por otro lado, en virtud del artículo 161 LSC, los socios pueden emitir instrucciones a través de las cuales se confiera una mayor rigidez al régimen del deber de lealtad¹³⁷. De forma que se puede instruir a los administradores a abstenerse una vez reciban solicitudes de dispensa, pasando la junta general a tomar la totalidad de decisiones relativas a la dispensa. Si la sociedad optara por esta vía esta posibilidad debería circunscribirse a supuestos concretos e inmediatos, ya que si lo que los socios desean es incrementar la protección con carácter general, la mejor opción es acudir a la modificación estatutaria. En ambos casos, tanto si la autotutela proviene de los estatutos o de instrucciones de la junta, los socios atraen la competencia del órgano de administración¹³⁸.

¹³⁴ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *cit.*, p. 22.

¹³⁵ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 474.

¹³⁶ RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *cit.*, p.94.

¹³⁷ Sobre el régimen legal de las instrucciones de la junta, RECALDE CASTELLS, A., “Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 51-66.

¹³⁸ El administrador tiene una posición vicaria en la determinación del interés social, es un mero agente, mientras que el socio es el agente principal.

En segundo lugar, la voluntad de acrecentar el régimen de la lealtad puede proceder del órgano de administración. En los casos en los que el consejo de administración decida modificar el régimen del deber de lealtad, con el fin de hacerlo más rígido, debe tenerse en cuenta que se trata de una vía de autotutela que debe respetar, en todo caso, los derechos de los socios y el interés social. Esto supone la imposibilidad de establecer un régimen de mayorías de junta más altas, la imposibilidad de establecer mayores requisitos que dificulten la concesión de dispensa por la junta, y, por supuesto, la imposibilidad de impedir que la junta retraiga hacia sí la competencia del otorgamiento de dispensa en aquellos casos en que pueda corresponderle al órgano de administración. Por tanto, lo que se debe tener en cuenta a la hora de proceder a acrecentar el régimen de la lealtad es el respeto de los derechos y el poder de la junta general.

Sobre las medidas concretas que se pueden adoptar como forma de autotutela, la más estricta será la posibilidad de excluir el otorgamiento de la dispensa, tanto totalmente, como parcialmente. Esta posibilidad se entiende como la opción más segura a la hora de constituir una sociedad, puesto que va a suponer, en el caso de su exclusión total, la imposibilidad de actuar en contra del interés social en ningún caso. El problema que se deriva de dicha rigidez aparecerá en los casos en los que la propia sociedad se vea interesada en que se lleve a cabo cierto comportamiento por parte del administrador, y que, si la posibilidad de conceder la dispensa al administrador se elimina totalmente, estaría impidiendo la posibilidad de recibir cualquier tipo de beneficio que se pudiera haber derivado en caso de haberse permitido la conducta. La vía de protección que se antoja más adecuada es la posibilidad de modificar el procedimiento de otorgamiento de la dispensa. Esta modificación podrá hacerse tanto por la junta general, a través de una modificación estatutaria o de instrucciones de junta, como por el órgano de administración, a través de los reglamentos del consejo. En conclusión, la sociedad puede acrecentar el régimen del deber de lealtad, pero lo interesante será hacerlo de forma que esa flexibilidad por la que la LSC opta quede asegurada.

CAPÍTULO II-. EL MECANISMO DE AUTORIZACIÓN DE POSIBLES INCUMPLIMIENTOS DEL DEBER DE LEALTAD: LA DISPENSA

I-. LA DISPENSA DEL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR

1-. LA DISPENSA

La reforma de la LSC se pronuncia expresamente sobre el carácter del deber de lealtad consagrando su imperatividad y la de su régimen de responsabilidad. A la vez que se consagra expresamente la imperatividad del deber, se admite que la sociedad pueda dispensar al administrador de las obligaciones derivadas del deber de lealtad. El artículo 230 LSC, tras declarar el carácter imperativo del deber de lealtad en su primer apartado, señala en el segundo que, *“no obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero”*.

La dispensa es una autorización singular a través de la cual la sociedad concede un permiso al administrador para llevar a cabo una actuación desleal, concreta y determinada. Es un consentimiento que la sociedad otorga con el fin de que el administrador pueda intervenir en operaciones que supongan un conflicto de interés con la sociedad¹³⁹.

La LSC regula los conflictos de interés del administrador partiendo de la regla de no conflicto, es decir, la regla general que rige la conducta de los administradores en las sociedades es la de evitar los conflictos de interés (art. 228 LSC). Se trata de una obligación imperativa, en tanto en cuanto el artículo 230 LSC consagra la imperatividad del régimen del deber de lealtad y de su responsabilidad.

¹³⁹ PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 77.

No obstante, a la vez que establece la imperatividad del deber de evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés (art. 230.1 LSC), la ley incluye la posibilidad de que estas puedan ser llevadas a cabo al construir el instituto de la dispensa como una forma de autorizar determinadas conductas legalmente prohibidas (art.230.2 LSC). La posibilidad de dispensar determinadas prohibiciones hace que estas, a pesar de formar parte de un régimen que se reputa a todos los efectos como imperativo (art. 230.1 LSC), sean prohibiciones relativas en tanto en cuanto, y previa autorización de la sociedad, van a poder realizarse por el administrador interesado.

La dispensa se convierte así en una forma de control ex ante, en el que el administrador que se encuentre en situación de conflicto, o que crea que potencialmente pueda estarlo, pondrá en conocimiento de la sociedad su situación concreta, solicitando la oportuna dispensa para llevar a cabo la actuación por él deseada. Con ello, la sociedad, una vez recabada la información necesaria, y tras analizar los perjuicios y posibles beneficios que dicha actuación pueda reportarle, tomará la decisión acerca del otorgamiento de la dispensa por el administrador solicitada ¹⁴⁰. El objetivo, en todo caso, es realizar un control previo a la realización de la conducta desleal con el fin de impedir el desarrollo de operaciones que puedan ser perjudiciales para la sociedad, permitiendo aquellas que supongan beneficios, que no lesionen el interés social o cuyo perjuicio este admitido por la sociedad. Así pues, ante la existencia de una situación de conflicto de interés, incluso ante su potencialidad, el administrador tiene el deber de comunicar a la sociedad su situación de conflicto, poniendo a su disposición la información necesaria para que la sociedad pueda adoptar un acuerdo al respecto.

La dispensa se alza como un interesante instrumento a través del cual el administrador va a poder recabar la autorización de la sociedad para llevar a cabo una conducta que, aun prohibida por la LSC, puede ser desarrollada con el permiso oportuno, lo que reportará beneficios no solo al administrador interesado, sino a la sociedad, que directa o

¹⁴⁰ ALFARO AGUILA-REAL, J., “*Porqué es imperativo el deber de lealtad*”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, de 27 de febrero de 2017, disponible en: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2017/02/por-que-es-imperativo-el-deber-de.html> señala a este respecto que es necesario que el órgano que vaya a otorgar la dispensa conozca todos los datos para que el permiso quede delimitado y tenga, así, las características de la dispensa.

indirectamente, verá como una actuación en principio desleal va a traer consigo en unos beneficios societarios¹⁴¹.

2-. FUNDAMENTO JURÍDICO

El legislador declara el carácter de imperativo del régimen del deber de lealtad como forma de protección del interés social. Como gestor y representante del interés social, el administrador debe dirigir su conducta única y exclusivamente a la maximización de los beneficios de la sociedad, olvidándose de atender cualquier otro interés que no sea el de la sociedad¹⁴². El administrador debe actuar siempre en interés de la sociedad, sin

¹⁴¹ Los beneficios a los que se hace referencia pueden ser de diferente naturaleza, y podrán ser beneficios directos, que se vean reflejados en el interés social, o indirectos. Por tanto, con un acuerdo de dispensa la sociedad no solo busca la obtención de beneficios económicos directos, sino que pueden ser de distinta índole. Así, por ejemplo, un administrador al que se le haya permitido obtener una remuneración de un tercero estará, probablemente, agradecido a la sociedad por haberle dispensado para ello, y se dedicará a su labor con mayor esfuerzo. Aunque también puede ocurrir que dicha remuneración le haga perder la independencia que debe inspirar su comportamiento, y se dedique a atender los intereses del tercero del que ha obtenido la retribución externa, olvidando los intereses de la sociedad a la que sirve. En todo caso, la decisión de dispensar tal comportamiento queda en manos de la sociedad, y será ésta quien analice las contingencias del comportamiento del administrador y valore si otorga o no la dispensa al administrador.

¹⁴² El debate tradicional sobre a quién sirven los administradores nos puede servir a la hora de entender el régimen de sus deberes. Por un lado, el deber del administrador es maximizar el valor de la empresa, promoviendo el interés social, que en última instancia resulta ser el interés de los socios. El interés social, desde una visión privatista del contrato de sociedad, se ha de entender a partir de la causa negocial de obtener un lucro, siendo éste el criterio ordenador del interés común de los socios de las sociedades capitalistas. En este sentido, HERNANDO CEBRIÁ, L., “El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada. Interés de la sociedad e intereses en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la tercera vía societaria”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.133, 2014, p. 86-87, defiende que las teorías contractualistas han elevado esa obtención de lucro al de la creación de valor, y es así como se concibe el interés social como una búsqueda de la maximización del valor actual de las acciones. Por tanto, los administradores deben atender el interés social. La consecuencia es la reducción de la discrecionalidad de estos agentes sociales puesto que, de existir diferentes intereses a los que atender, podrían ampararse en su tutela para justificar cualquier tipo de decisión que tomen. En este sentido, ALFARO, “*Interés social y acreedores financieros*”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, de 2 de septiembre de 2016, disponible en: <https://almacendederecho.org/interes-social-acreedores-financieros/>. En la misma línea, el Tribunal Supremo ha optado tradicionalmente por la concepción contractual del interés social, en detrimento de la tesis institucionalista. En este sentido, cabe recordar que el Alto tribunal, en la STS de 19 de febrero de 1991 (ES:TS: 1991:943) dispuso que el interés social no era más que la suma de los intereses particulares de los socios. La citada sentencia seguía la línea de la sentencia STS de 12 de julio de 1983 (ES:TS: 1983:115). En el mismo sentido, la RDGRN de 5 de julio de 1982 (RJ 1982\4675). Para una mayor profundización, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 246, 2002. Ratificando la doctrina del Alto Tribunal, en STS de 7 de marzo de 2006 (RJ 2006\1078), señaló que el interés social no es el interés de los socios en particular, sino los de la sociedad, aunque éste sea la suma de todos ellos. La actual legislación, siguiendo la tesis contractualista del Supremo, ha optado por brindar protección total al interés social, olvidando a otros interesados que podrían, igualmente, verse afectados por la actuación de los administradores. Así, los administradores de las sociedades de capital ostentan una posición fiduciaria en relación con la sociedad, lo que les obliga a ejercer sus facultades de gestión y representación en interés de la sociedad. La LSC ha consagrado un régimen jurídico de los deberes de los administradores donde se proclama la anteposición del interés de la sociedad a los de los administradores. En este sentido, EMPARANZA SOBEJANO, A., “El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto”, en *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades*

posicionarse en una situación en la que su deber de lealtad y su interés personal puedan enfrentarse, pues si se le permitiera perseguir sus intereses propios, cuando su labor en la sociedad es atender los intereses de su principal, la finalidad del contrato que le une a la sociedad quedaría frustrado¹⁴³.

En este contexto la regla de no conflicto se alza como una forma de control de la actuación del administrador, que no puede verse arrastrado por su interés personal en ninguna circunstancia. El objetivo es que no se vea tentado de beneficiar su interés personal en detrimento del interés social¹⁴⁴. La regla de no conflicto, sin embargo, tiene un carácter flexible pues la propia LSC establece la posibilidad de que sociedad permita determinadas actividades prohibidas. Por este motivo, la imperatividad del régimen del deber de lealtad consagrada en la LSC no es absoluta, pues puede ser excepcionada en determinadas circunstancias.

de capital, (Dir. EMPARANZA SOBEJANO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 137. En virtud de lo expuesto, el deber de lealtad obliga al administrador a olvidar cualquier interés que no sea el interés social, con el objetivo de maximizar el valor de la empresa, y, por tanto, el interés común de los socios, lo que garantiza que la maximización de los beneficios se convierta en el objetivo principal de la empresa. MÖSLEIN, FLORIAN AND SØRENSEN, KARSTEN ENGSIG, “Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability? Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective”, *Nordic & European Company Law Working Paper*, No. 16-24, 2017, examinan si el cumplimiento de los deberes fiduciarios impide a los administradores tener en cuenta los intereses de la sociedad a largo plazo, y ello, dicen, debido a la concepción a través de la cual los deberes fiduciarios les obligan a poner por delante de cualquier otra consideración los intereses comunes de los accionistas, que son de naturaleza cortoplacista. En contra de esta perspectiva, ALFARO AGUILA-REAL, J., “Regulaciones sustantivas: deberes de lealtad y retribución de los administradores”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, 22 de mayo de 2017, disponible en: <https://derechomercantilesparna.blogspot.com/2017/05/maximizacion-del-valor-de-la-empresa.html>, manifiesta “No sé de dónde se sacan semejante idea. Los accionistas típicos de las sociedades cotizadas y los de las sociedades cerradas son accionistas de largo plazo, a veces, de muy largo plazo. Los especuladores son una minoría infima y su función es, precisamente, incorporar información nueva a las cotizaciones bursátiles”. En todo caso, y aunque la labor del administrador deba centrarse en la búsqueda de la maximización de los beneficios de la empresa, lo que va a suponer el crecimiento y el mantenimiento de la empresa en el mercado, no debe olvidarse la existencia del fenómeno del cortoplacismo o *short-termism*, al encontrar cada vez más acciones disponibles que suponen resultados inmediatos para los accionistas, como son los aumentos de capital o los *buybacks*, y ello ligado a la necesidad de invertir en acciones que supongan la obtención de beneficios a largo plazo. Sobre estas cuestiones, interesa la lectura de FRIED, J.M., WANG, C.C.Y., “Short-Termism and Capital Flows”, en *Review of Corporate Finance Studies*, Oxford University Press, 2018.

¹⁴³ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 415, respecto de la imperatividad del deber de lealtad, sugiere que “cuando se repara en que, de permitirse que el gestor persiga sus propios intereses cuando ha sido contratado para perseguir los del principal, la finalidad del contrato quedaría frustrada o, a lo sumo, transformada en otro tipo contractual, que tuviera como base una comunidad de intereses que, en la relación de administración, o bien no existe, o bien queda convertida en irrelevante por ministerio de la ley”.

¹⁴⁴ KEAY, A., “The authorising of director’s conflict of interest: getting a balance?”, *Journal of Corporate Law Studies*, 2012, p. 3, dice “if they were to give into temptation, they would be contravening their obligation of loyalty to their companies”. s

La razón de que el legislador construya el sistema de dispensa reside, básicamente, en que la naturaleza preventiva que tiene la regla de no conflicto puede llegar a chocar con el fin último de la sociedad, que no es otro que la maximización de los beneficios. Así, y dado que la regla de no conflicto podría llevar a vetar operaciones altamente provechosas y beneficiosas para la sociedad, al encontrarse prohibido el desarrollo de éstas, es fundamental contar con un sistema que permita autorizar situaciones concretas a través de la regulación de un procedimiento específicamente diseñado para ello¹⁴⁵.

Teniendo en cuenta que el objetivo último de toda sociedad es la maximización de sus beneficios, contar con una regulación restrictiva, por protectora que sea con sus intereses, puede hacer que éstas vean limitadas sus actuaciones en el mercado. Este escenario requiere una regulación flexible que posibilite que el administrador pueda llevar a cabo determinadas actuaciones desleales, pero que no supongan perjuicio al interés social e incluso reporten un beneficio. Son situaciones en las que no existe una contraposición de intereses, sino un alineamiento de los intereses de la sociedad y el administrador (es el caso, por ejemplo, de las operaciones vinculadas, del artículo 229.1. a) LSC)¹⁴⁶. Así pues, puede suceder que sea la propia sociedad la que esté interesada en que se lleve a cabo una determinada actuación con uno de sus administradores¹⁴⁷. De modo que, dado que la regulación de los conflictos de interés se alza en beneficio de la sociedad, no hay razón

¹⁴⁵Acertadamente lo apunta, OTEGUI JÁUREGUI, K., “*Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*”, *cit.*, p. 212, al señalar que la regla de no conflicto, complementada oportunamente con la regla de ningún beneficio podría resultar contraproducente para la sociedad en términos de eficiencia de no ser admisible su modulación. En el mismo sentido, KEAY, A., “*The authorising of director’s conflict of interest: getting a balance?*”, *cit.*, p. 6, “*The problem with the strict approach was that it led to uncertainty and even commercial inconvenience. Arguably this effect would have been exacerbated if all conflicts were prohibited across the board. But the courts did provide that if directors were in a conflict position, they could make disclosure at a general meeting and the members could give their approval*”.

¹⁴⁶ Sobre la cuestión, PORTELLANO DÍEZ, P., “*El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*”, *cit.*, p. 27, manifiesta que la propia sociedad puede ser quien esté interesada en que se lleve a cabo una determinada actuación con el administrador, por ello, y siempre que se dote de las garantías necesarias y apropiadas, es posible que una determinada actuación de conflicto de interés no resulte perjudicial para la sociedad.

¹⁴⁷ PORTELLANO, P., “*El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa*”, *cit.*, p. 468, señala que, además, la experiencia comparada acredita que siempre que el sistema dote de garantías apropiadas es posible que la situación conflictual no acabe resultando perniciosa para la sociedad. A este respecto, DAVIES, P., HOPT, K., NOWAK, R., SOLINGE, G., “*Boards in law and practice: a cross country analysis in Europe, en Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe*, (Dir. DAVIES, P., HOPT, K., NOWAK, R., SOLINGE, G Davies), Oxford, 2013, p. 51, señalan que “*the strict prohibition or exclusion of conflict of interest is not practicable, therefore, procedural techniques have been developed. As minimum, conflict of interest has to be disclosed. Yet mere disclosure is usually considered insufficient, authorization may be required*”.

alguna que impida que la propia sociedad prescinda de la protección que la legislación le brinda¹⁴⁸.

En virtud de ello, es posible que la sociedad permita el desarrollo de determinadas conductas desleales, sin embargo, a diferencia de lo que venía ocurriendo en legislaciones anteriores en las que la autorización gozaba de un carácter más abierto, la LSC construye un sistema de dispensa del deber de lealtad, que dota al régimen del deber de lealtad de mayores garantías de las que existían hasta el momento.

Lo que logra la inclusión de la institución de la dispensa es flexibilizar la imperatividad que el legislador otorga al deber de lealtad, lo que hace que la sociedad goce de un mayor margen de actuación con sus administradores, siendo posible que se lleven a cabo un mayor número de operaciones prohibidas por la LSC¹⁴⁹. Es así como la dispensa dota al régimen del deber de lealtad de una interesante versatilidad, que lleva a una regulación eficiente de los conflictos de interés en el seno social¹⁵⁰.

¹⁴⁸ PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 27, apoya esta tesis al señalar que cuando una norma jurídica se dicta en beneficio o protección de un sujeto, en este caso la sociedad, no hay razón para impedir que, en ejercicio de su autonomía negocial y a la vista de las circunstancias, prescinda de la protección que el ordenamiento le confiere. Por tanto, señala el autor que, “*dado que el régimen de conflictos de interés del administrador se establece en pro de la sociedad, no debemos impedir que ésta haga un uso dispositivo de él*”. En el mismo sentido, LLEBOT MAJO, J.O., Los deberes de los administradores de la sociedad anónima, cit., p.47, defiende que no solo resulta imposible prever ex ante una solución para todas las posibles situaciones futuras en las que los administradores deben tomar decisiones, sino que, además, sería perjudicial para la propia sociedad, y, por tanto, para los accionistas, pues restringiría las posibilidades de actuación en interés de la sociedad que podrían desarrollar los administradores. El autor señala que es éste el “*fundamento que justifica la imposición del deber de lealtad en términos generales*”, dada la imposibilidad de prever a priori todas las situaciones que pueden resultar en una infracción del deber de lealtad. La consideración del deber de lealtad como un deber imperativo no obsta a que se pueda justificar un comportamiento desleal del administrador. A estos efectos, SERRANO CAÑAS, J.M., “*El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*”, cit. p. 412, señala a que ello será en aras a una mejor defensa y tutela del interés social.

¹⁴⁹ EMPAZANZA SOBEJANO, A., “*Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230*”, cit., p. 293, se refiere a la cuestión señalando que el pronunciamiento de imperatividad queda, “*en gran parte*”, vacío de contenido al admitirse expresamente que la sociedad pueda dispensar al administrador de todas las obligaciones derivadas del deber de lealtad.

¹⁵⁰ A este respecto, PORTELLANO DÍEZ, P., El deber del administrador de evitar situaciones de conflicto de interés, cit., p. 26, señala que “*una regulación sensata y eficiente de los conflictos de interés requiere cierto grado de ductibilidad*”. En el mismo sentido, HANNIGAN, B., “*Company Law*”, cit., p. 278, señala que “*the rigorous application of the no-profit rule does not allow for any discussion of the possibility or impossibility of the company making profit*”

Es preciso aclarar que el otorgamiento de la dispensa es una facultad de la sociedad, no una obligación ni una decisión reglada que deba adoptarse cuando se dan ciertos requisitos. Es una facultad que la sociedad decide si se ejercita o no¹⁵¹.

II.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DISPENSA

1.- PRELIMINAR

La regulación del deber de lealtad ha adquirido en los últimos años una mayor relevancia que se ha visto reflejada en la mayor profundización que la LSC le dedica en su última reforma. El mayor protagonismo se debe al propio contenido del deber, que obliga al administrador a abstenerse de intervenir en asuntos en los que exista riesgo de que priorice su interés personal sobre el interés social. El administrador, en la tarea de gestionar la sociedad, lo hará únicamente atendiendo el interés social olvidando cualquier otro interés, propio o de terceros, que pueda influir en las decisiones propias del cargo. No obstante, es posible que aparezcan situaciones en las que pueda verse tentado a priorizar su interés sobre el de la sociedad. Así, y en virtud del deber de lealtad que ordena su conducta, el administrador deberá comunicar a la sociedad cualquier situación de conflicto en la que se encuentre o potencialmente pueda encontrarse, con el fin de que la sociedad este informada y pueda tomar la decisión de permitir o no el desarrollo de un comportamiento que sitúe al administrador en conflicto de interés con el interés social.

De esta forma, la dispensa se convierte en el centro regulador del sistema del deber de lealtad, pues a pesar de ser el deber de lealtad un deber imperativo va a poder ser dispensado a través del procedimiento legalmente previsto y en los casos legalmente tasados¹⁵².

¹⁵¹ En este sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Deber de lealtad: régimen de imperatividad y dispensa”, en *Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales*, (Dir. DÍAZ MORENO, A., VÁZQUEZ CUETO, J.C.), Marcial Pons, Pamplona, 2018, p. 21.

¹⁵² PAZ AREZ, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.*, p. 57, declara que “*nadie ha puesto ni pondría seriamente en duda la indisponibilidad del deber de lealtad. Pero ese principio de imperatividad ha de ser compatible, sin embargo, con un principio de dispensabilidad ad hoc, en cuya virtud quepa autorizar, caso por caso, las transacciones interesadas que eventualmente se presenten*”.

Previo a la entrada en vigor de la LSC del año 2010, haciendo una lectura lógica del régimen de deberes de los administradores, aunque la posibilidad de autorizar determinados comportamiento desleales no se encontraba recogida, es preciso señalar que se trataba de una opción disponible, pues el sistema de deberes que la Ley de Transparencia establecía, formulado de modo incompleto, o mejor, abierto y funcionalista, llevaba a la convicción de que, en tanto en cuanto no resultara lesionado el interés social podía dispensarse, autorizarse o ratificarse el comportamiento no absentista del administrador inmerso en una situación de conflicto de interés¹⁵³.

Con la entrada en vigor de la LSC 2010, la dispensa tiene una mayor plasmación en el articulado, aunque lo hace, no obstante, con una función mucho más limitada, pues se centraba únicamente en los supuestos en los que el conflicto de interés se producía cuando el administrador se dedicaba por cuenta propia o ajena al mismo, análogo, o complementario genero de actividad que constituía el objeto social de la sociedad de la que era administrador¹⁵⁴. El artículo 230.1 de la LSC 2010 señalaba expresamente lo siguiente *“el administrador no podrá dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo o análogo genero de actividad que constituye el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general, tras la comunicación del artículo anterior”*.

La previgente legislación contemplaba únicamente el requisito de la dispensa para la prohibición de competencia, mientras que el resto de las situaciones de conflicto e interés bastaba la comunicación de la situación al consejo de administrador, o en su efecto al resto de administradores, o en caso de administrador único a la junta general¹⁵⁵, de la

¹⁵³ SERRANO CAÑAS, J.M., “El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles”, *cit.*, p. 413, señala en este sentido que esta opción podía desprenderse de una lectura armónica de la lógica interna del sistema que la Ley de Transparencia establecía atendiendo al cuerpo de deberes de los administradores y al iter procedimental establecido para la resolución de los conflictos de intereses entre administradores y la sociedad. Así, *“el artículo 127 ter LSA, en suma, solo traza un paradigma central en torno al eje del interés social, de tal manera que si el conflicto no lesiona el interés social queda justificada la inaplicación de la prohibición o abstención de la actividad del administrador afectado por el conflicto”*.

¹⁵⁴ El previgente art.230 LSC señalaba expresamente que *“los administradores no podrán dedicarse por cuenta propia o ajena a al mismo, análogo o complementario genero de actividad, que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad mediante acuerdo de la junta general, a cuyo efecto deberán realizar la comunicación prevista en el artículo anterior”*.

¹⁵⁵ La SJM de San Sebastián, de 27 de marzo de 2018 (SJM SS 1298/2018) señala que en todo caso el administrador deberá comunicar cualquier situación de conflicto que ellos o personas vinculadas puedan tener, de ello se desprende que si el administrador único debe de comunicar a la junta cualquier situación de conflicto de intereses es porque la obligación de abstenerse alcanza a los acuerdos de la junta.

situación de conflicto existente, directo o indirecto, que el administrador pudiera tener con la sociedad (artículo 229.2 LSC)¹⁵⁶. Por lo tanto, a diferencia de la prohibición de competencia, que exigía recabar el permiso oportuno para poder llevar a cabo la conducta desleal, para el resto de las situaciones de conflicto de interés era suficiente la mera comunicación de la situación. Se trataba, así pues, de una permisión tácita¹⁵⁷.

En ausencia de regulación sustantiva en la que la actuación de los administradores únicamente era objeto de control posterior, y con el aumento de conductas reprochables en la gestión de las sociedades de capital, surge el movimiento de reforma de derecho de sociedades, conocido como movimiento *corporate governance*¹⁵⁸. La situación de crisis que las sociedades atravesaban, en gran medida por los defectos de sus sistemas de gobierno, derivan en una serie de textos cuyas recomendaciones se encaminaban a un mayor control y dirección de las sociedades. Así pues, preocupados especialmente por la gestión de las sociedades mercantiles y el ejercicio del poder en las mismas, los deberes fiduciarios y la responsabilidad de los administradores que hasta el momento no habían sido objeto de regulación, se convirtieron en protagonistas de un debate cuyo objetivo era dotar de transparencia al sistema, con el fin de dar seguridad jurídica a los inversores¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Al referirse a los conflictos de interés, el previgente artículo 229 LSC únicamente contemplaba el deber de comunicar a la sociedad la concreta situación de conflicto, no requería la solicitud de dispensa.

¹⁵⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A., “El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto de interés”, *cit.*, p. 143, se refiere a esta cuestión señalando que, a diferencia de lo que ocurre en la regulación vigente en la que solo se permite excepcionar determinadas situaciones de conflicto de interés si se formula la correspondiente dispensa, la normativa anterior permitía tácitamente que cualquier situación de conflicto de interés en la que se encontrara el administrador, a excepción de la prohibición de competencia, pudiera ser excepcionada si dicho administrador comunica tal hecho al órgano competente y se abstiene a la hora de que éste tomara su decisión.

¹⁵⁸ El Informe Cadbury: Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance (Cadbury Report), 1992, traducido al español en *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, AA. VV., (Coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 767-817, lo define como “*el sistema por el cual se dirigen y controlan las sociedades*”. Las recomendaciones de la CNMV sobre el Gobierno de las Sociedades Cotizadas de Portugal, de 1999, traducidas al español en MARTINEZ PÉREZ ESPINOSA, A., “Recomendaciones de la CMVM sobre el gobierno de las Sociedades Cotizadas Portugal 1999”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 14, 2000, p. 547-500, ofrece una definición más completa, definiéndolo como “*el sistema de reglas y conductas relativas al ejercicio de la dirección y del control de las sociedades cotizadas*”. El Informe Hampel sigue la misma línea y señala que el gobierno corporativo “*radica en su contribución tanto a la prosperidad de la sociedad como a la de la responsabilidad de quienes la gestionan*”. El Informe Hampel: Committee on Corporate Governance: Final Report (Hampel Report), 1998, se publica traducido al español en *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, AA.VV., (Coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 825-859.

¹⁵⁹ En este sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Responsabilidad de los consejeros”, en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, (Coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 538 se refiere a las propuestas del denominado gobierno corporativo y señala que “*constituyen principalmente un conjunto de recomendaciones que afectan principalmente a la estructura y composición del órgano de dirección de la sociedad, así como a su funcionamiento, lo que es coherente con los declarados objetivos de eficiencia y transparencia en la gestión que se dicen perseguir*”.

A la vista de la experiencia, que ha demostrado la facilidad de combinar normas de responsabilidad de los administradores rigurosas y procedimientos de dispensa, dentro del movimiento corporate governance, el legislador español insta una reforma del deber de lealtad de los administradores¹⁶⁰.

Así pues, el Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo de 14 de octubre de 2013, subrayaba la urgencia de reforzar el régimen del deber de lealtad con el fin de subsanar ciertas deficiencias que se advertían en su regulación. De esta forma, además de ordenar y describir adecuadamente las obligaciones derivadas del deber de lealtad, sobre todo en materia de conflictos de interés, resaltaba la necesidad de reglamentar adecuadamente el régimen de dispensa de las prohibiciones¹⁶¹. El citado estudio se materializó en el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo, que finalmente se concretó en la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. Así pues, a pesar de los avances que habían ido produciéndose en legislaciones anteriores, no es hasta la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la Mejora del Gobierno Corporativo, cuando la dispensa adquiere un verdadero protagonismo, pasando a convertirse en el centro del sistema regulador del deber de lealtad, y ello debido a que la prohibición de realizar conductas que supongan conflicto de interés (art. 229 LSC) solo es posible que se levante a través del otorgamiento de la correspondiente dispensa, y ello, sea cual sea el tipo de conflicto ante el que nos encontramos, ya sea un conflicto ocasional o permanente¹⁶².

¹⁶⁰ Ya lo expuso PAZ-ARES, C., “Responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *cit.*, p. 16, señalando que el principio de imperatividad no es incompatible con un principio de dispensabilidad ad hoc, en cuya virtud puedan ser autorizadas, caso por caso, las transacciones interesadas que puedan presentarse. El autor afirmó que “*es cierto que esta posibilidad incrementa las dificultades del enforcement del deber de lealtad, pero la solución draconiana puede ser más costosa, en la medida en que pone trabas a muchas operaciones potencialmente productivas para la compañía*”. (Vid. *infra*).

¹⁶¹ El estudio apunta a la conveniencia de extender el deber de lealtad a los administradores de hecho, en sentido amplio, que incluyen los administradores ocultos, y, por último, recomienda una ampliación del alcance de las sanciones, más allá del resarcimiento del daño causado, para comprender la devolución del enriquecimiento obtenido a través de la infracción del deber. Se trata de recomendaciones que se han visto igualmente plasmadas en el nuevo articulado.

¹⁶² EMPARANZA SOBEJANO, A., “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230”, *cit.*, p.294 y ss., sostiene que la razón está en que, a diferencia del régimen anterior, que permitía tácitamente que cualquier situación de conflicto de interés pudiera ser llevada a efecto sin limitación, siempre que el administrador comunicara la existencia de conflicto y se abstuviera de participar en la decisión, el nuevo

2-. REGULACIÓN ACTUAL: LA DISPENSA EN LA LEY 31/2014

A diferencia de lo que venía ocurriendo en legislaciones anteriores, donde las previsiones relativas al régimen del deber de lealtad eran mínimas, la Ley 31/2014 presta una particular atención al régimen del deber de lealtad, reflejada en los artículos 227 y ss.¹⁶³.

Siguiendo la línea expuesta en el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo de 14 de octubre de 2013, la LSC afronta la urgente necesidad de consagrar un régimen jurídico específico y reforzado del deber de lealtad. Con la entrada en vigor de la Ley 31/2014 se produce la declaración formal de la naturaleza imperativa del deber de lealtad, que se extiende no solo al régimen de responsabilidad por su infracción, y se establece expresamente la invalidez de las disposiciones estatutarias que limiten o sean contrarias al deber. El pronunciamiento de imperatividad, sin embargo, puede ser modulado en tanto en cuanto la propia LSC admite en el apartado segundo del artículo 230 que la sociedad pueda dispensar al administrador de las obligaciones derivadas del deber de lealtad.

El artículo 230.2 LSC señala expresamente que *“no obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la sociedad podrá dispensar las previsiones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador O persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero”*.

La consecuencia directa que se deriva de la existencia de la institución de la dispensa es que, a pesar de consagrarse el régimen del deber de lealtad como un régimen de naturaleza imperativa, que es indisponible para las partes, el apartado segundo establece una vía para que la sociedad pueda autorizar determinados conflictos de interés, permitiendo que el administrador atienda un interés distinto al de la sociedad. La propia LSC deja abierta la

régimen solo permite excepcionar tales situaciones de conflicto de interés si se formula la correspondiente dispensa, cualquiera que sea la naturaleza ocasional o estable del conflicto.

¹⁶³ La nueva atención que el deber de lealtad adquiere tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014 es el reflejo de la línea que se había ido siguiendo cuyo fin era dotar al deber de lealtad de una mayor visibilidad. Sobre la visibilidad del deber de lealtad, para una mayor profundización, PAZ ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.* p.47. El autor declara que *“para la mejora de la calidad del nuestro sistema de gobierno corporativo no necesitamos, o no necesitamos tanto, regulaciones de estructura. Necesitamos normas de conducta”*

posibilidad de que la sociedad pueda levantar determinadas obligaciones derivadas del deber de lealtad en casos particulares.

Así pues, la dispensa es el único instrumento de consentimiento al alcance de la sociedad para que el administrador conflictuado pueda intervenir en las operaciones a que el conflicto se refiera. La nueva regulación permite el desarrollo de comportamientos que supongan un conflicto de interés previo otorgamiento de la correspondiente dispensa. De forma que la dispensa deberá formularse de forma expresa¹⁶⁴. Por tanto, será una autorización singular, referida a un supuesto concreto y determinado y su concesión será previa a la realización de la conducta¹⁶⁵.

De la lectura pormenorizada del artículo 230.2 LSC se extraen claramente los tres puntos principales que el legislador ha querido destacar. En primer lugar, el precepto declara que la sociedad “*podrá dispensar*”, es decir, se consagra la figura de la dispensa como forma exclusiva de autorización. En segundo lugar, establece su ámbito subjetivo, señalando los beneficiarios de la dispensa, que podrán ser tanto el administrador como las personas a él vinculadas. Y, en tercer lugar, alude al ámbito objetivo del permiso, esto es, a las conductas que podrán ser objeto de dispensa, entre las que se encuentran las transacciones con la sociedad, el uso de activos sociales, el aprovechamiento de las oportunidades de negocio y la obtención de ventajas o remuneraciones de terceros. Además, y siguiendo la regulación previgente, también se incluye la prohibición de competencia de los administradores (art. 230.3 LSC)¹⁶⁶. Por último, el apartado segundo del artículo 230 LSC indica el órgano competente del otorgamiento de la dispensa del deber de lealtad, que dependiendo de la obligación concreta que se trate, podrá ser otorgada por el propio órgano de administración o por la junta general. En todo caso, y dado que los órganos

¹⁶⁴ Aunque en sede civil, DÍEZ PICAZO, L., *La representación en derecho privado*, Civitas, Madrid, 1992, p. 211, se refiere a los requisitos de la voluntad del representado y señala que “*la voluntad del dominus o autorización para autocontratar debe ser expresa siempre*”.

¹⁶⁵ No obstante, como veremos más adelante, nada obsta a que la sociedad pueda autorizar ex post comportamientos desleales. La figura de la ratificación debe tener también acomodo en la legislación de sociedades, pues teniendo en cuenta que la maximización de los beneficios es el objetivo último de toda sociedad resulta necesario contar con una regulación más flexible que permita a la sociedad el autorizar comportamientos que le sean beneficiosos. (*Vid. infra*)

¹⁶⁶ El artículo 230.3 LSC establece la posibilidad de dispensar la obligación de no competir con la sociedad, que solo será posible en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad, o que el potencial daño se vea recompensado por los beneficios que se prevean obtener de la dispensa. Como ocurre con el apartado segundo del artículo 230.2 LSC donde el legislador ha dispuesto los órganos competentes para el otorgamiento de la dispensa, el artículo 230.3 LSC dispone que la dispensa de la obligación de no competir se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

competentes van a ser, en efecto, órganos sociales, el alcance del deber de lealtad del administrador deberá quedar siempre en manos de la sociedad¹⁶⁷.

La dispensa es el acuerdo social a través del cual la sociedad libera al administrador de la prohibición de llevar a cabo una o varias actividades proscritas como consecuencia de la posición fiduciaria que ocupa y del deber de lealtad que regula su conducta en la sociedad¹⁶⁸.

A pesar de la existencia de las diferentes fórmulas de autorización a que podría haber optado el legislador, el hecho de consagrar la dispensa como la forma de autorizar determinados comportamientos desleales no es caprichosa. El legislador rompe con la regulación previgente en la que cualquier situación de conflicto de interés se permitía tácitamente, excepto los conflictos de competencia que requerían de una autorización expresa, y construye un régimen de autorización en el que la dispensa es el centro regulador de todo el sistema¹⁶⁹.

Atendiendo la literalidad del artículo 230.2 LSC, cabe recordar que: *“la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares, autorizando...”*. La LSC pone a disposición de la sociedad la posibilidad de consentir que un administrador lleve a cabo una determinada conducta que suponga un conflicto de interés. Es una autorización en sentido estricto, un consentimiento previo a la realización de la conducta. La autorización es la declaración del titular de un derecho o relación jurídica que permite la realización de negocios jurídicos en su interés por un tercero autorizado. Si trasladamos esta definición a la dispensa, el legislador construye un sistema a través del cual la sociedad al otorgar la dispensa, en forma de acuerdo social, permite al

¹⁶⁷ En este sentido, y dado que el alcance del deber está en manos de la propia sociedad, la imperatividad que la LSC predica queda también en sus manos. Así, es la propia sociedad la que decide la rigidez que quiera dar al carácter imperativo del régimen. A estos efectos, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230”, *cit.*, p. 294, señala que resulta inapropiado predicar del carácter imperativo de la norma reguladora de los deberes de los administradores y al mismo tiempo construir un régimen de excepción o dispensa que permite a la sociedad evitar la aplicación imperativa de las obligaciones propias del deber de lealtad de los administradores cuando ésta así lo estime conveniente.

¹⁶⁸ Así la definía ya, LLEBOT MAJO, J.O., “*Los deberes y la responsabilidad de los administradores*”, *cit.*, p. 41, al referirse a la dispensa de la regulación previgente, en la que se advertía ya la característica más importante de la dispensa, esto es, el carácter singular del permiso.

¹⁶⁹ A pesar de los esfuerzos del legislador de construir un instituto diferenciado de la previgente autorización, la dispensa no deja de ser una forma de autorizar determinados conflictos de interés. Sin embargo, es fundamental diferenciarla del instituto de la autorización, pues ambas figuras tienen regímenes muy diferentes.

administrador llevar a cabo la operación o actuación prohibida y estar en situación de conflicto.

A pesar de que el legislador contempla un instrumento de consentimiento cuyo otorgamiento es previo al inicio de la actividad conflictiva, tal y como se expondrá en posteriores capítulos, no hay obstáculo alguno para que la sociedad pueda consentir un comportamiento en fase de consumación, o incluso consumado, a través de la figura de la ratificación. En todo caso, ya sea en un momento previo o posterior, la sociedad a través del otorgamiento de la dispensa autoriza al administrador a desarrollar un determinado comportamiento desleal. Ya sea previo a la realización de la conducta, o una vez iniciada, el hecho de que la sociedad otorgue la dispensa supone levantar el obstáculo legal que impide al administrador llevar a cabo la conducta desleal.

No debemos olvidar que, al igual que el régimen de lealtad que el legislador construye tras la LSC 2014 está dirigido a la protección del interés social, la dispensa también se otorga en interés del autorizante, esto es, de la sociedad. El régimen del deber de lealtad centra su atención en la protección del interés social, y así, aunque ciertamente permite que la sociedad autorice determinados conflictos de interés, no podemos olvidar que lo hace en beneficio de ésta, aunque el administrador, al permitírsele ocupar una posición de conflicto, también se beneficia de los resultados de su comportamiento desleal.

3-. LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA DISPENSA

Para comprender el instituto de la dispensa, una de las cuestiones que mayores dudas genera es el propio lenguaje utilizado por el legislador, y es que establece que la sociedad “*podrá dispensar*”. La elección de un término como “*dispensa*” no es caprichosa, y se fundamenta en el interés del legislador de alejar este permiso de cualquier otro tipo de autorización. Esto, además, se ve apoyado por la concreción que el legislador hace al indicar que la dispensa se otorgará en “*casos singulares*”. En efecto, tanto la precisión terminológica, al referirse la norma al término dispensa, como la propia referencia a los casos singulares que la LSC realiza, despeja cualquier duda sobre la naturaleza del permiso¹⁷⁰. La dispensa se alza, tras la reforma del año 2014, como un permiso para un caso concreto y determinado que se otorga previo a la realización de la conducta. Por

¹⁷⁰ Casos concretos, determinados, y que se encuentren dentro del listado que la propia LSC incluye como comportamientos dispensables.

tanto, la característica principal que define la institución de la dispensa es su carácter singular y previo a la realización de la conducta desleal¹⁷¹.

3.1-. El carácter singular

La flexibilización de la imperatividad del régimen de lealtad tiene un carácter limitado, pues el instituto de la dispensa que la LSC consagra es de carácter singular. Así, la dispensa es un acuerdo social que permite la realización de una conducta desleal concreta y determinada. La conducta debe quedar claramente definida y delimitada, siendo imposible el otorgamiento de la dispensa para una conducta abierta o genérica¹⁷². La propia LSC se refiere a la singularidad de la dispensa, y es este carácter concreto el que diferencia a la dispensa de otras instituciones, como la clásica autorización, por ejemplo, que consistiría en una liberación previa y genérica del administrador para poder llevar a cabo lícitamente conductas prohibidas por el deber de lealtad¹⁷³. Para entender claramente el concepto de dispensa conviene distinguir entre ésta y la institución de la autorización.

El propio legislador ha optado por la distinción doctrinal entre ambas instituciones, y adscribiéndose a la diferenciación entre ambas, ha puesto sumo cuidado en que no se

¹⁷¹ En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “Deber de fidelidad de los administradores de las sociedades mercantiles y oportunidades de negocio”, *cit.*, p. 77, señala que la dispensa, en contraposición a la autorización, es un consentimiento previo al administrador para que tome parte en una o varias actividades de antemano especificadas, que además han de subsumirse en uno o varios grupos de casos igualmente previamente determinados, dentro de un plazo de tiempo más o menos concreto y relativamente corto.

¹⁷² La única dispensa genérica posible es la dispensa de la obligación de no competir, por tratarse de una conducta permanente. En todo caso, como ya he dicho, se deberá delimitar lo máximo posible la autorización, con el fin de que cuente con las características propias de la institución de la dispensa.

¹⁷³ La autorización es la declaración de voluntad de una persona por la que permite y legitima una actuación fáctica o jurídica de otra, que en otro caso no le estaría permitida, con incidencia en la esfera jurídica de la segunda. Se trata, en todo caso, de una manifestación activa, ya sea expresa o tácita. A este respecto, RIVERO HERNÁNDEZ, F., “De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 69, núm. 2, 2016, p. 348, señala que se trata de una actitud activa, no es una merca actitud pasiva. Es esta característica la que permite distinguir la figura de la autorización de ciertas actitudes pasivas y de las declaraciones de voluntad contractuales. A pesar de las múltiples acepciones que la figura de la autorización tiene en el ordenamiento jurídico español, en el ámbito jurídico privado esta figura se refiere a los supuestos en los que una persona otorga su consentimiento a una actuación ajena que afecta a su esfera jurídica. La autorización, a diferencia de la dispensa, consiste en la liberación previa y genérica del administrador para poder llevar a cabo lícitamente todas o alguna de las conductas prohibidas por el deber de lealtad. Como dice, SERRANO CAÑAS, J.M., “El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles”, *cit.*, p. 421 ss., la autorización supone la tolerancia de la sociedad, incluso la aceptación de soportar en abstracto el peligro que pueda derivarse de la actuación del administrador ante la existencia de determinados conflictos de intereses con la sociedad. El ordenamiento societario no admite la autorización como forma de permitir el desarrollo de comportamientos desleales, así, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución, conflicto de intereses, separación, los suplentes”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. Extraordinario, 1994, p. 407ss., afirma que “no cabe autorización anticipada, ni concedida por la junta, ni establecida en los estatutos, sino únicamente concesión de dispensa singularizada”.

confundan¹⁷⁴. Esta diferenciación se ha conseguido, en primer lugar, con el propio rótulo del artículo 230 LSC, que se refiere expresamente a la dispensa, sin incluirse el término autorización. Además, el propio contenido del artículo conduce a idéntica conclusión, al señalar que únicamente se otorgará “*en casos singulares*”. Por tanto, es esa singularidad de la dispensa la que la aleja de la institución de la autorización, con una aplicación más genérica¹⁷⁵.

De la lectura del artículo 230.2 LSC se deduce que la dispensa es un permiso para que el administrador pueda hacer algo concreto y determinado¹⁷⁶. La dispensa, por tanto, consistirá en “*el consentimiento por parte de la sociedad para que el administrador interesado pueda intervenir en las operaciones a que el conflicto se refiera*”¹⁷⁷. Es un consentimiento, en forma de acuerdo social, que libera al administrador de la prohibición de llevar a cabo determinadas conductas prohibidas como consecuencia de la posición fiduciaria que tiene en la sociedad y del deber de lealtad que está obligado a respetar en la sociedad¹⁷⁸.

En contraposición a la dispensa se encuentra la clásica autorización, un consentimiento genérico de supuestos de antemano no suficientemente especificados. Es decir, que la autorización, a diferencia de la dispensa, consiste en una “*liberalización previa y genérica del administrador para poder llevar a cabo lícitamente todas o algunas de las conductas en principio prohibidas por el deber de lealtad*”¹⁷⁹. Lo que caracteriza a la autorización es la naturaleza previa y genérica de la liberalización de la conducta del administrador¹⁸⁰. Con la autorización la sociedad acepta, o simplemente tolera, el peligro que podría derivarse de la actuación del administrador ante la existencia de determinados conflictos

¹⁷⁴ En este sentido se manifiesta PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 272, declarando que el legislador ha puesto sumo cuidado en incluir en el rotulo del artículo 230 LSC la palabra dispensa y “*en el apartado 2 del mismo artículo hable -no inocentemente- de “casos singulares”*”.

¹⁷⁵ Si bien el artículo 230 LSC hace referencia a que se “*autorizará la realización*”, dicha autorización se debe entender como una permisión o la concesión de la realización de una conducta determinada.

¹⁷⁶ En este sentido *Ibid.*, p. 471.

¹⁷⁷ Así define la dispensa SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de interés en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 416-417.

¹⁷⁸ LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 41.

¹⁷⁹ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de las sociedades de capital*, *cit.*, p. 421 ss.

¹⁸⁰ Señala LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores*, *cit.*, p. 43-44, que la autorización podría, incluso, constar originalmente en el propio negocio fundacional de la sociedad o podría otorgarse posteriormente media acuerdo social.

de interés¹⁸¹. De esta forma, la sociedad, al autorizar a un administrador, estaría aceptando un peligro abstracto, no concretado en el momento de la concesión del permiso, que podría derivarse de la actuación de uno de sus administradores¹⁸².

En conclusión, la diferencia fundamental entre ambas instituciones radica en que la dispensa se otorga para un supuesto concreto y determinado, mientras que la autorización se otorga de forma genérica¹⁸³.

¹⁸¹ Sobre la figura de la autorización, DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el derecho privado*, cit., p. 129, expone que para perfilar la idea de autorización se pueden seguir dos líneas. Por un lado, en un sentido amplio, la autorización es aquella situación, producto de una declaración de voluntad unilateral y recepticia de una persona, que confiere a otra la facultad de obrar en la esfera jurídica de la primera, en interés del titular. El concepto más restringido de autorización la califica como una figura particular que se avecina a la representación indirecta. Mediante ella la persona autorizante confiere a otra, el autorizado, y poder de realizar negocios jurídicos dirigidos a influir en la esfera del autorizante, pero actuando el autorizado en su propio nombre. Puede definirse también como la manifestación recepticia por la que una persona faculta a otra para que ésta realice en nombre propio, en la esfera jurídica del primero, actos que sin dicha autorización resultarían ilícitos. El autor lo asemeja al apoderamiento, por ser una manifestación de voluntad unilateral y recepticia que confiere la facultad de obrar en la esfera jurídica ajena, pero mientras en virtud del apoderamiento de representante obra en nombre ajeno, la autorización otorgada ha autorizado la facultad de obrar en nombre propio. La autorización a la que nos referimos se refiere al concepto más restringido, a través de la que el administrador estaría facultado para llevar a cabo negocios jurídicos que influirían en la esfera de la sociedad, y sin la cual, el desarrollo de la operación resultaría ilícita. Por su parte, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder y ratificación*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 334 ss., se refiere a las múltiples acepciones de la autorización. En primer lugar, menciona la autorización como sustitución de un consentimiento necesario, y, en segundo lugar, analiza la autorización como forma de consentimiento para una actuación ajena que le concierne. Esta segunda autorización tiene una naturaleza constitutiva, pues crea una fuente de legitimación de actividad con repercusión en la esfera de otro. Entre las formas especiales de autorización expuestas por el autor, destaca la figura de la aprobación, como forma de consentimiento de una persona, del que depende la eficacia de un contrato celebrado entre otras personas o de un negocio unilateral de otra persona. el autor dice expresamente que es “*el acto mediante el cual el titular del derecho autoriza a posteriori el negocio de enajenación celebrado por otra persona proprio nomine, con lo que comporta adquisición de la legitimación por parte del enajenante y la producción del efecto traslativo directamente para el adquirente*”.

¹⁸² SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de interés en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 421 ss., se refiere a la institución de la autorización como un permiso abstracto y genérico que podría establecerse en el propio negocio fundacional de la sociedad (autorización originaria) o bien puede introducirse en un momento posterior (autorización sobrevenida). La oportunidad de incluir autorizaciones en los estatutos es otra de las características que separarían a esta institución de la dispensa, cuya inclusión en los estatutos está prohibida, al ser únicamente posible su otorgamiento a través de acuerdos de la Junta General o del Órgano de Administración, según el caso, con un régimen de mayorías concreto y debiendo ser un acuerdo separado. (*Vid. Infra*. Cap. IV).

¹⁸³ Sobre los requisitos del acuerdo, la SAP de Baleares, de 15 de octubre de 2018 (SAP IB 2195/2018), resuelve que “*el texto legal configura un régimen común a los diferentes casos en que resulta posible la dispensa, aunque con algunas particularidades respecto del supuesto particular de la prohibición de competencia (art. 230 LSC). La primera observación que ha de hacerse es para destacar la necesidad de que la dispensa, siempre y en todo caso, sea singular. Expresamente se advierte la falta de validez de los pactos estatutarios que limiten o contradigan las previsiones de la Ley en torno a la posibilidad de autorizar aquellas operaciones en la que medie un conflicto de intereses. Por lo tanto, la dispensa que pudiera recibir un administrador siempre habrá de ser ad causam*”.

A pesar de la distinción entre ambas instituciones, y de la elección del legislador por la figura de la dispensa para casos singulares, la LSC contempla también un supuesto de dispensa genérica, dispensa de actividades competitivas, que se considerará genérica y no para un caso singular ya que estas actividades comportan un conflicto de interés permanente¹⁸⁴. Sin embargo, a pesar de que efectivamente el conflicto de interés que se dispensa es un conflicto permanente, y su dispensa no se otorga para un caso singular, sino que tiene permanencia en el tiempo, no podemos hablar en ningún caso de autorización. La figura de la autorización no encuentra acomodo en la legislación vigente, pues, dado el carácter singular del permiso que se concede mediante el otorgamiento de la dispensa, no es posible que la sociedad otorgue el permiso general que con la autorización conseguiría el administrador¹⁸⁵. En términos generales, la sociedad, concretamente la Junta General o el Órgano de Administración según cual sea el órgano competente, no puede otorgar permisos abiertos e indeterminados para que un administrador realice actividades competitivas¹⁸⁶. Así, aunque es cierto que se trata de una dispensa con un rango de acción más abierto o general, la junta general, que debe conocer los entresijos de la actividad que se va a llevar a cabo, deberá otorgar un permiso

¹⁸⁴ DÍAZ MORENO, A., “La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, 2014, disponible en: <https://www.gap.com/wp-content/uploads/2018/03/deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas.pdf>, p. 4, señala que la autorización habrá de ceñirse a una determinada transacción con la sociedad, en cambio, la dispensa de la obligación de no competir, debido al carácter permanente del conflicto, puede tener carácter general. Por su parte, MATEU DE ROS CERREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el Código de Bueno Gobierno*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 71, señala que no existirá conflicto de interés si la actividad desarrollada por el administrador está dispensada con carácter general por la sociedad. El autor se refiere indistintamente a la dispensa y a la autorización en el caso de actividades competitivas, al señalar que “la autorización o dispensa genérica de la obligación de no competir requerirá acuerdo de la junta general”.

¹⁸⁵ Sobre la posibilidad de que coexistan la figura de la autorización y la dispensa se manifestó LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores*, cit., p. 44, al exponer que la solución al problema plantado debe ser diferente para las sociedades personalistas y para las sociedades de capital, pues en las primeras no hay obstáculo alguno para generalizar la regla, porque en todo caso se exige para su adopción un acuerdo unánime de los socios, y el régimen de responsabilidad titula los intereses de los acreedores sociales. En cambio, en las sociedades de capital no parece que pueda aceptarse la licitud de la autorización, ya sea en sede de estatutos o mediante un acuerdo de la Junta general, pues en ambos casos pueden adoptarse en perjuicio de la minoría y sobre todo de los acreedores sociales.

¹⁸⁶ El apartado tercero del mismo precepto no debe conducirnos a pensar que cabe la autorización genérica para el desarrollo de las actividades competitivas, al respecto, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 217, señala que “el carácter predominantemente permanente de las conductas competitivas suponga que la dispensa se dirija a permitir el desarrollo de una actividad que, en la mayor parte de los casos, no consistirá en un acto aislado”.

lo más concreto posible¹⁸⁷. Solo podrá valorarse y conceder permisos concretos, nunca generales, sobre conductas abstractas o inidentificables¹⁸⁸.

3.2-. El carácter previo a la realización de la conducta

Hay una segunda característica que define a la dispensa, y es su carácter previo. La dispensa debe otorgarse siempre antes de la realización de la conducta desleal. Se trata de un control previo de deslealtad a través del cual el administrador que desee desarrollar una conducta que suponga un conflicto de interés deberá poner dicha situación en conocimiento de la sociedad para que, previo análisis de los datos aportados por el administrador tome la decisión acerca de si permite o no el desarrollo de la conducta, concediendo la dispensa en caso de que así lo decida conveniente.

Se trata de un consentimiento que debe ser previo a la realización de la conducta del administrador, especificando claramente la actividad o actividades que se pretenden llevar a cabo, junto a las circunstancias que puedan acompañar a dicha conducta¹⁸⁹. El administrador tiene un deber de comunicación de las situaciones de conflicto de interés en las que pueda encontrarse (art. 229.3 LSC), así, una vez puesta en conocimiento de la sociedad la concreta situación, y comprobada ésta por el resto de los administradores, la sociedad deberá decidir si libera formalmente al administrador de la exigencia del deber de abstención, aprobando el acuerdo dispensatorio que considere oportuno¹⁹⁰.

En este sentido, destaca la función de control que, no solo la dispensa, sino la propia comunicación de la situación, tienen en el comportamiento del administrador con la sociedad. El instituto de la dispensa desplaza el control sobre el comportamiento del

¹⁸⁷ Se debe intentar que el permiso que se otorga quede lo más delimitado posible teniendo las características de una dispensa. PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 472.

¹⁸⁸ A favor de esta interpretación, a RDGRN de 5 de noviembre de 1965. El Registro Mercantil no permite la inscripción disposiciones estatutarias que contemplen dispensas generales. Recientemente, RDGRN DE 28 de abril de 2015 (BOE-A-2015-6078), se manifiesta sobre la posibilidad de que el órgano administrativo otorgue dispensa general a cualquier situación de conflicto que se produzca entre los intereses de la sociedad y el administrador, considerando que tal posibilidad no tiene cabida en el sistema actual. Tal criterio se funda en que el artículo 230 LSC, interpretado en su conjunto, tanto si la dispensa la concede la Junta general, como si compete al órgano administrativo “*debe ser singular, para casos concretos y adoptando las medidas que permitan salvaguardar los intereses de la sociedad*”.

¹⁸⁹ Además, la actividad que se pretende llevar a cabo debe subsumirse en uno o varios grupos de casos previamente determinados, y dentro de un plazo de tiempo más o menos concreto y relativamente corto. En este sentido lo considera PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de las sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, *cit.*, p. 77.

¹⁹⁰ El acuerdo dispensatorio debe estar fundado debido a la inocuidad o incluso conveniencia para la mejor defensa del interés social.

administrador a una evaluación ex ante, en el que la sociedad tras conocer la supuesta situación de conflicto de interés estudia los detalles de la conducta, y la repercusión que ésta pueda tener en el interés social. En un momento posterior, y una vez analizados los detalles del comportamiento que el administrador pretende desarrollar y ponderados los efectos de dicho comportamiento en el interés social, la sociedad tomará la decisión, a través de la cual permitirá o no el desarrollo del conflicto de interés.

Que se trate de un permiso previo al inicio de la conducta supone que el administrador que se encuentre simplemente ante de la duda de que su conducta pueda suponer un conflicto de interés, deberá comunicar a la sociedad su situación, solicitando la dispensa para realizar el comportamiento controvertido. Se trata de que el administrador solicite la autorización concreta para poder realizar la conducta interesada antes del inicio de la actividad, absteniéndose de realizar cualquier comportamiento desleal hasta que la sociedad decide sobre su otorgamiento.

Por consiguiente, la comunicación del conflicto de interés y la solicitud de la dispensa se colocan en un escenario previo al desarrollo de la conducta desleal. La solicitud de dispensa deberá hacerse siempre en ese momento anterior al inicio de la conducta. De manera que, si la dispensa se diferencia de la autorización en su carácter singular y concreto, atendiendo al momento del otorgamiento del permiso, la dispensa se distingue de la figura de la ratificación¹⁹¹. Aunque la LSC guarda silencio, no existe obstáculo alguno para aceptar que la sociedad pueda levantar la prohibición de evitar situaciones de conflicto de interés a los administradores mediante una ratificación posterior a la

¹⁹¹ En este sentido se manifiesta, DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el derecho privado*, cit., p. 220 y ss. El autor se refiere al momento de otorgamiento de la ratificación, declarando que “*la ratificación es a posteriori lo mismo que la concesión del poder de representación es a priori*”. Cuando un gestor o un agente actúa en representación de un principal o por cuenta de éste, pero sin poseer expresamente un poder de representación, la actuación del gestor no vincula al principal. Sin embargo, es posible que el principal pueda, a posteriori, aceptar la actuación del gestor o asumir las consecuencias. Sobre la cuestión, también, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder y ratificación*, cit., p. 358 y ss., define la institución de la ratificación como “*una declaración de voluntad recepticia del pseudo-representado por la que al aportar su voluntad al negocio preparado por el representante sin poder (suficiente) con un tercero-contratante, lo perfecciona jurídicamente y hace suyo, asume los efectos jurídicos del mismo, que pueden ser diferentes, en función de la diversidad de casos*”. El autor enfatiza que la consecuencia esencial de la ratificación es la convalidación de un contrato ya celebrado, que deviene perfecto y legítimo.

realización de la conducta, o en fase de desarrollo¹⁹². A la figura de la ratificación me referiré más ampliamente más adelante en este trabajo¹⁹³.

III.- ÁMBITO SUBJETIVO DE LA DISPENSA

1.- PRELIMINAR

El ámbito subjetivo de la dispensa se refiere a las personas que están sometidas al régimen de lealtad y que, por tanto, deben recabar de la sociedad la oportuna dispensa para el desarrollo de la actuación objeto de conflicto de interés. Tradicionalmente las disposiciones relativas al deber de lealtad y su responsabilidad se limitaban a los propios administradores de derecho, quedando directamente sujetos al régimen del deber de lealtad. Con la Ley 31/2014 el ámbito subjetivo del deber se extiende, alcanzando a otros sujetos que, sin ostentar el cargo de administrador en la sociedad, el legislador convino la necesidad de extenderles las disposiciones legales del deber¹⁹⁴. De manera que, junto con

¹⁹² LLEBOT MAJO, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, *cit.*, p.43, sostiene que la posibilidad existe, sin perjuicio de la impugnabilidad del correspondiente acuerdo de ratificación y de sus efectos respecto de su responsabilidad, en los mismos términos que los señalados respecto al acuerdo de dispensa.

¹⁹³ *Vid. infra*. Cap. IV.

¹⁹⁴ La extensión subjetiva de responsabilidad por infracción del deber de lealtad era una de las tareas pendientes del legislador. Así, PAZ ARES, C., “Responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *cit.*, p. 17, declaraba la importancia de extender subjetivamente el régimen de responsabilidad de los administradores, así, señalaba expresamente que “*la segunda pieza y, seguramente, la más decisiva para instrumentar una política de severidad en materia de deslealtad, viene dada por la extensión del régimen de responsabilidad a todas aquellas personas que, aun sin ostentar la posición formal de administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar*”. La normativa en materia de responsabilidad por infracción del deber de lealtad sufre una importante reforma tras la Ley 31/2014, que implanta una severa extensión subjetiva en el régimen de responsabilidad de los administradores. La finalidad del legislador es aumentar y garantizar la responsabilidad en la práctica. En cuanto a la razón que lleva al legislador a extender el ámbito subjetivo del deber de lealtad, PRENDES CARRIL, P., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en *Tratado de Sociedades de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. PÉREZ PRENDES, MARTINEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., CABANAS TREJO, R.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1486, señala que el agravamiento experimentado en la responsabilidad tras la reforma mercantil corre paralelamente al creciente desplazamiento del poder existente en el seno de las sociedades, desde la Junta al órgano de administración de estas. En definitiva, señala el autor, “*puede decirse que se pone término a la cultura de la irresponsabilidad de los gestores de las sociedades capitalistas, por los daños causados a la sociedad y, sobre todo a los terceros, con un plus de agravación cuando de situaciones de insolvencia o de disolución se trata*”. En la misma línea, GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. GARCÍA CRUCES, J. A., SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3166, expone que ha sido el grado de poder del administrador en la sociedad y con ello su capacidad para influir en el tráfico jurídico y económico, lo que ha resaltado la necesidad de establecer un contrapeso que pueda actuar como

el administrador, la LSC incluye a otros sujetos que responden, como lo hace el administrador, por los daños que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, y, por tanto, por incumplimiento del deber de lealtad¹⁹⁵.

Para comprender el ámbito subjetivo de la dispensa, es decir, que sujetos pueden ser sus solicitantes es necesario referirse al propio ámbito subjetivo del deber de lealtad, y en concreto, de la prohibición de llevar a cabo conductas que supongan un conflicto de interés con la sociedad. Ello porque, los sujetos afectados por el deber de evitar situaciones de conflicto de interés son los mismos beneficiarios del amparo que la solicitud de la dispensa otorga¹⁹⁶. Ahora los destinatarios del deber de lealtad no son solo los administradores formalmente nombrados y con cargo vigente e inscrito, también lo son las personas físicas que representan a los administradores personas jurídicas (art. 236.5 LSC), el alto directivo de la sociedad que no es miembro del consejo de administración cuando el consejo no haya procedido a la delegación permanente de funciones (art. 236.4 LSC), y, por último, la extensión se hace a los administradores de hecho (art. 236.3 LSC). La extensión subjetiva que realiza el legislador conlleva que los sujetos anteriormente señalados quedan sometidos a las disposiciones relativas al deber

acicate para que los administradores estén debidamente motivados para cumplir con todos los deberes que legalmente les incumben.

¹⁹⁵ La extensión subjetiva del régimen del deber de lealtad fue objeto de análisis en el Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, de 10 de mayo de 2013, que recomendaba la “*Extensión subjetiva de los deberes de lealtad, y de su régimen de responsabilidad a los accionistas de control, así como a los administradores de hecho, incluidos los ocultos*”. Conforme a la vigente redacción del artículo 236 LSC, para considerar responsables por deslealtad a sujetos que tengan atribuidas facultades de alta dirección y a las personas físicas representantes de las administradoras personas jurídicas, no es necesario acreditar que actúan como administradores de hecho, es decir, que desempeñan las funciones propias de un administrador. En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 458, al analizar la reforma del precepto señala que ésta no se aparta del tratamiento tradicional de la responsabilidad de los gerentes, apuntando que se trata más bien de “*una concreción legal de la responsabilidad del administrador de hecho, en el supuesto de que la sociedad opte por una estructura más compleja, pero funcionalmente incompleta, de órgano de administración*”.

¹⁹⁶ El ámbito subjetivo del deber determina las personas que están sometidas al régimen del deber de evitar situaciones de conflicto de interés, y, por tanto, a declarar la existencia de la situación de conflicto, absteniéndose de desarrollar la conducta prohibida y debiendo solicitar la correspondiente dispensa. En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC”, *cit.*, p.481, destaca que los destinatarios del régimen no deben ser confundidos con las personas vinculadas a las que se refiere el artículo 231 LSC, y tampoco deber tomarse este precepto como único referente para determinar cuándo un administrador se haya en conflicto, y deberá ser, por tanto, solicitante de una dispensa.

de lealtad y su responsabilidad en los mismos términos que lo hace el administrador de derecho¹⁹⁷.

Estos sujetos no pueden ser confundidos con las personas vinculadas a las que hace alusión el artículo 231 LSC por remisión del artículo 229.2 LSC. El artículo 229.2 LSC da a entender que las personas vinculadas están sometidas al mismo deber de lealtad que el administrador, sin embargo, la realidad es que estos sujetos no están sometidos al deber de lealtad propio de los administradores, por lo que no tienen prohibido llevar a cabo los actos prohibidos en el artículo 229.1 LSC¹⁹⁸. Lo que si puede quedar sometido a la exigencia de solicitud de dispensa es el desarrollo de una actuación desleal por una persona vinculada al administrador. El artículo 230.2 LSC formula el instituto de la dispensa como un instrumento al que el administrador debe recurrir no solo cuando el comportamiento desleal sea el suyo propio, sino también cuando vaya a ser desarrollado por las personas a él vinculadas. El precepto señala expresamente que *“la sociedad podrá dispensar en casos singulares las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada...”*.

2-. EL ADMINISTRADOR DE DERECHO Y EL ADMINISTRADOR DE HECHO

El administrador es la figura cuya sujeción al régimen de deber de lealtad es inequívoca¹⁹⁹. El administrador de derecho es aquel administrador que ha sido nombrado

¹⁹⁷ La extensión del régimen de responsabilidad a estos sujetos es una forma de control de la gestión de los sujetos que, a través del órgano de administración, tienen la posibilidad de concentrar el poder de decisión de la sociedad, estableciendo así la necesaria correspondencia entre poder y responsabilidad. La extensión del régimen de responsabilidad supone asegurar el desarrollo de la diligencia debida en su cargo y el efectivo cumplimiento de los deberes de la sociedad a la que representan, no solo de los administradores, sino otro grupo de sujetos que, llevando a cabo tareas de gestión y representación de la sociedad, deben quedar igualmente sujetos al mismo régimen de responsabilidad al que están sometidos los administradores.

¹⁹⁸ DÍAZ MORENO, A., “La ley de reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, *cit.*, p. 4, plantea la sorpresa que la norma produce, ya que sobre las personas vinculadas no pesa, por el mero hecho de serlo, ningún deber de lealtad ni, por tanto, obligación alguna de no contratar con la compañía que tenga como administrador un sujeto vinculado con ellas, otra cosa, señala acertadamente el autor, es que pese sobre el administrador el deber de abstención ex artículo 228.c) LSC.

¹⁹⁹ A este respecto, GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 236. La responsabilidad de los administradores”, *cit.*, p. 3175 ss. El supuesto prototipo del sujeto pasivo de la acción de responsabilidad es el de aquella persona que hubiera sido designada para el ejercicio del cargo y se encontrara en el desempeño del mismo en el momento del acaecimiento de los hechos que generan responsabilidad. La prohibición de llevar a cabo actuaciones que entrañen un conflicto de interés con la sociedad afecta a todos los administradores individualmente considerados, con independencia de la estructura del órgano de administración al que pertenezcan, de la forma en la que hayan sido designados y de las funciones que desempeñen. OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre administrador y sociedad*, *cit.*, p. 127, señala

por la junta general de la sociedad y que ha aceptado el cargo. El sujeto designado administrador queda investido como tal desde la aceptación del cargo, aviniéndose a hacerse cargo de la gestión social y asumiendo la responsabilidad que ello conlleva ante la sociedad y frente a los socios y terceros. Este colectivo no presenta dificultad alguna a la hora de imputarles responsabilidad por una actuación desleal²⁰⁰. El caso del administrador de hecho presenta mayores dificultades.

El administrador de hecho es un sujeto que, sin ser designado administrador por la Junta General, lleva a cabo actuaciones propias de la figura del administrador y dirige su actuación a las exigencias propias del cargo²⁰¹. Si su actuación debe acomodarse a las disposiciones del deber de lealtad que rige la actuación de los administradores en la sociedad, en caso de que pretenda llevar a cabo un comportamiento que suponga un conflicto de interés con la sociedad, deberá proceder a la solicitud de la oportuna dispensa, en los mismos términos que lo haría un administrador con cargo vigente e inscrito²⁰².

en este sentido que “*el hecho de que un administrador carezca de funciones ejecutivas, entre otros, porque estas hayan sido delegadas en uno o varios consejeros delegados, no implicará, en modo alguno, el levantamiento de la prohibición de desarrollar actividades competitivas previstas en el art.229.1. f) LSC*”.

²⁰⁰ Como expone correctamente GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 236. La responsabilidad de los administradores”, *cit.*, p. 3176 ss., el único momento en el que pueden plantearse problemas es a la hora de imputar responsabilidad al administrador es tras su cese, pues el cese no exonera al cesado de las obligaciones de responder por las consecuencias dañosas derivadas de las actuaciones u omisiones en las que hubiese incurrido durante su mandato.

²⁰¹ La figura del administrador de hecho como sujeto equiparable al administrador de derecho ha quedado suficientemente concretada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Entre ellas, la STS de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013/2405), resuelve que “*ante el silencio de la norma sobre que ha de entenderse por administrador de hecho, esta Sala ha declarado que lo son quienes sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades*”. La condición de administrador de hecho no viene dada tanto por la razón de la realización material por un sujeto de determinadas funciones, sino porque la actuación de éste lo sea en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición. En este sentido, STS (Sala 1ª) 261/2007, de 14 marzo, 55/2008, de 8 de febrero, 79/2009, de 4 de febrero, 240/2009, de 14 de abril y 421/2015, de 22 de julio. Sobre los requisitos esenciales para determinar la cualidad de administrador de hecho, el más relevante, es que su actuación obedeciera a un poder autónomo de decisión, soberano e independiente de la persona jurídica que formalmente lo designó como representante. SANCHO GARGALLO, I., “La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad de los administradores de hecho y ocultos y la persona física representante del administrador persona jurídica (Art. 236.3 y 5 LSC)”, en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada, Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducida por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015*, Tomo II, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.), Cizur Menor, (Navarra), 2016, pág. 627.

²⁰² Sobre el motivo de la extensión, ALONSO LEDESMA, C., “Extensión subjetiva de los conflictos de interés de los administradores: personas vinculadas, con especial referencia a la situación de los consejeros dominicales”, en AA.VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2022, p. 147, señala que se trata de Equiparar en deberes y responsabilidad a quienes actúan como si fueran auténticos administradores formales.

La extensión de responsabilidad a los administradores de hecho venía siendo de aplicación por cierta jurisprudencia y ha ido asentándose en nuestra legislación en las últimas reformas²⁰³. No obstante, a pesar de que su plasmación legal en el ámbito societario tiene lugar con la Ley de Transparencia, es la Ley 31/2014 la que define que se entiende por administrador de hecho, señalando en el propio artículo 236.3 que tendrá tal consideración “*tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actuales los administradores de la sociedad*”²⁰⁴.

A pesar de la referencia expresa a los administradores de hecho que la LSC hace, se trata de una cuestión que presenta numerosas dificultades prácticas, sobre todo si nos referimos a la figura del administrador oculto²⁰⁵. El problema obvio de la solicitud de dispensa por un administrador oculto es la consecuencia directa que dicha solicitud supone, y es que el administrador oculto deja de ser oculto, y pasa a ser un administrador de hecho. Ya no actúa en la sombra, puesto que al solicitar la dispensa reconoce su condición de administrador²⁰⁶.

²⁰³ A este respecto, STS de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998\4004) viene a amparar la posibilidad de que, si bajo la apariencia de apoderado o de factor mercantil se esconde el auténtico administrador de la sociedad, puede extender a éste los efectos perjudiciales de las normas relativas a la responsabilidad de los primeros en las sociedades, siempre que de las pruebas practicadas se extraiga lógicamente tal conclusión.

²⁰⁴ Para una mayor profundización sobre la figura de los administradores de hecho, FUENTES NAHARRO, M., “Administrador de hecho”, en AA.VV., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, (Dir. ALONSO LEDESMA, C.), Iustel, Madrid, 2006; JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva del deber de lealtad”, *cit.*, p. 453-457; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, A., “Las extensiones del régimen de responsabilidad de los administradores sociales”, en *La Gobernanza de las sociedades no cotizadas*, (Coord. GARCÍA-CRUCES, J.A.), Tirant lo Blanch, 2020, p. 535-543.

²⁰⁵ La SAP de Barcelona de 23 de abril de 2015 (JUR 2015, 138390) define la figura del administrador oculto como la “*persona que real y efectivamente ejerce las funciones de administrador de la sociedad, en coexistencia con un administrador de derecho y en connivencia con él, el cual de facto se somete sin cuestionamiento a las decisiones del primero y, cuando es preciso, las ejecuta formalmente firmando los pertinentes documentos*”.

²⁰⁶ En este sentido, hay que apuntar que, si dicho administrador oculto es un socio de control, el órgano competente para el otorgamiento de la dispensa deberá ser la junta, aunque se trate de una de las conductas dispensables por el órgano de administración. La razón reside en que si quien dirige la sociedad no tiene un puesto de derecho en el órgano de administración, sino que es un socio, el foro para dilucidar la posible dispensa ha de ser entre iguales, es decir, la Junta. En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 482. En el mismo sentido se pronuncia la Companies Act británica, en cuya Section 187, refiriéndose a los conflictos de interés de los administradores ocultos, señala que las provisiones de declaración de conflicto de interés ante el órgano de administración no se aplica a los administradores ocultos (*declaration at meeting of directors does not apply*), y la *Explanatory Note* así lo señala, al decir que “*the declaration is not made at a meeting of directors, as this is not appropriate in the case of a shadow director*”. En este sentido, DAVIES, P., WORTHINGTON, S., *Principles of modern Company Law*, 9th Ed., Thomson Reuters, 2012, p., 510, señalan que “*the general statutory duties to be discussed in this chapter are clearly owed by those who have been properly appointed as directors, however, the courts have applied the common law and statutory duties also to persons who act as directors, even though they have*

En la realidad societaria es muy difícil que se produzca esta situación, y la razón de esta dificultad radica en que un administrador oculto que procede a la solicitud de una dispensa para llevar a cabo una determinada operación estaría reconociendo su situación de administrador, lo que no va a suceder, o será muy difícil que suceda, pues su razón de ser reside en esa actividad entre bambalinas que desarrolla. Por tanto, es muy difícil que este colectivo renuncie al carácter oculto de su actuación y solicite una dispensa para llevar a cabo una determinada conducta desleal²⁰⁷.

La consecuencia de que un administrador oculto no acepte su posición de administrador es que, no podrá beneficiarse del sistema de dispensa que la ley pone a su alcance, y que, por tanto, no puede posicionarse en conflicto de interés con la sociedad, ya que, de hacerlo, al no contar con el permiso oportuno, la sociedad podría exigirle la responsabilidad que corresponda. De este modo, el administrador oculto renuncia a las ventajas que de la flexibilidad del régimen del deber de lealtad se derivan, y, por tanto, el régimen del deber de lealtad al que está sometido es más estricto²⁰⁸.

not been formally appointed as such". Por su parte, HANNIGAN, B., *Company Law, cit.*, p. 174, declara que *"the general duties imposed on directors by CA 2006, Pt 10, Ch 2, apply to shadow directors where and to the extent they are capable of so applying. Shadow directors are swept into, and subject to, all of the provisions of that Act which to apply to a director, a technique which could have been used in the CA 2006"*.

²⁰⁷ Igual de crítica, ALONSO LEDESMA, C., "Extensión subjetiva de los conflictos de interés de los administradores: personas vinculadas, con especial referencia a la situación de los consejeros dominicales", *cit.*, p. 148, desde la óptica del conflicto de interés, no parece fácil, sobre todo en lo que respecta al administrador oculto, que se le puede aplicar el régimen procedimental previsto declaración del conflicto y, en su caso, dispensa.

²⁰⁸ El problema, una vez más, reside en el propio carácter oculto de la actuación que este administrador realiza, y es que, si un administrador oculto actúa en el tráfico mercantil como tal, es decir, como oculto, es porque tiene unos intereses, principalmente de carácter económico, y ello puede derivar en la no aceptación del riguroso régimen del deber de lealtad. En este sentido se manifiesta PORTELLANO DÍEZ, P., "El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)", *cit.*, p. 482, al señalar que *"no creemos que una persona que deliberadamente se ha situado entre bambalinas de la estructura formal del órgano de administración esté dispuesta a autoimponerse aquella elevación del deber de lealtad"*. Igualmente, ALONSO LEDESMA, C., "Extensión subjetiva de los conflictos de interés de los administradores: personas vinculadas, con especial referencia a la situación de los consejeros dominicales", *cit.*, p. 148, señala que, ello porque difícilmente quien ha querido permanecer oculto estará dispuesto a autoimponerse esa obligación consecuencia del deber de lealtad.

3-. PERSONAS QUE TIENEN ATRIBUIDAS LAS FACULTADES DE ALTA DIRECCIÓN

El apartado cuarto del artículo 236 LSC extiende las disposiciones relativas a los deberes y responsabilidad de los administradores a la figura del alto directivo²⁰⁹. En las sociedades de capital el equipo directivo queda integrado, por un lado, por los miembros del consejo de administración encargados de la gestión y representación de la sociedad, y, por otro lado, por los directivos de la entidad²¹⁰. Ambos, como responsables de la gestión de la empresa, tienen funciones similares, con un grado de autonomía parecido. No obstante, la relación que une a unos y otros con la sociedad es diferente. Así, mientras que al consejero delegado le une una relación societaria, el directivo general se vincula a la sociedad a través de una relación laboral²¹¹.

En virtud de la similitud de funciones que ambos sujetos realizan, la LSC extiende el mismo régimen de responsabilidad a los altos directivos, “*cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados*”²¹². De manera que para poder extender subjetivamente el régimen de responsabilidad a la figura del alto directivo deben cumplirse dos requisitos, que la sociedad este gobernada por un consejo de administración, y que el consejo no haya procedido a delegar sus facultades en uno o varios consejeros delegados²¹³.

²⁰⁹ PRENDES CARRIL, P., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de responsabilidad”, *cit.*, p. 1490, apunta acertadamente que la extensión subjetiva que la LSC incluye presupone que el órgano de gestión de la compañía es un consejo de administración y que no existe delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados.

²¹⁰ Sobre la cuestión, PAZ ARES, C., JORDANO LUNA, M., “El perímetro de vinculación”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 56, 2021, p.,80, exponen que el concepto contable de alto directo no coincide con el de personal de alta dirección, sino que debe circunscribirse a los directivos que integran la primera línea de dirección del grupo, es decir, aquellos que jerárquica o funcionalmente dependen del consejero delegado, del consejo de administración o de alguna de sus comisiones consultivas, y reportan a ellos directamente. Los autores señalan expresamente que “*estos y solo estos son equiparables funcionalmente a los administradores a efectos de la delimitación del perímetro de vinculación a otros efectos societarios*”.

²¹¹ El tratamiento de responsabilidad del acto directo se circunscribía al ámbito contractual en la medida en que es un vínculo de esta índole el que le obliga para con la sociedad. La reforma introducida por la Ley 31/2014 fija una responsabilidad exigible al alto directivo, no solo ante la sociedad, sino también ante los socios y terceros similar a la propia del administrador.

²¹² El Informe Aldama proponía ya la extensión subjetiva de los deberes de lealtad, y con ello su régimen de responsabilidad, a “*los altos ejecutivos de la sociedad, aunque no ostenten la condición de consejeros*”.

²¹³ En este sentido, GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, *cit.*, p. 3183, apunta que la regla del artículo 236.4 LSC solo extiende la responsabilidad propia del administrador al alto directivo en un caso concreto, cuando el órgano de administración sea de carácter colegiado, y cuando concurra la premisa adicional de que el consejo no hubiese procedido a la delegación permanente de facultades en uno o varios consejeros. El autor añade que “*Si existiera era delegación permanente de facultades en uno o varios consejeros no habría lugar, de ningún modo, a la*

La extensión del régimen de responsabilidad de los administradores a la figura del alto directivo supone que los deberes del administrador derivados de su posición de gestor de intereses ajenos le son igualmente aplicables²¹⁴. Al extender las previsiones del deber de lealtad a la figura del alto directivo, se prohíbe que este sujeto pueda desarrollar conductas que supongan un conflicto de interés con la sociedad, como ocurre en el caso del administrador²¹⁵. Debido a lo cual, si se le imposibilita llevar a cabo comportamientos desleales, suponemos que el alto directivo tendrá a su alcance la posibilidad de solicitar la dispensa para llevar a cabo operaciones que supongan un conflicto con el interés de la sociedad en los mismos términos que lo haría el administrador.

En atención a la sujeción de estos sujetos a la prohibición situarse en conflicto de interés con la sociedad y, por tanto, del deber de recabar la oportuna dispensa de la sociedad, llegados a este punto, dado el carácter laboral que caracteriza a la relación del alto directivo con la sociedad la duda reside en la forma que debe revestir dicha solicitud. ¿Podría la sociedad prever dispensas en los contratos del alto directivo? En nuestra

equiparación del alto directivo a la figura del administrador". JUSTE MENCÍA, J., "Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad", *cit.*, p. 458, menciona que en todos los demás supuestos la responsabilidad societaria del directivo queda excluida, salvo que se pruebe la existencia de un administrador de hecho, y "*precisamente la presencia de un administrador de hecho es lo que presume el legislador cuando el órgano de gestión es un consejo y no se ha designado consejero delegado*". Sobre la cuestión, GARCÍA-CRUCES, J.A., "Las extensiones del régimen de responsabilidad de los administradores sociales", *cit.*, p. 545 ss., señala que son tres los presupuestos que deben concurrir, primero, que la estructura del órgano de administración sea la de Consejo, segundo, que en tal situación no se haya designado consejero delegado, y tercero, que, pese a todas esas circunstancias, una persona tiene atribuidas las facultades de más alta dirección de la sociedad. Sobre este último presupuesto se extiende el autor delimitando claramente la calificación jurídica del título del que derivan las facultades de alta dirección atribuidas. De tal forma, concreta que el elemento central que cualifica a este sujeto radica en el hecho de que tiene atribuidas las más altas facultades de dirección. La primera duda, señala, surge en si la aplicación del precepto requiere una atribución formal de las facultades de dirección o no, y afirma que el texto legal parece destacar la necesidad de la atribución de facultades ("*ello es razonable pues si no mediara título de atribución, y el ejercicio de esas facultades fuera un resultado de hecho, en realidad el supuesto debería ser reconducido a la previsión acogida en el apartado 3 del citado artículo 236 LSC, pues el sujeto merecería seguramente la consideración como administrador de hecho*"). El segundo requisito que destaca el autor se refiere a si la aplicación de la regla de extensión requiere el ejercicio de las facultades de alta dirección. La norma no parece exigirlo, "*pues se conforma con la simple atribución*". Por último, debe analizarse si el sujeto debe reunir la condición de representante. El texto legal no exige un poder de representación para actuar en nombre de la sociedad, pues lo relevante es la capacidad de decisión que, en virtud de las facultades atribuidas, corresponde a la persona.

²¹⁴ GARCÍA GARCÍA, E., "Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad", *cit.*, p. 3185, declara que "*en su condición de alto directivo este sujeto tendría que comportarse con la diligencia propia del empresario y con la lealtad que debe mostrar todo aquel que gestiona negocios ajenos*".

²¹⁵ JUSTE MENCÍA, J., "Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad", *cit.*, 460, se refiere a la cuestión y señala que los deberes del administrador derivados de su posición de gestor empresarial de intereses ajenos resultan también aplicables al alto directivo, tanto en su vertiente de diligente administración como de representación leal. "*Sin embargo, algunos aspectos del régimen positivo solo parecen aplicables al administrador nombrado formalmente*". El autor se refiere, en particular, al régimen de instrucciones recibidas del órgano de administración y al régimen de dispensas.

opinión la respuesta es en todo caso negativa. La LSC ha puesto especial atención en la indisponibilidad del deber de lealtad, y aunque ciertamente es un deber propio del administrador, al extender el régimen de responsabilidad y dotar al alto directivo de la posibilidad de solicitar la dispensa para poder llevar a cabo situaciones que supongan un conflicto de interés, se sujeta al alto directivo a todas y cada una de las exigencias que del deber de lealtad se derivan. Por consiguiente, la dispensa para poder llevar a cabo una actuación que suponga un conflicto de interés del alto directivo deberá respetar las mismas exigencias legales, y estatutarias si las hubiera, que la dispensa que solicite el administrador²¹⁶.

La relación del alto directivo con la sociedad es una relación contractual, y como tal, todos y cada uno de los aspectos de la vinculación quedan plasmados en el contrato. La extensión del deber de lealtad a esta figura a través de la Ley 31/2014 ha hecho que, además de las disposiciones contractuales que rigen la relación del alto directivo con la sociedad, la actuación de éste quede sujeta a las disposiciones propias del deber de lealtad que la Ley 31/2014 consagra. La imperatividad que la LSC otorga al régimen de lealtad supone que cualquier disposición contraria al mismo sea nula, y quede, por tanto, sin efecto. En este sentido, y aunque ciertamente la dispensa es una forma de romper la imperatividad que la LSC establece, el legislador ha puesto especial cuidado en regular la forma de permitir la realización de conductas que supongan conflictos de interés, y así, entre otras exigencias, requiere que la dispensa sea singular. Es la singularidad, como elemento configurador de la dispensa, la que permite descartar la posibilidad de establecerse pactos o cláusulas en los contratos de los altos directivos en los que se incluyan dispensas para el desarrollo de determinados conflictos de interés. La razón de tal imposibilidad es que estaríamos ante liberaciones previas y genéricas de los altos directivos para poder llevar a cabo lícitamente conductas prohibidas por el deber de lealtad, es decir, estaríamos ante verdaderas autorizaciones, figura que no tiene cabida en la LSC, pues la única posibilidad de llevar a cabo conductas que supongan un conflicto de intereses a través del otorgamiento de la dispensa.

²¹⁶ El hecho de dotar a la dispensa de los altos directivos de la misma fuerza jurídica que la dispensa del administrador supone dejar sin efecto los posibles pactos contractuales que regulen la relación entre el alto directivo y la sociedad. En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, *cit.*, p. 460, defiende que “*el régimen de dispensas societario se superpondría a los pactos contractuales que pudieran haberse incluido*”.

Por lo cual, a la vez que se extiende el régimen de responsabilidad a la figura del alto directivo, no encontramos obstáculos para que pueda acogerse al régimen de dispensa que la LSC construye para los administradores, pudiendo, una vez dispensado, llevar a cabo la actuación que suponga un conflicto de interés con el interés social. En todo caso, la dispensa que se otorgue al alto directivo deberá respetar las exigencias propias de la dispensa del deber de lealtad del administrador.

4- LA PERSONA FÍSICA REPRESENTANTE DE LA ADMINISTRADORA PERSONA JURÍDICA

El apartado quinto del artículo 236 LSC extiende a la persona física representante de la persona jurídica administradora los deberes y responsabilidad que a ésta le corresponden, atribuyéndole expresamente carácter solidario, sin perjuicio de las acciones de repetición que fueran procedentes entre representante y representado²¹⁷.

En el ordenamiento anterior el representante persona física del administrador persona jurídica no podía responder como administrador. Así, aunque el administrador persona jurídica tenía a su alcance acciones de repetición contra la persona física, la sociedad únicamente podía ir contra la administradora. Una de las cuestiones que se planteó era si en los casos de administrador persona jurídica debía considerarse responsable, junto a la entidad administradora, a la persona física que se designaba para el ejercicio permanente de las funciones del cargo. Tras la reforma operada en la Ley 31/2014, el artículo 236.5 LSC zanja el debate en torno al régimen de estos sujetos y establece el sometimiento del representante de la persona jurídica administradora a los mismos deberes y al mismo régimen de responsabilidad de la entidad a la que representa, y responde solidariamente con ella de los daños causados a la entidad administrada o a terceros²¹⁸. De modo que, en

²¹⁷ GRIMALDOS GARCÍA, M. I., “La reciente redacción del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital: ¿nuevos presupuestos? ¿nuevos responsables?, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 44, 2015, p. 10, considera lógico que la persona física representante de la persona jurídica administradora responda como administrador. Primero, porque orgánicamente lo es, y segundo porque su representante debe actuar, dentro del órgano de administración al que pertenezca, bajo sus instrucciones, por lo que si de la ejecución de estas se derivara un daño “*es de justicia que responda el patrimonio de la persona moral que ha impartido aquellas normas de actuación a su representante*”. La autora agrega que la extensión del régimen al representante hará que éste “*se esfuerce, con mayor diligencia, en observar y compeler a observar a la sociedad administradora los deberes propios de los administradores, en protección del interés social de la entidad que ésta última gestiona como persona jurídica administradora*”.

²¹⁸ El planteamiento clásico de responsabilidad se limitaba a declarar responsable a la persona jurídica que estaba designada como administrador o como miembro del consejo, sin alcanzar a la persona física que obraba por ella. La reforma de la LSC por la Ley 31/2014 zanjó la cuestión, declarando que la persona física que representa de modo estable a la persona jurídica administradora debe responder con ésta de los

el desempeño de sus funciones el representante persona física debe velar por el mejor interés de la sociedad, comunicando los conflictos de interés en los que se encuentre²¹⁹.

El sometimiento de la persona física al mismo régimen de deberes y responsabilidad del administrador persona jurídica a la que representa implica también la extensión del régimen de dispensa del que goza la persona jurídica. Sin embargo, se trata de una posibilidad difícilmente aplicable en la práctica, puesto que quien realmente se situaría en conflicto de interés sería la persona jurídica administradora y no su representante, y, por lo tanto, quien debería solicitar la dispensa sería la persona jurídica, en tanto en cuanto sería la verdadera administradora. Puede suceder, no obstante, que el conflicto de interés surja directamente entre la sociedad administrada y la persona física que representa al administrador, es decir, que la situación de conflicto enfrente los intereses de la sociedad administrada y el interés personal de la persona física que representa al administrador persona jurídica.

El conflicto de intereses persona física representante y sociedad administrada puede derivar de dos circunstancias diferentes. En primer lugar, la persona física representante de la persona jurídica administradora puede situarse en conflicto de interés directo con la sociedad, es decir, la persona física pretende el desarrollo de una operación prohibida en el artículo 229.1 LSC. La persona física deberá comunicar su concreta situación de

deberes que le corresponden al administrador de la sociedad. Ahonda en la cuestión, GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, *cit.*, p. 3186, exponiendo que para la extensión el régimen de responsabilidad resulta indiferente que la persona física designada sea a su vez el representante orgánico de la persona jurídica administradora, o que lo sea de carácter voluntario, o incluso que se trate de un empleado de ella comisionado para esa misión. El autor argumenta que *“lo peculiar del caso viene por el hecho de que, en tanto que representa a otro sujeto, tendrá necesariamente que responder por las instrucciones que pueda provenirle de éste, lo que no supondrá una circunstancia que pueda contribuir a exonerarle de responsabilidad, pues sus obligaciones de diligencia y fidelidad con la sociedad operan con plenitud”*. Por su parte, PRENDES CARRIL, P., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de responsabilidad”, *cit.*, p. 1491, destaca la innecesaria rigurosidad del legislador a la hora de incluir expresamente la figura de la persona física representante de la persona jurídica administradora, pues, apunta el autor, *“quien no deja de ser un mero mandatorio de la persona jurídica administradora, pasa a responder como si fuera auténtico administrador, con carácter solidario, cuando dicho paso o ficción legal debería venir por la vía de la administración de hecho debidamente acreditada”*.

²¹⁹ El representante de la persona jurídica administradora está sometido a los mismos deberes y a la misma responsabilidad que la entidad la que representa. El legislador extiende a esta figura los deberes y responsabilidad del administrador en sentido estricto, independientemente de su realidad funcional, por su mera posición formal. Para una mayor profundización, GRIMALDOS GARCÍA, M. I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, 2015, p. 325 ss.

conflicto como lo haría el administrador, absteniéndose de realizar la conducta y solicitando a la sociedad la oportuna dispensa²²⁰.

Mayores problemas plantea la situación de conflicto de interés de la persona física que puede derivarse de las instrucciones emanadas de la administradora persona jurídica. A este respecto, es preciso hacer referencia al deber de lealtad que la persona física tiene para con la sociedad administrada, lo que le permite negarse a todas aquellas instrucciones de la persona jurídica que representa que sean contrarias al interés social²²¹. El legislador no solo extiende el régimen de responsabilidad, sino que también sujeta a la persona física representante de la persona jurídica administradora al régimen de deberes de los administradores. En virtud de ello, el representante debe cumplir los deberes de diligencia y lealtad como lo haría cualquier administrador.

Si el representante queda sujeto al deber de lealtad en idénticos términos al resto de administradores, tendrá igual que éstos, una posición fiduciaria en la sociedad, lo que le obligará a actuar exclusivamente en atención del interés social, quedando obligado a proteger el interés especial de la entidad de la que material, aunque no formalmente, es administrador, incluso por encima o en contra de las instrucciones de la persona jurídica administrador de la que es representante²²². En estos casos, la persona física representante deberá comunicar la situación de conflicto de interés al órgano de administración (art. 229.3 LSC), absteniéndose de llevar a cabo la instrucción impartida por su representada.

²²⁰ DEL VAL TALENS, P., *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 343, establece el deber del representante de notificar al órgano de administración el conflicto de interés que recaiga en la persona titular, en sí mismo o en cualquiera de las personas vinculadas al administrador persona jurídica.

²²¹ HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad*, Civitas, Madrid, 2014, p. 323, añade que es ese deber de lealtad frente a la sociedad el que le obliga a negarse a catar las instrucciones que persigan otros fines distintos al interés social a fin de eludir su propia responsabilidad. En el mismo sentido, GRIMALDOS GARCÍA, M. I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232”, *cit.*, p. 326, hace referencia al deber del representante de cumplir con los deberes de diligencia y lealtad, de igual forma que cualquier otro administrador y, por tanto, la obligación a la que queda sujeto de proteger el interés social de la entidad de la que materialmente, aunque no formalmente, el administrador “*incluso por encima o en contra de las instrucciones de la persona jurídica administradora que le designó*”. Por ello, la exoneración no cabe por el simple hecho de haber seguido instrucciones pues el representante no está obligado a seguirlas si las considera contraria al interés social.

²²² Como plantea, GRIMALDOS GARCÍA, M. I., “La reciente redacción del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital: ¿nuevos presupuestos? ¿nuevos responsables?”, *cit.*, p. 13, es por ello por lo que la exoneración no cabe con la simple muestra de haber seguido instrucciones pues el representante no está obligado a seguirlas si las considera contrarias al interés social de la entidad de cuya administración forma parte.

Surgen dudas sobre el posible otorgamiento de la dispensa en estos casos, pues, aunque quien efectivamente desarrollaría la instrucción contraria al interés social sería el representante persona física, el comportamiento desleal derivaría del propio administrador persona jurídica, que sería el verdadero interesado en que se llevara a cabo la operación. En consecuencia, la dispensa debería solicitarse en nombre del administrador formal, aunque quien lleve a cabo, y por tanto se beneficie del resultado del permiso, sea la persona física representante. Es decir, a través de la concesión de la dispensa el concreto comportamiento desleal dejaría de serlo, por lo que la persona física representante podría desarrollarlo sin que de tal operación pueda derivarse responsabilidad, siempre que actuara dentro de los límites de la dispensa.

5-. LAS PERSONAS VINCULADAS AL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD

5.1-. La referencia del artículo 229.2 LSC a las personas vinculadas

El apartado segundo del artículo 229 LSC extiende la aplicación de las disposiciones del apartado primero *“también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador”*. El artículo 229.2 LSC parece dar a entender que los sujetos mencionados en el artículo 231 LSC están sometidos a las previsiones del artículo 229.1 LSC²²³. Sin embargo, estos sujetos no están sometidos al deber de lealtad propio del administrador²²⁴. Las personas vinculadas no están directamente sujetas al deber de lealtad (227 LSC) ni tienen prohibido llevar a cabo

²²³ Al respecto, ALONSO LEDESMA, C., “Extensión subjetiva de los conflictos de interés de los administradores: personas vinculadas, con especial referencia a la situación de los consejeros dominicales”, *cit.*, p. 145-148, señala que la tipología de conflictos de interés que comprende el modelo de conducta del fiel representante parece que no afecta solamente al administrador sino también a otras personas que la LSC declara vinculadas al administrador, de tal forma que, si el administrador antepusiera al interés social los intereses de esas personas, su conducta sería igualmente reprochable. Del tenor de las normas mencionadas parece desprenderse que no solo está sometido a las previsiones del artículo 229.1 LSC el administrador, también lo están las personas vinculadas mencionadas en el artículo 231 LSC, a las que, en consecuencia, se extiende igualmente la obligación de abstención y en su caso la dispensa para llevar a cabo una determinada transacción.

²²⁴ En este sentido, DÍAZ MORENO, A., “La Ley de reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, *cit.*, p. 4, sostiene que la norma es sorprendente, *“ya que sobre las personas vinculadas no pesa, por el mero hecho de serlo, ningún deber de lealtad ni, por tanto, obligación alguna de no contratar con la compañía que tenga como administrador un sujeto vinculado con ellas”*. Otra cosa es, señala acertadamente el autor, que pese sobre el administrador el deber de abstención ex artículo 228.c de la LSC.

operaciones prohibidas por el artículo 229.1 LSC. Por tanto, estos sujetos pueden llevar a cabo actividades que supongan un conflicto de interés con la sociedad²²⁵.

No ayuda a despejar las dudas la redacción del apartado segundo del artículo 230 LSC, al señalar expresamente que la dispensa autorizará el desarrollo de “*un comportamiento desleal del administrador o de una persona a él vinculada*”. Es fundamental destacar que el precepto no extiende el deber de lealtad a las personas vinculadas, sino que despliega el alcance del deber a las operaciones desarrolladas por los sujetos vinculados al administrador, lo que obligará a éste a abstenerse tanto cuando se trate de una actuación propia, como cuando se refiera a un supuesto comportamiento desleal desarrollado por una persona a él vinculada²²⁶.

Sorprenden las continuas alusiones del legislador a las personas vinculadas en el régimen del deber de lealtad, pues no deben lealtad a la sociedad y gozan de libertad para estar en situación de conflicto de interés con la sociedad, sin que deban comunicar a la sociedad dicha situación de conflicto, ni, mucho menos, deban solicitar la oportuna dispensa para

²²⁵ En este sentido se manifiesta, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 483, señala que el artículo 229.2 LSC da a entender que también y en todo caso están sometidos a las prohibiciones del art. 229.2 LSC los sujetos mencionados en el art.231 LCS. Pero la realidad es que “*no están sometidos sic et simpliciter al deber de lealtad propio de los administradores*”. En el mismo sentido, CABANAS TREJO, R., “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores”, en *Tratado de Sociedades de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. PÉREZ PRENDES, MARTINEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., CABANAS TREJO, R.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1440, al decir que las personas vinculadas no son sujetos pasivos del deber de lealtad, deber que solo recae sobre el administrador, pero el hecho de aparecer como beneficiarios del acto o de la actividad prohibida por razón de conflicto de intereses, activa determinadas obligaciones a cargo del administrador o directamente le imputa la infracción del deber de lealtad. Igualmente, ALONSO LEDESMA, C., “Extensión subjetiva de los conflictos de interés de los administradores: personas vinculadas, con especial referencia a la situación de los consejeros dominicales”, *cit.*, p. 149, Señala que no puede hablarse de la extensión del deber de lealtad a sujetos distintos del administrador salvo que sea en sentido meramente figurado. A las personas ajenas a la sociedad no se les puede exigir lealtad ni ningún otro tipo de comportamiento en relación con ella. Son terceros respecto a la sociedad como Tales, pueden aprovecharse de la oportunidad de negocio ofrecida a la sociedad o pueden llevar a cabo cualquier tipo de transacción con ella o poner en práctica alguna de las conductas del artículo 229.1, puesto que no están sujetos a deber fiduciario alguno para con la sociedad. En contra, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *cit.*, p. 36, argumenta que “*se extiende la expresa consideración de personas vinculadas al administrador incurso en un conflicto de interés y, por tanto, también sometidas a sus mismas obligaciones, a todas aquellas personas que estén directamente vinculadas con el administrador afectado por el conflicto de interés*”. en e

²²⁶ PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, *cit.*, p. 54, señala que la inclusión que hace la norma de la obligación de comunicación del conflicto de interés de las personas vinculadas deriva del régimen previgente, que se refería, solo en ocasiones, a personas vinculadas en algunas manifestaciones del deber de lealtad.

llevar a cabo una determinada operación²²⁷. La persona vinculada, por el mero hecho de serlo, no ve disminuida su capacidad de contratación con la sociedad, pues ello podría suponer la pérdida de operaciones beneficiosas, no solo para él, sino también para la sociedad. Por tanto, a nuestro entender, las personas vinculadas no están afectadas por el deber de comunicar los posibles conflictos de interés en los que se puedan encontrar, ni mucho menos tendrá que iniciar el procedimiento dispensatorio²²⁸. Sin embargo, la libertad de llevar a cabo operaciones que enfrenten el interés social y el interés personal de la persona vinculada al administrador no es absoluta. La conducta no puede ser fruto de la instrumentalización de la persona vinculada por el administrador para que lo lleve a cabo, ni que sea el administrador quien se deje utilizar por la persona vinculada para desarrollar una operación prohibida por la ley²²⁹. Nos referimos a los conflictos de interés

²²⁷ Sobre la redacción de la LSC, DÍAZ MORENO, A., “La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de interés (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, *cit.*, p. 4, describe como sorprendente que la ley prevea que se autorice a la realización de una operación que suponga un conflicto de interés a una persona vinculada, ya que sobre estas personas no pesa, por el mero hecho de serlo, ningún deber de lealtad. Por su parte, sobre la redacción de la norma, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, *cit.*, p. 54, sobre la inclusión expresa que “su dicción no es muy feliz y genera graves problemas”. El primero es que da a entender que las personas vinculadas del artículo 231 LSC están sometidas a las prohibiciones del artículo 229.1 LSC, y el segundo es que induce a pensar que un administrador solo estará conflictuado cuando de su conducta se beneficien las personas vinculadas del artículo 231 LSC. En todo caso, el único destinatario del deber de lealtad y del régimen por su infracción será el administrador, en este sentido, ALONSO LEDESMA, C., “Extensión subjetiva de los conflictos de interés de los administradores: personas vinculadas, con especial referencia a la situación de los consejeros dominicales”, *cit.*, p. 151, aclara que el destinatario de las previsiones es exclusivamente el administrador, de hecho o de derecho, y la persona física representante del administrador persona jurídica y quien ejerza las funciones de más alta dirección en sociedades gobernadas por consejo de administración que no haya delegado sus facultades a un consejero delegado, y su infracción acarreará la correspondiente responsabilidad que, sin embargo, no alcanza a las personas vinculadas dado que carecen de deberes frente a la sociedad.

²²⁸ El artículo 229.2 LSC establece una presunción iuris tantum conforme a la que, cuando un sujeto vinculado al administrador es quien saca provecho de la actividad competitiva lo hace como consecuencia de la actuación del administrador desleal. Sobre la presunción, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, *cit.*, p. 152, defiende que admite prueba en contrario. Pensemos que el artículo 231 LSC establece de forma muy amplia el círculo de personas que son consideradas vinculadas al administrador, por lo que una presunción iuris et de iure podría llegar a castigar muchas conductas en las que estas personas en abstracto cercanas al administrador hubieran actuado incluso sin que el administrador tuviera conocimiento de dicha actuación. Por su parte, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *cit.*, p. 36, declara que la forma de apreciar el alcance de dicha relación y el grado de obligatoriedad que para el tercero traen consigo las instrucciones que reciba el administrador sería mediante la correspondiente prueba. Así, cuando el acuerdo entre las partes permanece oculto, es necesario analizar la vinculación que existe entre ambas. Apoyan esta interpretación, la SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2010 (JUR 2011\41688) y la RDGRN de 3 de agosto de 2016, RJ 2016\4270.

²²⁹ GARCÍA GARCÍA, E., “Art. 231. Personas vinculadas a los administradores”, en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. GARCÍA CRUCES, J.A., SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3114, señala que el catálogo de comportamientos en los que puede materializarse la actuación de una persona vinculada puede ser muy variado. Cabe que en la operación de la que se trate compartan de manera abierta intereses el administrador y el tercero. Pero también puede ser que la operación lo sea en interés del tercero y que el administrador social solo actúe asistiendo a éste. El autor señala que incluso podría darse el caso de que el tercero actuase como persona interpuesta el

indirectos²³⁰. El conflicto de interés indirecto se caracteriza por la existencia de un tercero que establece una relación jurídica con la sociedad a través de su actuación por cuenta del administrador. No es el administrador quien asume el papel de parte contratante frente a la sociedad, sino un tercero estrechamente relacionado con el punto y es esta estrecha relación la que da lugar a la posición interesada y parcial del administrador²³¹. El problema

administrador que sería el realmente interesado en el asunto. En este sentido, también, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 55, señala que lo que tiene prohibido el administrador es tanto instrumentalizar a las personas a ellos vinculadas en calidad de meras personas interpuestas como dejarse utilizar por ellas para poner en práctica alguna de las conductas del artículo 229.1 LSC. BOLDÓ RODA, C., MARTÍ MOYA, V., “El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisado a la luz de la reciente jurisprudencia”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 41, 2013, p. 462, se refieren a la imposibilidad de presuponer que la prohibición de competencia rija respecto de las actividades realizadas por las personas vinculadas, “sin perjuicio de que quepa aplicar, en ese caso, el deber de comunicar la situación de conflicto de intereses a los otros administradores o a la junta general si se trata de alguna de las personas vinculadas previstas en el artículo 231 LSC”. En cualquier caso, agregan, si se probara la condición de testaferreros se entendería que el administrador estaría ejerciendo la competencia a través de ellos, es decir, indirectamente, y se aplicaría la prohibición. Sobre la fundamental distinción entre persona vinculada y persona interpuesta, JUSTE MENCÍA, J., “El deber de abstención del socio administrador en la junta general. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017,396)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 49, 2017.

²³⁰ MEGÍAS LÓPEZ, J., “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”, *La Ley Mercantil*, núm. 82, 2021, p. 4 establece que la mención de la LSC a las personas vinculadas a los administradores se refiere a las personas cuya relaciones son más estrechas o cercanas con aquellos, de modo que el deber de lealtad del administrador hacia la sociedad podría quedar comprometido, por lo que extiende su ámbito de aplicación cuando sean esas personas vinculadas las que presentan un interés incompatible con el interés de la sociedad. En cambio, la referencia del conflicto de interés indirecto parece sugerir una contraposición entre el interés de la sociedad y el interés de un sujeto individualizado, el administrador o una persona vinculada, que resulta de las consecuencias indirectas, colaterales o secundarias de una decisión societaria que no le implica expresamente. El autor añade expresamente que “Expresado de otro modo, el conflicto de interés puede ser propio del administrador o de una persona vinculada a este; a su vez, puede ser directo o indirecto tanto del administrador como de una persona vinculada; y, además, la ecuación permite que se presenten conflictos directos o indirectos del administrador o persona vinculada ya sea actuando por cuenta propia o ajena”. Para comprender el conflicto de interés indirecto es preciso distinguirlo de los conflictos de interés directos. El conflicto directo surge cuando existe una colisión entre los intereses de la sociedad tutelada y los del administrador, siendo el propio administrador quien interviene en las conductas interesadas. Por su parte, los conflictos indirectos, requieren para su nacimiento la presencia de un tercer sujeto distinto a la sociedad y al administrador, portador de un interés que choca con el mejor interés de la sociedad. A este respecto, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, cit., p. 36, señala que a efectos del régimen de conflicto de interés de los administradores con la sociedad, “existe una vinculación específica entre un tercero y un administrador que hace que las consecuencias jurídicas de facto recaigan sobre el administrador aunque haya sido realizado por el tercero, cuando si el acto hubiera sido llevada cabo por el administrador, éste hubiera estado entonces envuelto en un conflicto de interés con la sociedad”. Para una mayor profundización sobre el conflicto de interés indirecto, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Conflicto de interés directo e indirecto del administrador en el art. 228c) LSC”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 159, 2020.

²³¹ En este sentido, RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, cit., p. 96. Por su parte, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 150 ss., destaca la especial atención que legislador concede a la regulación de las situaciones de conflicto indirecto, que se desprende de las referencias expresas a estos conflictos que se recogen en la regulación vigente. La autora destaca el papel del artículo 228. C) LSC, que establece el deber de abstención del administrador en la deliberación y votación de acuerdos en los casos de conflicto de interés directo e indirecto, y el artículo 229.3 LSC que obliga a los administradores a comunicar la situación de conflicto directo o indirecto que ellos o personas a ellos vinculadas puedan tener

reside en la dificultad de identificar los casos en los que el administrador instrumentaliza a una persona a él vinculada, o se está dejando utilizar por esta.

Teniendo en cuenta la regla de no conflicto con la sociedad, y el valor que se le da al interés social como interés único para tener en cuenta en la gestión social, que se dirige a evitar una desviación del valor de la empresa, entendemos que las normas de no conflicto y no profit que afectan a la actuación del administrador sirven también para afrontar los problemas que aparecen entre la sociedad y las personas vinculadas a los administradores²³². Por consiguiente, la solución en estos casos pasa por aplicar la prohibición de llevar a cabo las conductas prohibidas en el artículo 229.1 LSC²³³. El

con el interés social. Sobre la cuestión, ALONSO LEDESMA, C., “Extensión subjetiva de los conflictos de interés de los administradores: personas vinculadas, con especial referencia a la situación de los consejeros dominicales”, *cit.*, p. 152-153, señala que, aunque la norma no lo precisa no supone que las prohibiciones establecidas en el apartado primero sean directamente aplicables a la persona vinculada, sino que son igualmente aplicables al administrador como si fuese él quien hubiera realizado la operación. El administrador vulneraría su deber de lealtad cuando utiliza los sujetos mencionados en el artículo 231, o se deja utilizar por ellos, para obtener ventajas patrimoniales a costa de la sociedad sea para satisfacer su propio interés o de la persona vinculada, en lugar de satisfacer el de la sociedad. La autora señala que no se extiende subjetivamente el deber de lealtad, sino que lo que se amplía es la situación de conflicto en la que se encuentra el administrador, que ya no se circunscribe únicamente a su actuación en beneficio propio, sino que se extiende a los actos o actividades realizadas por otras personas en virtud del vínculo especial que mantienen con el administrador, que permiten a la ley presumir que tales actos o actividades se realizarán por el administrador sacrificando el interés social, motivo por el que pueden imputarse al administrador aunque el eventual beneficio patrimonial derivado de la operación revierta en la persona vinculada y no en el propio administrador. El conflicto sigue siendo el administrador y no de la persona vinculada que en ningún momento se encuentra obligada a procurar en interés de la compañía. En consecuencia, a la hora de exigir responsabilidad el único legitimado pasivamente frente a la sociedad será el administrador Y no la persona vinculada.

²³²A este respecto sorprende que los artículos 228. e) y 229.2 LSC, orientados a evitar el conflicto se mencione el conflicto de interés de persona vinculada y también el conflicto por cuenta ajena, pero se admite a la referencia de los conflictos indirectos, y que los artículos 229.3 y 228.c) LSC dirigidos al control del conflicto una vez manifestado se refieran a los conflictos de personas vinculadas indirectos, pero no a los conflictos por cuenta ajena. Sobre la cuestión, MEGÍAS LÓPEZ, J., “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”, *cit.*, p. 5, declara que “carece de coherencia que unas reglas preventivas del sistema aludan a algunos de estos conflictos mediatos y otras a otros, con omisiones en cada caso, generando aparentemente un ámbito de aplicación o alcance diverso”.

²³³ PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber del administrador de evitar situaciones de conflicto de interés*, *cit.*, p. 55, señala que, ante determinados vínculos societarios, resulta evidente que el administrador ha utilizado o se ha dejado utilizar por las personas vinculadas. En este caso, señala el autor, procede la aplicación de la prohibición sustantiva de *non facere* a las conductas descritas en el artículo 229.1 LSC, sin perjuicio de la posibilidad de dispensa. Cuando un administrador instrumentaliza a una persona vinculada, en calidad de mera persona interpuesta, o se deja utilizar por un sujeto, será de aplicación la prohibición del artículo 229.1 LSC, y, por tanto, deberá recabar el permiso de la sociedad a través de la solicitud de la oportuna dispensa. Por tanto, la clave está en si el administrador tiene o no el dominio funcional del hecho que suponga el conflicto de interés. Sobre esta cuestión, LATORRE CHINER, N., *El control de las operaciones vinculadas en la sociedad cotizada*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 26, expone que la normativa sobre conflictos de interés de los administradores sería de correcta aplicación cuando el administrador actuara por cuenta o en interés del socio contratante, o cuando la especial vinculación entre ellos permitiera presumir que el administrador es portador del interés del socio, o incluso en ausencia de lo anterior, cuando el administrador tuviera un interés personal en la operación que el socio celebra con la sociedad.

apartado segundo del artículo 229 LSC extiende el alcance de la prohibición también “*en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador*”. Es decir, se extiende el alcance de la regla de no conflicto para los casos en los que el comportamiento desleal no sea propio del administrador, sino que lo sea de una persona a él vinculada. La regla de no conflicto no es absoluta, pues el artículo 230.2 LSC establece expresamente que la dispensa autorizará el desarrollo de “*un comportamiento desleal del administrador o de una persona a él vinculada*”.

La razón por la que legislador prohíbe las operaciones con personas vinculadas reside en que las mismas supondrían un conflicto de interés con la sociedad cuando quien que interviniera en ellas no fuera el propio administrador, en lugar del tercero que tiene la relación con él²³⁴.

5.2.- Las personas vinculadas en la LSC

El ordenamiento ha regulado el supuesto de persona interpuesta con el fin de facilitar la determinación de las personas vinculadas a los administradores. A pesar del reconocimiento legal en sede del deber de lealtad, el legislador no define lo que debe entenderse por persona vinculada²³⁵.

²³⁴ GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores”, *cit.*, p. 3114, sostiene que por eso la situación deberá considerarse equiparada a la del conflicto de interés, ya que éste supiese, aunque no fuera por una vía indirecta. Por su parte, MEGÍAS LÓPEZ, J., “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”, *cit.*, p.4, señala que la comprensión adecuada del alcance del deber precisa tener en cuenta que el conflicto puede no enfrentar el interés propio del administrador con el de la sociedad, sino un interés mediato. La ley atribuye importancia a esos conflictos no inmediatos aludiendo a ellos en distintos artículos, extendiendo su ámbito de aplicación, “*pero empleando para ello diferentes expresiones: en ocasiones se refiere al conflicto de personas vinculadas [arts. 226.2, 228.c), 229.2, 229.3 y 230.2], pero también alude al conflicto de interés indirecto [arts. 228.c) y 229.3], y al conflicto por cuenta ajena [art. 228.e)]*”.

²³⁵ PAZ-ARES, C., JORDANO LUNA, M., “El perímetro de vinculación”, *cit.*, 78, define el término, señalando que afectos societarios, “*las partes vinculadas son aquellas que, o bien tienen capacidad de influencia sobre la sociedad, o bien están vinculadas o conectadas con quien la tiene*”. El autor manifiesta que las personas vinculadas pueden agruparse en dos categorías, por un lado, la de las personas vinculadas que llaman “*originarias*”, que son aquellas que tienen capacidad de influencia sobre la sociedad, y, por otro lado, las personas vinculadas que denominan “*derivadas*”, que son aquellas conectadas o vinculadas a las originarias. Esta vinculación, declaran, “*se produce en segunda instancia y no se justifica porque tengan capacidad de influencia sobre la sociedad, que no la tienen por sí mismas, sino porque, o bien tienen capacidad de influencia sobre las personas vinculadas originarias, o bien forman parte de su función de utilidad*”.

El artículo 231 LSC facilita la labor al indicar los supuestos en que se produce la existencia de vinculación con el administrador²³⁶. En atención a la dificultad que plantea el análisis de la vinculación entre el administrador y un tercero a efectos de determinar si tal relación puede ejercer una influencia sobre el administrador, el legislador establece determinadas reglas que identifican las relaciones existentes entre el administrador y terceros, a los que se les atribuye la condición de personas vinculadas²³⁷.

El artículo 231 LSC es un precepto legal que no experimentó cambios con la reforma operada por la Ley 31/2014²³⁸. Si lo ha hecho, en cambio, con la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas de las sociedades cotizadas, transpone al ordenamiento español la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas²³⁹.

²³⁶ La tasa legal de las personas vinculadas no agota la fenomenología del conflicto indirecto, en este sentido, PAZ ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.*, p. 446, señala que pueden existir muchas más situaciones de conflictos indirectos pero el legislador circunscribe la presunción de la existencia a los casos en los que transacción intervenga una persona vinculada a las que se menciona en el artículo 231. Solo en esos casos habrá potencialmente una situación de conflicto de interés necesariamente sometida a las reglas sobre conflicto de interés.

²³⁷ En este sentido se manifiesta, BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, en Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 271 ss.

²³⁸ Para una mayor profundización, MEGÍAS LÓPEZ, J., “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”, *cit.*, p. 3. El autor revela que, hasta su modificación en 2021, el catálogo de personas vinculadas a los administradores previsto hoy en el art. 231 LSC, y antes en el art. 127 ter.5 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, ha gozado de estabilidad. “*La lista de personas vinculadas a los administradores sufrió su única modificación literal, lógicamente sin enjundia por el alcance de la refundición, y que simplemente cambiaba la remisión original al art. 4 de la Ley 1988 del Mercado de Valores por la referencia al art. 42 del Código de Comercio al referir la condición de persona vinculada de las sociedades controladas por el administrador o de los socios que controlen al administrador persona jurídica*”. La reforma que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, no afectó directamente a las personas vinculadas a estos, siendo el art. 231 LSC el único precepto no modificado en materia de deberes de los administradores.

²³⁹ Las modificaciones del artículo 231 LSC introducidas por la reforma son, por un lado, la ampliación del elenco de las personas vinculadas a los administradores del artículo 231 LSC, y por otro, la introducción de un nuevo artículo 231 bis, dedicado a las operaciones intragrupo. El Preámbulo de la Ley 5/2021, se refiere a las personas vinculadas y dice que “*a la vista del contenido material de dicha NIIF 24, es preciso por ineludibles exigencias de coherencia sistemática, reformar la letra d) del artículo 231.1 para ampliar su perímetro*”. El preámbulo de la Ley agrega que, “*la doctrina está de acuerdo, por lo demás, en la necesidad de ampliar el espectro de personas vinculadas contempladas en el art. 231*”. LATORRE CHINER, N., “*Las partes vinculadas de la sociedad cotizada: ¿art.231 LSC o NIC 24?*”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, de 15 de mayo de 2021, disponible en: <https://almacenederecho.org/las-partes-vinculadas-de-la-sociedad-cotizada-art-231-lsc-o-nic-24>, sobre la

El objeto del artículo 231 LSC es la delimitación del catálogo de sujetos que se consideran suficientemente próximos al administrador social como para que éste pueda estar tentado de anteponer el interés de estos sobre el interés social al que sirve. La reforma operada con la Ley 5/2021 ha modificado la lista de personas vinculadas a los administradores, incorporando nuevas relaciones y ha establecido un régimen especial para la adopción de las operaciones intragrupo en el nuevo artículo 231 bis LSC.

El artículo 231 LSC clasifica las personas vinculadas en dos grupos diferenciados, por un lado, recoge las personas vinculadas al administrador persona física, y, por otro lado, las personas vinculadas al administrador persona jurídica.

5.2.1- *Vínculos entre personas naturales*

Respecto de las personas vinculadas al administrador persona física, los vínculos la persona vinculada al administrador pueden tener diferente naturaleza, pudiendo ser una relación familiar o una relación que se desenvuelve en el ámbito societario. Las relaciones familiares entre el administrador y el tercero que contrata con la sociedad sitúan al administrador en una situación de conflicto de interés indirecto en la medida en que el familiar que contrata puede influir la conducta del administrador²⁴⁰. Dada la posibilidad

justificación de las modificaciones señala que “*ambas modificaciones se han tratado de justificar en las exigencias de la Directiva 2017/828, pero algunos de los argumentos empleados en el Preámbulo de la Ley son poco veraces*”. La primera modificación consiste en un cambio de redacción de la letra d) del artículo 231.1 LSC, para incluir a las sociedades o entidades en las que el administrador tiene una participación relevante o desempeña un puesto clave. El artículo 231.1.d) LSC dispone expresamente que: “*A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores: d) Las sociedades o entidades en las cuales el administrador posee directa o indirectamente, incluso por persona interpuesta, una participación que le otorgue una influencia significativa o desempeña en ellas o en su sociedad dominante un puesto en el órgano de administración o en la alta dirección. A estos efectos, se presume que otorga influencia significativa cualquier participación igual o superior al 10 % del capital social o de los derechos de voto o en atención a la cual se ha podido obtener, de hecho, o de derecho, una representación en el órgano de administración de la sociedad*”. La segunda modificación radica en introducir una nueva letra e) al artículo 231.1 LSC para incluir a “*los socios representados por el administrador en el órgano de administración*”. El preámbulo señala que la razón de la inclusión de estos sujetos como personas vinculadas al administrador reside en que estas personas “*han procurado su nombramiento para que las represente en el órgano de administración, que son fuente de un conflicto de interés por cuenta ajena genéricamente contemplado en el artículo 228.e) y específicamente previsto en el artículo 529 ter 1.h)*”. Sobre la reforma, MEGÍAS LÓPEZ, J., “*Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)*”, *cit.*, p. 3, declara que “*la modificación del art. 231 LSC impulsada en 2021 únicamente amplía el catálogo de personas vinculadas a los administradores a dos supuestos cuya ausencia hasta hoy era llamativa*”.

²⁴⁰ BOLDÓ RODA, C., “*Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231*”, *cit.*, p.272-273, agrega que el administrador, en cumplimiento del deber de lealtad, puede tener que decidir en contra de los intereses de los familiares, resultando una situación desfavorable en la relación familiar.

de que la relación familiar pueda influir en el comportamiento del administrador, el legislador establece un elenco de diferentes relaciones familiares que se deben considerar como personas vinculadas.

En primer lugar, se sitúa el cónyuge del administrador, que constituye el prototipo de persona con potencial capacidad de influencia sobre él. Junto con el cónyuge se equipara a las personas que sin estar casadas con el administrador mantengan con él una relación de afectividad análoga (Artículo 231. 1. a) LSC)²⁴¹. En segundo lugar, se consideran personas vinculadas los ascendientes y descendientes del administrador y los hermanos del administrador o del cónyuge del administrador (art. 231. 1. b) LSC). Los mencionados forman parte del círculo íntimo del administrador, por lo que dada su proximidad es lógico que exista un importante grado de influencia sobre él. Y, en tercer lugar, el legislador incluye en el apartado c) del artículo 231 los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador. En conclusión, si media una relación de carácter familiar entre el administrador y el tercero que va a contratar con la sociedad administrada se entiende que se suscita una relación de conflicto de interés. El riesgo en estas situaciones reside en la incapacidad del administrador de abordar el asunto objeto activamente y en el peligro de que la persona vinculada pueda influir sobre el administrador condicionando su actuación en la sociedad.

Por otro lado, se considera sujeto vinculado al administrador la sociedad que esté controlada por el administrador ya sea de modo directo o indirecto. La reforma operada por la Ley 5/2021 altera el parámetro para considerar persona vinculada a las sociedades con las que se encuentre relacionado el administrador²⁴². La regulación anterior señalaba como determinante que el administrador controlase la sociedad, remitiéndose a las

²⁴¹ Sobre los supuestos incluidos en el apartado a) del artículo 231.1 LSC, GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores”, *cit.*, p. 3116, el autor incluye en la norma todas aquellas relaciones en las que verdaderamente exista la capacidad de influencia sobre el administrador.

²⁴² Sobre la modificación del precepto, el Preámbulo de la Ley 5/2021 señala “a la vista del contenido material de dicha NIIF 24, es preciso por ineludibles exigencias de coherencia sistemática, reformar la letra d) del artículo 231.1 para ampliar su perímetro. Es cierto que las previsiones en materia de sociedades cotizadas no tienen por qué coincidir al pie de la letra con las establecidas en la parte general, entre otros motivos porque ésta define las «personas vinculadas a los administradores» y la Directiva se ocupa de las «partes vinculadas a la sociedad cotizada» y por referencia a una normativa contable, como son las normas internacionales de contabilidad, solo aplicables a estas. No obstante, en el plano material, resulta altamente conveniente aproximar sustantivamente ambos tratamientos para evitar contradicciones de valoración difícilmente justificables. La doctrina está de acuerdo, por lo demás, en la necesidad de ampliar el espectro de personas vinculadas contempladas en el artículo 231. La diferencia sustancial entre ambas regulaciones es que aquella deja fuera a las sociedades o entidades en que el administrador tiene una participación relevante o desempeña un puesto clave”

presunciones de control establecidas en el art. 42 del Código de Comercio. El nuevo artículo 231.1.d) LSC amplía la categoría y por tanto las sociedades vinculadas, y se centra en las conexiones específicas que pueden suponer una influencia significativa en la actuación del administrador²⁴³. El vigente artículo 231.1.d) considera suficiente la participación o derechos de voto del 10 %, o la capacidad de nombrar algún miembro del órgano de administración en la sociedad vinculada. Así, por un lado, la LSC atiende la influencia que le concede al administrador la participación en el capital o los derechos de voto de la sociedad vinculada. El legislador incorpora la presentación de influencia significativa que tiende a un doble criterio, por un lado, alcanzar al menos el 10 % en el capital o los derechos de voto, o cualquier otra participación que le haya permitido ser nombrado o nombrar administrador en la sociedad vinculada. Por otro lado, es determinante la influencia significativa que le otorga al administrador su condición de miembro del órgano de administración o de alta dirección en la sociedad vinculada, con independencia de su participación en el capital o la relevancia de sus derechos de voto²⁴⁴.

Junto con la especificación del apartado c) del artículo 231 LSC, la Ley 5/2021 añade una nueva persona vinculada al catálogo. El apartado d) establece que tendrán consideración de persona vinculada al administrador “*los socios representados por el administrador en el órgano de administración*”²⁴⁵. El nuevo artículo 231.1.e) LSC permite considerar persona vinculada al socio conectado con un administrador dominical. El artículo 529.duodecimo. 3 LSC, establece que “Se considerarán consejeros dominicales aquellos que posean una participación accionarial igual o superior a la que se considere legalmente como significativa o que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía, así como quienes

²⁴³ El previgente artículo 231.1.d) LSC se refería específicamente a “*las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del código de comercio*”. La redacción anterior exigía una capacidad de influencia mucho mayor a la que se prevé actualmente, pues requería que el administrador estuviera en la sociedad vinculada, por sí mismo o en virtud de pactos con terceros, la mayoría de los derechos de voto, o bien que hubieran nombrado o tuviera capacidad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

²⁴⁴ Para una mayor profundización, MEGÍAS LÓPEZ, J., “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”, *cit.*, p. 8.

²⁴⁵ MEGÍAS LÓPEZ, J., *Ibid.*, p. 9, se refiere a la expresión utilizada por el administrador como “*directa y, en cierto grado, rompedora*”. El legislador incorpora una previsión del previgente art. 529 ter. h) LSC en el contexto de la aprobación de operaciones vinculadas en sociedades cotizadas, cuando extendía el procedimiento previsto para ellas a las operaciones ente la sociedad y los “*accionistas representados en el consejo de administración de la sociedad o de otras sociedades que formen parte del mismo grupo o con personas a ellos vinculadas*”.

representen a accionistas de los anteriormente señalados”²⁴⁶. En concreto, debemos referirnos a la noción de consejero dominical que el precepto señalado hace, y que coincide con la expresada en el artículo 231.1. e) LSC: la representación del socio en el órgano de administración. El legislador incluye este supuesto en atención al vínculo estrecho del consejero y el socio, asumiendo que su relación de confianza directa con él es la causa de su nombramiento como administrador²⁴⁷. El artículo 231.1. ELSC no delimita las situaciones en las que se entiende que un administrador representa un socio en el órgano de administración, Por lo que para entender la idea de representación es necesario acudir a la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, sobre contenido y estructura del informe anual de gobierno corporativo y el informe anual de remuneraciones²⁴⁸.

5.2.2-. Vínculos del administrador persona jurídica

En primer lugar, se consideran personas vinculadas al administrador persona jurídica los socios que ejerzan no pueden ejercer el control sobre aquel. El apartado a) del artículo 231.2 se refiere expresamente a *“los socios que se encuentre, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del código de comercio”*. La norma se refiere a los socios que gozan de control

²⁴⁶ La clasificación como consejero dominical puede derivar de tres supuestos. En primer lugar, por el hecho de que el consejero sea titular de una participación significativa. En segundo lugar, si el consejero ha sido designado por su condición de accionista sin ser significativo. Y, en tercer lugar, que se deduzca que el consejero representa a un accionista de alguna forma.

²⁴⁷ MEGÍAS LÓPEZ, J., *Ibid.*, p. 9, señala que la alusión a la representación del socio por el administrador como elemento determinante puede resultar algo desconcertante, pero realmente con ella las normas no escriban la situación de hecho que produce el nombramiento. Concretamente declara que *“tratar expresamente al consejero dominical como representante del socio vinculado es una forma de reconocerse ausencia de imparcialidad plena, sin que ello sea totalmente incompatible con la conformación del interés social”*. En la misma línea, PAZ ARES, C., JORDANO LUNA, M., *“El perímetro de vinculación”*, *cit.*, p. 91, aunque con la salvedad de que *“la abstención del administrador dominical en los conflictos transaccionales no menoscaba su función de intermediación política en la composición del interés social, puesto que las operaciones vinculadas no son los únicos medios o instrumentos (ni siquiera típicos) de implementación de la estrategia empresarial; precisamente por ello, cuando efectivamente lo son —como sucede en los grupos de sociedades— el legislador no impone la abstención a los administradores dominicales de la matriz (v. art. 231-bis.2 LSC)”*.

²⁴⁸ El artículo 8.3 de la Orden ECC/461/2013 recoge los vínculos entre el accionista y el consejero nombrado que se representan como presunciones de tal representación en sentido amplio de modo que un consejero representa a un accionista en el caso de que *“1. Hubiera sido nombrado en ejercicio del derecho de representación. 2. Sea consejero, alto directivo, empleado o prestador no ocasional de servicios a dicho accionista, o a sociedades pertenecientes a su mismo grupo. 3. De la documentación societaria se desprenda que el accionista asume que el consejero ha sido designado por él o le representa. 4.o Sea cónyuge, personas ligadas por análoga relación de afectividad, o pariente hasta de segundo grado de un accionista significativo”*. Sobre la cuestión, para una mayor profundización, MEGÍAS LÓPEZ, J., *“Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”*, *cit.*, p.9 ss.

societario, de manera que el administrador puede tener que enfrentarse al interés particular que podrían albergar aquellos que le han designado para ejercer el cargo.

En segundo lugar, el artículo 231.2 LSC considera personas vinculadas al administrador persona jurídica aquellos sujetos que tengan encomendada la llevanza de su gestión, como lo son “*los administradores de derecho o, de hecho, liquidadores y los apoderados que tengan poderes generales del administrador persona jurídica*” (art. 231. 2. b LSC)²⁴⁹.

En tercer lugar, la LSC se refiere a las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios. El alcance de la norma se extiende a cualquier sociedad del grupo, por lo que es indiferente que el administrador persona jurídica ocupe la posición de entidad dominante o dominada, porque la vinculación existirá en ambos casos, además, las personas que sean socias de sociedades que estén integradas en el mismo grupo que el administrador persona jurídica serán consideradas personas vinculadas y operarán al respecto a las previsiones inherentes al cumplimiento del deber de lealtad.

Por último, el apartado d) del artículo 231.2 LSC extiende el carácter de persona vinculada a las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores. Dado que el ejercicio de las funciones del cargo de administrador en el caso de administrador persona jurídica tiene que llevarse a cabo a través de una persona natural que la represente, los familiares y sujetos vinculados societaria mente a ese representante físico serán también considerados personas vinculadas al administrador de la sociedad.

5.2.3-. *El nuevo artículo 231 bis LSC tras la Ley 5/2021. Las operaciones intragrupo*

La reforma operada a través de la Ley 5/2021 ha introducido un nuevo precepto en el articulado bajo la rúbrica de operaciones intragrupo²⁵⁰. A través de la transposición de la Directiva 2017/828, que afectaba a la regulación de las operaciones vinculadas en sede

²⁴⁹ GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores”, *cit.*, p. 3119, destaca acertadamente que la norma no solo abarca a quienes hubieran sido formalmente designados para el desempeño del cargo, sino que explicita que en el caso de los administradores quedan comprendidos no solo los que fueran de derecho sino también los que sean de hecho, con lo que abarca a quien ejerza de facto tal función.

²⁵⁰ MEGÍAS LÓPEZ, J., “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”, *cit.*, p. 12, señala que el precepto establece un régimen especial para la aprobación de las decisiones en las que el conflicto de interés es patente, “*pero responde a una lógica estructural que no solo se ha manifestado en la realidad empresarial, sino que, inevitablemente, el propio derecho de sociedades a amparado*”.

de sociedades cotizadas, el legislador ha establecido reglas especiales aplicables a las operaciones intragrupo²⁵¹. El precepto establece un régimen especial para la aprobación de las decisiones en las que el conflicto de interés es patente. Se produce una simplificación de los requisitos de procedimiento para la adopción de la decisión.

La necesidad de la regulación de estas operaciones reside en que entra en juego la protección del interés social frente a las imposiciones de un dominante que puede estar, directa o indirectamente, derivando beneficios a favor de otra de las entidades implicadas en la operación a costa de la otra parte en la transacción²⁵². En las operaciones intragrupo resulta de aplicación el régimen general del deber de lealtad del administrador, por lo que se aplican las reglas de conflicto de interés que la LSC prevé, debiendo el administrador comunicar la situación de conflicto, abstenerse, y en su caso, solicitar el otorgamiento de la dispensa. Junto al régimen general del deber de lealtad, el artículo 231 bis LSC establece una serie de reglas especiales, que suavizan el régimen general²⁵³.

5.3-. El carácter abierto del artículo 231 LCS

El artículo 231 LSC establece un elenco de situaciones cuyo objeto es determinar los sujetos que están vinculados a los administradores “*a los efectos de los artículos anteriores*”²⁵⁴. La cuestión fundamental es concretar el carácter abierto o cerrado del

²⁵¹ Las operaciones intragrupo son aquellas que se realizan entre una sociedad matriz y una filiar, total o parcialmente participada por ella, y las que se realizan entre las sociedades filiales integradas en el mismo grupo. También pueden ser consideradas operaciones intragrupo las operaciones entre una filial y los sujetos vinculados a la matriz.

²⁵² A este respecto, MEGÍAS LÓPEZ, J., “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”, *cit.*, p. 13, revela que conjugar ambas pretensiones requiere cierto equilibrio que atienda tanto al interés legítimo mayoritario como al minoritario. En palabras del autor, “*aplicar impasible el sistema legal de control de conflictos de interés soslayaría la causa de la participación de control estructural, olvidando la realidad societaria; conceder carta de libertad a ese control societario no afrontaría adecuadamente la necesaria tutela de las minorías*”. En este sentido, plantea que lo que pretende el nuevo artículo 231 bis LSC es instituir el equilibrio, estableciendo un límite al ámbito de independencia del administrador, “*que cohibe las instrucciones externas y desconfía de las vinculaciones, por susceptibles de alterar la imparcialidad de los administradores*”.

²⁵³ El ámbito de aplicación de la norma se refiere a las operaciones que celebre la sociedad con su dominante u otras sociedades del grupo cuando presenten un conflicto de interés entre ambas partes de la operación. Por tanto, el régimen especial no se aplica en dos supuestos, por un lado, quedan excluidas las operaciones en las que no hay conflicto a pesar de ser intragrupo. Y, por otro lado, el régimen especial tampoco se aplica a la aprobación de las operaciones de la sociedad matriz con sus sociedades filiales, en este caso porque no existe conflicto en la matriz, tal y como establece el propio artículo 231 bis.4 LSC. sobre el ámbito de aplicación del artículo 231 bis, véase, MEGÍAS LÓPEZ, J., “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”, *cit.*, p. 12ss.

²⁵⁴ El concepto y número de las personas vinculadas no ha variado con la reforma, pero existen discrepancias en torno a la naturaleza de conflicto que en esos casos se plantea y también respecto a la

precepto, es decir, precisar si los sujetos vinculados al administrador son exclusivamente los enumerados en el precepto, o si, por el contrario, es posible que otros sujetos no especificados en el artículo 231 LSC puedan tener el carácter de persona vinculada al administrador²⁵⁵. La cuestión no es pacífica, pues la opinión se encuentra muy dividida a la hora de considerar el elenco de relaciones del artículo 231 LSC un listado abierto o cerrado. Hay quien, en atención a la seguridad jurídica, entiende que el listado que el artículo 231 LSC desarrolla constituye una enumeración no susceptible de ser desarrollada²⁵⁶, aunque hay quien acepta la posibilidad aplicar el régimen a otras

posibilidad de extensión a otras personas distintas a las expresamente mencionadas por el legislador. En este sentido, ALONSO LEDESMA, C., “Extensión subjetiva de los conflictos de interés de los administradores: personas vinculadas, con especial referencia a la situación de los consejeros dominicales”, *cit.*, p. 145.

²⁵⁵ Sobre el debate, para una mayor profundización, DEL VAL TALENS, P., *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital*, *cit.*, p. 337 y ss.

²⁵⁶ Esta línea doctrinal, apelando a la seguridad jurídica entiende que el listado del artículo 231 LSC comprende una enumeración taxativa, no susceptible de ser integrada por la vía analógica. En este sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J., MAMBRILLA RIVERA, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, *cit.*, p. 970, al señalar que el listado contenido en el precepto “*debe considerarse como un auténtico numerus clausus, sin posibilidad alguna de considerar persona vinculada a otros sujetos que los mencionados*”; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Transparencia y aprobación de operaciones con partes vinculadas”, en *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, (Coord. RONCERO SÁNCHEZ, A.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 306, defiende el carácter cerrado del listado de personas vinculadas al administrador, y así lo expone, “*en mi opinión existe en nuestro derecho un listado numerus clausus de supuestos de personas vinculadas y de suerte que no cabe el expediente dogmático de la analogía general*”; MEGÍAS LÓPEZ, J., “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”, *cit.*, p. 5, considera que entender el artículo 231 LSC como una lista cerrada “*limita destacadamente la finalidad preventiva del sistema, por la ausencia evidente de relaciones susceptibles de mermar la imparcialidad del administrador con más probabilidad que las previstas*”. El autor considera criticable que la Ley 31/2014 modificase todos los artículos contiguos salvo el art. 231, ya para facilitar la interpretación de su alcance, ya para corregir su déficit, ya para eliminarlo. “*Y es criticable asimismo que la Ley 5/2021 no haya aclarado su alcance explícitamente, sino solo ampliado el elenco de personas vinculadas en una clara orientación hacia la construcción de un régimen especial para las operaciones intragrupo, con daños colaterales por no atender a otro tipo de situaciones; lo que, por cierto, deja entrever cierta toma de postura a favor de una interpretación restrictiva del art. 231*”; GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores”, *cit.*, p. 3215 ss., declara también el carácter cerrado del listado previsto en el artículo 231 LSC. El autor defiende que abrir el precepto supondría el resentimiento de la seguridad jurídica, generando situaciones de incertidumbre, así, defiende la conveniencia de establecer límites claros “*que señalen con certeza dentro de que terreno tiene el administrador que actuar de determinada manera. Lo cual se aviene mejor con el entendimiento de que el catálogo legal es de carácter cerrado*”; PAZ ARES, C., JORDANO LUNA, M., “El perímetro de vinculación”, *cit.*, p. 98 ss., tajantes, declaran que “*prima facie, no cabe considerar parte vinculada a personas que no están incluidas en la lista*”, aunque añade que la afirmación, sin embargo, no es absoluta pues, dicen, está sujeta a algunas precisiones. Los autores aluden a que la defensa del numerus clausus no sirve de salvoconducto para operaciones sospechosas ni otorga inmunidad a los sujetos implicados. Por tanto, el numerus clausus que defienden no es absoluto. Sin embargo, la regla general es que la inclusión de una persona en alguna de las clases o categorías de sujetos que el artículo 231 LSC prevé es condición necesaria para la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas. En la misma línea, ALONSO LEDESMA, C., “Extensión subjetiva de los conflictos de interés de los administradores: personas vinculadas, con especial referencia a la situación de los consejeros dominicales”, *cit.*, p. 157, señala que la solución más correcta es entender que estamos ante una lista cerrada, a pesar de que puedan quedar fuera importantes supuestos, ya que de admitir lo contrario podría suponer una ampliación desmedida de casos dado que bastaría con apreciar la existencia de un vínculo con el

relaciones significativas con sujetos distintos a los enumerados en el precepto, interpretándose como presunciones iure et de iure los vínculos determinantes de la falta de imparcialidad del administrador vinculado²⁵⁷. Aun cuando resulta discutible por algunos, parece que la opinión más fundada es aquella que aboga por considerar el elenco de personas vinculadas contenido en el precepto es *numerus apertus*²⁵⁸.

administrador para considerar que existe conflicto lo cual generaría una gran inseguridad. En consecuencia, estima que deben existir límites que solo el legislador puede establecer deciden expresamente quién es tienen la condición de personas vinculadas.

²⁵⁷ En este sentido, PAZ ARES, C., JORDANO LUNA, M., “El perímetro de vinculación”, *cit.*, p., 104, agregan que fuera de los casos mencionados, hay que asumir que estamos ante presunciones iure et de iure. La vinculación deberá asumirse y se aplicarán las normas como a los sujetos enumerados en el precepto. Los autores señalan que desde esta perspectiva coinciden en que “*la función del listado es identificar las relaciones cualificadas que permiten presumir, sin posibilidad de prueba en contra, que el administrador está en situación de conflicto, o lo que es lo mismo, que la presunción legal convierte en irrelevantes las concretas circunstancias que rodean la situación de conflicto*”. De acuerdo con, LATORRE CHINER, N., *El control de las operaciones vinculadas en la sociedad cotizada*, *cit.*, p. 110, “*la presunción iure et de iure solo es compatible con una enumeración de carácter exhaustivo, lo que, en otras palabras, significa que, fuera del listado, ninguna otra relación o vínculo produce el mismo efecto presuntivo*”.

²⁵⁸ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 484, defiende que limitar al listado contenido en el artículo 231 LSC las personas que quedan sujetas a la prohibición es “*una limitación manifiestamente absurda*”. Por su parte, CABANAS TREJO, R., “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores”, *cit.*, p. 1441, sostiene que “*se trata de una enumeración cerrada, pero otros supuestos de proximidad son posibles, aunque deberán probarse*”; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad”, *cit.*, p. 910, sugiere que el concepto de persona vinculada debe ser interpretado en el sentido más amplio posible con vistas a dar efectividad a las normas del régimen de lealtad del administrador. Por su parte, GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses”, en *Gobierno Corporativo: La estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, (Dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, A. y GARCÍA DE DUEÑAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 556, señala que no parece que la relación de personas del artículo 231 agote todos los casos de vinculación relevante. Dice, hay casos en los que la vinculación viene determinada por la propia ley, pero que fuera de los casos tipificados, puede hacer supuestos de vinculación que generan conflicto de intereses en el administrador, como pueden ser una relación estrecha de amistad, una relación de noviazgo, una relación laboral, etc. En la misma línea, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Conflicto de interés directo e indirecto del administrador en el Art. 228 C) LSC tras la modificación del Art. 231 LSC”, en AA.VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2022, p. 196-197, en el contexto de los conflictos indirectos del administrador, manifiesta que limitar el alcance de la noción de persona vinculada al administrador previsto en el art. 228 c) LSC para los supuestos contemplados en el art. 231 LSC “*no sería sensato, porque dejaría fuera de la consideración de conflicto de interés indirecto supuestos en los que la vinculación no es familiar ni societaria*”. EMPARANZA SOBEJANO, A., “Conflicto de interés directo e indirecto del administrador en el art. 228 c) LSC”, *cit.*, p. 15 “*resultaría absurdo que se negara la existencia de conflicto de interés indirecto cuando el administrador, en lugar de llevar a cabo la actuación contraria al interés social, dejara o hiciera lo posible para que la realizara un amigo, un familiar lejano o alguien con quien mantiene una relación de negocios significativa, aunque no comparta ningún tipo de vinculación societaria*”. Por tanto, el autor señala que este tipo de condición la pueden revestir personas que ostenten la vinculación con el administrador al margen de la esfera familiar y societaria y que, por tal motivo, si sus intereses resultan contrapuestos los de la sociedad pueden inducir al administrador a tomar decisiones o realizar operaciones que beneficien a esos sujetos con el vinculados, perjudicando los intereses de la sociedad. Igualmente, JUSTE MENCÍA, J., “El deber de abstención del socio administrador en la junta general. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017,396)”, *cit.*, Conviene recordar que la definición de conflicto relevante abarca el directo y el indirecto, tanto del administrador como de las personas vinculadas. Aunque la aplicación literal de esta norma sea excesiva, no cabe duda de que la voluntad del legislador es la de adoptar

El mismo debate ha tenido lugar en la jurisprudencia, que, aunque recientemente se ha inclinado por el carácter cerrado del listado del artículo 231 LSC por el Tribunal Supremo, otras resoluciones han planteado el carácter abierto de la enumeración de personas vinculadas²⁵⁹. La decisión del Tribunal de cerrar la aplicación del artículo 229.2 LSC a las personas expresamente contenidas en el artículo 231 LSC imposibilita prohibir el desarrollo de este tipo de conductas a los sujetos que quedan fuera de los casos tipificados.

En nuestra opinión, el carácter del artículo 231 LSC no puede ser cerrado, es decir, la enumeración que en la misma se incluye no es un listado “*numerus clausus*”, pues el ámbito subjetivo de la norma es muy superior y debe incluir cualquier persona física o jurídica próxima al administrador, aunque no aparezca mencionada en el artículo 231 LSC. La realidad societaria ha demostrado que muchas de las situaciones de vinculación que generan conflicto de intereses en el administrador no están incluidas en el artículo 231 LSC, por lo que reducir su aplicación únicamente a las personas expresamente comprendidas en el precepto puede suponer una limitación excesiva de su radio de acción²⁶⁰. La exigencia de que todo aquel que lleva a cabo estas operaciones desleales deba estar incluido en el listado del artículo 231 LSC haría imposible atajar las consecuencias legales derivadas de la infracción del deber de lealtad en aquellos casos en los que la vinculación no encuentre acomodo en ninguno de los supuestos expresamente especificados en el precepto.

medidas frente a cualquier conflicto del administrador, sin que la categoría de los “indirectos” pueda reducirse a aquellos de los que sea titular una persona vinculada de entre las definidas en el art. 231LSC.

²⁵⁹ El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil Sección 1ª) en su reciente STS de 17 de noviembre de 2020 (RJ 2020\5282), adopta una postura quizá excesivamente precavida y otorga al artículo 231 LSC el carácter cerrado. El Supremo declara expresamente que “*persona vinculada solo lo es una de las enumeradas en el art.231 LSC, que contiene una lista cerrada*”, también “*las personas vinculadas al administrador, a efectos de aplicar el artículo 229.2 LSC, son exclusivamente las enumeradas en el artículo 231 LSC*”. En este sentido, no compartimos las afirmaciones de la sentencia del Alto Tribunal. Entendemos que el precepto en cuestión contiene un listado de personas que tienen la consideración de personas vinculadas a los administradores. A pesar de que el legislador dedica un precepto para ello, no se trata de un *numerus clausus*, pues el ámbito subjetivo de la norma es muy superior y debe incluir cualquier persona física o jurídica próxima al administrador, aunque no aparezca mencionada en el artículo 231 LSC. En la misma línea, la STSJ de Oviedo de 9 de enero de 2014 (JUR 2015\102597). En contra, la SJM de Madrid de 30 de octubre de 2013 (AC 2013\2043), revela la insuficiencia de la norma, y declara que “*lo relevante es la vinculación objetiva entre intereses y no entre personas o, en otras palabras, que no puede intervenir en una votación sobre un asunto «quien detenta el interés extrasocial en conflicto con el interés social»*”.

²⁶⁰ En vista de la constante evolución de la realidad societaria el legislador opta por nuevas incorporaciones expresas de supuestos de vinculación, y así sí lo demuestra la inclusión de los nuevos apartados del artículo 231 LSC.

No se pretende, obviamente, que toda persona que tenga relación con el administrador se convierta automáticamente en una persona a él vinculada a efectos legales. Pero en aquellos casos en los que el administrador lleve a cabo una conducta a través de la instrumentalización de un tercero a él vinculado, o que el administrador se deje utilizar por la persona vinculada para desarrollar una operación prohibida por la ley, la relación que une al administrador con esa persona debería quedar incluida en la relación de casos del artículo 231 LSC.

La dificultad reside en identificar los casos en los que el administrador instrumentaliza a una persona a él vinculada, o se está dejando utilizar por ésta. Es difícil identificar los casos en los que el administrador ha utilizado a una persona vinculada a él para desarrollar una conducta o se ha dejado utilizar. La solución es la aplicación de la regla de no conflicto, que, obliga a todo administrador a evitar situaciones de conflicto en las que tenga o pueda tener un interés, directo o indirecto, que esté o pueda estar en conflicto con los intereses de la sociedad. Debido a lo cual, si se cierra el ámbito subjetivo del radio de acción del deber de evitar situaciones de conflicto de interés, circunscribiéndose éste únicamente a los supuestos expresamente incluidos en el artículo 231 LSC, todos aquellos supuestos que queden fuera del precepto no podrán ser reclamados, lo que podría suponer la indefensión de la sociedad, que vería su interés gravemente afectado. De manera que, cuando un administrador instrumentalice a una persona vinculada en calidad de mera persona interpuesta, esté o no incluida en la enumeración del artículo 231 LSC, o se dejara utilizar por ella, será de aplicación la prohibición del artículo 229.1 LSC. El administrador deberá proceder a la comunicación de la supuesta situación de conflicto y recabará el permiso de la sociedad a través de la solicitud de la oportuna dispensa.

En conclusión, la clave reside en si el administrador tiene o no el dominio funcional del hecho que suponga el conflicto de interés, y si lo tiene, esté o no la persona a él vinculada incluida en el precepto, se activará la prohibición del artículo 229.1. a) LSC, desencadenándose el régimen dispensatorio del artículo 230.2 LSC.

IV-. ÁMBITO OBJETIVO DE LA DISPENSA: LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

1-. PRELIMINAR

El objetivo que tiene la construcción del sistema dispensatorio es el de dotar de versatilidad al sistema imperativo del deber de lealtad, pues de no existir tal institución, estaríamos ante un sistema rígido que imposibilitaría el desarrollo de las conductas prohibidas en la ley²⁶¹. En cualquier caso, la flexibilidad que otorga la institución de la dispensa al sistema imperativo no es absoluta, puesto que existen límites a dicha modulación. Uno de estos límites es el material, y se refiere a las situaciones que pueden ser dispensadas.

El deber de lealtad del administrador se desdobra en dos deberes diferentes, la regla de no conflicto y la regla de ningún beneficio. Estas reglas se traducen en la obligación de evitar situaciones de conflicto de interés y la obligación de anteponer los intereses de la sociedad a cualquier interés propio del administrador. Dada la obligación de todo gestor de actuar en interés del principal en caso de conflicto de intereses, el administrador debe subordinar su interés al interés social, salvo que, previa comunicación por el administrador, la sociedad decida autorizar la operación interesada. Sin embargo, no todas las obligaciones derivadas del deber de lealtad son susceptibles de ser dispensadas.

El legislador tras la proclamación del deber de lealtad en el artículo 227 LSC, desarrolla su contenido en el precepto que le sigue, sistematizando las obligaciones básicas derivadas del deber que el administrador debe observar en su actuación²⁶². En virtud de ello, las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad (art. 228 LSC) no podrán ser dispensadas en ningún caso. La única excepción que hace la ley se refiere a la obligación

²⁶¹ En todo caso, y como ya he apuntado, la flexibilidad que otorga la institución de la dispensa al sistema imperativo no es absoluta, puesto que existen límites.

²⁶² La sistematización de las obligaciones básicas como medida para reforzar la eficacia del deber de lealtad era una de las exigencias que tanto la doctrina como la jurisprudencia venían apuntado. Así, a pesar de que la propia cláusula general del deber de lealtad podía ser suficiente para exigir un comportamiento leal al administrador, la precisión que hace el legislador de las conductas concretas ha supuesto aumentar la conciencia sobre la necesidad de su cumplimiento. En este sentido se manifiesta, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 82. La especificación de las obligaciones básicas que incluye la LSC ha supuesto unos beneficios, que ya adelantó PAZ ARES, C., “Responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, cit., p. 13, al apuntar en su obra que la primera de las medidas que debían adoptarse para reforzar la eficacia del deber de lealtad consistía en detallar las principales obligaciones derivadas del principio general, y ello supondría un aumento de la conciencia sobre la necesidad de cumplimiento del deber. Debido a la cual, aumenta la eficacia preventiva de la responsabilidad por deslealtad, incrementa la observabilidad y la verificabilidad de las conductas indebidas, ofrece pautas para orientar la conducta de los administradores, suministra amparo a los operadores para resistir conductas indebidas y contribuye a la creación de una cultura corporativa adecuada.

de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 228.e) LSC), que podrá ser autorizada por la sociedad en determinados casos, tras la comunicación de la situación de conflicto por el administrador. Así, la regla de no conflicto que rige el comportamiento del administrador en la sociedad puede ser excepcionada si la sociedad así lo considera oportuno. Esta afirmación ha de ser precisada, pues no toda situación de conflicto de interés es susceptible de dispensa. Lo que la sociedad autoriza no es la obligación general de evitar situaciones de conflicto de interés, sino un conflicto de interés concreto y determinado que se encuentre entre los supuestos legalmente tasados.

El artículo 230.2 LSC al consagrar el instituto de la dispensa indica que “*la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior*” (art. 229 LSC), para, a continuación, especificar las concretas conductas dispensables por la sociedad. Así, la sociedad podrá autorizar la realización por parte del administrador o persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de tercero, y, por último, la obligación de no competir con la sociedad (art. 230.3 LSC). La Ley de Sociedades de Capital, en la tarea de definir las conductas que pueden ser objeto de dispensa, ha optado por incluir un listado detallado de conductas desleales que pueden ser realizadas por los administradores siempre que cuenten con la autorización oportuna del órgano competente. Por tanto, la dispensa únicamente se predica de aquellas conductas que gozan de la posibilidad de ser dispensadas legalmente²⁶³.

2.- LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DERIVADAS DEL DEBER DE LEALTAD

2.1.- La previsión de las obligaciones básicas

El artículo 228 LSC agrupa obligaciones indisponibles para las partes, siendo una relación de obligaciones abierta y no exhaustiva, por lo que los estatutos pueden establecer cualesquiera otras obligaciones²⁶⁴. En todo caso, el artículo 227.1 LSC actúa como

²⁶³ En concreto, el artículo 230 LSC en sus apartados segundo y tercero señala las conductas dispensables por los órganos de la sociedad. Así, el precepto establece que la sociedad podrá dispensar las previsiones contenidas en el artículo anterior (art. 229 LSC) en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero y la obligación de no competir con la sociedad.

²⁶⁴ A este respecto, ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord.

cláusula general que permite que cualquier comportamiento derivado del mismo, aunque no se encuentre reflejado en el artículo 228 LSC, ni haya sido incluido en los estatutos sociales, quede comprendido en el marco del deber²⁶⁵.

El artículo 228 LSC refleja la intención del legislador de incluir una ordenación sistemática de las obligaciones básicas, que reúne en un precepto las obligaciones básicas que se derivan del deber. El artículo 228 enuncia las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, entre las que se encuentra el deber del deber de evitar situarse en conflicto de interés, que se desarrolla en el artículo 229 LSC²⁶⁶.

Particularmente, el artículo 228 LSC tipifica una serie de comportamientos concretos que ordenan la conducta del administrador en los apartados a) a d) en el desarrollo de su cargo en la sociedad²⁶⁷. De esta forma, los primeros apartados del precepto contemplan el comportamiento que el deber de lealtad impone al administrador en el desempeño del cargo, mientras que el apartado e), al referirse al deber de evitar situaciones de conflicto de interés, manifiesta la sujeción del administrador al interés social cuando realiza

HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p., 188. Dado el carácter imperativo que alcanza a todo el régimen del deber de lealtad, los estatutos podrán incluir un listado mayor de obligaciones, pero, en ningún caso será posible excluir la aplicabilidad de las obligaciones básicas descritas en la ley.

²⁶⁵ La necesidad de establecer un listado de obligaciones básicas era una de las peticiones de la doctrina, y ello por el carácter genérico o abstracto que el deber de lealtad tenía. De acuerdo con PAZ ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *cit.*, p. 14, el amparo legal que brindaba la cláusula general del deber podría haber sido suficiente para que la doctrina y la jurisprudencia hubieran creado una serie de reglas claras y orientativas. Al no haber sucedido, el autor ya resaltaba la necesidad de detallar las principales obligaciones derivadas del principio general, lo que elevaría la eficacia preventiva de la responsabilidad por deslealtad.

²⁶⁶ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 379, señala que el artículo 228 LSC declara la intención del legislador de mejorar tanto la redacción como la ordenación sistemática de las manifestaciones del deber de lealtad. Al margen del listado de situaciones de conflicto de interés a evitar que el artículo 229.1 LSC recoge, el artículo 228 LSC consagra la obligación autónoma de evitar cualquier situación de conflicto que ponga en riesgo el cumplimiento de las responsabilidades del administrador. A este respecto, PORTELLANO, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, *cit.*, p. 49, señala que, aunque la conducta no sea extractiva (como lo son las conductas especificadas en el artículo 229 LSC), también hay conflicto de interés cuando un administrador tiene un interés significativo de cualquier naturaleza y susceptible de interferir en la posición o decisión que un administrador deba tomar en el marco de sus funciones. El autor expone que lo que caracteriza a esta modalidad de conflicto es que el administrador pone en riesgo su independencia intelectual u objetiva y el correcto cumplimiento de sus responsabilidades.

²⁶⁷ Se trata de comportamientos que se manifiestan en el desempeño efectivo de las funciones que corresponden al administrador. OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, *cit.*, p. 84, afirma que se trata de obligaciones que introducen en la regulación societaria la clásica prohibición de desviación de poder y la obligación de independencia, que había sido omitida en la LSC, aunque se entendiera que se encontraba incluida en la cláusula general del deber.

operaciones por su cuenta o por cuenta de un tercero²⁶⁸. Ello explica que el legislador dedique el artículo siguiente a desarrollar un listado de situaciones que supongan un conflicto con el interés de la sociedad, y que la dispensa se limite a estas situaciones de conflicto. Por consiguiente, las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, salvo el deber de evitar situaciones de conflicto de interés que puede ser dispensado en los casos legalmente tasados, no podrán ser, en ningún caso, permitidas por la sociedad²⁶⁹.

4.2-. La no conflict rule

En el listado de obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, el artículo 228.e) LSC introduce en el ordenamiento jurídico español la *no conflict rule*, que desarrollada en el artículo 229.1 LSC, establece la obligación general de todo administrador de evitar situaciones en las que tenga o pueda tener un interés, directo o indirecto, que derive un conflicto con los intereses de la sociedad²⁷⁰.

A diferencia de lo que ocurre con los apartados a) a d) del artículo 228 LSC, que se centra en el comportamiento del administrador en el desempeño de sus funciones, el apartado e) del precepto manifiesta la sujeción del administrador al interés social²⁷¹. El apartado c)

²⁶⁸ El apartado e) del artículo 228 LSC, que establece la obligación de “*adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sea por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad*”.

²⁶⁹ GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. GARCÍA CRUCES, J.A., SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3052, expone que las obligaciones esenciales inherentes al deber de lealtad identificadas en el artículo 228 LSC, letras a), b), c), d), “*son deberes impuestos por una norma que goza de carácter imperativo. No cabe, por tanto, que se le dispense al administrador de atenerse a su estricto cumplimiento*”. Aunque, agrega, tampoco es posible la dispensa general de la obligación impuesta en el apartado e) del artículo 228 LSC, aunque si es posible que se le conceda una dispensa ad hoc. En el mismo sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, *cit.*, p. 380, señala a este respecto que las obligaciones derivadas de los cuatro primeros apartados del artículo 228 LSC no pueden ser dispensadas sin que se altere sustancialmente la naturaleza de la función de administrar como gestión de intereses ajenos, al menos cuando se opta por un sistema rigidamente preventivo de la situación de conflicto en el seno del órgano.

²⁷⁰ El origen de esta norma podría ser el derecho inglés, en concreto, la Section 175 de la Companies Act 2006. El precepto establece el deber del administrador de evitar situaciones en las que tenga, o pueda tener, un interés directo o indirecto que choque, o pueda chocar, con el interés de la sociedad (“*A director of a Company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interest of the company*”). OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, *cit.*, p. 85, apunta acertadamente que, a diferencia de lo que ocurre en el sistema español, que prevé la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones de conflicto, la norma inglesa no se preocupa por prever la forma en la que habrán de evitarse las situaciones conflictivas, limitándose a establecer la necesidad de que no se originen.

²⁷¹ Y es esa distinción la que explica el contenido del artículo 229 y la posibilidad de dispensa limitada a estos supuestos. En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228 LSC. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, *cit.*, p. 380, explica la imposibilidad de dispensar las obligaciones básicas sin que se altere sustancialmente la naturaleza de la función de administrar como gestión de intereses ajenos, “*al*

del artículo 228 LSC, el establece el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que los intereses del administrador puedan entrar en conflicto con los de la sociedad. Es la obligación autónoma de evitar cualquier tipo de conflicto de interés en el que el administrador no cumpla con las responsabilidades propias de su cargo²⁷².

La *no conflict rule* tiene una marcada función preventiva, en tanto en cuanto lo que se pretende es evitar aquellas situaciones en las que los intereses del administrador puedan entrar en conflicto con los intereses de la sociedad²⁷³. El precepto establece el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés. De la lectura del artículo 228. e) LSC se desprende que se espera una actitud activa de los administradores, que, además de evitar incurrir en las situaciones de conflicto que el artículo 229.1 LSC contempla, deberán abstenerse de llevar a cabo cualquier conducta que pueda suponer un conflicto de interés con la sociedad²⁷⁴. De manera que, el artículo 228.e) LSC opera como cláusula general que acoge aquellas operaciones que, no pudiendo ser incardinadas en los supuestos incluidos en el artículo 229.1 LSC, deben ser igualmente evitadas por el administrador²⁷⁵.

menos cuando se opta, por lo que se refiere al apartado c), por un sistema rígidamente preventivo de la situación de conflicto en el seno del órgano”.

²⁷² PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 48, manifiesta que el artículo 228 LSC está llamado a desempeñar un papel doble, uno autónomo y otro complementario de la regulación de los conflictos de interés del artículo 229 LSC. Sobre el autónomo, señala el autor, aunque la conducta no sea típicamente extractiva también hay conflicto de interés cuando un administrador tiene un interés significativo ajeno a la sociedad y susceptible de interferir en la posición o decisión que un administrador deba tomar en el marco de sus funciones. Por otro lado, el carácter complementario se refiere a que, aunque la sociedad levante la prohibición de realizar alguna de las conductas prohibidas, el administrador beneficiario deberá abstenerse de participar en las decisiones que se relacionen con la conducta que le han permitido realizar.

²⁷³ A este respecto, PAZ ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, cit., p. 53, defiende que la manera más eficaz de impedir al administrador la obtención de un beneficio indebido no es a través de la prohibición de alcanzar el beneficio, sino prohibiéndole ponerse en una situación de riesgo, “*en la que pueda sucumbir a la tentación de alcanzarlo*”.

²⁷⁴ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 392, expone que el artículo 228 incluye no solo el deber de actuar lealmente en las decisiones que tome por cuenta de la sociedad el administrador, sino también el deber de tomar las medidas para evitar situaciones que puedan entrañar un conflicto. Así, a juicio del autor, “*quien acepta el cargo de administrador autolimita su libertad personal para negociar con la sociedad que administra o, más en general, para emprender actuaciones por su cuenta que perjudiquen al interés social*”.

²⁷⁵ OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 86, destaca que, además de la conducta pasiva que se exige al administrador en el artículo 229.1 LSC, el artículo 228.e) LSC exige al administrador una conducta activa en el cumplimiento del deber de lealtad.

El comportamiento que se espera del administrador consiste en la adopción de cuantas medidas sean necesarias para evitar que su interés personal entre en conflicto con el de la sociedad²⁷⁶. No obstante, puede ocurrir que dicha situación, efectivamente, se produzca. En este escenario la medida consistirá en abstenerse de realizar actos en los que se revele la existencia de un conflicto de interés. Por tanto, en el caso del artículo 228.e) LSC, se establece un deber de actuación, en el que el administrador deberá tomar todas las medidas necesarias para evitar el conflicto, y en el caso del artículo 229 LSC el deber será de abstención, pues el administrador ya se encontraría en situación de conflicto, debiendo abstenerse a realizar cualquier actuación²⁷⁷.

3.- EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS (ARTÍCULO 229 LSC)

3.1.- Preliminar

La obligación de evitar ponerse en una situación de conflicto de interés es uno de los deberes más importantes que rigen la conducta del administrador²⁷⁸. Por la peligrosidad que estos comportamientos en el interés social el legislador ha puesto especial énfasis en la regulación de los conflictos de interés, estableciendo primero la obligación general de evitar estas situaciones, y desarrollando, posteriormente, un listado de conductas

²⁷⁶ El cometido del artículo 228.e) LSC es evitar que un administrador que se encuentre en una situación de conflicto de interés pueda ejercitar sus facultades de representación y gestión. PAZ ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.*, p. 53, señala que la función del precepto es “*profiláctica*”. En el mismo sentido, SMITH, L., “Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations”, *Journal of Equity*, núm. 7, 2013, p. 89-90, al señalar que “*sometimes, the no-conflict and no-profit rules are described as having a prophylactic function. This prophylaxis operates protecting the fiduciary from temptation to breach his other duties*”.

²⁷⁷ Por tanto, a pesar de la conducta pasiva que exigen las prohibiciones del artículo 229.1 LSC, el artículo 228.e) LSC exige una conducta activa de los administradores cuando el cumplimiento del deber de lealtad así lo exija. Sobre las posibles medidas exigibles al administrador leal, considero ilustrativo a estos efectos, OTEGUI JAUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, *cit.*, p. 86-87.

²⁷⁸ PAZ ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.*, p. 53, se refiere a la obligación de evitar ponerse en situación de conflicto de interés como el nervio central del deber de lealtad, que representa la regulación más sobresaliente de toda la materia. El autor señala que la manera más eficaz de impedir que el administrador obtenga un beneficio personal indebido “*no es prohibiéndole alcanzar dicho resultado, sino prohibiéndole ponerse en una situación de riesgo en la que pueda sucumbir la tentación de alcanzarlo*”. La función del precepto es “*profiláctica*”, por eso define un supuesto de peligro abstracto. El autor señala convenientemente que la importancia de la obligación de evitar ponerse en una situación de conflicto de interés es crucial, y merece de una precisión adicional. Es así como traza un tercer nivel de desarrollo de la cláusula general de lealtad. El tercer nivel está formado así por la lista de prohibiciones que el artículo 229 LSC establece. Dada su importancia el autor declara, “*éste es para mí el precepto central, el meollo de la regulación*”.

prohibidas²⁷⁹. Se trata de conductas a través de las cuales no solo se pone en peligro el interés social, sino que, además, puede darse una extracción de rentas de la sociedad²⁸⁰. Por esta razón la obligación de evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés tiene un marcado carácter preventivo, pues pretende evitar aquellas situaciones en las que los intereses del administrador pueden entrar en conflicto con el interés social. Se trata de situaciones de peligro abstracto, situaciones cuya mera existencia encierra el peligro de que los administradores actúen como élites extractivas, y capturen rentas ajenas que corresponden a la sociedad²⁸¹.

La razón de la prohibición de realizar estas conductas es el riesgo de la captación de rentas ajenas. La regla que establece el legislador es la de evitar esas conductas²⁸². De modo que, es una prohibición de carácter preventivo que obliga a eludir todas las situaciones de peligro. La función de la prohibición es, por tanto, evitar la realización de la conducta. Se pretende que el administrador no llegue, siquiera, a situarse en la posición de conflicto, pues el propio posicionamiento, sin llegar a producir lesión alguna al interés social, manifiesta una actuación desleal con la sociedad.

Los elementos esenciales de los conflictos de interés son la contraposición de intereses administrador-sociedad, y el riesgo de lesión al interés social²⁸³. A su vez, se describen

²⁷⁹ Sobre el desarrollo del deber de lealtad, PAZ ARES, C., *Ibid.*, p. 55, realiza un extenso estudio sobre el mismo. Concretamente, sobre el elenco de obligaciones que incluye la LSC, el autor describe que la ley incorpora una serie de innovaciones. Así, en primer lugar, el artículo 229 LSC al organizar y unificar las obligaciones bajo la matriz común del deber de lealtad, ofrece una ordenación elocuente de estas. En segundo lugar, se mejora la formulación individual de cada una de las prohibiciones y, por último, se amplía el elenco de las prohibiciones tradicionales.

²⁸⁰ Así lo hace notar, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 45, que dice que “por su peligrosidad el énfasis ha de ponerse en las conductas potencialmente extractivas de rentas antes que en los supuestos de merca contraposición de intereses en los que no existe ese riesgo o es de índole menor. Además, las primeras deliberadamente generan un conflicto de interés, mientras que las segundas son generalmente involuntarias”.

²⁸¹ PORTELLANO DÍEZ, P., *Ibid.*, p. 46, especifica que son los supuestos que se refieren a las letras a) a f) del artículo 229 LSC, aunque, dice, “la posible fenomenología de las situaciones tendencialmente extractivas de renta no queda fosilizada en las prohibiciones de las letras a) a f) del artículo 229 LSC”. Ello porque con el tiempo puede que la doctrina y la jurisprudencia aislen otros supuestos en los que haya extracción de rentas.

²⁸² Así, PORTELLANO DÍEZ, P., *Ibid.*, p. 478, declara que, ante el riesgo de captura de rentas ajenas, la regla que debe seguirse es una prohibición sustantiva de *non facere*.

²⁸³ En este sentido, RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, cit., p. 94, y agrega que “a través de los elementos esenciales, la definición de conflicto de interés adquiere relevancia, en la medida en que determina el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del deber”. Por su parte, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades de mercantiles*, cit., p. 56, revela que el presupuesto de la existencia de un conflicto de interés lo constituye la existencia del interés privado personal del administrador, distinto del interés social y contrapuesto al mismo. EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las

elementos eventuales, como lesión patrimonial y la intencionalidad del administrador, de modo que, la falta de lesión al interés social no excluye la deslealtad, pero la acreditación del daño si afecta a la determinación de la responsabilidad del administrador. Por otro lado, la intención de obtener ventaja en perjuicio de los intereses de la sociedad no es relevante para considerar la deslealtad, pero el conocimiento de la situación de conflicto somete al administrador a los deberes y eventuales sanciones derivadas de la lealtad. Por consiguiente, el artículo 229 LSC, además de la regla de no conflicto, incluye también la *no profit rule*, pues la prohibición está dirigida a evitar que el administrador pueda obtener un beneficio a costa de la sociedad derivado de una situación de conflicto de interés.

Ambas reglas, aunque prohibidas, pueden ser levantadas por la sociedad en los casos en los que así lo estime oportuno. De forma que la sociedad puede legitimar su desarrollo con la aprobación de una dispensa en los términos previstos en el artículo 230 LSC²⁸⁴.

El precepto apunta que la sociedad “*podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares*”. La lectura de este primer apartado del precepto nos llevaría a pensar que todas las prohibiciones del artículo 229 LSC son dispensables, pudiendo ser todas ellas realizadas por el administrador previo otorgamiento de la dispensa oportuna por el órgano competente. Sin embargo, el artículo 230.2 LSC concreta a continuación las conductas que son, efectivamente, dispensables por la sociedad, entre las que se incluyen la realización por parte de un administrador o persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio y la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero. Además, el apartado tercero del artículo 230 LSC incluye la posibilidad de dispensar la obligación de no competir con la sociedad²⁸⁵. A continuación, veremos los supuestos concretos que la LSC incluye como dispensables,

sociedades de capital”, *cit.*, p. 16, expresa que el conflicto de interés se caracteriza por la existencia de la contraposición entre los intereses de ambos, y por el riesgo de lesión que puede producirse.

²⁸⁴ A este respecto, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 229 LSC. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 398, señala que el régimen jurídico de cada uno de los supuestos enumerados en el artículo 229 LSC solo es completo si se lee conjuntamente a las condiciones de su dispensa.

²⁸⁵ Dado el peligro que puede conllevar para la sociedad, la obligación de no competir requiere unas cautelas mayores que el resto de las obligaciones dispensables, debiendo ser aprobado el acuerdo únicamente por la junta general, con un régimen de mayorías diferente, mediante acuerdo separado y expreso, y siempre que no quepa esperar daño para la sociedad, o el que queda esperarse se vea compensado.

para concluir analizando la posibilidad de que otros supuestos no incluidos en el precepto pueden o no ser dispensables por la sociedad.

3.2.- Los casos de deslealtad del artículo 229 LSC

Los artículos 228.e) LSC y 229 LSC establecen la obligación de comunicar las situaciones de conflicto en las que pueden hallarse los administradores, delimitando una serie de conductas y operaciones prohibidas por ser contrarias al deber de lealtad. Los supuestos comprendidos en el artículo 229 LSC no constituyen un catálogo cerrado de conductas prohibidas, sino un catálogo de conductas que sirven de guía en el desarrollo del comportamiento del administrador en su cargo en la sociedad²⁸⁶.

El artículo 229.1 LSC agrupa diferentes supuestos de deslealtad, siendo una tipificación de carácter abierto a través de la cual el legislador ha demostrado la importancia que se pretendió dar al conflicto de interés como la manifestación más importante del deber de lealtad. Siguiendo la línea de la legislación previgente, el apartado primero del artículo 229 LSC prevé una serie de supuestos que ya tenían acogida en los textos anteriores y, además, incluye otros casos nuevos introducidos a través de la Ley 31/2014²⁸⁷. En cualquier caso, la tipificación de situaciones de conflicto del artículo 229.1 LSC tiene un carácter claramente abierto, no siendo el fin del legislador establecer un listado rígido y cerrado de las mismas.

3.2.1.- Prohibición de realizar transacciones con la sociedad

La Ley 31/2014 recoge en el artículo 229.1 a) la prohibición de realizar transacciones con la sociedad²⁸⁸. Con el término de operaciones vinculadas se conocen aquellas operaciones

²⁸⁶ A pesar de que el legislador haya optado por concretar determinados comportamientos desleales, aun sin previsión expresa, conductas como la utilización de los bienes sociales con fines privados o la utilización de la información confidencial con provecho propio, por ejemplo, aun sin preverlas, son contrarias al deber de lealtad. De manera que, el artículo 228.e) LSC actúa como matriz de todas aquellas situaciones de conflicto de interés no especificadas en el artículo 229.1 LSC.

²⁸⁷ Entre las nuevas prohibiciones destacan la prohibición de realizar operaciones con la sociedad, la utilización de activos sociales con fines privados y la prohibición de obtener ventajas y remuneraciones de terceros distintos de la sociedad. junto con las nuevas prohibiciones, el artículo 229.1 LSC recoge otras previamente reguladas, así incluye la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o de invocar la condición de socio, la prohibición de aprovecharse de oportunidades de negocio y la prohibición de competencia.

²⁸⁸ La regulación de las operaciones vinculadas había sido frecuentemente reclamada por la doctrina. Por todos, QUIJANO GONZÁLEZ, J., MEMBRILLA RIVERA, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, *cit.*, p.958, apuntaban ya a que existían, además de las prohibiciones incluidas en la norma, otros supuestos de conflicto que no se

en las que existe una transacción entre la sociedad y otra parte que tiene capacidad en el proceso de toma de decisión respecto a la realización de la transacción²⁸⁹.

Debido al potencial extractivo que la propia operación comporta para la sociedad, la realización de estas transacciones se ve afectada por la regla general de abstención que el artículo 228 c) LSC establece. Se trata de operaciones en las que existe un elevado riesgo de expropiación del conjunto de los socios en beneficio de un administrador²⁹⁰.

En atención al potencial peligro que el desarrollo de estas operaciones puede tener en el interés social, el artículo 229. 1. a) LSC las prohíbe. El hecho de que el legislador haya optado por incluir expresamente este tipo de conflicto de interés se fundamenta en que cuando la apropiación de recursos ajenos se hace mediante operaciones vinculadas el expropiante típico es el administrador.

La limitación que hace la ley a la hora de referirse únicamente a los administradores o a las personas a él vinculadas, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades cotizadas donde el ámbito subjetivo de esta norma alcanza también a los socios, hace que cuando la contraparte sea un socio que no tenga la consideración de persona vinculada, la transacción no esté sujeta al régimen de los artículos 229 y 230 LSC²⁹¹. De modo que, en caso de encontrarnos ante una operación vinculada en la que participe un administrador, o una persona a él vinculada, o nos encontremos ante uno de los supuestos del artículo 236 LSC. La persona que se encuentre, o pueda encontrarse ante la situación de conflicto de interés, deberá comunicar a la sociedad su situación, recabando la oportuna dispensa

habían incorporado al texto de la ley como los supuestos de *self-dealing* o autocontratación de los administradores con la sociedad.

²⁸⁹ Cuando la LSC habla de transacciones debe entenderse por tales cualquier tipo de negocio jurídico que tenga por objeto la transferencia inmediata de una cantidad de dinero o cualquier negocio jurídico sobre un determinado activo. En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 505, señala la necesidad de tener una visión amplia del término “transacción” si realmente pretende evitarse el riesgo de extracción de rentas. Así, entre otras muchas, se incluyen, la compraventa, el arrendamiento, la licencia de derechos, la asistencia financiera en general o el arrendamiento de obras o servicios. No obstante, dice el autor, hay operaciones cuya inclusión puede presentar dudas. Son, así, la asistencia financiera, los contratos de obra y de servicio, y los contratos de arrendamiento de bienes de titularidad de la sociedad. Sobre esta cuestión, para una mayor profundización, PORTELLANO DÍEZ, P., *Ibid.*, p. 506 y ss.

²⁹⁰ PORTELLANO DÍEZ, P., *Ibid.*, p. 505, alude también a la posibilidad de expropiación de unos socios, los minoritarios, en beneficio de otros, los socios de control. En ambos casos, el beneficiario abusa de su posición de control para acometer la expropiación.

²⁹¹ En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., *Ibid.*, p. 512, señala que, no obstante, ex artículo 228.c) LSC, no podrán participar aquellos administradores que se hallen en conflicto indirecto al tener un vínculo estrecho con aquel socio. Además, cuando se trata de un socio que por su proceder pueda ser calificado como administrador oculto, de acuerdo con el artículo 236 LSC, la operación vinculada quedara igualmente sometida al régimen de los conflictos de interés.

para llevar a cabo la actuación deseada. Por ello, siempre que un administrador se proponga realizar una operación vinculada con la sociedad deberá solicitar la correspondiente dispensa para ello.

Sin embargo, establece una excepción, permitiendo su desarrollo cuando se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, atendiendo por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad. Son tres requisitos que deben cumplirse cumulativamente: debe ser una operación ordinaria, realizada en condiciones estándar para los clientes de la sociedad, y de escasa relevancia. La referencia a “*condiciones estándar*” comprende no solo elementos contractuales sino también el precio. La mención a “*escasa relevancia*” es posible interpretarla como no superior al uno por ciento de los ingresos anuales de la sociedad o de los activos sociales. Por su parte, el hecho de que el legislador haya optado por incluir la última parte del precepto presenta mayores dudas. Así, al hacer referencia a “*entendiendo por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad*” es clave para entender realmente cuando el administrador debe solicitar la dispensa para el desarrollo de la operación vinculada²⁹². Se trata de una remisión a un parámetro objetivo, que tiene en cuenta, entre otros, la dimensión de la sociedad. En todos los demás casos, fuera de estos parámetros, la operación estará prohibida, siendo necesaria la obtención de la dispensa adoptada de acuerdo con las reglas y el procedimiento legalmente previstos (art.230.2 LSC).

En el caso de las sociedades cotizadas ocurre lo mismo. No obstante, y debido a la realidad social de este tipo de sociedades, los socios de control cuentan con una serie de instrumentos a través de los que pueden controlar que los administradores no intervengan

²⁹² Lo expone claramente, PORTELLANO, P., *El deber de evitar situaciones de conflicto de interés. Entre la imperatividad y la dispensa*, cit., p. 513, expresando que la introducción de esta mención, a pesar de que cause un desconcierto inicial, “*en el desconcierto está la clave*”. El autor sostiene que el inciso causa extrañeza por la falta de mención, ni en la LSC ni en el Plan General de Contabilidad, a criterios de cuando la transacción ha de reflejarse en las cuentas anuales por afectar a la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. La verdadera razón, declara, está en que cuando una operación es insignificante, se sabe. Pero cuando surgen dudas lo que debería hacerse es plasmar dicha operación en la memoria de cuentas. En caso de que se trate de una sociedad que no esté sujeta a auditoría, en caso de duda, los administradores deberán actuar con prudencia, siendo la transparencia la que inspire la conducta del administrador. La solución del autor es clara. Si no hay nada que ocultar, que la operación se autorice por el órgano de administración.

en operaciones a través de las cuales extraigan rentas de la sociedad. Sin embargo, el hecho de contar con los instrumentos necesarios para evitar que el administrador se haga con rentas de la sociedad no ataja el problema de las operaciones vinculadas en las sociedades cotizadas, pues, tal y como ha mostrado la experiencia, la realidad es que suelen ser los propios socios quienes pueden verse tentados a actuar como expropiantes abusando de su influencia sobre el órgano de administración por ser el órgano competente para la aprobación de los contratos en los que las transacciones se materializan²⁹³.

La LSC, consciente de la realidad en las sociedades cotizadas, introduce en el nuevo artículo 529 ter, 1, h) la competencia del consejo de administración, previo informe de la comisión de auditoría, sobre las operaciones que la sociedad y las sociedades de su grupo realicen con consejeros, en los términos de los artículos 229 y 230, o con accionistas titulares de forma individual o concertadamente con otros, de una participación significativa, incluyendo accionistas representados en el consejo de administración de la sociedad o de otras sociedades que formen parte de grupo o con personas a ellos vinculadas. Los consejeros afectados o que representen o estén vinculados a los accionistas afectados deberán abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo en cuestión.

El hecho de que la ley haya optado por extender el régimen de las operaciones vinculadas a los accionistas, y no solo al administrador, se explica en tanto en cuanto en sede de cotizadas lo más probable es que el expropiante no sea un consejero, sino un accionista con cierto peso.

3.2.2-. *Prohibición del uso de activos sociales*

El artículo 229.1.c) LSC prohíbe el uso privado de activos sociales por el administrador, por tanto, el uso personal de activos de titularidad ajena al administrador, sin consentimiento del titular (la sociedad) queda prohibido²⁹⁴.

²⁹³ DAVIES, P., HOPT, K., NOWAK, R., SOLINGE, G., “Boards in law and practice: a cross country analysis in Europe”, *cit.*, p.53.

²⁹⁴ En este sentido se manifiesta, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 229. El deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, *cit.*, p. 401, cuando expone que se trata de una prohibición clara, que, dada su formulación, se deduce con facilidad de la cláusula general del deber de lealtad, también en ausencia de una tipificación especial.

La utilización de activos sociales sin el consentimiento de la sociedad se reputa, en todo caso, como desleal. Y ello porque, el aprovechamiento personal del administrador de activos sociales es contrario a la naturaleza del encargo que el administrador recibe con su nombramiento²⁹⁵. Ello no obsta a que el administrador, haciendo uso de la facultad que la ley le otorga, y previa comunicación de la situación a la sociedad, solicite la oportuna dispensa para hacer uso de un determinado activo social. La utilización desleal se predica de cualquier activo social, ya sean bienes muebles o inmuebles, materiales o inmateriales²⁹⁶. La prohibición del artículo 229.1 LSC abarca todos los bienes que se aportan a la sociedad o los que sucesivamente pasen a formar parte de su patrimonio, que quedan afectos exclusivamente al fin social²⁹⁷.

En todo caso, existen determinadas circunstancias en las que el uso de un activo social no va a requerir la solicitud de la dispensa de administrador. La adecuación social y la existencia de circunstancias extraordinarias actúan como límites de la prohibición del uso de activos sociales. La adecuación social es la frontera que marca cuando el uso del activo es desleal. Si se trata de un uso insignificante o accesorio del activo social, o del uso inofensivo de un bien de muy escaso valor su uso no posiciona al administrador en una situación de conflicto de interés²⁹⁸. Por su parte, la existencia de circunstancias extraordinarias limita igualmente la activación de la prohibición del uso de activos sociales. No podrá reputarse como desleal el uso de un activo social necesario para evitar

²⁹⁵ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 527, sostiene que si la prohibición de uso de activos sociales no se había incluido para las sociedades de capital es porque se reputaba obvia, se desprendía de la finalidad típica de contrato. Pero, además, no se trata de una norma novedosa, puesto que ya se encontraban normas en el ámbito civil y mercantil, y aparecen normas en nuestro ordenamiento que contemplan para las relaciones de agencia la prohibición para el agente del uso de aquello que pertenece al principal.

²⁹⁶ Queda, por tanto, prohibido el uso de derechos de propiedad industrial e intelectual de la sociedad. Para una mayor profundización, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 529.

²⁹⁷ JUSTE MENCIA, J., “Artículo 229 LSC. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, *cit.*, p. 401, va más allá, y declara que la utilización desleal abarca todo cuanto luzca en el patrimonio de la sociedad, sin que sea necesario realizar una enumeración.

²⁹⁸ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 528, manifiesta que ello es así “*por tratarse de supuestos respecto a los cuales resulta más eficiente atenuar el uso exclusivo que mantenerlo a ultranza*”. Debido a lo cual, el uso del teléfono para realizar una llamada particular, utilizar el ordenador de la sociedad para consultar el correo privado, dejar a un hijo en la puerta del colegio mientras se desplaza en el coche de la empresa que le lleva a una reunión, etc., no supone una actuación desleal. En todo caso, estos supuestos pueden llegar a situar al administrador en conflicto de interés con la sociedad si la intensidad del uso aumenta, así, si entregara un ordenador de la sociedad a sus hijos, si ordena al chofer de la empresa que recoja a su hijo sistemáticamente, etc. En fin, la delimitación de esa frontera no es una tarea sencilla, así, serán factores como la ocasionalidad, la moderación, la intrascendencia y el no abuso lo que permitirá distinguir lo tolerable de lo inadmisibles.

un peligro inminente o imprevisible que amenace con causar un daño desproporcionadamente elevado al administrador frente a los que cause a la sociedad²⁹⁹.

En todos los demás casos, fuera del ámbito de la adecuación social y de la existencia de circunstancias extraordinarias, queda prohibido el uso de cualquier activo social, ya sea material o inmaterial, aunque el administrador en virtud del artículo 230.2 LSC podrá solicitar la dispensa cuyo otorgamiento le permita hacer uso del activo deseado.

3.2.3-. Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o invocar la condición de socio

La LSC no incluye entre las conductas dispensables la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o invocar la condición de socio, pues no constituye por sí sola una infracción del deber de lealtad. La utilización de la denominación social o de la condición de administrador de una sociedad para la realización de una operación por cuenta propia del administrador está prohibida si de esa utilización o aprovechamiento se obtiene una ventaja o beneficio a expensas de la sociedad, lesionando el interés social en beneficio del interés propio³⁰⁰.

Por consiguiente, la LSC no prohíbe el empleo de la posición de administrador o la invocación de la denominación social para la realización de operaciones particulares. Sin embargo, si el administrador recibiera algún tipo de beneficio a expensas de la sociedad, estaría, efectivamente, infringiendo el deber de lealtad que le obliga a actuar, única y exclusivamente, en atención del interés social³⁰¹. El administrador tiene total libertad de hacer uso de su condición de administrador en el mercado, o de invocar el nombre de la sociedad de la que es administrador, pero si dicha invocación supone la atracción de unos beneficios que pertenecerían a la sociedad, el administrador se convierte en una *extractive elite*. Es decir, la conducta supondrá una extracción de rentas, una actuación desleal, que

²⁹⁹ Sobre esta cuestión, *in extenso*, PORTELLANO DÍEZ, P., *Ibid.*, p. 529.

³⁰⁰ Así, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, *cit.*, p. 23, recuerda que el administrador debe abstenerse de todas aquellas actividades que, aun reportándole beneficios, supongan un daño para la sociedad.

³⁰¹ En este sentido, LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, *cit.*, p. 36, señala que el administrador que elige el interés propio sobre el interés social corre el riesgo de incurrir en responsabilidad frente a la sociedad por la infracción del deber de lealtad, con el deber de indemnizar el daño causado, y con el riesgo de tener que restituir a la sociedad los beneficios obtenidos a expensas de ésta por la infracción del deber de lealtad.

queda prohibida legalmente³⁰². De manera que, lo que la ley pretende impedir es la explotación de la condición de socio con fines privados³⁰³.

Por tanto, y a pesar de que tras una primera lectura sorprende que el legislador no incluya la totalidad de los supuestos de conflicto de interés recogidos en el artículo 229.1 LSC como dispensables en el artículo 230.2 LSC, la exclusión del supuesto de la invocación de la denominación social o de la condición de administrador tiene sentido, en tanto en cuanto, no existe conflicto de interés, a no ser que vaya seguido de una extracción de rentas, ya sea por haber aprovechado oportunidades de negocio de la sociedad, o por haber obtenido una ventaja o remuneración de tercero. En todo caso, la dispensa se otorgará sobre la operación derivada de la invocación de la condición de administrador, en ningún caso se dispensará el propio uso del nombre de la sociedad o de la condición de socio.

3.2.4-. Prohibición de aprovecharse de la oportunidad de negocio

La regulación de la prohibición del aprovechamiento de las oportunidades de negocio ha sufrido a lo largo de los años diferentes reformas. Siendo una cuestión clave en el régimen de los conflictos de interés, tradicionalmente el legislador no le había otorgado la importancia que merecía. Con la nueva formulación de la prohibición en la Ley 31/2014, se establece por fin una regla clara, con la que resulta sencillo identificar el fundamento de la prohibición³⁰⁴.

³⁰² En este sentido se manifiesta, PAZ-ARES, C. “Responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *cit.*, p. 50, cuando declara que “no hay ninguna razón que justifique prohibir a una persona que haga pública su condición profesional e incluso que la invoque para lograr una mayor credibilidad de su contraparte en determinadas operaciones privadas”.

³⁰³ Un ejemplo es la explotación de dicha condición, obteniendo ventajas de terceros ligadas a transacciones de la compañía. Se trata de supuestos que encuentran acomodo en otras reglas. En concreto, podrían incardinarse en los supuestos de los artículos 229. d) y e) LSC.

³⁰⁴ La formulación legal actual de la prohibición de las oportunidades de negocio es el resultado de las diferentes reformas que la prohibición ha tenido a lo largo de los años. PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 531 y ss., analiza la evolución del precepto, destacando en primer lugar el mérito de la jurisprudencia y dogmática norteamericanas en la detección de la prohibición de desviar oportunidades de negocio como manifestación del deber de lealtad. En este sentido, American Law Institute, *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, Vol. I, American Law Institute Publishers, 1994, p. 283-300, ya indicó que la doctrina de las *corporate opportunities* se refería a un supuesto más en el que los administradores de las sociedades anónimas pueden incurrir en una infracción del deber de lealtad. Así, LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes de los administradores en la sociedad anónima*, *cit.*, p. 119, destaca a este respecto que la infracción del deber de lealtad se produce cuando, en una aproximación descriptiva al contenido de esta doctrina, los administradores se aprovechan en beneficio propio de negocios que podrían ser desarrollados por la propia sociedad que administran. En el ordenamiento español es con el informe Olivencia cuando el legislador repara en la necesidad de prever dicha prohibición. Así, el citado informe definía las oportunidades de negocio como “cualquier posibilidad de realizar una inversión u operación

Las oportunidades de negocio son un tipo de situación de conflicto de interés entre el administrador y la sociedad que se caracteriza por la realización de actos y negocios entre el administrador con terceros, usando información obtenida en el ejercicio del cargo, con el fin de conseguir beneficios o ventajas pertenecientes a la sociedad³⁰⁵.

Estamos ante una oportunidad de negocio cuando se da un conflicto entre un administrador y la sociedad que se caracteriza por la realización de actos y negocios entre el administrador y un tercero, siendo información obtenida en el ejercicio del cargo, con el fin de conseguir beneficios o ventajas que pertenecen a la sociedad³⁰⁶.

comercial que haya surgido en conexión con el ejercicio del cargo por parte del consejero". PORTELLANO, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 130, manifiesta que dicha definición pecaba por exceso, pues convertía cualquier actividad económica de un administrador en una oportunidad de negocio. No obstante, añade que una adecuada interpretación hubiera permitido solventar ese exceso de formulación en que incurrió el informe Olivencia. A pesar de la patente excesiva formulación del informe Olivencia, las redacciones posteriores siguieron añadiendo la misma redacción, "añadiendo una complejidad innecesaria y, sobre todo, oscuridad". Aunque el informe Aldama del año 2003 propone una redacción más austera, tipificando la obligación de "no aprovecharse de las oportunidades de negocio que conozca por su situación de consejero", la Ley de Transparencia establece la siguiente redacción "Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio de o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión de ejercicio de cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador". Dada la dificultad que dicha formulación supuso, la Comisión de expertos, acertadamente, hizo suya la prohibición del informe Aldama prohibiendo el desvío de las oportunidades de negocio de la sociedad.

³⁰⁵ A este respecto, RIVAS FERRER, V., "Artículo 228. Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio", en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, A., BELTRAN, E.), Civitas, Madrid, 2011, p. 1631, expone que el conflicto de interés se pone de manifiesto en la medida en que el interesado utiliza información que solo puede usar para desarrollar los fines sociales y no para su provecho propio. Es por ello, que el administrador este sujeto a la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, mientras que la sociedad tiene un interés legítimo en el resultado.

³⁰⁶ DAVIES, P., "Corporate Boards in United Kingdom", cit., p. 749, define las oportunidades de negocio como "it is a business opportunity from which the Company has been excluded in favour of the director taking the opportunity personally, directly or indirectly". La Companies Act británica incluye también esta norma, así, además del deber de evitar situaciones de conflicto (section 175(1)), la section 175 (2) incluye la prohibición de explotar cualquier propiedad, información u oportunidad en las circunstancias en las que haya o pueda haber un conflicto de interés ("prohibits the exploitation of any property, information, or opportunity in circumstances where there is a conflict of interest"). HANNIGAN, B., *Company Law*, cit., p. 279, expone el origen de la no-profit rule, haciendo referencia al caso *Regal (Hastings) Ltd. v Gulliver*, un caso en el que los administradores aprovecharon una oportunidad de negocio de la sociedad. El Tribunal, *House of the Lords*, condenó a los administradores por obtener beneficios por y en la ejecución y sus labores como administradores, en concreto, dispuso que "they had entered into the transaction in the course of their management and in utilization of their opportunities and special knowledge as directors. They were thus liable to account, notwithstanding that they had acted bona fide throughout". Como administradores estaban en una situación de conflicto entre sus intereses personales y su deber para con la sociedad, y decidieron explotar el conflicto en su beneficio propio. El magistrado Lord Russel resolvió que, "The role of equity which insists on those, who by use of a fiduciary position make a profit, being liable to account for the profit...the liability arises from the mere fact of a profit having, in the stated circumstances, been made. The profiteer, however honest and well-intentioned, cannot escape the risk of being called upon to account".

El legislador, al prohibir que el administrador se aproveche de una oportunidad de negocio de la sociedad, trata de impedir una práctica extractiva en perjuicio de la sociedad. Y ello porque el aprovechamiento indebido de oportunidades de negocio por produce un claro perjuicio en los intereses de la sociedad y un daño al patrimonio social por verse la sociedad imposibilitada a explotar las operaciones o inversiones que le son sustraídas por sus propios administradores.

El precepto guarda relación con la prohibición de competencia. Con el fin de evitar que la realización de un solo acto impida que una determinada conducta sea enjuiciada como contraria al deber de lealtad, el delineamiento de los casos en los que el administrador aprovecha una oportunidad de negocio que es de la sociedad se hace partiendo de la existencia de una prohibición de actividades competitivas³⁰⁷. En todo caso, a pesar de la relación que entre ambas figuras puede existir, la LSC ha optado por establecer una regulación expresa para cada una de ellas, por lo que el estudio de ambas figuras se hace por separado³⁰⁸.

En cuanto al alcance de la prohibición, debe destacarse que a prohibición de aprovechar oportunidades de negocio no se refiere a la prohibición genérica de hacer un buen negocio. Los administradores, son libres de realizar negocios por su cuenta, salvo prohibición estatutaria o contractual³⁰⁹. Lo que tiene prohibido el administrador es aprovechar oportunidades de negocio sobre los que la sociedad tenga los property

³⁰⁷ Sobre esta cuestión, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p.27 ss., indica que en los ordenamientos que no cuentan con la prohibición expresa o la interdicción se configura en términos suaves, la prohibición de aprovechamiento de las oportunidades de negocio se ensancha. Así, apunta que “*el primer problema que se plantea es determinar si este grupo de casos (las actividades competitivas) debe incardinarse en el ámbito de las oportunidades de negocio. La doctrina mayoritaria postula la consideración de este supuesto como un grupo de casos de la interdicción de desviar oportunidades de negocio*”.

³⁰⁸ No obstante, a pesar de la regulación separada de las figuras, la LSC no establece una definición de oportunidad de negocio, esa falta de definición remite a la interpretación que debe entenderse por tal.

³⁰⁹ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, cit., p. 535, apunta a este respecto que “*los socios no tienen un derecho sic et simpliciter a que se les asignen, a través de la sociedad, cualquier posible beneficio que ofrezca el mundo de los negocios*”.

rights³¹⁰. Es decir, si la sociedad tiene el derecho de propiedad serán suyas las oportunidades de negocio que surjan, y no de los administradores³¹¹.

Las oportunidades de negocio pueden explicarse a través de dos grupos de casos, por un lado, las operaciones y negocios convenientes o necesarios para la realización de las actividades sociales, y, por otro lado, aquellos negocios sobre los que la sociedad ha manifestado su interés. Las primeras se refieren a aquellas actividades convenientes para la consecución del fin social, que por su carácter instrumental resultan adecuadas para la realización o desarrollo de la actividad habitual de la sociedad o actividades complementarias. Las segundas, por su parte, son actividades respecto de las cuales la sociedad ha manifestado su interés, la junta general haya dado instrucciones al órgano de administración o éste ha acordado, está estudiando o ha propuesto ampliar la actividad habitual de la empresa dichas actuaciones³¹².

El aprovechamiento de una oportunidad de negocio, como conducta que coloca al administrador en una situación de conflicto de interés, está prohibida por la LSC en el artículo 229.1. d), lo que hace que su desarrollo suponga la infracción del deber de lealtad del administrador. No obstante, previa comunicación del conflicto del administrador, la sociedad podrá otorgar la dispensa oportuna para llevar a cabo la operación deseada. El artículo 230.2 LSC incluye expresamente la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio como conducta dispensable, por lo que el administrador podrá aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad siempre que solicite, y se le otorgue, la correspondiente dispensa.

Es preciso hacer referencia a un caso particular, y es aquel en el que la sociedad decide no aprovechar para sí la oportunidad de negocio ya sea por falta de interés, por la negativa de un tercero a contratar con la sociedad, por obstáculos legales o por incapacidad financiera. Sea como fuere, el hecho de que la sociedad convenga no desarrollar una

³¹⁰ PORTELLANO DÍEZ, P., *Ibid.*, p.534-535, define los property rights como reglas, no necesariamente derechos de propiedad en sentido clásico, que nos indican que conducta puede realizar su titular y cuales deben tolerar los demás en un mundo de escasez. Los property rights llevan aparejados una nota de exclusividad y, por tanto, la posibilidad jurídica de impedir que los demás los perturben.

³¹¹ Sobre la cuestión, DAVIES, P., “Corporate Boards in United Kingdom”, *cit.*, p. 749, expresa que “*the essence of the directors’ breach of duty is that the exclusion of the company from opportunity was wrongful because the company had a legitimate prior claim on the opportunity*”.

³¹² Ahonda en esta cuestión, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, *cit.*, p. 27 ss.; PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 536 ss.

determinada operación no supone la libertad del administrador de aprovechar la oportunidad de negocio que la sociedad ha decidido no explotar. Si el administrador está interesado en una determinada oportunidad de negocio, aunque haya sido desestimada por la sociedad, tendrá que comunicar a ésta su deseo de contratar, solicitando la dispensa para llevarla a cabo. Así, la Junta o el órgano de administración, previa comunicación del administrador, valorarán la conveniencia de otorgar la dispensa, permitiendo al administrador explotar la oportunidad de negocio que correspondía a la sociedad³¹³.

Otro supuesto que podría plantear dudas es aquel en el que el administrador aprovecha una determinada oportunidad de negocio de la sociedad con el convencimiento de que dicha operación supondrá beneficios para la sociedad. Es decir, la sociedad con posterioridad a la desviación realizada por el administrador obtiene alguna ventaja como consecuencia del contrato celebrado por el administrador relacionado con la oportunidad de negocio desviada. Al igual que en el caso anterior, el administrador debe igualmente solicitar la oportuna dispensa para llevar a cabo la operación deseada. Si el administrador está interesado en una concreta oportunidad de negocio de la sociedad lo que deberá hacer es solicitar el permiso para hacerlo, negociando con la sociedad los beneficios que dicha operación puedan significar en el interés social³¹⁴.

Por tanto, siempre que un administrador se proponga aprovechar una oportunidad de negocio de la sociedad, en virtud de la prohibición del artículo 229.1.d) LSC, deberá solicitar la oportuna dispensa para llevarla a cabo, sin excepción alguna.

3.2.5-. Prohibición de recibir ventajas y remuneraciones de terceros

El cargo de administrador no es exclusivo, ni siquiera retribuido, lo que permite la posibilidad de obtener otros medios de sustento a través de otras fuentes. No obstante, la

³¹³ A pesar de lo que ocurría en la anterior legislación, que prohibía el aprovechamiento de una oportunidad de negocio “*siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del demandado*”, la reforma de la LSC la autorización para explotar una determinada oportunidad de negocio correspondiente a la sociedad se ha de otorgar expresamente, y no basta que la sociedad desestime una concreta oportunidad de negocio para que el administrador la aproveche para sí. Crítico con la regulación previgente, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 540-541.

³¹⁴ PORTELLANO DÍEZ, P., *Ibid.*, p. 540, considera que ciertamente podría pensarse que no resulta eficiente estimar que un administrador ha incurrido en deslealtad cuando ha asumido fuertes riesgos económicos o ha hecho una inversión importante en el aprovechamiento de una oportunidad de negocio y al final la sociedad ha obtenido una ventaja o algún tipo de beneficio. Pero, declara que “*solo marcándose una clara línea que los administradores no pueden traspasar, es posible reducir los costes de vigilancia*”.

percepción de cualquier tipo de retribución por parte de terceros puede suponer una vía de conflicto de interés en cuanto el administrador puede atender preferentemente intereses respecto de los cuales tenga un incentivo retributivo, y, por tanto, un riesgo de atender intereses ajenos sobre el interés social.

Las retribuciones externas resultan difícilmente compatibles con las exigencias derivadas del deber de lealtad, sin perjuicio de que puedan ser autorizadas o dispensadas por la sociedad. Por esta razón el legislador optó por prohibir que el administrador pueda percibir cualquier remuneración o ventaja distinta a la devengada como retribución social y que esté asociada al ejercicio del cargo³¹⁵.

La LSC elimina de raíz el potencial conflicto que puede plantearse cuando el interés del pagador no coincide plenamente con el interés social³¹⁶. Un problema que no sólo se da cuando quien paga es un tercero ajeno a la sociedad, sino también cuando quien otorga la ventaja o remuneración comparte el interés social en gran medida, los socios. Y ello porque la existencia de una retribución especial previsiblemente inclinará al beneficiario a anteponer sus intereses a los de la sociedad a la que sirve³¹⁷.

De esta manera, el artículo 229.1.e) LSC prohíbe todas aquellas ventajas y remuneraciones, que, incluso sin propósito corrupto, pueden llegar a poner en peligro la independencia que el cargo de administrador requiere³¹⁸. La razón de la prohibición radica en que el administrador puede verse inclinado a comportarse con reciprocidad. La prohibición es así una prohibición de peligro abstracto, pues no es necesario probar que

³¹⁵ Por su parte, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 229. El deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, *cit.*, p. 404, señala que teóricamente podría argumentarse que la retribución no solo es inocua para el interés social, sino que puede suponer un acicate para la dedicación del cargo, “*además de un ahorro para las arcas sociales*”.

³¹⁶ Incluso en los casos en los que el consejero recibe un exceso retributivo en el caso de contar con remuneraciones pactadas estatutariamente, la sociedad podrá recobrar dichas ganancias. Y ello, como señala, GIMENO RIBES, M., “Los sistemas de retribución de consejeros”, en *Retribución de consejeros*, (Dir. Hierro Anibarro, S.), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 581, por entender que “*la actuación del consejero es una vulneración del deber de lealtad (utilización de activos sociales con fines privados)*”. En esta circunstancia, señala el autor, la compañía podría ejercitar la acción de un crecimiento justificado del artículo 227.2 LSC y exigir el pago de las ganancias obtenidas por el administrador.

³¹⁷ Vid., JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, *cit.*, p. 404.

³¹⁸ El origen del precepto puede encontrarse en la Companies Act británica, en concreto, en la section 176 (*Duty not to accept benefits from third parties*). La section 176 CA señala expresamente que “*A director of a company must not accept a benefit from a third party conferred by reason of—(a) his being a director, or (b) his doing (or not doing) anything as director*”. A pesar de la clara influencia de la legislación británica en la inclusión de este supuesto como situación de conflicto de interés, la legislación española no se habla de beneficios como en la inglesa, prohibiendo la aceptación tanto de ventajas como de remuneraciones ofrecidas al margen de la sociedad.

el administrador ha actuado en beneficio de quien le confiere una ventaja o remuneración, o que la compañía sufra un daño, basta que se dé la remuneración o ventaja para que exista el conflicto de interés³¹⁹. El motivo radica en la posibilidad de que el administrador que ha recibido un beneficio pueda verse inclinado a comportarse con reciprocidad, con el riesgo de extracción de rentas ajenas que ello puede suponer³²⁰. Por consiguiente, el administrador se encontrará ante una infracción del deber de lealtad desde el momento en el que acepta una ventaja o remuneración que procede de un tercero que no es la sociedad.

El artículo 229.1.e) LSC hace referencia a dos grupos de casos concretos, la recepción de regalos y la percepción de una remuneración externa. Por un lado, la recepción de regalos constituye el grupo de casos clásico. Cuando un administrador recibe un regalo en atención a su condición de administrador existe el riesgo de que sienta la tentación de beneficiar a quien hizo el regalo como muestra de agradecimiento. Aparece así una parcialidad en la toma de decisiones que deja de estar centrada en el interés social, para pasar a estar influenciada por desear favorecer a quien hizo el regalo. A pesar de prohibirse la aceptación de regalos, no en todos los casos aparecerá el peligro de parcialidad, así, la propia ley excepciona las atenciones de mera cortesía de las situaciones de conflicto de interés³²¹. Por tanto, la aceptación de regalos queda prohibida, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía. No obstante, si el administrador opta por aceptar un regalo de un tercero, deberá solicitar la correspondiente dispensa para ello³²².

El segundo grupo de casos se refiere a la percepción de remuneraciones externas, censurables desde el punto de vista del deber de lealtad. La regla de ningún conflicto en

³¹⁹ En este sentido, HANNIGAN, B., “Company Law”, *cit.*, p. 294, plantea que “*liability is not dependent on establishing that the director acted to advantage the giver of the benefit or that the company suffered loss as a consequence, it suffices that a possible conflict has arisen for the principal is entitled to the undivided loyalty of his agent*”. En el mismo sentido, KEAY, A., *Directors duties*, Jordans, 2014, p.349, apunta que no es necesario que haya parcialidad en la toma de decisiones, basta que haya existido una aceptación de un beneficio externo a la sociedad.

³²⁰ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 521, señala que el artículo 229.1.e) LSC en modo alguno pretende generar una cultura de ingratitud, lo que quiere es llamar la atención (y evitar) que, consciente o inconscientemente, el administrador muestre su agradecimiento a costa no del propio patrimonio, sino del patrimonio ajeno, el de los socios.

³²¹ Para un examen en profundidad, PORTELLANO DÍEZ, P., *El Deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, *cit.*, p. 116-120.

³²² PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 525, hace referencia a la dificultad de probar el ánimo de corromper o dejarse corromper cuando se guarda silencio, es decir, cuando no se solicita la dispensa, por lo que debe presumirse que el administrador se ve envuelto en corrupción. En cambio, cuando se trata de una mera atención de cortesía no hay motivo para ocultarlo y pedir la correspondiente dispensa.

la que se basa el deber de lealtad hace que el administrador este obligado a evitar situaciones que puedan generar un conflicto de interés. Es por ello, que el administrador que desea aceptar una remuneración externa, dada la dudosa legitimidad de ésta, incluso en el ámbito de los consejeros dominicales, deberá actuar bajo el principio de transparencia, comunicando las situaciones de conflicto y solicitando la oportuna dispensa para ello.

La razón de que el legislador prohíba las remuneraciones externas se basa en que una doble retribución puede llevar a una doble representación. Y aunque, ciertamente, una retribución externa no tiene que porque constituir una nueva relación fiduciaria entre el administrador y el pagador, la retribución externa crea, consciente o inconscientemente, un riesgo incrementado de generar una nueva lealtad susceptible de colisionar con la lealtad de la sociedad. Por tanto, ante la existencia de una remuneración externa, el administrador se pone en una posición en la que exista riesgo de agrandar su pagador.

La forma de atajar la parcialidad es la transparencia, a través de la declaración del ofrecimiento de la remuneración externa. La sociedad, una vez comunicada la situación de conflicto, esto es, el ofrecimiento de una retribución deberá comprobar la compatibilidad de ésta con el artículo 217 LSC, analizando si dicha remuneración ésta orientada al mantenimiento de la sociedad a largo plazo.

La autorización deberá ser, de acuerdo con el artículo 230.2 LSC expresa y para el caso concreto. No basta con dar transparencia a la retribución de los administradores y entender que el acuerdo de nombramiento lleva implícita la dispensa tácita de la prohibición de retribuciones externas. La LSC exige que se adopte un acuerdo de dispensa en el que la autorización sea expresa³²³. Así pues, aquellos administradores que deseen percibir una remuneración externa podrán hacerlo, pues en virtud del artículo 230.2 LSC,

³²³ En este sentido, PAZ-ARES, C., “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm.1, Barcelona, 2014, p. 34, señala que la elección de los consejeros o es una adecuada ratificación de esta transacción en conflicto de interés. También, DAVIDOFF SOLOMON, S., “*Upping the Ante in a Play for a stronger board*”, entrada en THE NEW YORK TIMES, de 2 de Abril de 2013, disponible en: <https://dealbook.nytimes.com/2013/04/02/upping-the-ante-in-a-play-for-a-stronger-board/>, al exponer que “*as long as the arrangement is disclosed and the hedge funds don't exert any future control over the nominees, it is unlikely that this violates any state or federal law*”.

una vez otorgada la oportuna dispensa, el administrador estará facultado para aceptar la remuneración que le hubiera sido ofrecida³²⁴.

La competencia de otorgamiento en caso de remuneraciones externas corresponde a la Junta General, y ello debido a la competencia de ésta en la fijación de la retribución de los administradores³²⁵. Por tanto, si la Junta es el órgano competente para la fijar la remuneración de los administradores, queda claro su papel a la hora de permitir o no al administrador recibir retribuciones externas. Se plantean dudas en la figura de los consejeros ejecutivos, al no ser nombrados por la Junta General, sino por el órgano de administración como órgano competente de la fijación de sus remuneraciones. En este sentido, son dos las posibles soluciones respecto de la remuneración externa de los consejos ejecutivos. Por un lado, hay quien sostiene que en la medida en que la retribución viene a remunerar funciones ejecutivas de los consejeros, no es preciso que la Junta sea quien autorice dicha retribución, sino que bastará con que el consejo de administración lo haga. La razón reside en la correlación entre la potestad para nombrar a los consejeros ejecutivos y la potestad para fijar sus remuneraciones. Si el consejo ejecutivo es nombrado por el consejo de administración, es el mismo órgano al que le corresponde remunerarlo, y por lo tanto también autorizar las posibles retribuciones externas que al consejero ejecutivo le puedan ofrecer por las funciones que realice como tal³²⁶. Sin embargo, también hay quien defiende que, dado que la Junta General es el órgano competente en la fijación de las retribuciones de los administradores, corresponde a ésta,

³²⁴ En el derecho inglés no queda del todo clara la postura del legislador acerca de permitir o no dispensar la percepción de remuneraciones externas. En este sentido, HANNIGAN, B., *Company Law, cit.*, p. 294, se refiere a la dificultad de discernir si es posible autorizar a los administradores a aceptar beneficios de terceros dada la falta de claridad de la relación entre los artículos 175 y 176 de la Companies Act. Así, por un lado, se refiere a la posibilidad de dispensar estos comportamientos, apuntando que “*there seems no reason why benefits cannot be authorized since, as the Explanatory Notes make clear, a situation where a director benefits from his position will fall into both sections, as a conflict and exploitation of a conflict within s 175. If s 175 also applies, then s 175 (4)(b) must apply in the absence of any provision excluding its particular application in the context of s 176. It would also appear inconsistent that, under s 175, a director could be authorized by disinterested directors to exploit an opportunity for his personal benefit while his acceptance of a benefit conferred by reason of his position cannot be so authorized*”. No obstante, en contra de esta primera postura, la autora señala que “*it may be argued that the reason why benefits are singled out in CA 2006, s 176 is precisely to ensure that they cannot be so authorized, supported by the fact that the Explanatory Notes appear to rule out the possibility of authorization*”.

³²⁵ Sobre la política de retribución de los administradores, para un estudio en profundidad, HIERRO ANIBARRO, S., *Retribución de consejeros*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

³²⁶ A favor, PAZ-ARES, C., “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, *cit.*, p. 35 ss. Añade, no obstante, que la autorización deberá ser acordada por el consejo con la abstención de los consejeros que se hallen en conflicto de interés, que serán los propios consejeros ejecutivos beneficiarios de la retribución y los consejeros dominicales de la matriz que se propone satisfacer la retribución. El acuerdo, además, debe aprobarse con la mayoría reforzada de dos tercios para la delegación de facultades y, en su caso, previo informe de la comisión de retribuciones.

y solo a ésta, aceptar las remuneraciones externas, cualquiera que sea el administrador que la vaya a aceptar³²⁷.

3.2.6-. Prohibición de competencia

La prohibición de competencia se regula, tras la promulgación de la Ley 31/2014, en el apartado f) del artículo 229.1LSC, que prohíbe el desarrollo por cuenta propia o ajena, de actividades que entrañen una competencia efectiva, actual o potencial, con la sociedad o que de cualquier modo le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

El conflicto de competencia es el conflicto de interés por excelencia, y ello porque los efectos jurídicos que pueden producirse como consecuencia de su existencia son especialmente graves y perjudiciales para el interés social. Dentro del conjunto de conflictos de interés que pueden surgir entre los intereses del administrador y de la sociedad, el legislador ha prestado especial atención a la prohibición de desarrollar actividades competitivas.

La razón de la prohibición reside en el propio peligro que entraña para la sociedad la competencia de su administrador, y ello porque, éste, en su labor de representación y gestión de la sociedad tiene a su alcance toda la información relativa al desenvolvimiento económico de la sociedad, por lo que, si se permitiera al administrador competir con la sociedad de la que es administrador de la sociedad, quedaría en una situación vulnerable³²⁸. El fundamento jurídico de esta prohibición se encuentra en la propia

³²⁷ A favor de esta segunda postura, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa”, *cit.*, p. 526, señala que “aunque existen solidas razones para aplaudir la decisión legislativa de residenciar la competencia en el consejo de administración para fijar la retribución de los ejecutivos, no creemos que esa deba extenderse, al menos sin una importante reserva, a la aprobación de las retribuciones externas. “*Si realmente el legislador ha considera que este supuesto, el de las retribuciones externas, es tan relevante como para merecer que expresamente quede prohibido por su posible impacto negativo en el delineamiento de intereses, no resultaría congruente que quedaran eximidos de dar noticia a la junta de su retribución externa precisamente aquellos cuyas decisiones más importancia tienen para la sociedad: los consejeros ejecutivos*”. Sobre la retribución de consejeros ejecutivos, *vid.*, DEL VAL TALENS, P., “El control de la retribución por el consejo de administración. La retribución de los ejecutivos. El contrato de consejero ejecutivo”, en *Retribución de consejeros*, (Dir. Hierro Anibarro, S.), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 703-762.

³²⁸ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 543, declara que el administrador que hace competencia a la sociedad no perseguirá los intereses de ésta con la misma tenacidad. Además, obtendría decisivos ahorros de costes, podría explotar en su beneficio las relaciones logradas con otros agentes gracias a su posición en la sociedad que administra, e, incluso, “*desde el interior de la sociedad, proceder a su aniquilamiento*”.

relación fiduciaria que une al administrador y la sociedad. La prohibición, además, se fundamenta en la infidelidad que conlleva el uso de información recibida y de la posición del administrador en la sociedad, de forma que obtiene una ventaja competitiva por razones distintas a la propia eficiencia empresarial, y perjudica, o al menos pone en riesgo, el interés social³²⁹.

En relación con el fundamento de la prohibición debemos hacer referencia a la restricción que dicha prohibición supone en el derecho fundamental de libertad de empresa (artículo 38 CE) en el marco de una economía de libre mercado. El administrador, al aceptar su nombramiento, acepta la gestión y representación de una sociedad de capital, y con ello su sometimiento a una serie de deberes, entre los que se encuentra el deber de lealtad. Es en base a la lealtad que debe a ésta cómo su derecho constitucional de libre acceso al mercado va a verse limitado. Esta limitación, obviamente, alcanzará únicamente el ámbito de las actividades desarrolladas por la sociedad que administra. Por tanto, la limitación del derecho recogido en el artículo 38 CE será parcial, ya que se circunscribe al área de actividades que se desarrollan en la sociedad administrada³³⁰.

El ámbito objetivo de la prohibición de competencia es amplio. El artículo 229.1.f) LSC prohíbe el desarrollo de actividades efectivamente competitivas³³¹. Así, comprende el

³²⁹ En este sentido, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de intereses entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 99 ss., señala que el administrador que compite con la sociedad es más probable que no persiga el interés social con la misma tenacidad que un administrador fiel. En palabras de nuestros tribunales, añade, “*el fundamento se halla en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas entre la existencia de una situación de incompatibilidad a fin de proteger a la sociedad del daño que le puede suponer una situación de conflicto*”. Por su parte, RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, cit., p. 114, menciona que la conducta del administrador pone en situación de riesgo el interés social y es un acto interesado en la medida que el esfuerzo competitivo se realiza en beneficio del administrador, de forma que hace para él lo que se ha obligado a promover para su principal. Así, el administrador que desarrolla este tipo de comportamiento no solo se encuentra en situación de conflicto de interés, sino que ocupa, además, una posición de interesado, pues su interés va a derivar de la retribución o contraprestación que pueda recibir del tercero por actuar en su interés. De esta manera, es esa concreta situación la que hace que el administrador se encuentre en posición de conflicto.

³³⁰ Así, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 100. En el mismo sentido, BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, cit., p. 259, expone que con la previsión de la prohibición de competencia el legislador trata de solventar el conflicto de interés que tiene lugar cuando el administrador realiza competencia con la sociedad. Y lo hace en sentido prohibitivo para el administrador, lo que supone una excepción al principio de libertad de empresa del artículo 38 CE. La autora se refiere a la posibilidad de la junta de dispensar determinados conflictos de competencia como forma de dar flexibilidad a la limitación de la libertad de empresa.

³³¹ Respecto del alcance de la prohibición de competencia, existían dos corrientes doctrinales. Por un lado, quien defendía que para determinar el ámbito de la prohibición lo decisivo era el objeto social determinado en los estatutos, con independencia de que las actividades reflejadas se ejercitaran o no. Defiende esta postura, RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, cit.,

desarrollo de toda actividad por cuenta propia o ajena que entrañe una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, sitúe al administrador en un conflicto permanente de intereses con la sociedad.

El radio de acción del nuevo precepto es más extenso que su precedente, el anterior artículo 230.1. LSC, que en su redacción comprendía el mismo, análogo o complementario genero de actividad. El vigente artículo 229.1.f) LSC omite esta referencia como fundamento de la obligación de no competencia, prohibiendo el desarrollo de “*actividades que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente de intereses de la sociedad*”³³². Por tanto, queda prohibido desarrollar actividades efectivamente competitivas³³³.

Sobre el alcance de la efectividad cabe hacer una serie de concreciones. En primer lugar, la competencia entre la sociedad y el administrador tiene que ser real, y ello sucede

p. 114 y 115. Así, plantea el alcance de la prohibición de competencia a las actividades especificadas en el objeto social pero no desarrolladas en el momento de presentarse la situación de conflicto. Atendiendo al mandato abstracto que tiene el administrador de desarrollar todas las actividades establecidas en el objeto social, el administrador deberá desplegar su esfuerzo para satisfacer el interés social, no siendo posible que desarrolle estas actividades en interés propio. El autor además añade que, si la sociedad no ha contemplado determinadas actividades, pero las realiza efectivamente en el mercado, una interpretación extensiva del precepto permite afirmar que se trataría de actividades también comprendidas en la prohibición, por lo que el administrador tampoco podría realizarlas. La segunda corriente se fundamenta en que los peligros que comporta el desarrollo de una actividad competitiva se manifiestan en relación con los productos y servicios verdaderamente ofertados por la sociedad, y no por los “*programados con carácter apriorístico por el objeto social*”. En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 543. Por eso, señala el autor, lo determinante serán las actividades que verdaderamente desarrolla la sociedad en el mercado, “*en sede de conflictos de interés hay que estar a la realidad (del peligro de prácticas extractivas) y no a la literalidad*”. En la misma línea, QUIJANO GONZÁLEZ, J., MEMBRILLA RIVERA, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, *cit.*, p. 969, consideran que una auténtica situación de competencia con la sociedad se produce cuando la situación de competencia tiene lugar en el mercado con fines claramente concurrenciales, al desarrollar el competir una conducta objetivamente idónea para promover o asegurar la difusión de prestaciones propias o de un tercero. Por tanto, destacan, será “*imprescindible que se desarrolle una situación de efectiva concurrencia, que, además, ha de tener carácter relevante*”. En el mismo sentido, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 352, al sugerir que la situación de competencia tendrá lugar cuando en el mercado y con fines claramente concurrenciales, los competidores desarrollen una conducta objetivamente idónea para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero. La jurisprudencia hace suyos estos argumentos y establece una aproximación realista y no formalista de prohibición competencia, donde lo decisivo son las actividades realmente desarrolladas.

³³² JUSTE MENCIA, J., “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, *cit.*, p. 406, dice que se trata de “*una expresión que siembra dudas en el intérprete, y permite augurar algún incremento de la litigiosidad en esta materia, cuando las relaciones entre socios sean conflictivas*”.

³³³ Para un examen en profundidad sobre las actividades efectivamente competitivas, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, *cit.*, p. 107-127.

cuando los sujetos compiten entre sí en el mismo mercado³³⁴. No existe competencia real, en cambio, cuando las actividades se lleven a cabo en mercados territorialmente cerrados o diferenciados. Si la actividad competitiva se desarrolla en un mercado distinto, la conducta del administrador es inocua para el interés social de la sociedad que administra, y, por tanto, no sitúa al administrador en una situación de conflicto.

La nueva redacción del artículo 229.1.f) LSC clarifica que no se requiere coincidencia plena entre la actividad realizada por la sociedad y la que el administrador ha llevado a cabo, por cuenta propia o ajena, aunque será necesario que exista un conflicto de intereses entre la sociedad y el administrador. En otras palabras, que, si a pesar de realizar una actividad complementaria puede concluirse la falta de existencia de conflicto de intereses, no podrá aplicarse la prohibición del artículo 229 LSC³³⁵.

El legislador incluyó entre las conductas prohibidas la prohibición de competencia en el intento de solventar la situación de conflicto de interés que se da cuando un administrador realiza competencia con la sociedad, y lo hace en sentido prohibitivo para el administrador. La prohibición de competencia es una manifestación más del deber de lealtad. El administrador, nombrado por la sociedad para su gestión y representación, debe abstenerse de llevar a cabo conductas que supongan un conflicto de interés con el interés de la sociedad, debido a lo cual se encontrará en una situación de conflicto cuando existan otros intereses que puedan poner en riesgo la promoción del interés social de la sociedad que administra³³⁶.

³³⁴ Esta afirmación nos lleva al ámbito del mercado relevante, atiende ampliamente la cuestión, *OTEGUI JÁUREGUI, K., Ibid.*, p. 110 ss. La jurisprudencia ha tenido ocasión de precisar que no es el mercado relevante el único elemento para tener en cuenta. De esta manera, conceptos de índole económico-empresarial como cifras de facturación, la inversión, el valor de negocio y la posición de la empresa den rankings correspondientes a los mercados en los que operan son algunos de los elementos que el TS ha señalado como elementos fundamentales a analizar. Por su parte, RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *cit.*, p. 114, expone que el criterio delimitador para establecer el deber de no competir se corresponde con el de la competencia efectiva en el mercado relevante de referencia. Por ello, será preciso considerar que la actividad desarrollada por el administrador competidor se desenvuelva en el específico ámbito temporal y geográfico que sea idóneo para lesionar los intereses de la sociedad.

³³⁵ No obstante, BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, *cit.*, p. 262, apunta a que incluso en este caso será necesaria la obtención de la dispensa de la junta general, puesto que la presume la existencia de conflicto.

³³⁶ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, *cit.*, p.206, señala como lógico que entre las prohibiciones del deber de lealtad figure la de no competir con la sociedad, pues fácilmente tenderá a preferir el interés del competidor sobre esta, respecto de decisiones que forman parte del desarrollo del mismo del objeto social y conforman el núcleo de la función de administrar, o en el mejor de los casos, tendrá graves dificultades para discernir por sí mismo como servir de la mejor manera posible a dos lealtades distintas.

La excesiva literalidad de la ley, sin embargo, puede impedir que se lleven a cabo determinadas operaciones que, a pesar de constituir formalmente un conflicto de interés con la sociedad, no perjudican a los intereses de esta. Puede ocurrir que dos sociedades tengan un análogo o complementario género de actividad fijado en los estatutos, pero ello no tiene por qué significar que sean competidores en sentido económico. Dos sociedades compiten cuando actúan sobre el mismo sector de clientela, lo que hace posible que puedan convivir en el mercado sin perjudicarse mutuamente, si, por ejemplo, se encuentran en dos mercados geográficos distintos³³⁷.

La doctrina jurisprudencial zanja la cuestión determinando la existencia de infracción de competencia “*mediante la simple creación, sin autorización expresa de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, independientemente de que ésta haya llegado a operar en el mercado de forma efectiva, salvo que se demuestre que no existe contraposición de intereses*”³³⁸.

En segundo lugar, respecto de la temporalidad de la competencia, se plantea la cuestión de si ésta debe ser permanente o estructural para considerarla efectiva. En este sentido, el conflicto de interés derivado del desarrollo aislado de una actividad competitiva merece la misma atención que los conflictos derivados de situaciones de competencia permanentes. Por ello, los conflictos puntuales serán también conflictos de competencia reales y efectivos³³⁹.

Por último, en atención al daño, como viene ocurriendo con el resto de las prohibiciones, no es necesario que el desarrollo de la actividad competitiva cause daños a la sociedad para que se aplique la prohibición legal, y ello porque la propia competencia, ya sea real o potencial, cause daños efectivos o no a la sociedad, queda prohibida³⁴⁰. La razón de la

³³⁷ De esta manera lo expone, BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, *cit.*, p. 260, y añade que el tenor de la ley es quizás demasiado gravoso y puede, incluso, llegar a implicar lo que se denomina un “*desaprovechamiento del talento de la generación de riqueza*”.

³³⁸ STS de 5 de diciembre de 2008.

³³⁹ OTEGUI JÁUREGUI, K., *Conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, *cit.*, p. 126, agrega que la falta de continuidad de dichas actividades, y, sobre todo, el menor perjuicio para el interés social, harán que la junta general conceda con mayor facilidad una dispensa, o resuelvan más fácilmente sobre el cese del administrador.

³⁴⁰ No constituye un elemento necesario para concretar la efectividad del conflicto la producción de un daño al patrimonio de la sociedad, pues la infracción del deber de lealtad no deriva de la producción de un daño. En este sentido, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, *cit.*, p. 126, indica que “*el daño no es una condición sine qua non para que se activen los remedios*”.

prohibición está en el propio peligro que entraña el desarrollo de una actividad competitiva para el interés social³⁴¹. Sobre la cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse la SAP de Murcia de 18 de octubre de 2018 (SAP MU 2359/2018), resolviendo que no es determinante no haber causado pérdidas a la sociedad de la que era administrador, ya que la LSC no lo impone, por contemplarse la prohibición de una competencia actual y potencial.

En el mismo sentido, la SJM de Santander de 20 de octubre de 2014, (AC/2014/1821), al señalar que *“de hecho, ni siquiera sería necesario un desarrollo efectivo de actividad, sino la mera creación de otra entidad con idéntico objeto”*. Sobre la cuestión, también, la SAP de Madrid de 31 de mayo de 2013 (JUR 2013/210114), destaca que cabe la posibilidad de que la lesión no sea actual, sino que sea potencial, es decir, no sería necesario que el daño o lesión se llegue a producir efectivamente, y tenga constancia materializada, siendo suficiente que exista peligro potencial de que se ocasione. Lo que no se puede permitir, apunta *“es únicamente sospechar un daño, se debe probar objetivamente que se ocasionará”*.

Por todo lo anterior, el conflicto de competencia se apoya en dos elementos, por un lado, la propia oposición de intereses (administrador-sociedad), y por otro, el riesgo de lesión de los intereses de la sociedad.

Igual que en el resto de los supuestos de conflicto de interés, el apartado segundo del artículo 229 LSC extiende la aplicación del deber de abstención de los administradores a las personas vinculadas a él. La regulación prevé expresamente la existencia de un conflicto de interés en los casos en los que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador³⁴².

legalmente previstos para combatir las conductas desleales en general, ni el cumplimiento de la obligación de competencia, en particular”.

³⁴¹ El peligro que puede entrañar el desarrollo de una actividad competitiva por un administrador para el interés social ha sido advertido desde siempre. Así lo expone, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de intereses”, *cit.*, p.406, al destacar su prohibición en las viejas normas del Derecho mercantil codificado. La protección de la sociedad mediante cláusulas de no competencia se encuentra muy extendida en las relaciones jurídicas, por lo que, *“nada tiene de particular que el legislador de sociedades de capital haya prestado mayor atención a la actividad de quienes ocupan los cargos orgánicos”*.

³⁴² A este respecto, BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, *cit.*, p. 260, defiende que no puede presuponerse que la prohibición de competencia rija respecto de las actividades realizadas por el cónyuge o familiares próximos al administrador, aunque si quepa aplicar el deber de comunicar la situación de conflicto de

La regla general es que los administradores no pueden desarrollar actividades, por cuenta ajena o propia, que entrañen una competencia efectiva, actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con sus intereses. No obstante, la junta general puede dispensar esta prohibición, autorizando al administrador a llevar a cabo tal dedicación en virtud del artículo 230.3 LSC. El precepto utiliza la expresión “*desarrollar actividades por cuenta propia o ajena*”, lo que sugiere una dedicación personal, aunque también puede defenderse la aplicación del precepto porque el control constituye en esencia un criterio de referibilidad o de imputación de la actividad de la entidad controlada al sujeto controlador.

En cualquier caso, incluida o no dentro de la prohibición, toda participación del administrador en el capital de una sociedad, con el mismo, análogo o complementario genero de actividad al que constituye su objeto social debe ser comunicada al consejo de administración, al resto de administradores, o en caso de administrador único, a la Junta General.

3.3-. La posibilidad de dispensar otros conflictos de interés no incluidos en el artículo 230.2 LSC

El apartado segundo del artículo 230.2 LSC establece expresamente que la sociedad “*podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares*”. Una primera lectura de esta parte del precepto puede llevar al convencimiento de que todas las prohibiciones del artículo 229 LSC son dispensables, pudiendo ser todas ellas realizadas por el administrador previo otorgamiento de la dispensa oportuna por el órgano competente. Es decir, que todos los conflictos de interés podrían ser dispensados por la sociedad, debido al carácter abierto y no excluyente que el artículo 229.1 LSC tendría. Sin embargo, a continuación, se concretan las conductas que son, efectivamente, dispensables por la sociedad, entre las que se incluyen la realización por parte de un administrador o persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio y la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero

intereses a los otros administradores o a la junta general. En cualquier caso, señala, si se puede probar la condición de testaferrero de la persona vinculada al administrador, ha de entenderse que éste está ejerciendo la competencia a través de otro, es decir, de forma indirecta y, por tanto, debe aplicarse la prohibición.

(art.230.2 LSC). A su vez, el apartado tercero del artículo 230 LSC añade la posibilidad de dispensar la obligación de no competir con la sociedad.

Por razón de su objeto, el administrador no puede ser dispensado de atender las obligaciones básicas inherentes al deber de lealtad (art. 228 LSC)³⁴³. Lo que podrá dispensarse, aunque única y exclusivamente a través de una dispensa ad hoc, singular y concreta, es el cumplimiento de la obligación de evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés. ¿Qué ocurre con aquellos supuestos no incluidos en el precepto? ¿Pueden gozar del sistema de dispensa que la LSC ofrece a los administradores? La respuesta, a nuestro parecer, debe ser afirmativa.

La posibilidad de dispensar conductas que supongan un conflicto de interés no especificadas en el artículo 230 LSC es una cuestión discutida³⁴⁴. Sin embargo, siguiendo la filosofía del legislador a la hora de construir el régimen del deber de lealtad, debe aceptarse la inclusión de otras situaciones de conflicto de interés como supuestos dispensables. El instrumento de dispensa se introduce en la norma como una forma de flexibilizar un sistema tradicionalmente rígido. Por lo tanto, debemos abogar por que la enumeración de los conflictos de interés del artículo 229.1 LSC sea una enumeración abierta y no excluyente. El precepto establece una ordenación de las prohibiciones, organizándolas y unificándolas bajo la matriz común del deber de evitar situaciones de conflicto de interés, lo que facilita la construcción de los grupos de casos. La ordenación que establece el legislador en el artículo 229 LSC no agota, en ningún caso, los supuestos de conflicto de interés prohibidos al administrador, por lo que existirán otros comportamientos que situarán el interés del administrador en conflicto con el interés de la sociedad³⁴⁵. A pesar de que la enumeración del artículo 229 LSC es abierta, y cabe la

³⁴³ GARCÍA GARCÍA, E., “Art. 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. GARCÍA CRUCES, J.A., SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3094, sostiene la coherencia de la regla con la circunstancia de que se trate de deberes impuestos por una norma imperativa.

³⁴⁴ GARCÍA GARCÍA, E., *Ibid.*, p. 3094, establece como dispensables las operaciones descritas en el artículo 229 LSC, “*aunque la excepción no se aplica a todas ellas, pues no resulta exonerable la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas*”. Fundamenta esta afirmación en que la letra b) del artículo 229 LSC ni está explicitada, a diferencia de las otras excepciones señaladas, y porque constituye un ejemplo de uso de las funciones de administrador para algo que no resulta inherente a ello. Sobre la prohibición utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador, vid. supra, cap. II, punto 4.3.2.3.

³⁴⁵ En este sentido, GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, *cit.*, p. 3052, expone que el artículo 228 LSC enuncia las obligaciones que derivan del deber de lealtad, que “*se consideran que son las esenciales para darle un contenido aprehensible*”. Sugiere que se

existencia de otras situaciones de conflicto de interés no incluidas en el precepto, el legislador a la hora de construir los grupos de casos que podrían situar al administrador en conflicto se ha ocupado de establecer situaciones de conflicto generales que puedan acomodar supuestos diferentes dentro de los casos especificados en la ley³⁴⁶. Por tanto, es muy probable que una situación de conflicto no incluida en la ley pueda reconducirse a uno de los casos definidos en el artículo 229.1 LSC³⁴⁷.

De manera que pueden existir situaciones de conflicto de interés no expresamente previstas en el artículo 229.1 LSC que deben ser igualmente evitadas en virtud de la función de cláusula general que el precepto tiene. De esta forma, si un determinado comportamiento no encajara exactamente en alguno de los supuestos, pero entraña una situación de conflicto, el administrador debería abstenerse igualmente de realizar la conducta desleal. Por consiguiente, el administrador tendría que poner en conocimiento de la sociedad la supuesta situación de conflicto de interés, solicitando la dispensa para su desarrollo³⁴⁸.

trata de una enumeración que no tiene carácter exhaustivo, pues enuncia las reglas que de la experiencia práctica se ha revelado que constituyen la plasmación de los principales componentes del régimen de lealtad.

³⁴⁶ A este respecto, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 214, se refiere al caso de la obligación de confidencialidad, una obligación básica derivada del deber de lealtad y, en principio, no dispensable, y a la posibilidad de dispensarla a través de la dispensa del uso de activos sociales.

³⁴⁷ OTEGUI JÁUREGUI, K., *Ibid.*, p. 214, defiende que la obligación básica relativa a la regla de ningún conflicto contenida en el artículo 228.e) LSC puede ser objeto de dispensa, en tanto en cuanto, “es introductoria del elenco de prohibiciones contenidas en el artículo 229.1 y persigue idéntico fin que aquellas”. En la misma línea, la Companies Act, a la vez que establece la autorización concreta de determinadas situaciones de conflicto de interés (Section 175(1)-3), el punto 4. b) parece establecer una autorización para la obligación genérica de evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés. En concreto, dispone, “the duty is not infringed if the matter has been authorised by directors”. Podemos considerar la Section 175.4. b) es el precepto homólogo al artículo 228.e) LSC. Defiende esta idea, MARTINEZ ROSADO, J., “La Companies Act de 2006 y las singularidades en materia de recomendaciones de gobierno corporativo características del derecho inglés relativas al órgano de administración”, en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada, Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducida por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015*, (Coord. RONCERO SÁNCHEZ, A.), Tomo III, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1267, sugiere que la section 175 de la Companies Act se establece en términos similares a los que recoge el artículo 228.e) LSC.

³⁴⁸ Defiende esta postura, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 392. El autor, refiriéndose concretamente a la situación de las operaciones realizadas por el administrador por cuenta propia o en beneficio de una persona no vinculada en sentido del artículo 231 LSC, supuesto no incluido literalmente en el artículo 229 LSC siempre que no actuara en nombre de la sociedad, afirma que, a pesar de la supresión del inciso durante el trámite parlamentario, sería posible también que el administrador afectado obtuviera una dispensa de la sociedad en estos supuestos.

Resulta fundamental aludir al daño que una situación de conflicto de interés puede producir en el interés social. El daño es la principal razón por la que el legislador prohíbe la existencia de conflictos de interés entre el administrador y la sociedad, aunque permita su realización excepcionalmente. Al consentir el desarrollo de situaciones de conflicto de interés, se condiciona dicho comportamiento a la no producción de una lesión al interés social, es decir, que no se produzca un daño, o que el daño que quepa esperar para la sociedad se vea compensado con los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. Por tanto, la enumeración de situaciones de conflicto de interés, formulada de modo incompleto, o mejor, abierto y funcionalista, lleva a la convicción de que, en tanto en cuanto no resulte lesionado el interés social podría dispensarse el comportamiento no absentista del administrador inmerso en una situación de conflicto de interés.

En atención al principio de transparencia que inspira la legislación de sociedades, nada cabe objetar a que, un administrador que comunica correctamente a la sociedad un determinado conflicto de interés, aunque no esté incluido en la ley, pueda solicitar la oportuna dispensa para llevar a cabo la conducta desleal que pretende desarrollar. El deber de lealtad del administrador se consagra en la ley como una forma de garantizar la salvaguarda del interés social, por lo que, todas aquellas situaciones de conflicto de interés que no lesionen el interés social, o en los que el daño que puedan causar se vea compensado, siempre que se comuniquen adecuadamente a la sociedad, deberían poder ser dispensadas.

En todo caso, hablamos de posibilitar al administrador la solicitud de dispensa para llevar a cabo una determinada situación de conflicto de interés que no esté contemplada en la ley, pero la decisión última la tendrá la propia sociedad que, a través de la Junta General o el órgano de administración, según cual sea el tipo de conflicto que el administrador pretenda desarrollar. Es la propia sociedad la que, a través de la concesión de la dispensa, concreta el nivel de flexibilidad que da al régimen de lealtad de sus administradores.

CAPÍTULO III-. PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE DISPENSA I. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN Y ÓRGANO COMPETENTE

I-. PLANTEAMIENTO: PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DEL ADMINISTRADOR A LA HORA DE SOLICITAR LA DISPENSA

1-. PRELIMINAR

Con la preocupación por evitar el abuso de los administradores de aprovechar beneficios de la sociedad, la LSC construye un régimen cuyo centro principal es el deber de evitar las situaciones de conflicto de intereses³⁴⁹. Puede ocurrir, sin embargo, que el conflicto de interés devenga inevitable, porque la propia sociedad esté interesada en su realización por resultar ser una operación beneficiosa para el interés social. De modo que, dada la imposibilidad de evitar que el conflicto se produzca, el objetivo es la protección del interés social, que se consigue a través de la independencia del órgano gestor³⁵⁰. Esa autonomía se alcanzará a través del sometimiento del administrador al cumplimiento de un procedimiento³⁵¹.

La Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 proclamaba la necesidad de establecer un procedimiento dispensatorio claro, sin embargo, la LSC se limita a enunciar diferentes

³⁴⁹ El deber más importante que rige el comportamiento del administrador es el de evitar las situaciones en las que su interés personal pueda entrar en conflicto con el interés social. El deber de abstención es el primer deber que aparece en el texto, en relación con el comportamiento debido por el administrador en situación de conflicto de interés. En este sentido, SERRANO CAÑAS, J.M., “El (Nuevo) Protocolo de actuación de los administradores afectados por conflictos de intereses”, en *Reformas en Derecho de Sociedades*, (Dir. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L.), Marcial Pons, Madrid 2017, p. 141, resalta que de una lectura rápida parece que el deber de lealtad se fundamenta, se centra y queda reducido a un mero deber negativo, abstencionista o de no hacer.

³⁵⁰ La independencia del órgano de administración es uno de los elementos centrales del sistema de los conflictos de interés. Aunque quedaba integrado en la noción del deber de lealtad, la Ley 31/2014 introduce expresamente el deber de independencia entre las manifestaciones del deber de lealtad en el artículo 228.d) LSC, exigiendo al administrador el desempeño de sus funciones “*bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia*”. MEGÍAS LÓPEZ, J., “El deber de independencia en el Consejo de administración: Conflictos de interés, dispensa y business judgement rule”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52, p. 120, se refiere a la posibilidad de confusión entre independencia y desinterés, aunque zanja el debate atendiendo al concepto más amplio que la independencia tiene sobre el desinterés, “*al cual incluye, ya que un administrador desinteresado sobre podrá ser independiente si carece de determinados vínculos que lo impidan, pero un administrador con un interés significativo en una situación concreta nunca podrá ser independiente*”.

³⁵¹ En este sentido, PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.* p.57 y 58, afirma que para la regulación de la dispensa el legislador ha establecido “un derecho relativamente fácil de administrar y, a la vez, relativamente difícil de eludir”.

deberes que el administrador en conflicto debe cumplir³⁵². Así, el administrador interesado en el desarrollo de una conducta prohibida debe comunicar la situación a la sociedad (art. 229.3 LSC), declarando su intención de ser liberado previamente de la prohibición mediante la concesión de la dispensa para poder llevar a cabo la conducta libremente y obteniéndose de realizar la conducta prohibida hasta que la sociedad decida sobre su permiso (art. 228.e) LSC).

2-. CONTENIDO DEL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN: LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO

La LSC ha construido un sistema de conflictos de interés cuyo principal deber es el de evitarlos (artículos 228.e) y 229.1 LSC). No obstante, el legislador, consciente de la realidad societaria, ha construido un procedimiento a través del cual permitir el desarrollo de determinados conflictos de interés³⁵³. Al permitirse el desarrollo de operaciones que sitúan al administrador en conflicto de interés con la sociedad, el deber de abstención que el artículo 228 LSC proclama, queda en un segundo plano, debiendo atenderse otras exigencias que van a regir el comportamiento del administrador.

A pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 menciona la necesidad de construir un procedimiento a seguir en caso de conflictos de interés, LSC no establece un verdadero procedimiento o protocolo, sino que se limita a proclamar una serie de deberes que deben respetarse en caso de situación de conflicto de intereses³⁵⁴. El conjunto de deberes que el legislador consagra pretende asegurar que, en la representación social, tanto en fase deliberativa como en la ejecutiva, el órgano de administración no pierda la fundamental independencia de criterio. De esta manera, la LSC consagra una serie de deberes que deben ser observados por aquellos administradores en conflicto, cuyo cometido es asegurar que la decisión que el órgano competente tome al respecto cumple todas las garantías que legalmente se establecen. Por lo tanto, el administrador que se

³⁵² La Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 recogía expresamente la necesidad de “*una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés*”.

³⁵³ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 486, establece que “*mientras que las funciones admonitoria y prohibitiva son de eficacia directa, la de garantía, al estar relacionada con la imperatividad flexible, es de eficacia diferida y meramente eventual*”.

³⁵⁴ SERRANO CAÑAS, J.M., “El (nuevo) protocolo de actuación de los administradores afectados por conflictos de interés”, *cit.*, p. 141, respecto del procedimiento señala que “*pese a la falta de concreción y claridad que podría haber empleado el legislador, ese procedimiento existe*”.

posiciona en una situación de conflicto de interés con la sociedad tiene dos opciones, puede abstenerse de actuar, evitando la creación de la situación del conflicto, o puede comunicar su interés en la operación, solicitando la dispensa oportuna para ello. Una vez declarado el conflicto con el objetivo de la obtención de la dispensa para la explotación de la actuación interesada se activa la función de garantía³⁵⁵.

Las garantías que consagra el legislador son de dos tipos. Por un lado, establece una garantía procedimental, que incluye el deber de comunicación del conflicto y la determinación del órgano competente. Y, por otro lado, contempla una garantía material, que se refiere a la necesidad de que el acuerdo adoptado garantice la inocuidad y la equidad de la operación en el interés social³⁵⁶. Las garantías procedimentales (la declaración de la existencia del conflicto y la determinación del órgano competente), se construyen sobre la base del principio de transparencia³⁵⁷. Por lo tanto, el procedimiento para la concesión de la dispensa gira en torno a tres reglas básicas. En primer lugar, la regla de procedimiento, que asegura la independencia del órgano que otorga la dispensa respecto del administrador interesado. En segundo lugar, la regla de la inocuidad, que trata de garantizar el carácter equitativo de la operación, ya sea por su inocuidad o porque se contrata en condiciones de mercado. Y, por último, la regla de transparencia³⁵⁸.

En fin, dada la falta de interés que las sociedades pueden tener en prohibir la totalidad de los conflictos de interés, por su inocuidad o por los beneficios que su desarrollo puede atraer a la sociedad, no pueden penalizarse todas las situaciones de conflicto, sino que

³⁵⁵ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 486, indica que uno de los límites de la imperatividad flexible es la intangibilidad de las garantías dispuestas por el legislador para asegura que la flexibilidad que permite no suponga un perjuicio para el interés social.

³⁵⁶ PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, *cit.*, p. 61, se refiere a la estrecha relación entre ambas garantías señalando que “*ambas clases de garantías interactúan entre sí y, en particular, la procedimental facilita que se cumpla la material*”. En el mismo sentido, PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.*, p. 57, señala que son tres las reglas básicas en el procedimiento dispensatorio, la regla de procedimiento, que asegura o trata de asegurar la independencia del órgano que otorga la dispensa respecto del administrador afectado, la regla de equidad o *fairness*, que trata de garantizar el carácter equitativo de la transacción, y la regla de la transparencia.

³⁵⁷ Sin la garantía de transparencia la sociedad no conocería la existencia del conflicto ni sus riesgos derivados, y no podría adoptar las medidas oportunas para evitar el perjuicio del interés social. Respecto del papel fundamental que desempeña la garantía procedimental, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 487, descarta que, a pesar de lo que una lectura del artículo 230.2 III LSC pueda sugerir, que esa garantía solo deba satisfacerse cuando la conducta dispensada no respete la garantía material, ésta deberá ser siempre respetada.

³⁵⁸ PAZ-ARES, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, *cit.*, p. 41. También, PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.*, p. 58, declara que la regla principal desde el punto de vista operativo es la regla del procedimiento.

debe centrarse la atención en la protección del interés social, y ello se logra asegurando la independencia de criterio del órgano gestor³⁵⁹. Para conseguirlo, la actuación del administrador debe someterse a un procedimiento dividido en cuatro fases: comunicación, dispensa, abstención y transparencia.

2.1.- Comunicación del conflicto

El artículo 229.3 LSC establece el deber de comunicar a la sociedad cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés social. El precepto consagra el deber de comunicación de todas las situaciones de conflicto que pueden producirse en los que exista incompatibilidad entre el interés propio del administrador y el interés social. De manera que los negocios que el administrador pueda tener que no supongan un conflicto entre ambos intereses no serán susceptibles de comunicación, y el administrador gozará de libertad para su explotación.

Sobre el alcance de la comunicación, deberá incluir no solo la declaración de la existencia de conflicto, sino que irá acompañada de todos aquellos elementos que pudieran ser de interés para tomar el acuerdo oportuno sobre su posible permisión por la sociedad. Por tanto, el administrador no puede limitarse a declarar la existencia de una concreta situación, sino que deberá acompañar a este de una descripción detallada de los términos del conflicto.

2.2.- El deber de abstención

Una vez iniciado el procedimiento dispensatorio a través de la comunicación del conflicto, el administrador tiene el deber de abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto (art. 228.c) LSC). El deber de abstención tiene un ámbito objetivo propio, el conflicto real de intereses. A diferencia de lo que ocurre con la fase de comunicación, que requiere la constatación de una mera situación de riesgo para el interés social, el deber de abstención se refiere a una situación real y efectiva de conflicto de interés. Este deber de abstención no se refiere a cualquier situación posible o potencial de

³⁵⁹ En este sentido, véase, SERRANO CAÑAS, J.M., “El (nuevo) protocolo de actuación de los administradores afectados por conflictos de interés”, *cit.*, p. 142.

conflicto, sino que debe darse la constatación efectiva de un conflicto real³⁶⁰. Consiste en la prohibición de participar en la deliberación y ejercicio de voto por el administrador interesado en una determinada operación. El deber de abstenerse debe referirse a todas las potestades propias de la administración de la sociedad, por lo que afecta tanto a la fase deliberativa, como a la ejecutiva o representativa.

2.3-. El ejercicio de la dispensa

Cuando la sociedad se encuentra ante una incompatibilidad entre los intereses de uno de sus administradores y el interés social, comunicada la situación de conflicto de interés y con la debida abstención del administrador en la fase deliberativa y de votación, la sociedad decidirá si levanta la prohibición para llevar a cabo una concreta operación desleal o si, en cambio, mantiene la prohibición.

La forma de regularizar una conducta legalmente prohibida es a través de la concesión de la dispensa. El legislador ha optado por consagrar el instituto de la dispensa como única forma de autorizar conductas desleales singulares. Por tanto, únicamente se dispensará la explotación de conductas concretas e individualizadas³⁶¹.

3-. LOS BENEFICIOS DE ESTABLECER UN PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA LOS CASOS SUSCEPTIBLES DE CONFLICTO DE INTERESES

La imperatividad consagrada en el artículo 230.1 LSC imposibilita que los estatutos puedan acomodar las conductas que supongan la infracción del deber de lealtad por la vía estatutaria³⁶². La imperatividad, sin embargo, no es absoluta, al consagrar la propia LSC

³⁶⁰ A este respecto, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 384, alude a que la exigencia de deber de abstención precisa en esta fase la verificación de la incompatibilidad entre el interés del administrador y el interés social. Si la exigencia de deber de comunicación requiere la constatación de una situación de riesgo para el interés social, la abstención se impone solo en caso de conflicto de interés en sentido estricto, es decir, en las situaciones en las que concurre un riesgo absoluto, real y actual de lesión del interés social.

³⁶¹ La autorización como liberación previa y genérica del administrador para poder llevar a cabo lícitamente todas o algunas de las conductas prohibidas por el deber de lealtad no está admitida en la LSC, que sólo contempla la posibilidad de dispensar conductas individualizadas y concretas. En este sentido, SERRANO CAÑAS, J.M., “El (nuevo) protocolo de actuación de los administradores afectados por conflictos de interés”, cit., p. 145. (*Vid. Infra*. Cap. II, ap. 2.3)

³⁶² La imperatividad de las exigencias que integran el deber de lealtad impide la previsión estatutaria de cualquier tipo de cláusula que pretenda reducir el alcance del deber de lealtad. Así, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: Art. 230”, cit., p. 285, declara la imposibilidad de los estatutos de prever ningún tipo de fórmula que reduzca el alcance del deber de lealtad, debiendo reputarse como nula.

el sistema de dispensa a través del cual el administrador puede llevar a cabo conductas en principio prohibidas. De esta manera, a pesar de establecer la imposibilidad de excepcionar el contenido del deber de lealtad, la propia legislación ofrece un cauce para ello, aunque no con la claridad que la cuestión merece. La LSC se limita a proclamar una serie de deberes que inspiran el sistema, sin construir, en mi opinión, un verdadero procedimiento dispensatorio.

En virtud de la imperatividad del régimen del deber de lealtad es imposible que las partes puedan limitar o reducir el contenido del deber, sin embargo, ello no imposibilita la posibilidad de acrecentar o completar el régimen de lealtad legalmente establecido. Nada impide la modificación de sus exigencias cuando el objetivo sea el refuerzo de la protección que la norma consagra. Optar por la autotutela supone la creación de regímenes “*a medida*” en los que cada sociedad fija los límites en los administradores que pueden desarrollar su actividad, siempre dentro de la frontera fijada en la LSC. Un régimen propio es lo que permite que se tengan en cuenta las particularidades propias de cada sociedad³⁶³.

La fórmula que establece el legislador como forma de flexibilización del sistema es el instrumento de la dispensa, de forma que la autotutela a la que nos referimos debe dirigirse a la construcción de un sistema dispensatorio a través del cual, tanto la sociedad, como el propio administrador, se encuentren cubiertos por un régimen con mayores garantías. Por lo tanto, se propone el establecimiento de una regulación interna en la que se construya un régimen de actuación ante las situaciones de conflicto de interés, junto con un procedimiento completo y desarrollado de otorgamiento de la dispensa. Los mecanismos de autotutela que se establezcan dependerán de los puntos donde se detecte que las garantías legalmente establecidas resultan ser insuficientes. En atención a las circunstancias propias de la entidad, la sociedad podrá, por un lado, excluir la posibilidad de dispensa total o parcialmente. Y, por otro lado, en aquellos casos en el que el procedimiento de dispensa no sea suficientemente garantista, la sociedad, en vista de sus

³⁶³ En este sentido, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *cit.*, p. 22, se refiere al contenido modificable del deber de lealtad, señalando que cada sociedad puede adoptar su alcance teniendo en cuenta las peculiaridades del sector en el que se inscribe su actividad o la organización de la estructura interna del órgano de administración.

circunstancias propias, podrá, ordenar, completar o incluso hacer más riguroso el régimen dispensatorio³⁶⁴.

La exclusión total de la dispensa se reputa como una medida excesiva, ya que puede imposibilitar o impedir operaciones potencialmente productivas para la sociedad. En aquellos casos de que una sociedad optara por la exclusión, la vía de la exclusión parcial es la opción más recomendable. Se trataría de eliminar la posibilidad de dispensar determinados supuestos de conflicto de interés, comportamientos desleales que, aunque legalmente son dispensables, en atención a las particularidades propias de la sociedad, y, sobre todo, por el riesgo que una determinada operación podría tener en el interés social, sería conveniente la supresión de la posibilidad de su dispensa.

La forma de flexibilización del sistema que defendemos es la construcción de un procedimiento de dispensa que asegure la protección del interés social, haciendo de la dispensa un instrumento atractivo al que los administradores puedan acudir fácilmente. Se trata de construir un sistema interno, que además de atender las peculiaridades de la entidad, ofrezca mayores garantías a las partes intervinientes en el proceso. Un procedimiento que facilite el acceso del administrador al instrumento de la dispensa como fórmula de autorización de determinados conflictos de interés³⁶⁵.

La tramitación por la que cada sociedad opte debe asegurar el cumplimiento de las garantías que la legislación establece para el correcto otorgamiento de la dispensa, por lo que el protocolo interno que las sociedades introduzcan deberá verificar el cumplimiento del deber de comunicación, el deber de solicitud de dispensa, el deber de abstención y el principio de transparencia que inspira todo el sistema. En consecuencia, la opción más

³⁶⁴ Una cuestión importante es la materialización de la autotutela, que dependerá según cual sea el órgano que opte por regularla. Así, si a voluntad de incrementar los mecanismos de protección procede de los propios socios, podrán hacerlo a través de dos vías. Por un lado, la modificación estatutaria, que aporta mayor seguridad jurídica dado el respaldo del régimen del quórum y de las mayorías aportan al proceso. Y, por otro lado, las instrucciones de la junta ex artículo 161 LSC, a través de las cuales los socios instruyen a miembros del consejo de administración para que si llega una solicitud de dispensa se abstengan a tomar decisión alguna y sometan el asunto a la deliberación y votación de la junta, o de los administradores, cuando integren un consejo de administración. Si la decisión de aumentar la rigidez del sistema de dispensa deriva del consejo de administración, será el reglamento del consejo interno el texto en el que se sustancie la regulación. Sobre las formas de incrementar los niveles de protección, interesa la lectura de PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 474-475.

³⁶⁵ Resulta innecesario señalar que los conflictos de interés a los que nos referimos únicamente pueden ser los que legalmente tienen admitida la posibilidad de dispensa, pues incluir cualquier otro conflicto de interés sería actuar en contra de la imperatividad legalmente establecida.

conveniente es el establecimiento de un sistema rígido, a través de la construcción de un procedimiento más riguroso y garantista³⁶⁶.

Respecto al contenido concreto del protocolo, debería incluir, al menos, disposiciones que se refieran a las siguientes cuestiones³⁶⁷. En primer lugar, el protocolo de actuación debe contemplar la forma de la declaración del conflicto. A este respecto, se recomienda establecer la exigencia de comunicación formal del conflicto, que exija la declaración de la situación por escrito, acompañado de la documentación complementaria necesaria. La LSC se limita a consagrar el deber de comunicación del administrador, sin optar por una determinada forma para ello, por lo que debe entenderse permitida la comunicación oral del conflicto. Por esta razón, toda exigencia que aumente la rigidez del sistema será una forma de dotarlo de mayores garantías³⁶⁸.

En segundo lugar, respecto de la solicitud de dispensa, la LSC no establece una forma especial por lo que la sociedad podría establecer su solicitud formal, a través de escritos formales, o incluso a través de formularios normalizados para ello. Esta posibilidad haría que, por un lado, el administrador en situación de conflicto conociera los requisitos que la sociedad exigiría para la solicitud de la dispensa. Y, por otro lado, supondría que las solicitudes de dispensa presentadas no podrían ser rechazadas por defectos de forma, pues se presentarían en la forma propuesta por la sociedad, y, por tanto, únicamente podrían rechazarse por cuestiones de fondo. Es decir, únicamente se rechazaría el otorgamiento de los permisos de conductas que fueran contrarias al interés social y cuyo otorgamiento no interesara a la sociedad.

Una última cuestión clave como garantía procedimental es la relativa al órgano competente del otorgamiento de la dispensa. A pesar de que la facultad para la concesión de la dispensa está legalmente compartida entre la junta general y el órgano de administración, siendo la competencia de este último residual, en vista de las

³⁶⁶ SERRANO CAÑAS, JM., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 371, señala que es de esperar que los reglamentos de funcionamiento interno de los consejos de administración regulen con detalle el procedimiento a seguir en tal caso, la forma en que se daba comunicar el conflicto el momento en el que deba producirse la comunicación, el destinatario, el traslado de la comunicación del conflicto al resto de administradores, cuantas cuestiones puedan ser relevantes en su caso.

³⁶⁷ Nos limitaremos a señalar los puntos clave que deberían incluirse en los protocolos de actuación ante conflictos de interés en las sociedades. No obstante, y dentro de los márgenes que la imperatividad del deber de lealtad establece, es posible que la sociedad incluya otras disposiciones que regulen la actuación de la sociedad ante una concreta situación de conflicto.

³⁶⁸ La rigidez no puede ser absoluta, pues un sistema especialmente rígido puede imposibilitar el acceso del administrador al instrumento de la dispensa.

particularidades propias, y respetando las competencias legalmente otorgadas, la sociedad puede entregar a la Junta General la competencia exclusiva del otorgamiento de la dispensa de todas las situaciones de conflictos de interés dispensables. Sin embargo, y como veremos, a pesar de que entregar a la junta de socios la competencia exclusiva es una forma de garantizar la independencia del órgano otorgante de la dispensa, dejar en manos de la junta la competencia exclusiva puede conllevar, además de un procedimiento lento y más rígido, un mayor coste, por la formalidad del procedimiento de adopción del acuerdo en la junta general.

El hecho de querer dotar de mayores garantías al régimen de la dispensa no quiere decir que la única forma de hacerlo sea estableciendo un sistema más rígido del que la LSC establece. Es igualmente posible la elaboración de un reglamento interno que prevea un sistema de autorización de conflictos de interés abreviado, siempre que las garantías que la ley consagra queden aseguradas³⁶⁹.

II-. COMUNICACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS

1-. EL DEBER DE COMUNICACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS

El apartado tercero del artículo 229 LSC consagra el deber de comunicación al establecer el deber del administrador de comunicar cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que él o personas vinculadas puedan tener con el interés social³⁷⁰. Los administradores están obligados a comunicar su intención de posicionarse en conflicto de interés a la sociedad para que ésta, una vez conozca las circunstancias concretas, libere de la prohibición al administrador, adoptando el acuerdo que considere oportuno sobre la concesión de la dispensa, permitiendo o no el desarrollo de la actividad conflictiva.

La obligación de declarar el conflicto de interés no es un deber independiente de comunicación, sino que es una parte fundamental del deber de lealtad al que el

³⁶⁹ En este sentido, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230”, *cit.*, p. 295, señala que “*pese a las lógicas reservas que inicialmente puede plantear una iniciativa semejante, razones de operatividad podrían aconsejar su previsión*”.

³⁷⁰ El previgente artículo 229.1 LSC contenía ya el deber de comunicar cualquier situación de conflicto de interés con la sociedad, aunque la comunicación operaba de forma diferente, pues era el único requisito para llevar a cabo operaciones de conflicto de interés, al no requerir estas, a excepción de la prohibición de competencia, de autorización de la sociedad para su explotación.

administrador está sujeto, debiendo actuar en atención al mejor interés de la sociedad³⁷¹. En consecuencia, el administrador incumple su deber de lealtad si ante una situación de conflicto se limita a no intervenir, pues además de su abstención, debe informar a la sociedad sobre su situación (art. 229.3 LSC)³⁷². La declaración de la situación de conflicto debe realizarse tempestivamente, es decir, ha de producirse antes de realizar las conductas señaladas en el artículo 229.1 LSC³⁷³. El administrador tiene el deber de comunicar a la sociedad dicha circunstancia, con el fin de que su situación se regularice³⁷⁴. Se trata de declarar el interés ajeno que amenaza su dedicación a la sociedad, solicitando la autorización oportuna para poder desarrollar la conducta que le coloca en situación de conflicto de interés. Por tanto, al administrador al que se le presente una operación que pueda conllevar el conflicto entre su interés y el de la sociedad, tendrá dos opciones, por un lado, evitar la situación de conflicto, absteniéndose a realizar cualquier comportamiento, y, por otro, comunicar su existencia a la sociedad con el fin de obtener la autorización necesaria para su desarrollo³⁷⁵.

El deber de comunicación del conflicto de interés se alza como uno de los deberes clave en el sistema de la dispensa al ser la declaración del conflicto la forma de apertura del procedimiento dispensatorio. Para que la junta general, o el órgano de administración según el conflicto al que se refiera, pueda adoptar el acuerdo dispensatorio de un conflicto

³⁷¹ En este sentido se manifiesta, RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *cit.*, p. 104, al considerar el deber de comunicar la situación de conflicto como “uno de los contenidos esenciales del deber de lealtad”.

³⁷² Al respecto, GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Los deberes del administrador en situación de conflicto de interés”, *cit.*, p. 652, señala acertadamente que el administrador deberá informar de la situación de conflicto, incluso si el paso siguiente es abstenerse de intervenir y no solicitar autorización para la transacción. Lo mismo ocurre en el derecho inglés, lo expone HANNIGAN, B., “Reconfiguring the no conflict rule: Judicial Strictures, a Statutory Restatement and the Opportunistic Director”, *Singapore Academy of Law Journal*, núm. 23 SAclJ, 2011, p. 719. Como plantea, esta perspectiva fue desarrollada en *Item software (UK) Ltd v Fassihi* por Arden LJ, como una “*prescriptive obligation on a director to disclose his own misconduct to his company, as part of the fundamental duty of loyalty to which a director is subject, that is the director’s duty to act in what he in good faith considers to be the best interests of his company*”.

³⁷³ PORTELLANO DÍEZ, P., “Las obligaciones de los administradores en el marco de la función de garantía del régimen de los conflictos de interés”, en AA.VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2022.

³⁷⁴ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 374, apunta acertadamente que para que surja el deber de comunicación no es necesario un doble juicio discrecional del administrador sobre sus situaciones personales. El autor destaca la irrelevancia del grado de compatibilidad existente entre el interés personal que en una determinada operación posea y el interés social. “*simplemente ha de cuestionarse si en el ejercicio del cargo está o no inmerso en situaciones de conflicto presentes o futuros, esto es, en situaciones de riesgo de incumplimiento de sus deberes, o de riesgo de falta de objetividad o independencia de criterio en la gestión de los intereses sociales*”.

³⁷⁵ HANNIGAN, B., *Company Law*, *cit.*, p. 270, agrega que al administrador le quedaría la opción de renunciar a su cargo, no obstante, la renuncia no le permitiría explotar la propiedad, la información o las oportunidades de la sociedad de las que fue concededor gracias a su posición como administrador.

de interés resulta imprescindible que tenga conocimiento sobre el mismo. Así, a través de la declaración del conflicto se pretende hacer conocedora a la sociedad de las situaciones de conflicto de interés que pueden darse, con el fin de evitarlas o de minimizar las consecuencias que de su desarrollo pudieran derivarse. De esta forma, la declaración del conflicto de interés tiene una función fundamentalmente preventiva pues gracias a la comunicación el resto de los administradores y los socios son conocedores de la concreta situación en la que se encuentra el administrador, conociendo los riesgos que supone y pudiendo tomar las decisiones que resulten oportunas para evitar cualquier perjuicio al interés social³⁷⁶. Por lo cual, la comunicación del conflicto logra que la sociedad sea conocedora de la situación, a la vez que le hace participe de ella, por depender el administrador de la decisión que la sociedad tome al respecto.

2-. FUNDAMENTO DEL DEBER DE COMUNICACIÓN: EL DEBER DE TRANSPARENCIA

El deber del administrador de notificar un interés ajeno a la sociedad deriva de la propia obligación gestora del administrador y consiste en uno de los deberes básicos de todo gestor de intereses ajenos. En el caso concreto de los conflictos de interés la titularidad del interés protegido es el de la sociedad, y es ésta la que, tras la comunicación de la situación de conflicto de interés y en atención a las concretas circunstancias, decide sobre el levantamiento de la prohibición permitiendo al administrador el desarrollo de una operación que suponga la contraposición del interés social y el interés personal del administrador³⁷⁷. La razón de exigir la comunicación del conflicto del administrador se

³⁷⁶ En este sentido lo manifiestan, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *cit.*, p. 29, y PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 487. Ambos destacan la función preventiva del deber de comunicación, siendo su finalidad la de evitar que se produzcan mediante su comunicación a la sociedad, a fin de que pueda neutralizarse el riesgo.

³⁷⁷ Sobre las razones de la imposición de la obligación de comunicar el conflicto de interés, HANNIGAN, B., “Reconfiguring the no conflict rule: Judicial Strictures, a Statutory Restatement and the Opportunistic Director”, *cit.*, p. 720, señala que son varias, entre las que destaca tres. En términos de eficiencia económica la sociedad no tiene por qué soportar el gasto de sus recursos en la investigación del adecuado comportamiento de sus administradores. Por otro lado, una información del conflicto incompleta podría llevar a la sociedad a tomar decisiones empresariales perjudiciales para el interés social, por lo que permitir la no comunicación, o la comunicación incompleta sería aceptar resultados ineficientes. Por último, el requisito de divulgación aborda el problema de la agencia y apoya a la junta en la gestión de la supervisión de la conducta de los administradores.

encuentra en el análisis de los riesgos que la sociedad podrá hacer antes de autorizar una determinada actuación³⁷⁸.

El deber de comunicación del conflicto de interés debe interpretarse dentro del marco de las garantías legales de transparencia. Las garantías procedimentales que el legislador construye se cimientan sobre la base de este principio y el deber de comunicación del conflicto es su manifestación más obvia, pues sin la declaración del conflicto la sociedad no conocería su existencia, ni los riesgos que puede suponer³⁷⁹. El deber de transparencia se ha convertido, tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014, en el principio que inspira todo el sistema de los conflictos de interés³⁸⁰. Todas y cada una de las garantías procedimentales se construyen sobre la base de este principio³⁸¹. Habida cuenta de los beneficios que un sistema transparente tiene en el régimen de los conflictos de interés, resulta evidente que el deber de hacer pública una operación hará que solo aquellas que sean beneficiosas para la sociedad, equitativas, o al menos no perjudiciales, sean las desarrolladas por los administradores, que no explotarán transacciones perjudiciales, dado que la sociedad, declarada su existencia, simplemente no la autorizará³⁸².

³⁷⁸ RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *cit.*, p. 104, considera la comunicación del conflicto como la condición necesaria para que la sociedad suspenda la prohibición de actuar interesadamente en un supuesto particular, una vez analizado el riesgo de sus intereses.

³⁷⁹ Puede parecer que el deber de comunicación colisiona con el deber de guardar secreto de aquellas informaciones que tengan carácter confidencial. Puede suceder que el contenido del conflicto esté protegido con un deber de confidencialidad. Sin embargo, no es posible que esta situación sea la razón que exencione el deber de comunicar el conflicto. Para una mayor profundización sobre la cuestión, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 372 y ss.

³⁸⁰ La obligación de transparencia no encontraba plasmación en la regulación previgente en sede de conflictos de interés. En este sentido, PAZ ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.*, p. 60, destaca la necesidad de establecer una obligación de transparencia integral sobre las transacciones interesadas, aludiendo que, aunque ciertamente los deberes de información tienen un cometido normativo que excede el de facilitar la exigencia de responsabilidad, es necesario referirse a ellos por entender que constituyen “*un instrumento fundamental para que los accionistas puedan hacerse activos judicialmente en el campo de la deslealtad*”.

³⁸¹ La Ley de Transparencia destacaba ya la importancia de que la información es el principal mecanismo de funcionamiento perfecto de los mercados Incluso previo a la Ley de Transparencia, el propio informe Aldama destacaba la importancia de la transparencia al señalar que ésta “*constituye la piedra angular sobre la que descansa el sistema, cuyo fin último supone la correcta formación de los precios en los mercados financieros y de la tutela de los intereses de los actuantes en estos mercados*”.

³⁸² Entre los beneficios que un sistema transparente ofrece, PAZ ARES, C., *Ibid.*, p. 60, sostiene que la publicidad de dichas operaciones ofrece a los accionistas información que eventualmente pueden necesitar para litigar las violaciones del deber de lealtad; que el simple hecho de tener que hacerlas públicas impedirá, sin más, que se realicen algunas transacciones interesadas y determinará que las que se realicen sean más equitativas para los accionistas minoritarios; y que, mediando una obligación de transparencia, si una transacción interesada se oculta y más tarde es descubierta, será mucho más fácil exigir responsabilidades.

Por último, la publicidad de las operaciones controvertidas ofrece a los socios la información suficiente que eventualmente pueden necesitar para litigar las violaciones del deber de lealtad, puesto que en virtud de la obligación de transparencia si una transacción es ocultada por el administrador, si más tarde a consecuencia de ésta devienen perjuicios para la sociedad, será más fácil exigir responsabilidades³⁸³.

3-. PRESUPUESTO OBJETIVO DEL DEBER DE COMUNICACIÓN

El ámbito objetivo del deber de comunicación abarca a cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que el administrador o una persona a él vinculada pueda tener con el interés social. El artículo 229.3 LSC se refiere así a toda clase de conflicto que puede surgir, tanto aquellos más bien ocasionales o eventuales a los que el administrador puede tener que enfrentarse de forma esporádica, como a todas aquellas situaciones de conflicto que tengan carácter permanente. La alusión de “*directo o indirecto*”, así como la utilización de la expresión de “*podieran tener*”, nos remiten al concepto amplio de conflicto de intereses que el legislador construye en la LSC³⁸⁴. El carácter abierto del artículo 229.1 LSC adoptado por el legislador español hace que el deber de comunicación alcance a todos los conflictos de intereses, ya sea un interés personal o por cuenta de un tercero (interés directo e indirecto), y cualquiera que sea el carácter propio del conflicto, abarcando los intereses de carácter patrimonial, así como todos aquellos intereses morales, políticos o sociales que puedan hacer peligrar el interés de la sociedad. Quedan incluidos en el deber de comunicación los conflictos que supongan un peligro actual, concreto y cierto, así como todos aquellos que conlleven un peligro abstracto, futuro o casual. Por tanto, el deber comprende los conflictos que causen un daño al interés social, así como todos aquellos conflictos que sean potencialmente perjudiciales para él³⁸⁵.

³⁸³ Además, no es la misma la responsabilidad que puede derivarse de una situación de conflicto de interés correctamente comunicada a la sociedad, que la operación cuyo desarrollo ha sido ocultado por el administrador.

³⁸⁴ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 368, señala que la Ley de Transparencia optaba por un deber de comunicación “*intenso, sin cortapisas y lo más amplio posible*”. Se opta por una noción amplia de conflicto de intereses, debiendo comunicar cualquier situación de conflicto que suponga la sospecha de un cierto grado de incompatibilidad, aunque ésta tenga carácter abstracto, potencial o futurible. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 197, considera que la obligación de comunicar la situación de conflicto comprende cualquiera de los supuestos en los que se produzca un eventual conflicto de intereses sobre el que han de juzgar el resto de los administradores o la junta general.

³⁸⁵ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 374, declara que el legislador al elegir la expresión “cualquier conflicto”, sin aludir al concepto de “conflicto de intereses”, no requiere que se dé una relación conflictual entre ambos grupos de intereses.

Dado que la regulación actual establece un listado detallado de los conflictos de interés (art. 229.1 LSC), no cabe duda de que el deber de comunicación se referirá a todos ellos. No obstante, y dado el carácter abierto del precepto, que puede alojar otras situaciones de conflicto de interés no incluidas expresamente, el deber de comunicación consagrado en el apartado tercero del artículo 229 LSC opera como cláusula general que consagra la obligación para todo tipo de situaciones potenciales de conflicto de interés. Así, el administrador interesado debe revelar todos los conflictos de interés, en la medida en que puedan crear un riesgo para el interés social. En este sentido, es el administrador quien debe evaluar si una determinada situación puede suponer la colisión de su interés personal con el interés de la sociedad³⁸⁶. De esta manera, ante la menor sospecha de que una determinada situación pueda derivar en la incompatibilidad entre su interés personal y el social, es decir, ante la falta de independencia de criterio en la gestión de la sociedad, el administrador deberá proceder a la comunicación de la concreta situación al resto de los administradores.

En conclusión, siempre que haya un conflicto de interés el administrador tiene el deber de declararlo. El legislador ha optado por requerir la comunicación de cualquier conflicto, puesto que sin esa información la sociedad no podría analizar el impacto del conflicto³⁸⁷.

4-. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DEBER DE COMUNICACIÓN

El artículo 229.3 LSC establece el deber del administrador de comunicar cualquier situación de conflicto de interés en la que pueda encontrarse. El administrador está obligado al cumplimiento del deber, un deber que evidentemente debe extenderse a

³⁸⁶ RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *cit.*, p.104, alude a una excepción a la regla general de comunicación y declara no necesaria la comunicación de aquellas situaciones “*que resulten de la aplicación de la regla *deminimis*, esto es, que su trascendencia sea irrelevante para los intereses de la sociedad*”. Por su parte, acertadamente, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 374-375, explica que para el surgimiento del deber no es necesario que el administrador realice un doble juicio discrecional sobre sus situaciones personales. El autor declara irrelevante el grado de compatibilidad existente entre el interés personal que posea en una determinada operación y el interés social. El administrador deberá cuestionarse si el ejercicio del cargo está o no inmerso en situaciones de conflicto presente o futuro, es decir, si se encuentra en situación de riesgo de incumplir sus deberes o de falta de objetividad o independencia de criterio en la gestión de la sociedad.

³⁸⁷ Si no se declarara el conflicto la sociedad no tendría la oportunidad de sopesar su impacto en el interés social y tomar la decisión oportuna. PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 488, añade que, ante la falta de comunicación, habrá infracción del deber de lealtad, aunque se haya llevado a cabo una conducta sin finalmente causar perjuicio a la sociedad, ello debido a que las prohibiciones del artículo 229.1 LSC son de peligro abstracto.

aquellos sujetos que, sin ser administradores de derecho, quedan sometidos al régimen de la lealtad³⁸⁸. Se trata, por tanto, de un deber individual y no colectivo, que hace que el administrador, sometido al deber de lealtad, deba evitar las situaciones de conflicto de interés. Así pues, antes de que éstas se lleguen a producir, estará obligado a comunicarlas³⁸⁹.

Sin embargo, previo a la comunicación, el administrador procede a un auto enjuiciamiento, en el que valorará la existencia o inexistencia de un conflicto de interés relevante a efectos de su comunicación al órgano de administración. El hecho de que el legislador condicione el inicio de un procedimiento dispensatorio a la existencia de esta comunicación del administrador puede suponer graves problemas, pues si el administrador decidiera mantener oculta su situación de conflicto, el interés social podría quedar perjudicado por las consecuencias que de dicha actuación pudiera derivarse³⁹⁰.

A pesar de ser el administrador el obligado a comunicar su propia situación de conflicto de interés puede suceder que el conocimiento del conflicto por la sociedad tenga un origen diferente. El resto de los administradores pueden conocer el conflicto por fuentes diferentes al propio administrador interesado. De esta manera, si un miembro del órgano de administración advirtiera que un administrador tiene un conflicto de interés con la sociedad, debe advertirlo, convocando la reunión del órgano, o solicitando la convocatoria de la junta general. De forma que, según el caso, el hecho de que el administrador incurso en conflicto de interés incumpla su deber de comunicar su situación no exime al resto de administradores de informar a la Junta o al órgano de administración,

³⁸⁸ Vid. *infra*. Cap. II, Ap. 3.

³⁸⁹ En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 491, señala que, a pesar de que la comunicación es un deber individual, no puede malinterpretarse el papel del resto de administradores de la sociedad. La actitud pasiva de los integrantes del órgano de administración ante los conflictos de interés defiende, es “*derechamente incompatible con el deber de buena fe y de actuar en el mejor interés de la sociedad, en otras palabras, supone una grave conculcación del deber de lealtad*”. Siguiendo la misma línea de argumentación, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, *cit.*, p. 231, afirma que si los administradores conocedores de la situación de conflicto no lo pusieran en conocimiento de la junta serían responsables directos por su desleal actuación y no solidarios con el administrador incurso en el conflicto, y ello porque al mantener la situación en secreto “*estarian claramente incumpliendo su deber general de lealtad por impedir que funcionase el procedimiento encaminado a la concesión de la dispensa*”. No se trata de una responsabilidad por negligencia o falta de vigilancia, sino propia por la conducta infractora del deber de lealtad.

³⁹⁰ Evidentemente, la sociedad tendrá a su alcance las acciones derivadas de la infracción de lealtad, pero el daño, si existiera, estaría efectivamente producido.

según cual resulte ser en su caso competente para pronunciarse sobre el otorgamiento de la dispensa³⁹¹.

Puede ocurrir, también, que sin que el administrador en situación de conflicto de interés lo comunique, ni el órgano de administración tampoco lo haga, la junta general sea la concedora de forma directa de la situación de conflicto del administrador. En estos casos, la junta general tendría que recabar la información necesaria acerca del conflicto para la adopción del acuerdo oportuno. Además, y debido a la falta de comunicación, no solo por el administrador incurso en conflicto, sino del resto de administradores, que en cumplimiento de su deber de diligencia tendrían que haber reparado en la situación de conflicto en la que incurría el administrador, y que en cumplimiento del deber de lealtad tendrían que haber comunicado dicha situación a la junta general podrían tener que hacer frente a responsabilidades, así, la junta podría adoptar las medidas oportunas para sancionar a los administradores que mantuvieron oculto el conflicto.

Uno de los problemas que plantea el deber de comunicación es si el deber existe incluso en aquellos casos en los que el administrador considera que la sociedad ya tiene conocimiento de la situación de conflicto. A este respecto, la STS de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1498), resuelve que el administrador está obligado a defender los intereses de la sociedad, y debe actuar siempre como un representante leal, lo que incluye el deber de comunicar a los demás administradores o al órgano que sea destinatario de la comunicación, la existencia del conflicto, absteniéndose de intervenir en las operaciones en que los intereses colisionen³⁹².

³⁹¹ El deber de comunicar el conflicto es individual, pero si un administrador en conflicto no comunica su concreta situación conflictiva, el resto de los administradores en caso de conocer el mismo, deberían informar a la sociedad en virtud de su deber de lealtad para con la sociedad y su obligación de actuar en el mejor interés de ésta.

³⁹² Uno de los problemas que plantea el deber de comunicación es si el deber existe incluso en aquellos casos en los que el administrador considera que la sociedad, ya tiene conocimiento de la situación de conflicto. A este respecto, la STS de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1498), resuelve que el administrador está obligado a defender los intereses de esta, por lo que debe actuar siempre como un representante leal, y debe comunicar a los demás administradores o al órgano que sea destinatario de la comunicación, la existencia del conflicto, absteniéndose de intervenir en las operaciones en que los intereses colisionen. La sentencia del Supremo, sin embargo, establece que existe el deber del administrador de comunicar el conflicto, pero *“no se les puede imputar consecuencias de no haber comunicado al consejo de administración la realidad del conflicto, ya que el mismo era conocido por los miembros de dicho órgano”*. BOQUERA MATARREDONA, J., *“La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta general”*, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 57, 2019, p. 21, a la lectura de la sentencia concluye que, si la sociedad ya tiene conocimiento de la situación de conflicto, y por ello el administrador no comunica el conflicto de interés, no se le pueden imputar las consecuencias de la falta de comunicación, ya que todos los miembros del consejo eran conocedores de éste. A este respecto se plantea la cuestión de

Sobre la cuestión de cuál es el órgano competente para recibir la comunicación del conflicto de interés, el apartado 3 del artículo 229 LSC prevé que la comunicación del conflicto se dirigirá a “*los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o tratándose de un administrador único, a la Junta General*”³⁹³. Aunque la ley otorga a la junta general, junto con el órgano de administración en determinados casos, la competencia para el otorgamiento de la dispensa, la LSC opta por conceder la capacidad de conocer del conflicto al resto de administradores, o en su caso, al consejo de administración³⁹⁴. La razón de que la declaración del conflicto se dirija al resto de administradores está en que son ellos quienes mejor conocen las situaciones de conflicto que pueden generarse en la sociedad. Además, son quienes mejor conocen los efectos negativos que pueden derivarse del conflicto de interés gracias a su condición de representantes fiduciarios.

A pesar de que la ley otorga al órgano de administración la competencia para conocer de los conflictos que puedan surgir, hay una serie de excepciones que hacen a la junta general competente para recibir las declaraciones de conflicto que los administradores puedan tener. Así, en aquellos casos en los que el administrador incurso el conflicto sea el administrador único de la sociedad, la comunicación deberá dirigirse a la junta general.

si en aquellos casos de no comunicación estaríamos ante una doble deslealtad, en la que el supuesto de no comunicar no puede derivar en una infracción de lealtad por el hecho de que el resto de los administradores ya conocieran la situación de conflicto. A nuestro parecer el hecho de que el resto de los administradores sean conocedores no exime al administrador conflictuado de comunicar su situación. Y el hecho de vaciar de consecuencias esa no comunicación por el simple hecho de que la situación sea conocida podría llevar a muchos administradores a defender su falta de declaración del conflicto de intereses por el hecho de que éste era conocido por el resto de los administradores de la sociedad.

³⁹³ El hecho de establecer una serie de posibles destinatarios de la comunicación es el resultado de la necesidad de dotar a la sociedad de diferentes posibilidades según la forma adoptada por ella. No ocurría así, en cambio, en la regulación anterior en la que se establecía que la comunicación debía efectuarse al consejo de administración. El apartado tercero del artículo 127 ter no tenía en cuenta el hecho de que la constitución del consejo no era sino una de las posibilidades de estructurar el órgano de administración de las sociedades anónimas, lo que, de aceptar su sentido literal el precepto excluiría su aplicación a otras posibles modalidades de configuración de la administración. No obstante, tal y como señalan QUIJANO GONZÁLEZ, J., MEMBRILLA RIVERA, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, *cit.*, p. 966, dado que este resultado era inaceptable, cualquiera que fuera la configuración adoptada del órgano de administración, debería concluirse con la necesidad de comunicar la situación de conflicto al resto de administradores o, en el caso de administrador único, a la junta general.

³⁹⁴ Cuando el órgano de administración sea un consejo la declaración debe hacerse ante el presidente con el luego de que se convoca la reunión del Consejo. En principio la declaración no debe hacerse ante comisión alguna, aunque ésta tenga un papel en lo que atañe a los conflictos de interés. No obstante, PORTELLANO DÍEZ, P., “Las obligaciones de los administradores en el marco de la función de garantía del régimen de los conflictos de interés”, *cit.*, p. 217, defiende que, en la medida en que quede garantizado que el Consejo llegue adecuadamente a la declaración de conflicto de interés y toda la información relacionada, no hay obstáculo en que el reglamento del Consejo regula las cuestiones puramente procedimentales de ante quien debe hacerse la declaración.

Ocurre lo mismo en el supuesto en el que el conflicto afecte a la totalidad de los miembros del órgano de administración, pues, al no existir consejeros no conflictuados, la declaración de la situación deberá ser remitida directamente a la junta general³⁹⁵.

5-. CARACTERÍSTICAS DE LA COMUNICACIÓN

5.1-. Contenido de la comunicación

Uno de los debates en torno al deber de comunicación de los conflictos de interés residía en el propio contenido más o menos amplio del deber. La doctrina se ha cuestionado la satisfacción del deber de comunicación con la mera advertencia de la existencia del conflicto de interés al resto de administradores, o si, por el contrario, el cumplimiento del deber de comunicación requiere información por el administrador interesado de todos los elementos constitutivos del conflicto³⁹⁶.

El artículo 229.3 LSC, no aclara cual debe ser el contenido de la declaración, limitándose únicamente a consagrar el deber de comunicar las situaciones de conflicto de interés. No obstante, una interpretación teleológica obliga a rechazar que la finalidad de la comunicación se reduzca a la mera advertencia al resto de administradores del peligro para el interés social³⁹⁷. Por lo tanto, la comunicación debe ser completa y detallada, debiendo indicar todas las circunstancias que rodean al conflicto. El administrador como

³⁹⁵ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 490, añade el supuesto del administrador oculto como excepción de la comunicación del conflicto al órgano de administración, debiendo efectuarse ésta ante la Junta. En este concreto supuesto, en mi opinión, nada obsta a que la comunicación del conflicto de interés de un administrador oculto se produzca ante el órgano de administración. Se trata de un caso en el que la comunicación del conflicto es fundamental, por lo que nada impide que el administrador oculto declare su situación al resto de administradores y no a la junta, pues lo importante es que dicha declaración se produzca. A pesar de la dificultad de que efectivamente se llegue a dar por las características de la relación con la sociedad.

³⁹⁶ A este respecto, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (Conforme a la Ley 6/2003, de 17 de julio)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 156, destaca que la finalidad de la comunicación es poner sobre aviso a los restantes administradores de la sociedad para que incrementen la vigilancia sobre la concreta operación.

³⁹⁷ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, 369-317, se pregunta si el deber de comunicación cumple una mera función de autocensura del administrador interesado y de puesta en guardia del resto de administradores desinteresados, o por el contrario el deber de comunicación tiene como última finalidad más acorde con la protección del interés social la de reequilibrar el bagaje informativo del órgano de administración. El autor afirma al respecto que la finalidad de la información no puede quedar reducida a la mera advertencia al resto de administradores. Aunque es cierto que el resto de los administradores desinteresados, por su deber de diligencia, han de informarse diligentemente de la marcha de la sociedad, la protección del interés social “*difícilmente se podrá llevar a cabo si quien posee la información más sensible del conflicto no queda obligado a poner en conocimiento del resto de administradores los pormenores, detalles y demás circunstancias esenciales del conflicto*”.

interesado en llevar a cabo la operación, es quien realmente conoce los detalles de la conducta interesada, lo que le coloca en una posición ventajosa respecto de la sociedad, que conocerá los pormenores del conflicto de interés a través de la información que el propio administrador le facilite. El hecho de que la sociedad dependa de la comunicación del administrador completa supone una posición de superioridad del administrador interesado que tendrá una ventaja comercial gracias al mayor conocimiento de la operación que tiene³⁹⁸. Por esta razón, la información que el administrador proporcione a la sociedad no puede ser genérica, sino que deberá ser lo más concreta posible, incluyendo la información básica, además de todos los detalles que acompañen a la operación que desee desarrollar, ello con el fin de que la sociedad conozca el alcance del conflicto en su integridad y lo pueda valorar³⁹⁹.

5.2.- Naturaleza formal de la comunicación

La naturaleza formal supone que la declaración del conflicto debe ser expresa. El conocimiento del conflicto por la sociedad debe darse a través de la declaración del administrador. El administrador no puede ampararse en que el resto de los administradores conocen de la existencia de conflicto, o que deberían conocerlo en virtud de su deber de diligente administración⁴⁰⁰. Tampoco es suficiente una actitud abstencionista del administrador como forma de sustitución de la comunicación del conflicto. El hecho de que el administrador decida no acudir a la reunión del órgano de administración, no participar en la deliberación o no votar, no puede aceptarse como

³⁹⁸ En este sentido, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 370, declara que “*el administrador interesado, en cuanto insider de una determinada operación, ostenta una ventaja cognoscitiva respecto de las ventajas e inconvenientes que para la sociedad supone el sentido en que mejor haya de resolverse la operación en cuestión*”.

³⁹⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 196, señala que la comunicación no puede limitarse a indicar que existe un eventual conflicto, sino que esa declaración implica la necesaria descripción detallada por parte del administrador de los términos del conflicto que, en ciertos casos, añade, “*puede hacerse por cautela o a modo de consulta para que el consejo decida si efectivamente el conflicto de intereses se produce o no*”.

⁴⁰⁰ La razón más evidente que lleva a la exigencia de una comunicación expresa es la seguridad jurídica. La exigencia de una comunicación expresa del conflicto supone acabar con todas aquellas situaciones en las que el resto de los administradores sospechan de la existencia de un conflicto, o cuentan con datos generales que les impiden conocer los detalles de una determinada operación, necesarios para construir una opinión al respecto. PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, cit., añade que la comunicación es la única forma que tienen los socios y los terceros acreedores de conocer la situación de conflicto de interés, en la medida en que gracias a la declaración es posible recoger el conflicto en la memoria de la sociedad.

forma de trasladar una situación de conflicto de interés a la sociedad. Por consiguiente, la comunicación debe ser siempre expresa⁴⁰¹.

En cuanto a la forma de la comunicación, la LSC no dice nada, ni exige forma especial. Así, aunque ciertamente una comunicación oral tiene cabida en la actual regulación, es recomendable que la comunicación del conflicto de interés se haga de forma escrita, aportando la documentación necesaria a través de la cual la sociedad pueda conocer los detalles y pormenores de la concreta operación. Además, la comunicación escrita permite la prueba del cumplimiento de la obligación por el administrador.

Habida cuenta de la falta de previsión legal y en atención a una mayor seguridad jurídica, es recomendable que los estatutos, o los propios reglamentos de funcionamiento interno del órgano de administración concreten detalladamente el procedimiento a seguir en caso de conflicto de interés, regulando expresamente formularios de comunicación de las diferentes situaciones que pueden surgir en la administración de la sociedad.

5.3-. Momento de la comunicación del conflicto de interés

El deber de comunicación se impone en la fase deliberativa de la gestión social como garantía de la correcta formación de la voluntad del órgano social. Para que la comunicación cumpla los fines para lo que se establece, debe tener lugar en el momento en el que el administrador conoce de la existencia del conflicto y, en todo caso, con carácter previo a la realización de la actividad conflictiva. No cabe la menor duda de que la información relativa al conflicto debe provenir, completa y detalladamente, del administrador. La prueba de investigar la naturaleza y el alcance de un determinado conflicto de interés no puede recaer sobre quienes no han puesto en peligro el interés social. De modo que, para que la sociedad pueda tomar una decisión respecto del conflicto de interés, es necesario que cuente con toda la información necesaria antes de la realización de la conducta. Así, la información por el administrador compartida deberá ser lo más completa posible, y deberá ir acompañada de todos aquellos detalles que

⁴⁰¹ Al respecto, GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Los deberes de los administradores en situación de conflicto de interés”, *cit.*, p. 262, expone que el objetivo de la comunicación no es tanto la evitación del daño que para la sociedad pueda derivar de una concreta transacción del administrador, sino que de lo que se trata es de que el resto de administradores, y en el último término, los socios, puedan valorar el peligro que para la buena gestión de la sociedad puede derivar de la existencia de una situación de conflicto de uno de sus administradores.

permitan al órgano competente tomar una decisión respecto de la existencia del conflicto de interés.

El momento de la comunicación es una cuestión fundamental, pues su cumplimiento tardío equivale al incumplimiento. Carece de sentido considerar leal al administrador que de forma tardía haya puesto en conocimiento de la sociedad la existencia de un conflicto. Y ello porque la comunicación de la situación en la que el administrador se encuentra tiene la finalidad de garantizar la paridad informativa y que la toma de decisiones se lleve a cabo velando la consecución del interés social y no la satisfacción de intereses privados extrasociales. La consecuencia de un cumplimiento tardío sería situarnos en una fase de desarrollo de la operación que coloca al administrador en situación de conflicto de intereses. De manera que el administrador habría actuado deslealmente y la sociedad estaría facultada a ejercitar las acciones que la ley pone a su alcance⁴⁰². Junto con posibilidad de ejercitar las acciones de responsabilidad en atención a las concretas circunstancias, sería posible que el administrador acordar la ratificación de la conducta desleal del administrador, es decir, será posible acordar la convalidación de una conducta desleal en fase de desarrollo, o incluso consumada⁴⁰³.

6-. EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN

6.1-. Puesta en conocimiento de la situación de conflicto y el deber de abstención

La consecuencia directa de la comunicación es la puesta en conocimiento de la sociedad de la concreta situación de conflicto de intereses. El hecho de que la sociedad conozca la operación interesada por el administrador, así como los detalles que acompañen a esta, es lo que permitirá a la sociedad tomar la decisión más adecuada al respecto.

⁴⁰² EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés en la administración de las sociedades de capital”, *cit.*, p. 30, destaca la importancia de que la comunicación se realice lo antes posible y siempre, en la medida de lo posible, antes de que se produzca la situación de conflicto. La comunicación tardía no tendría los efectos informativos y precautorios perseguidos “*porque no permitirá a la sociedad articular los mecanismos necesarios para evitar o, cuando menos, minimizar sus posibles efectos negativos*”. En el mismo sentido, GARCÍA GARCÍA, E., “Art. 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. GARCÍA CRUCES, J.A., SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3086, destaca que la comunicación del conflicto debe ser previa a que pueda llevarse adelante la operación pues, “*de lo contrario la quiebra del deber de lealtad se habría consumado*”. El autor señala que, otra cosa será que la sociedad decida la eventual ratificación de la conducta del administrador.

⁴⁰³ Sobre la institución de la ratificación, *Vid. supra*. Cap. V, Ap. 2.3.

El administrador que se encuentre o que potencialmente pueda encontrarse en situación de conflicto de interés, debe comunicar a la sociedad la concreta situación, junto con los detalles e información relevante. De esta manera, el acto de declaración del conflicto de intereses tiene dos consecuencias directas. Por un lado, activa el deber de abstención del administrador, que debe abstenerse de realizar cualquier conducta, y, por otro lado, la comunicación del conflicto conlleva la apertura del procedimiento dispensatorio.

La comunicación de la situación de conflicto a la sociedad no supone que el administrador quede liberado de la prohibición de realizar la conducta conflictiva. En virtud del artículo 229.1 LSC el administrador debe evitar la realización de cualquier conducta que suponga una situación de conflicto entre su interés personal y el de la sociedad, y esa prohibición se mantiene hasta el momento en que la sociedad tome la decisión oportuna, ya sea el acuerdo de inexistencia de conflicto, el otorgamiento de la dispensa, o el acuerdo de no autorizar la conducta que el administrador pretendía desempeñar.

En todo caso, el mero hecho de comunicar al órgano de administración su situación de conflicto no supone liberar al administrador de su obligación de abstenerse a realizar la conducta conflictiva. Es más, que el administrador comunique su situación hará que su actuación esté aún más vigilada, por lo que tendrá que ser cuidadoso en su posición como administrador.

6.2.- Comunicación y solicitud de dispensa

A pesar de que la comunicación tiene una marcada naturaleza de preventiva o de autocensura, ciertamente tiene una función más amplia. El administrador que comunica una determinada operación a la sociedad, además de poner en conocimiento de la sociedad la actuación interesada, lo hace porque desea recabar el beneplácito de la sociedad para poder llevar a cabo la conducta. Por tanto, el administrador cumple con el deber de comunicación, pero lo hace con el objetivo de lograr la autorización que le permita su desarrollo. De modo que la comunicación del conflicto no solo tiene los efectos informativos a los que hasta ahora nos hemos referido, sino que también tiene la función de apertura del procedimiento dispensatorio.

En este punto surge la duda de si la comunicación del conflicto de interés supone la solicitud automática de la dispensa o si, en cambio, el administrador debe declarar la

existencia de una concreta situación de conflicto primero y después, una vez verificada su relevancia, tendría que proceder a la solicitud formal de la dispensa que le permita llevar a cabo la conducta interesada. Se trata de dilucidar si la comunicación lleva aparejada la solicitud de la dispensa o si se trata de dos fases diferenciadas del procedimiento. A este respecto, consideramos que la comunicación de un conflicto de interés por parte del administrador supone la solicitud formal de la dispensa para poder llevarlo a cabo. Es decir, el administrador que comunica su situación de conflicto lo hace con el fin último recabar la autorización de la sociedad para su desarrollo⁴⁰⁴.

Es posible, sin embargo, que un administrador, llegada una determinada situación, en atención al deber de lealtad que rige su actuación en la sociedad, y ante la duda de que una concreta situación pudiera suponer un conflicto de interés con la sociedad, comunique la situación a la sociedad, no con la intención de recabar la dispensa, sino únicamente a efectos consultivos. Es decir, el administrador comunicaría una determinada situación a la sociedad con el objetivo de conocer si dicha actuación se ajusta al interés social. En estos casos, la comunicación del conflicto no supondría la solicitud de la dispensa, pues el administrador no estaría interesado en el desarrollo de la operación cuestionada. Se trataría de comunicar una determinada circunstancia con el objetivo de confirmar su conformidad con el interés social, o mejor, su falta de relevancia en la sociedad. La duda aquí reside en qué pasaría si la sociedad decidiera que la situación comunicada no fuera ajustada al interés social, por lo que, si la intención del administrador fuera su realización, tendría que solicitar formalmente la dispensa para su desarrollo. En este caso si hay dos momentos diferenciados, aunque ciertamente la sociedad podría informar de la falta de

⁴⁰⁴ A favor, PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.*, p. 61, considera que “*la comunicación normalmente debe entenderse como una solicitud de autorización*”. También, JÁUREGUI OTEGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, *cit.*, p. 226, afirma que “*la comunicación del conflicto será equivalente, en la mayor parte de los casos, a una solicitud de dispensa*”. Por su parte, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 487, sostiene que la declaración de la existencia de conflicto es “*el primer paso de la solicitud del administrador conflictuado para la obtención de una dispensa*”. Apoya esta postura, la STS de 7 de abril de 2016 (RJ 2016/1238), establece que el precepto tiene por finalidad que la sociedad sea informada adecuadamente por el administrador de la existencia del conflicto de intereses que le afecta, de forma que la sociedad pueda adoptar las decisiones adecuadas para defender sus intereses, sin que el administrador en conflicto pueda intervenir en la adopción de tal decisión. En la redacción actual de la ley, “*también tiene por finalidad activar los mecanismos de dispensa en aquellos casos en que sea posible*”. En contra, BOQUERA MATARREDONA, J., “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta general”, *cit.*, p. 25, defiende que la comunicación sobre la existencia de conflicto de interés no lleva aparejada automáticamente la solicitud de dispensa.

conformidad de la operación con el interés social otorgando directamente la dispensa si así se acordó en la sesión de control de interés social celebrada.

7-. ELEVACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS A LA JUNTA

La competencia para recibir la comunicación de las situaciones de conflicto de interés la tiene el órgano de administración, sin embargo, la facultad para evaluar la relevancia del conflicto y acordar su dispensa es, salvo excepciones, de la junta general. De manera que, recibida la comunicación por el resto de los administradores no conflictuados deberá darse traslado de ésta a la junta general para que resuelva sobre la procedencia de su otorgamiento. El reenvío de la comunicación a la junta general persigue que la situación de conflicto de interés pase por un filtro de evaluación, en el que no solo se valore la relevancia de la concreta operación, sino que además evalúe la información entregada y cuantos detalles acompañen a esta.

A pesar de que el órgano de administración es el receptor de la declaración del conflicto, los administradores actúan como meros receptores de la información, pues deberán informar siempre a la junta de la situación de conflicto de interés en la que se encuentre el administrador conflictuado. El órgano de administración no puede hacer la evaluación previa de la situación concreta, incluso en aquellos casos en los que defienda su falta de relevancia, deberá dar traslado la comunicación del conflicto a la junta general. Y ello porque el órgano de administración carece de habilitación legal para evaluar la existencia de un conflicto de interés, ni si quiera para verificar el cumplimiento de la exigencia de inocuidad. Por tanto, solo la junta podrá proceder al examen de efectividad.

Aunque puede defenderse que el órgano de administración está facultado para decidir la relevancia de conflicto como para elevarlo a la junta general, dejar en manos de los administradores la competencia de elevar o no la comunicación del conflicto a la Junta conlleva una serie de consecuencias⁴⁰⁵. Primero, que la valoración del órgano de

⁴⁰⁵ En este sentido se manifiesta, MATEU DE ROS CERESO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el Código de Buen Gobierno*, p. 77, al declarar absurdo hacer a la junta pronunciarse sobre los conflictos de interés menores o irrelevantes. El autor afirma que “a pesar de la omisión que en este sentido padece el artículo 230.2, es evidente que los conflictos de interés menores, es decir, los que no adquieren carácter de efectividad y permanencia, falta una o varias características, pueden ser autorizadas por el órgano de administración en el ejercicio de las facultades previstas”. En contra de esta postura, OTEGUI JAUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 229 ss., señala que, a pesar de ser una opción que simplificaría el procedimiento dispensatorio, evitando que la junta tenga que pronunciarse sobre situaciones que carecen

administración se hace vinculante, y segundo, que el hecho de que el órgano de administración considere que una situación planteada no conlleva un conflicto de interés puede suponer el otorgamiento de una dispensa de facto, pues al declarar la inexistencia de conflicto estaría permitiendo la conducta controvertida. A este respecto, consideramos la evaluación de la junta general la única vinculante sobre la relevancia del conflicto de interés.

A pesar de otorgar a la junta la competencia de la evaluación del conflicto, la actuación del órgano de administración no se limita al traslado automático de la comunicación a la junta general. El órgano gestor debe evaluar, en atención a la urgencia que la propuesta de conflicto pueda plantear, la necesidad de convocar la inmediata reunión de la junta general o la posibilidad de esperar a la celebración de la próxima reunión convocada⁴⁰⁶. Además, el órgano de administración como mejor conocedor de las situaciones de conflicto que pueden producirse en la sociedad, así como del efecto negativo que estas pueden tener en el interés social, junto a la convocatoria de la junta, puede elevar su opinión a la junta, acompañando su propuesta de dispensar o no al administrador en situación de conflicto⁴⁰⁷. Aunque dicho juicio no será vinculante, pues el único criterio vinculante es la de la junta general⁴⁰⁸.

Queda claro el deber del órgano de administración de elevar la comunicación a la junta general en los casos en los que ésta tiene la competencia exclusiva del otorgamiento de

de relevancia, considera que se trata de una interpretación contraria a la imperatividad del artículo 230.1, señalando que *“si con mayor o menor acuerdo el legislador ha decidido negar al órgano de administración la competencia para valorar la relevancia de las situaciones de conflicto en algunos supuestos no cabe hurtar a la junta de esa competencia exclusiva”*.

⁴⁰⁶ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 419, concede a los administradores la valoración de si la propuesta del conflicto de interés merece la inmediata convocatoria de una junta extraordinaria, o si es posible esperar, por la proximidad de fechas, a la celebración de la junta ordinaria.

⁴⁰⁷ En este sentido, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *cit.*, p. 30. Por su parte, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, *cit.*, p.70, ofrece una vía a través de la cual es posible que los administradores expresen su posición cuando estimen que no debería concederse la dispensa, y propone que los administradores no-conflictuados deberán expresar su posición cuando estimen que no debería concederse la dispensa.

⁴⁰⁸ Aunque refiriéndose a los conflictos permanentes de interés, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, *cit.*, p. 231, declara que *“la última y única valoración vinculante para autorizar ad hoc una situación de conflicto (permanente) de interés la ha de realizar la junta general”*. Por su parte, BOQUERA MATARREDONA, J., “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la junta general”, *cit.*, p. 27, defiende la posibilidad de que, ante la solicitud de una dispensa, el órgano de administrador pueda realizar una propuesta de acuerdo con la junta general, incluso aconsejar una mejora de las condiciones de la dispensa para minimizar los posibles efectos negativos o posponer su otorgamiento. Sin embargo, enfatiza, la valoración realizada por el órgano de administración *“no es vinculante para la junta general”*.

la dispensa. Sin embargo, pueden surgir dudas sobre el proceder en aquellos supuestos en los que, en virtud de la competencia compartida de dispensar determinados comportamientos, el órgano de administración sea el competente para conocer del conflicto de interés. Podríamos cuestionar la posibilidad de que el órgano de administración, en tanto en cuanto órgano competente para la recepción de la comunicación y para el otorgamiento de la dispensa, pudiera realizar él mismo el examen de efectividad del conflicto de interés. ¿El hecho de que sea el órgano de administración el receptor y el juzgador de la situación de conflicto puede significar que haya comportamientos desleales dentro de la sociedad de los que la junta general no sea, ni siquiera, consciente? A este respecto consideramos el examen de efectividad una competencia exclusiva de la junta, y aunque el órgano de administración sea competente del otorgamiento de la dispensa, la junta tiene que proceder a un mínimo análisis del conflicto, aunque después remita el asunto al órgano de administración para que éste tome la decisión de autorizar o no la concreta conducta. La junta general debe conocer todas y cada una de situaciones que pueden amenazar el interés social, para poder actuar en consecuencia. Podría defenderse el traslado de todas las comunicaciones de conflicto de interés a la Junta General en todo caso, sin embargo, es posible que la sociedad establezca un sistema a través del cual se facilite la forma de traslado de las comunicaciones de conflicto a la junta general, que haga del procedimiento de otorgamiento de dispensa por el órgano de administración un procedimiento sencillo, rápido y eficiente, sobre todo si se tiene en cuenta el tipo de conflicto que este órgano autoriza. Se trata de que la junta pueda hacer uso de la competencia de dispensar la totalidad de los conflictos de interés, aunque previamente la sociedad haya decidido entregar al órgano de administración la competencia para juzgar determinados conflictos de interés. Lo que consigue la elevación de la comunicación a la Junta General es que ésta sea consciente de la realidad social del momento y decida si hace uso de su competencia de dispensar, o decide entregar esa facultad al órgano administrador. Así, si el órgano de administración una vez recibida la comunicación, procediera a la deliberación y votación del acuerdo de dispensa, sin trasladar el asunto a la Junta, se estaría impidiendo desarrollar una facultad legalmente consagrada.

Así pues, declarado un conflicto por el administrador y una vez trasladado a la Junta, este órgano decide si devuelve la comunicación al órgano de administración o si decide atraer hacia si la competencia para otorgar la dispensa de un concreto conflicto de interés. Así,

aunque ciertamente el órgano de administración también es legalmente competente para acordar el otorgamiento de la dispensa, la competencia pueda quedar siempre en manos de la junta general. La única posibilidad de atajar la fase de elevación de la comunicación a la junta podría producirse a través de las instrucciones de la junta del artículo 160.1.j) LSC. Es posible que la junta en uso de sus facultades instruya al órgano de administración para que proceda a la recepción, valoración y dispensa de determinados conflictos de interés, siempre dentro de los supuestos en los que la ley posibilita la dispensa del órgano de administración, sin comprender la dispensa sobre las situaciones de conflicto que son competencia exclusiva de la junta, pues sería contrario a la imperatividad del régimen de lealtad del artículo 230.1 LSC

En consecuencia, la única valoración vinculante para autorizar una situación de conflicto de interés será, salvo excepciones, la emanada de junta general. Pues si el órgano de administración, aunque competente para otorgar la dispensa, no trasladara la información de una operación conflictiva, estará privando a la sociedad de una información fundamental para su correcto desenvolvimiento en el mercado.

III-. ÓRGANO COMPETENTE PARA EL OTORGAMIENTO DE LA DISPENSA

1-. LA DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE

A pesar de que el receptor de la comunicación del conflicto es el órgano de administración, la competencia para el otorgamiento de la dispensa, en cambio, está legalmente repartida. Aunque la LSC reserva la competencia para aprobar determinados conflictos de interés a la junta general, no reserva a un determinado órgano la competencia para aprobar el resto de las operaciones. Así, y salvo que los estatutos (o a través de instrucciones de junta) reserven la competencia al órgano de socios, la potestad para la concesión de la autorización en estos casos está repartida entre la junta general y el órgano de administración. Mientras que el órgano destinatario de la comunicación se designa en función de la estructura del órgano de administración, la atribución de la competencia para otorgar la dispensa se realiza en función conflicto concreto al que se refiera la operación, siendo el órgano competente exclusivo en algunos casos la junta general, y en otros la competencia se comparte con el resto de los administradores.

El debate acerca de cuál debe ser el órgano competente para conocer la dispensa de las situaciones de conflicto de interés es anterior a la promulgación de la Ley 31/2014. Aunque actualmente se trata de una competencia compartida entre la junta general y el órgano de administración, tradicionalmente han existido diferentes opiniones, que han atribuido a uno u otro órgano la labor de decidir la concesión de la autorización. Una primera postura, con el fin de lograr una solución garantista para el interés social, abogaba por atribuir la facultad de autorizar los conflictos de interés a la junta de socios. La razón de la atribución residía en que son los socios, como beneficiarios del deber de lealtad los únicos que pueden opinar sobre el mismo, y porque, además, existe un riesgo de que los administradores conflictuados puedan hacer una evaluación generosa del conflicto⁴⁰⁹. Una segunda postura defendía la atribución de la competencia al resto de los administradores por razones de agilidad y economía de costes, que son poco compatibles con la convocatoria de la junta⁴¹⁰. El legislador opta por una posición intermedia. En atención a las circunstancias y dependiendo del grado de relevancia de un determinado conflicto para la sociedad, la dispensa podrá concederse por la junta de socios o por el órgano de administración⁴¹¹.

El artículo 230.2 LSC enuncia varias reglas de competencia que distinguen entre el órgano de administración y la junta general atendiendo a cuál es la prohibición objeto de solicitud de dispensa y al tipo de sociedad que se trate. Así, el precepto atribuye la competencia a la junta para los supuestos considerados más graves (operaciones vinculadas, obtención de una ventaja o remuneración de terceros, actividades competitivas), mientras que, en el resto de los supuestos, en las operaciones de menor relevancia, comparte la competencia con el resto de los administradores (ciertas

⁴⁰⁹ En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles oportunidades de negocio*, cit., p. 80, defiende que la facultad de modificar el contenido típico de la relación de la sociedad con un administrador rebasa las competencias de gestión y dirección propias del órgano de administración. Y señala al respecto que “*la dispensa puede incidir sobre las bases económicas y/o fiduciarias en las que se asienta la sociedad, y por esto únicamente la junta de socios tiene capacidad, en esta materia, para configurar la voluntad social*”.

⁴¹⁰ Vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, Benzal, Madrid, 1976, p. 425.

⁴¹¹ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, cit., p. 418, señala que, para determinar el órgano encargado de la concesión de la dispensa, el legislador ha tomado en consideración el mayor o menor riesgo para los intereses sociales, combinado con la necesaria agilidad para adoptar el acuerdo o decisión. Sobre el criterio seguido por el legislador, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC”, cit., p. 493, aunque comparte la decisión legislativa del reparto de competencias, declara que la valoración de lo que es grave y menos grave está formulada en términos abstractos. El autor señala que “*no necesariamente un concreto supuesto de los que debe ser dispensado por los administradores será menos grave que otro cuya competencia para su aprobación corresponda a la junta*”.

operaciones vinculadas, aprovechamiento de oportunidades de negocio y el uso de activos sociales). En este caso se deberán cumplir una serie de exigencias adicionales con el objetivo de que la dispensa se formule de modo transparente y en condiciones de independencia y equidad.

2-. COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL

La LSC establece que la junta general es competente para dispensar a los administradores de manera exclusiva en los supuestos determinados en el artículo 230 LSC. La ley declara que la autorización vendrá acordada por la junta “*necesariamente*” en los casos expresamente mencionados en el párrafo segundo artículo 230.2 LSC. Dado el carácter imperativo que el artículo 230 LSC tiene, la junta general no puede delegar en el órgano de administración la competencia exclusiva que la ley le concede, ni mediante cláusula estatutaria ni por acuerdo de la junta general. Es posible, sin embargo, que la junta tenga adjudicada la competencia exclusiva de dispensar todas las situaciones de conflicto que son legalmente dispensables⁴¹². Por tanto, la junta general es el órgano competente para dispensar todos los conflictos de interés, aunque algunos conflictos pueden ser también dispensador por el órgano de administración. En este sentido, el párrafo tercero del artículo 230.2 LSC alude a la posibilidad de que la dispensa también pueda ser otorgada por el órgano de administración, por lo que se está permitiendo que la competencia sea concurrente entre ambos órganos en determinados casos⁴¹³.

El legislador opta por otorgar a la junta general la competencia para dispensar todos los supuestos autorizables por la sociedad. De esta manera, y a pesar de que la LSC posibilita al órgano de administración conceder el permiso en determinados supuestos, se trata de una competencia residual, y solo cuando la Junta no haga uso de ella podrán el resto de los administradores no conflictuados hacer uso de su facultad dispensatoria. Así pues, hay una serie de supuestos sobre los que la junta general tiene la competencia exclusiva para

⁴¹² La competencia de la junta alcanza única y exclusivamente a las prohibiciones dispensables legalmente. Las prohibiciones a las que la ley da la condición de absolutas no serán, en ningún caso, dispensables, por lo que la enumeración de conductas susceptibles de autorización alcanza únicamente a aquellas a las que la ley otorga tal condición.

⁴¹³ Respecto de la diversidad de supuestos, y la posibilidad de que en alguno de ellos sea competencia compartida entre la junta y el órgano de administración, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad”, *cit.*, p., 913, señala que explican que su otorgamiento no pudiera incluirse en el enunciado general de la competencia de la junta que recoge el artículo 160 LSC, y dice “*la entendemos amparada en la remisión que a la determinación legal realiza el apartado j) de aquella disposición*”.

el otorgamiento de la dispensa, y otros sobre los que el legislador ha optado por compartir la competencia con el órgano de administración, aunque son supuestos que pueden ser declarados competencia exclusiva de la junta general, ya sea estatutariamente o por la vía de las instrucciones de junta.

La razón de residir la competencia del otorgamiento de la dispensa en la junta general se basa en que son los socios quienes determinan el interés social. Así, cuando la sociedad se enfrente a una actuación desleal que ponga en riesgo sus intereses, quien realmente va a poder valorar la concesión de una dispensa es la junta de socios⁴¹⁴.

2.1-. Supuestos de otorgamiento por la junta

El artículo 230.2 LSC señala que la autorización debe ser necesariamente acordada por la Junta cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al 10 por ciento de los activos sociales. A estos supuestos se añade la dispensa para que el administrador de la sociedad limitada celebre determinados contratos de servicio u obra, o reciba asistencia financiera⁴¹⁵.

Por tanto, la junta general es competente, con competencia exclusiva y excluyente, en cuatro supuestos. Primero, cuando se dispense a los administradores de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros. Segundo, si la dispensa afecta a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. El tercero, solo en sociedades limitadas, cuando el permiso se refiera a la prestación de cualquier

⁴¹⁴ PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 494, señala al respecto que la atribución de competencia al órgano de administración en los supuestos considerados menos graves es una solución facilitadora de la toma de decisiones. Y ello porque “*los administradores tan solo vicariamente determinan el interés social. Los que únicamente pueden hacer iure proprio son los socios, y máxime cuando se trata del deber de lealtad*”.

⁴¹⁵ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230”, *cit.*, p. 296, sobre la razón de otorgar a la junta la competencia se refiere al indudable riesgo para la sociedad que este tipo de operaciones pueden tener. Sobre la inclusión de los supuestos de percepción de retribuciones o ventajas y operaciones de cierta relevancia con la sociedad, cabe destacar que la misma inclusión supone una novedad, ya que las autorizaciones para que el administrador de una limitada celebre determinados contratos de obra o servicio, o reciba asistencia financiera ya se encontraban previstas en otros preceptos de la LSC. JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 419 señala que la reiteración de que estas normas solo se aplican en la sociedad limitada aclara que no cabe su extensión automática a la sociedad anónima. El autor defiende que, aunque hay quien defiende la aplicación de la regla en las sociedades anónimas, sobre todo respecto de la asistencia financiera, ciertamente se trata de una operación que puede ser aprobada por el órgano de administración, con abstención del interesado, o por la junta si el órgano no puede decidir a causa de su estructura o composición.

clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando el administrador pretenda el establecimiento con la sociedad de una relación de servicios obra. Y, el cuarto, la dispensa de la obligación de no competir con la sociedad.

2.1.1-. Transacciones con la sociedad cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales

El legislador, consciente del riesgo que puede derivarse de permitir el desarrollo de este tipo de operaciones, impone la obligación de abstenerse a realizarlas. No obstante, y dado que en ocasiones el desarrollo de este tipo de operaciones es inocuo para el interés social, o incluso puede conllevar un importante beneficio para la sociedad, en virtud del artículo 230.2 LSC permite su dispensa.

El párrafo primero del artículo 230.2 LSC permite a la sociedad dispensar “*las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en los casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad*”. La dispensa de operaciones vinculadas es competencia exclusiva de la junta cuando, el valor de la transacción sea especialmente significativo, por ser superior al 10 por ciento de los activos sociales. En el resto de los casos se trata de una competencia compartida con el órgano de administración⁴¹⁶. Se otorga a la junta general la competencia para dispensar las operaciones de carácter relevante o extraordinario. De manera que, la dispensa de aquellas transacciones cuyo importe sea inferior al diez por ciento de los activos sociales será competencia del órgano de administración, sin requerir la dispensa de la junta general dado su carácter de menor relevancia⁴¹⁷.

⁴¹⁶ El valor de la transacción deberá medirse en términos de mercado. En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 419, señala que a diferencia de otras normas en las que se fija el umbral de valoración para la atribución de una competencia a un órgano concreto, la norma respecto a las operaciones vinculadas no encierra presunción, sino que dicta un criterio objetivo para que el órgano de socios sea convocado. Por ello, el autor defiende que el valor de la transacción se mida en términos de mercado y que, en caso de duda, la junta general pueda ser convocada por el órgano de administración.

⁴¹⁷ A diferencia de lo que ocurre en las sociedades cotizadas, donde la competencia para aprobar operaciones de la sociedad con consejeros es una facultad indelegable del consejo de administración (art. 529 ter h) LSC). A estos efectos, BOQUERA MATARREDONA, J., “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la junta general”, *cit.*, p. 5, considera que, en estos casos, el consejo de administración, por su dimensión y su régimen de funcionamiento, es idóneo para controlar y dispensar las conductas en conflicto de interés.

Respecto de las operaciones intragrupo resulta de aplicación el régimen general que la LSC establece para garantizar el deber de lealtad, por lo que las obligaciones a las que el administrador queda sujeto cuando se encuentre ante una situación de conflicto de interés son las mismas. Debe advertir la existencia de conflicto y debe someterse a la obtención de la dispensa. Ahora bien, la imposibilidad de que los administradores participen en la aprobación de acuerdos sobre los que puedan tener un conflicto de interés directo o indirecto, se ha visto modificada con la aprobación de la Ley 5/2021, que transpone al ordenamiento español de la Directiva (UE) 2017/828, en cuyo preámbulo se desprende la posibilidad de que el deber de abstención de los consejeros de la matriz en la filial (cotizada) no sea aplicable a las operaciones intragrupo, precisamente para facilitar la economía y la planificación estratégica de los grupos de la que las operaciones internas constituyen un elemento indispensable⁴¹⁸.

El artículo 231 bis LSC establece dos reglas especiales que suavizan el régimen general. La primera regla es la no aplicación del deber de abstención del administrador vinculado a la matriz cuando se adopten decisiones en el órgano de administración de la filial. Y la segunda regla se refiere a la posibilidad de participar en la votación del acuerdo, como medida de protección de los intereses de la filial y de los socios ajenos a la matriz⁴¹⁹. En atención a las nuevas reglas, que operan como excepción a las reglas generales a las que se sujeta la actuación de los administradores en conflicto de interés, en caso de que la operación que se pretenda aprobar sea una operación intragrupo y, dado que al administrador no se le aplica el deber de abstención, pudiendo participar en la aprobación del acuerdo como si no fuera una persona vinculada, la necesidad de que el administrador comunicara su conflicto de interés, generaría dudas puesto que aunque existiera podría participar igualmente en la adopción del acuerdo. Sin embargo, entendemos que el deber de comunicación de existencia del conflicto no se altera por la nueva regla del artículo

⁴¹⁸ La Ley 5/2021 destaca que las reglas que la Directiva considera para las sociedades cotizadas tienen que ser igualmente aplicables a las sociedades de capital, por lo que introduce el nuevo artículo 231 bis bajo la denominación “Operaciones Intragrupo”. La exposición de motivos de la Ley 5/2021 señala que las dos reglas especiales o excepciones anteriores no deberían quedar circunscritas a las sociedades cotizadas y, en particular, a las filiales cotizadas, que apenas existen en nuestro país. Deben generalizarse a todo tipo de sociedades. De hecho, la práctica totalidad de las filiales de las sociedades cotizadas son sociedades no cotizadas.

⁴¹⁹ En este sentido, GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 231 bis. Operaciones intragrupo”, *cit.*, p. 3214 ss. Para una mayor profundización sobre el nuevo artículo 231 bis LSC, véase, MEGÍAS LÓPEZ, J., “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”, *cit.*; LATORRE CHINER, N., “Las partes vinculadas de la sociedad cotizada: ¿art.231 LSC o NIC 24?”, *cit.*

231 bis LSC, pues, aunque efectivamente pueda participar en la aprobación de la operación intragrupo, pues en caso de que su decisión o voto fueran decisivos para la aprobación, corresponderá a la sociedad o al resto de administradores afectados por el conflicto, probar que el acuerdo es conforme al interés social en caso de que fuera impugnado. Debido a lo cual, el administrador deberá comunicar su situación de conflicto de interés siempre y en todo caso.

2.1.2-. Obtención de una ventaja o remuneración de tercero

Dado el peligro que la obtención de ventajas o remuneraciones de terceros puede suponer en la independencia e imparcialidad de los administradores, el legislador ha considerado incompatible con el deber de lealtad la obtención de un beneficio externo.

Así pues, en vista del peligro que la obtención de una retribución externa puede tener en el interés social, es competencia de la junta general la concesión de la dispensa para la obtención de ventajas o remuneraciones de terceros. La atribución de competencia en materia retributiva a favor de la junta general se explica por ser este órgano el encargado de la fijación del importe de la retribución de los administradores dentro del marco estatutario. Además, la atribución de competencia también se justifica por el peligro o riesgo que estas operaciones pueden tener en el interés social, y por la facilidad de implicar al resto de los miembros del órgano de administración en la decisión⁴²⁰.

Sobre la retribución de los consejeros ejecutivos que trae causa en el desempeño de funciones ejecutivas, dado que la fijación de la retribución de este tipo de consejeros es competencia del propio consejo de administración, será este mismo órgano el competente para conceder la dispensa de la obtención de retribuciones de terceros⁴²¹.

⁴²⁰ A estos efectos, PAZ-ARES, C., “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, *cit.*, p. 33, sostiene que el órgano encargado de dispensar esta prohibición debe ser la junta general, y tal afirmación descansa en que la materia retributiva de los administradores es materia contractual o constitucional, no de gestión, y por tanto es competencia que debe residenciarse y está residenciada en la junta general. El autor añade “*el hecho de que la retribución no la satisfaga la sociedad no cambia las cosas porque es a ella a quien corresponde diseñar el paquete retributivo de los administradores y determinar la estructura de incentivos preferible*”.

⁴²¹ En este sentido, PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.*, p., 58, afirma que cuando se trate de la remuneración que no corresponda al contenido inherente al cargo, como sucede con la que retribuye las funciones ejecutivas de los consejeros ejecutivos, el órgano para otorgar la dispensa debe ser el consejo de administración.

2.1.3-. Prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando el administrador pretenda el establecimiento con la sociedad de una relación de servicios obra

La asistencia financiera a los administradores (concesión de créditos y garantías) o la celebración de un contrato de servicios o de obra con un administrador conlleva un importante riesgo de conflicto de interés. El artículo 162 LSC consagra la competencia de la junta general para anticipar fondos, conceder créditos o préstamo, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a socios y administradores, por lo que, al conceder la competencia de dispensar estas operaciones a la junta general, no se hace sino reiterar lo contenido en el citado precepto.

En el supuesto de las relaciones de servicio y obra el artículo 230.2 LSC exige la dispensa de la junta para el establecimiento de la relación, mientras que el artículo 220 LSC exige acuerdo no solo para establecer la relación, sino también para cualquier modificación de ésta. Aunque la LSC parece que únicamente requiere recabar la dispensa para el establecimiento de la relación, cualquier modificación deberá ser comunicada a la sociedad para que pueda tomar la decisión oportuna al respecto. Y ello porque el hecho de alterar las condiciones de un contrato podría desnaturalizar la dispensa otorgada, por lo que, si no fuera necesario otorgar una nueva dispensa, o ratificar según cual fuera el supuesto en el que se encontrara el administrador, éste podría encontrarse actuando fuera del radio de acción del permiso otorgado y, por tanto, su comportamiento sería desleal con la sociedad, con las consecuencias que ello conlleva.

2.1.4-. Supuesto especial de prohibición de competencia

Dada la especial importancia y gravedad que los conflictos de competencia tienen, el legislador ha optado porque sea exclusivamente la junta general quien decida sobre el otorgamiento de la dispensa de este tipo de conductas⁴²². El artículo 230.3 LSC permite dispensar al administrador de la obligación de no competir siempre que se cumplan ciertos

⁴²² OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., 220-221, sostiene que a pesar del silencio del artículo 230.3.I LSC, el órgano competente para dispensar otros conflictos permanentes de interés a los que se refiere el art. 229.1.f) LSC es también de la junta general. La razón descansa en que ambos tipos de conflicto se regulan en el mismo precepto y tienen en común el carácter constante y permanente, que lo diferencia de otro tipo de conflictos de carácter puntual. La autora afirma la imposibilidad de interpretar que el órgano de administración pueda dispensar este tipo de conflictos.

requisitos legales⁴²³. El artículo 230.3 LSC solo reconoce la competencia de la junta para otorgar la dispensa de la obligación de no competir con la sociedad y, además, exige que el acuerdo que se adopte sea expreso y adoptado de forma separada. Se pretende que la sociedad exprese su voluntad de forma inequívoca, quedando la voluntad de los socios claramente manifestada.

A pesar de la ralentización que puede conllevar que sea la junta general la facultada para el conocimiento de los conflictos de competencia, el legislador opta por dotar al interés social de una mayor protección, aunque ello suponga la observancia de mayores formalidades y plazos superiores.

2.1.5-. Supuestos de dispensa derivados a la junta general

El legislador ha determinado la posibilidad de que determinados conflictos de interés puedan ser dispensados por el órgano de administración. Sin embargo, se trata de una competencia que no se otorga a este órgano en exclusiva, como ocurre, en cambio, con determinadas situaciones entregadas a la junta general, sino que la ley opta por una competencia compartida entre ambos órganos sociales.

Aunque, principalmente por razones de agilidad, se conceda al órgano de administración la posibilidad de dispensar determinadas operaciones, pueden producirse situaciones en las que sea necesaria la intervención de la junta general para el otorgamiento de la dispensa. Para que el órgano de administración otorgue la dispensa la LSC exige garantizar la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador interesado, por esta razón, en aquellos casos en los que la administración sea unipersonal la junta general será la única competente para dispensar todas las situaciones de conflicto de intereses⁴²⁴.

⁴²³ La dispensa de la prohibición de competir con la sociedad solo puede ser acordada por la junta general. La razón de tal atribución reside en el riesgo que asume la sociedad, y por el carácter permanente de la conducta del administrador. En este respecto, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230”, *cit.*, p. 296, sobre la razón de otorgar la competencia a la junta cuando la dispensa tenga por objeto excepcionar la obligación del administrador de no competir con la sociedad, declara que se debe a que se trata de un supuesto “*que puede conllevar indudables riesgos para la sociedad*”. En el mismo sentido, PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.*, p. 58, alude a que la competencia para autorizar se debe atribuir a la junta solo en los supuestos más graves, encontrándose la prohibición de no competir entre ellos.

⁴²⁴ Es indiscutible la imposibilidad de un administrador único de resolver sobre su propio conflicto de interés. En este sentido, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 454, señala que los conflictos que afecten a administradores únicos la

3-. LA COMPETENCIA RESIDUAL DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

A diferencia de lo que ocurre con algunos de los supuestos de conflicto de interés, que son exclusivamente dispensables por la junta general, el órgano de administración no goza de la competencia exclusiva en ningún caso. En virtud del artículo 230.2 LSC, el órgano de administración tiene una competencia residual de otorgamiento de la dispensa, y solo en aquellos casos en los que la competencia no es atribuida exclusivamente a la junta.

El órgano de administración es competente para la concesión de la dispensa en los supuestos que el legislador considera menos graves (ciertas operaciones vinculadas, el aprovechamiento de oportunidades de negocio, y hace uso de activos sociales). La razón de dotar al órgano de administración de competencia para autorizar los supuestos menos graves de conflicto de interés no es otra que la agilización del procedimiento dispensatorio, el objetivo, en todo caso, es facilitar la toma de decisiones en la sociedad.

La atribución de la competencia al órgano de administración va acompañada del cumplimiento de una serie de garantías, que posibilitan que sean el resto de los administradores quienes procedan a autorizar a uno de ellos el desarrollo de una actuación controvertida. El legislador centra su atención en asegurar la independencia del órgano dada la posibilidad de riesgo de un juicio imparcial por su parte⁴²⁵. El carácter residual de la competencia del órgano de administración se blindo, además de a través de las garantías materiales y procedimentales, evitando que los acuerdos de dispensa adoptados por este órgano gocen de la cobertura de la discrecionalidad empresarial de la que gozan los acuerdos emanados de la junta general. No obstante, y dado que esas garantías consiguen asegurar una actuación independiente del órgano de administración, los acuerdos de

expresión “*consejo de administración debe sustituirse por Junta General*”. Por su parte, RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *cit.*, p. 110, establece que cuando el administrador único se encuentra en situación de conflicto de intereses, deberá comunicar a la junta general cualquier situación de conflicto. Señala el autor que “*la lógica que se sigue de ello es que solo la junta puede evaluar los riesgos derivados del conflicto*”.

⁴²⁵ Lo explica claramente, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 493, aludiendo al riesgo de que los administradores no conflictuados hagan una evaluación generosa del conflicto de interés al poder verse ellos en una posición similar en el futuro. La Companies Act opta también por otorgar competencia al órgano de administración, así, la Section 175.4 introduce la competencia de este órgano para la aprobación del aprovechamiento de las oportunidades de negocio. DAVIES, P., WORTHINGTON, S., *Principles of modern Company Law*, *cit.*, p. 601 y ss., señalan al respecto que la section 175 introduce la posibilidad de la aprobación por el órgano de administración, “*supplementing que orthodox common law doctrine of shareholder approval*”. Añaden, “*the authorisation may be given by the board itself for a conflict of interest on the part of one of their number, so that no breach of duty is committed*”.

dispensa que este órgano adopte no requerirán de mayores garantías que las reguladas para los acuerdos dispensatorios de la Junta general, de manera que no se requiere quórum o mayorías reforzadas⁴²⁶. Siempre que se cumplan las garantías procedimentales y materiales que la LSC establece, podrá atribuirse la competencia al órgano administrador, asegurando que el interés social no quede lesionado.

4-. EXIGENCIAS ADICIONALES: REQUISITOS PROCEDIMENTAL Y MATERIAL

Un administrador que se encuentre ante una situación de conflicto de interés debe abstenerse de actuar, evitando el conflicto, o puede comunicarlo con el fin de obtener el permiso de la sociedad para su desarrollo. Cuando el administrador decide comunicar el conflicto, se activa la función de garantía.

La LSC consagra una serie de garantías cuyo objetivo es asegurar la protección del interés social. Junto a las normas relativas al procedimiento, encaminadas a garantizar la independencia del órgano que autorice la conducta, el legislador establece otras reglas: la inocuidad de la operación en el interés social y la transparencia del procedimiento.

4.1-. Requisito procedimental: independencia del órgano que dispensa y transparencia

Todas las garantías procedimentales se erigen sobre la base del principio de transparencia. El requisito de transparencia del proceso exige que el administrador que pretende desarrollar una determinada actividad desleal ponga a disposición de la sociedad la información más completa posible sobre el acto objeto de evaluación, aportando los detalles necesarios para valorar la posible concesión de la dispensa desde la perspectiva del interés social.

El principio de transparencia exige, a su vez, que el órgano que vaya a conocer la dispensa adopte una decisión independiente. Así, en aquellos casos en los que el órgano

⁴²⁶ Y por la misma razón no se ha considerado necesario distinguir entre los diferentes modos de organizar la administración, salvo en el caso del administrador único. En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 493, señala que lo decisivo es el respeto de las garantías.

competente para la concesión de la dispensa es la junta el artículo 190 LSC prevé quienes pueden o no votar, así como una regla de inversión de la carga de la prueba.

Mientras que cuando sea el órgano de administración quien vaya a dispensar una determinada conducta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 228.c) LSC, el administrador conflictuado debe quedar excluido del proceso de adopción del acuerdo de dispensa con el fin de asegurar que a decisión adoptada es conforme al interés social⁴²⁷. Además, se construye una cautela más, y es que el órgano de administración será competente siempre y cuando quede garantizada la independencia de los miembros que vayan a aprobar el acuerdo de concesión de la dispensa⁴²⁸.

4.2.- Requisito de equidad o inocuidad de la operación objeto de dispensa

El artículo 230.2 LSC contempla expresamente el requisito de la inocuidad al señalar que la dispensa se concederá asegurando “*la inocuidad de la operación para el patrimonio social o, en su caso, la realización en condiciones de mercado*”⁴²⁹. La inocuidad para el interés social se garantiza cuando la operación se realiza en condiciones de mercado. El administrador interesado en el desarrollo de una determinada operación deberá recabar la información necesaria sobre la propia operación y todas sus posibles consecuencias en el interés social. Se trata de someter al administrador o a las personas vinculadas a las

⁴²⁷ El deber de abstención será analizado con mayor detenimiento en el Cap. IV.

⁴²⁸ Cuando el órgano de administración sea el órgano competente para el otorgamiento de la dispensa se formula una cautela normativa, que consiste en que el órgano de administración será el órgano competente siempre y cuando que quede garantizada la independencia de los miembros que conceden la dispensa. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad”, *cit.*, p., 914, señala que la independencia se refiere al propio administrador dispensado y en consecuencia se considera que no sería competente el órgano de administración en la medida que ello suponga que participan en el otorgamiento de dispensa personas vinculadas con el propio administrador por lazos familiares o de otra naturaleza.

⁴²⁹ A pesar de que la Ley 31/2014 pone de relieve la importancia de la independencia cuando el órgano que concede la dispensa es el órgano de administración, la garantía material es aplicable a cualquiera que sea el órgano emisor de la dispensa, y ello porque la ratio de la exigencia es la protección del interés social, al que quedan sometidos no solo los administradores, sino también la junta general. En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 499, apunta que el legislador, en atención al riesgo que puede suponer que quienes sean competentes para otorgar la dispensa sean compañeros del administrador interesado, la LSC remarca la necesidad de que los administradores, en cumplimiento de su deber de diligencia, no procediesen de una manera mecánica. En el mismo sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 421, señala que, a pesar de que el texto emanado de la comisión de expertos consideraba aplicable la norma a toda dispensa, su ubicación final conduciría a pensar que solo resulta aplicable en el caso de que sea el órgano de administración el competente. Sin embargo, defiende que a su juicio puede entenderse que el legislador ha deseado hacer expresos los requisitos en el supuesto de que “*los llamados a autorizar pueden gozar de menor independencia, pero ello no debe conducir a pensar que la junta puede libremente aceptar transacciones desfavorables para la sociedad, o que puede decidir sin la completa información*”.

condiciones que presidan la celebración de esa clase de operaciones entre la sociedad y terceros⁴³⁰.

La inocuidad implica que la operación no conlleve consecuencias dañinas o lesivas para el patrimonio de la sociedad. El requisito de la inocuidad no opera solamente cuando el órgano de administración sea el competente para dispensar una situación de conflicto de interés, sino que se trata de una garantía que debe asegurarse cualquiera que sea el órgano competente para la adopción del acuerdo. Así, el artículo 230.3 LSC impone que se demuestre que con la dispensa “*no quepa esperar daño para la sociedad o el que queda esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa*”. Se trata de demostrar que no existe trascendencia económica para el interés social, que la operación es neutral o que se dará una compensación entre el daño y el beneficio futuro⁴³¹.

Junto con la inocuidad de la operación, el artículo 230.2 LSC exige la transparencia del proceso y su realización en condiciones de mercado. Cabe preguntarse si se trata de exigencias alternativas, o deben ser aseguradas ambas a fin de que la prohibición pueda ser autorizada por el órgano de administración.

A pesar de que podría considerarse que nos encontramos ante exigencias alternativas. Así, cuando la operación no presente la condición de inocua, la prohibición podrá ser autorizada siempre que se caracterice por la transparencia del proceso y que además se realice en condiciones de mercado⁴³². No podemos compartir dicha tesis, y ello por el papel fundamental que la garantía procedimental tiene en el otorgamiento de la dispensa. A pesar de que una lectura rápida del artículo 230.2 LSC puede sugerir que la garantía

⁴³⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad”, *cit.*, p. 914, afirma que condiciones de mercado iguales no tienen por qué significar condiciones de mercado más severas para el administrador.

⁴³¹ Sobre las concretas medidas susceptibles de ser adoptadas por la sociedad, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 500, expone tres directrices básicas que deben tenerse en cuenta. Primero, la inexistencia de un catálogo cerrado y predeterminado de medidas a adoptar. La segunda es que las medidas para garantizar la inocuidad serán distintas según el supuesto en el que se encuentre el administrador. Y, la tercera directriz es que la carga argumentativa y probatoria con relación a las medidas es mucho mayor cuando la competencia es de los administradores que cuando es de la junta.

⁴³² Defiende esta postura SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad”, *cit.*, p., 914, al señalar que “*cuando la operación no presenta esa condición inocua, el artículo 230.2 LSC establece como exigencia alternativa que la operación podrá ser autorizada en la medida que se garantice la transparencia del proceso y que además se realice en condiciones de mercado*”.

procedimental solo deberá respetarse cuando la garantía material no se respete, la garantía procedimental ha de respetarse siempre⁴³³.

En este sentido lo manifiesta también la SAP de Baleares, de 15 de octubre de 2018, (SAP IB 2195/2018), que resuelve que *“cuando la dispensa se conceda por la administración social es necesario satisfacer dos requisitos, pues los administradores que otorgaran tal autorización han de ser independientes respecto del beneficiario de la dispensa y, de otro lado, es necesario asegurar la inocuidad de la operación para el patrimonio social o su realización en condiciones de mercado, así como la transparencia del proceso seguido a fin de conceder tal autorización”*.

⁴³³ En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 487, plantea una lectura correcta del artículo 230.2 LSC, señalando que el precepto no debe leerse como *“además será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su defecto, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso”*. Sino que una lectura correcta del párrafo segundo del artículo 230.2 LSC sería aquella que dijera *“además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y, siempre, la transparencia del proceso”*. En contra, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, F., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad”, *cit.*, p. 914, defiende el carácter alternativo de la exigencia.

CAPÍTULO IV-. PROCEDIMIENTO DE OTORGAMIENTO DE LA DISPENSA

II. DELIBERACION, VOTACIÓN Y ACUERDO DE DISPENSA

I-. EL DEBER DE ABSTENCIÓN DEL ADMINISTRADOR

1-. EL DEBER DE ABSTENCIÓN

El modelo de conducta de los administradores frente a las situaciones de conflicto de interés se concreta a través de tres reglas jurídicas. El administrador en conflicto debe comunicar al órgano de administración su situación conflictiva, solicitar la dispensa correspondiente al órgano que sea competente y debe abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo. Por tanto, ante la existencia de una situación de conflicto de intereses, junto al deber de comunicación de la situación en que se encuentre al órgano de administración, el administrador debe abstenerse de intervenir en la operación objeto de conflicto.

Cumplido el deber de comunicación del conflicto, la sociedad tiene un papel doble. En primer lugar, debe apreciar la existencia o inexistencia del conflicto entre el interés del administrador y el interés social y, en segundo lugar, debe formar su voluntad sobre la operación que se trate. Es decir, la sociedad debe apreciar si existe o no conflicto, y decidir si lo permite o no. En ambas decisiones el administrador en conflicto debe quedar excluido de participar en virtud del deber de abstención que la LSC establece⁴³⁴.

El deber de abstención se consagra en la LSC como una de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. El artículo 228.c) LSC prevé el deber de abstención del administrador como el deber de “*abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto*”. El administrador tiene un deber de abstención que le obliga a no participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de interés, directo o indirecto. Los intereses que

⁴³⁴ Véase, SÁNCHEZ RUIZ, M., “El deber de abstención del administrador en conflicto de interés con la sociedad”, en *Estudios de Derecho Mercantil, Liber Amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, (Coord. CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUENTES J., ALONSO ESPINOSA, F.J., GALLEGUO SÁNCHEZ, E.), Bosch, Madrid, 2013, p. 187.

deben entenderse como contrapuestos son, por un lado, el interés de la sociedad y, por otro, el interés particular del administrador ya sea éste directo o indirecto⁴³⁵. Por tanto, el deber de abstención nace en presencia de un conflicto de interés, directo o indirecto, del administrador.

El artículo 228.c) LSC establece el deber de abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo, es decir, distingue entre conflictos de intereses en los procesos internos de formación de la voluntad orgánica de la sociedad y los conflictos en los actos externos o de representación⁴³⁶. La LSC circunscribe el deber de abstención tanto al momento de la adopción del acuerdo como al momento inmediatamente anterior, la deliberación. La única excepción a la regla, como el propio precepto señala son aquellos acuerdos o decisiones que afecten a su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración y otros de análogo significado (artículo 228.c) LSC)⁴³⁷.

La redacción actual del deber de abstención procede de la LSC 2010, que modificaba la versión inicial de la misma, contenida en el artículo 127 ter de la LSA. El artículo 229.1 LSC 2010 establecía que *“el administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera”*. Su previgente recogía el deber de la siguiente forma: *“Los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se*

⁴³⁵ SÁNCHEZ RUIZ, M., “Deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad”, *cit.*, p. 683, sugiere que lo relevante es que se trate de una relación que desde una apreciación objetiva permita pensar que el administrador tratará de satisfacer con su intervención en la decisión el interés de ese otro sujeto y no el de la sociedad.

⁴³⁶ La distinción entre el conflicto interno y el externo era una distinción ya reconocida en otros ordenamientos de nuestro entorno. Sobre la cuestión, ALCALÁ DÍAZ, M. A., “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad”, en AA. VV., *El gobierno corporativo de las sociedades cotizadas* (Coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Marcial Pons, Madrid, 1999, p.453 y ss.

⁴³⁷ Sobre la reforma del sistema de deberes de los administradores, el Informe Aldama destacaba la importancia de concretar en la legislación societaria las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad de los administradores, entre las que destacan el deber de *“evitar las situaciones de conflicto de intereses entre los administradores, o sus familiares más directos, y la sociedad, comunicando en todo caso su existencia, de no ser evitables, al consejo de administración, y el deber de abstenerse de intervenir en las deliberaciones y votaciones sobre propuestas de nombramiento, reelección o cese cuando les afecte, así como en cualquier otra cuestión en la que tengan un interés particular”*.

*refiera*⁴³⁸. La Ley 31/2014 redujo, por tanto, el alcance de la norma concretando el contenido del deber de abstención del administrador a la intervención de los acuerdos o decisiones relativos a la operación de conflicto y no a la intervención en la propia operación, como establecía el apartado tercero del artículo 127 ter⁴³⁹. La nueva redacción del artículo 228.c) LSC es clara y opta por una interpretación amplia, zanjando el debate en torno a si la abstención del anterior artículo 229.1 LSC y declara que el deber abarca no solo el voto, sino también la participación del administrador en la deliberación⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Sobre la cuestión tuvo ocasión de pronunciarse la STS de 26 de diciembre de 2013 (RJ 2013/1255), estableciendo que el deber de abstención es aplicable tanto si el conflicto de interés existe respecto del socio como si existe respecto de la persona que ejercita en concreto el derecho de voto. La ratio de la norma es evitar el conflicto de interés que se ocasiona cuando en la votación que acuerda la dispensa al administrador de la prohibición de competencia interviene el propio administrador afectado, ya sea porque es el socio que ejercita directamente el voto, ya sea porque actúa como representante del socio. La sentencia establece que para que se dé el conflicto de intereses que excluya al socio es necesario que él sea el administrador al que se dispensa de la prohibición de competencia, puede extenderse también al supuesto en que el socio no interesado esté representado en la junta por una persona que no es socio y si resulta afectado por el acuerdo. Esto es, el deber de abstención es aplicable tanto si el conflicto de intereses existe respecto del socio como si existe respecto de la persona que ejercita en concreto el derecho de voto. La interpretación se extrae de la ratio de la norma que pretende evitar el conflicto con el interés social que se ocasiona cuando en la votación que acuerda la dispensa al administrador, interviene el propio administrador afectado, ya sea porque el socio ejercita directamente el voto o porque actúa como un representante del socio. Lo relevante es que no puede intervenir en una votación sobre un asunto quien detenta el interés extrasocial en conflicto con el interés social. Reproduce los pronunciamientos del Supremo, la SAP de Navarra de 2016 (AC/2017/662).

⁴³⁹ Véase, SÁNCHEZ RUIZ, M., “El deber de abstención del administrador en conflictos de intereses con la sociedad (Art. 229.1 LSC)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 41, 2013, p. 176.

⁴⁴⁰ El anterior artículo 229.1 LSC concentraba su efecto en la formación de la voluntad de la sociedad en relación con la operación sobre la que recayera el conflicto, limitándose la norma a una esfera y a un momento determinados del ejercicio del cargo por el administrado, como el que era el de la adopción de decisiones o acuerdos relativos a una operación determinada en la que tuviera un interés propio directo o indirecto en conflicto con el interés de la sociedad. ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: art.228”, *cit.*, p. 216, señala que el previgente artículo 229.1 LSC trataba de dar cabida a la opinión que consideraba que el artículo 127 ter encerraba una prohibición de voto por conflicto de interés de forma amplia. Sobre la cuestión, EMBID IRUJO, J.M., GORRIZ LÓPEZ, C., “Artículo 127 ter. Deberes de lealtad”, *cit.*, p. 1438, se refieren a la terminología imprecisa del apartado segundo del precepto, que empleaba el término “operación”, que resultaba “vago en su significado”. El deber de abstención se ubicaba en el marco de las sesiones del consejo. Así, tal y como mencionan los autores, se identificaban dos posicionamientos. Por un lado, una posición más restrictiva, que vinculaba la abstención exclusivamente a la votación, pudiendo el administrador en conflicto participar en la deliberación. La razón de permitir al administrador participar en la deliberación se basaba en razones de transparencia gracias a la posibilidad de conocer las circunstancias y caracteres del conflicto de primera mano. Por otro lado, se interpretaba ampliamente el deber de abstención, impidiendo la participación del administrador en la deliberación. El artículo 127 ter imponía al administrador la obligación de informar del conflicto de interés al consejo de administración, pero no exigía expresamente que el administrador se abstuviera de votar en el acuerdo que el órgano pudiera adoptar sobre la operación en conflicto. A pesar de no contemplar dicha obligación, el modelo de conducta del administrador leal es que en caso de conflicto de interés se abstendrá de participar en la decisión y en la ejecución de la operación.

2-. FUNDAMENTO

La LSC prevé la posibilidad de que la dispensa sea otorgada tanto por la junta general como por el órgano de administración, según cual sea el conflicto que se pretenda autorizar. La ley establece una serie de reglas para ambos casos con el fin de que el acuerdo que el órgano competente adopte sea lo más garantista posible para el interés social.

El artículo 228.c) LSC establece como una de las obligaciones básicas del administrador el deber de abstenerse de participar en la deliberación y la votación de los acuerdos en los que él o una persona vinculada tenga un conflicto de interés. Se trata de una regla aplicable tanto a las decisiones acordadas en sede de órgano de administración como en la junta general, optando el legislador por la exclusión del administrador, no solo en la votación del acuerdo dispensatorio, sino también de la deliberación previa a la aprobación del acuerdo. Además, para los casos en los que el órgano competente para la concesión es la junta general, el artículo 190 LSC recoge quienes pueden votar, así como una regla de inversión de la carga de la prueba.

El fundamento de la exclusión del administrador del proceso de adopción de un acuerdo dispensatorio es asegurar que la decisión es adoptada conforme al interés de la sociedad⁴⁴¹. Se trata de impedir que el administrador participe en la deliberación pudiendo influir en la voluntad de los miembros del consejo, decantando la decisión a favor de sus intereses⁴⁴². La exclusión del administrador de las fases de adopción del acuerdo, tanto la deliberativa como la votación, se puede explicar, también, por el principio que prohíbe la autocontratación cuando el interés del representante y el del *dominus negotii* se contraponen, y por el principio general del derecho por el que nadie puede ser juez de su propia causa⁴⁴³.

El deber de abstención en la votación supone que el administrador que pretenda obtener una dispensa de la sociedad a la que sirve quede a un lado, y no vote el acuerdo que vaya

⁴⁴¹ En este sentido, SERRANO CAÑAS, J.M., “El (nuevo) protocolo de actuación de los administradores afectados por conflictos de intereses”, *cit.*, p. 152, fundamenta el deber de abstención en el deber de fidelidad y lealtad al interés social. Sobre la figura de la autocontratación, para un examen en profundidad, HUPKA, J., *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Ediciones Olejnik, 2018, p., 172 y ss.

⁴⁴² EMBID IRUJO, J.M., GORRIZ LÓPEZ, C., “Artículo 127 ter. Deber de lealtad”, *cit.*, p. 1439.

⁴⁴³ Para una mayor profundización, SERRANO CAÑAS, J.M., “El (nuevo) protocolo de actuación de los administradores afectados por conflictos de intereses”, *cit.*, p. 152-153.

a otorgarle o no la autorización que solicita. El caso de la abstención en la deliberación plantea mayores interrogantes. En todo caso, y siguiendo la línea del previgente artículo 229.1 LSC, el administrador debe abstenerse de participar durante todo el proceso de formación de la voluntad de la sociedad en relación con la operación sobre la que recaiga el conflicto de intereses⁴⁴⁴.

Por lo tanto, el objetivo del deber de abstención no es otro que la prevención ante el riesgo de parcialidad y consiguiente peligro para el interés social que una situación de conflicto de intereses implica. Si se permitiera la participación del administrador en la deliberación previa a la votación del acuerdo de dispensa, el administrador podría influenciar en el resto de los administradores, haciendo que el voto quedara determinado por su interés.

3-. ÁMBITO OBJETIVO DEL DEBER DE ABSTENCIÓN: EL CONFLICTO REAL DE INTERESES

El administrador debe abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en el que él o una persona a él vinculada tenga un conflicto de interés, directo o indirecto. El deber de abstención del administrador, como ocurre con el deber de comunicación, nace en presencia de un conflicto de interés directo o indirecto del administrador con la sociedad⁴⁴⁵. Sin embargo, el deber de abstención tiene un ámbito objetivo propio, el conflicto real de intereses. De esta manera, a diferencia del deber de comunicación, que abarca toda situación de conflicto de interés, tanto potencial como real, el deber de abstención se refiere a una situación real y efectiva de conflicto.

Cuando hablamos de conflicto de intereses hablamos de una relación de incompatibilidad entre dos intereses contrapuestos, el interés personal del administrador y el interés de la sociedad, que genera un peligro o riesgo de lesión del interés social. El simple riesgo de

⁴⁴⁴ En este sentido, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 390, señala que el deber de abstención se exige para dotar al proceso deliberativo de la necesaria independencia para los intereses sociales, evitando, en la medida de lo posible, que los intereses personales de los administradores se antepongan a aquellos.

⁴⁴⁵ Es preciso señalar que los acuerdos o decisiones que afecten en la condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración y otros de análogo significado quedan excluidos de la obligación de abstención. A este respecto, ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: art. 228”, cit., p. 220, sostiene que la solución planteada por el legislador resulta sorprendente pues la lógica llevaría a entender que el administrador no carece de interés personal en los asuntos indicados, supone, sin embargo, la incorporación al sistema de la previsión del ordenamiento alemán que excluye la prohibición de voto a los acuerdos interorgánicos, siendo estos aquellos cuya trascendencia se limita a la esfera interna del propio órgano.

lesión o el peligro de que de una concreta actuación del administrador pueda derivarse un conflicto de interés con la sociedad genera una obligación ineludible, el deber de comunicar la situación de conflicto al órgano de administración. En el caso del deber de abstención una hipotética situación de riesgo no obliga al administrador a abstenerse de participar en la deliberación y en la votación. La ley exige la existencia de un conflicto real, porque una colisión de intereses potencial no constituye un conflicto en sentido estricto⁴⁴⁶. Por consiguiente, el deber de abstención se impone cuando el administrador tiene un interés personal que es contrario al interés social y que supone un conflicto de intereses. No se trata de obligar al administrador de abstenerse ante cualquier situación en la que existe el riesgo de generar un conflicto, sino que la ley exige la existencia de un conflicto real⁴⁴⁷.

En fin, el administrador debe abstenerse de deliberar y votar siempre, incluso aunque el órgano que vaya a deliberar crea que no existe conflicto, no podrá participar en la adopción del acuerdo, es decir, ni en la deliberación ni en la votación⁴⁴⁸.

4-. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DEBER DE ABSTENCIÓN: LA INDEPENDENCIA DEL ÓRGANO

El administrador afectado por la situación de conflicto de interés es quien tiene prohibida la participación en la deliberación y votación del acuerdo que concierne al conflicto. Se trata de una obligación personal⁴⁴⁹. Sin embargo, junto al administrador en conflicto, el párrafo tercero del artículo 230.2 LSC establece que *“la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la*

⁴⁴⁶ No puede confundirse, sin embargo, con un hipotético daño potencial. En este caso el conflicto sería real y aunque el daño aún no se hubiera cuantificado, el administrador debería abstenerse de participar en la deliberación y en la votación.

⁴⁴⁷ Como apunta SERRANO CAÑAS, J.M., “El (nuevo) protocolo de actuación de los administradores afectados por conflictos de interés”, *cit.*, p. 150, la ley requiere *“la constatación efectiva de un conflicto real, fruto del enfrentamiento de intereses presentes, de tal manera interconectados que la satisfacción de uno conllevaría la insatisfacción del otro y, por ende, la causación de un daño”*.

⁴⁴⁸ Si se permitiera al administrador participar si el conflicto de interés existiera realmente se habría otorgado una dispensa tácita. Por tanto, en todos los casos en los que exista la mínima duda sobre la situación, el administrador tendrá que abstenerse de participar. En el mismo sentido, EMBID IRUJO, J.M., GORRIZ LÓPEZ, C., “Artículo 127 ter. Deber de lealtad”, *cit.*, p. 1439, sostienen que, aunque el órgano colegiado, o el resto de los administradores, terminen decidiendo que no existe conflicto, el administrador afectado no deberá participar en la votación si considera que lo hay.

⁴⁴⁹ EMBID IRUJO, J.M., GORRIZ LÓPEZ, C., *Ibid.*, p. 1439, destacan el alcance estrictamente personal que el artículo 127 ter otorgaba al deber de abstención. Se trata de un deber que incide sobre el administrador y no sobre el consejo. Así, señalan los autores, *“con independencia del acuerdo que adopte el órgano colegiado, la norma exige que el administrador se abstenga de participar en la operación”*.

independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado”.

De modo que la LSC obliga a abstenerse, y, por tanto, quedar fuera de la deliberación y votación del acuerdo de dispensa, a todos aquellos administradores sobre los que pese la sombra o puro riesgo de parcialidad por su relación con el administrador en conflicto⁴⁵⁰. Así pues, el deber de abstención no solo afecta al administrador conflictuado, sino que se extiende a todos aquellos otros administradores que puedan estar influenciados de alguna forma por él⁴⁵¹. Es decir, que se abstendrán de participar en la deliberación y la votación del acuerdo de dispensa en los mismos términos que el administrador⁴⁵².

El deber de abstención del administrador en conflicto de interés y de los administradores no independientes tiene diferentes consecuencias según sea el órgano de administración un órgano pluripersonal o nos encontremos en el caso de un administrador único⁴⁵³. En los casos en los que el órgano de administración se constituye como administrador único,

⁴⁵⁰ En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 495, señala que la referencia a “*administradores independientes*”, no debe ser entendida como categoría de consejeros en el sentido del artículo 529 duodecimos.4 LSC. Expresamente expone que “*la exigencia de que solo sean independientes los que participe en el proceso se predica de todas las sociedades, aunque su órgano de administración no sea un consejo y aunque no se trate de cotizadas*”. Tampoco el sentido de la ley es que en el caso de las cotizadas la decisión deba ser adoptada por los consejeros independientes en el sentido del mencionado precepto. Sobre el concepto de independencia, agrega que requiere “*la inexistencia de algún tipo de relación que pueda pensar que queda condicionada o en entredicho la rectitud y autonomía de juicio*”. Por su parte, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad”, *cit.*, p. 914, sostiene que la independencia se refiere al propio administrador dispensado y en consecuencia no sería competente el órgano de administración en la medida en que ello supusiera que participan en el otorgamiento de dicha dispensa personas vinculadas con el propio administrador por lazos familiares o de otra naturaleza.

⁴⁵¹ Lo mismo ocurre en el derecho inglés, donde la Section 175(6) de la Companies Act 2006, prohíbe votar al administrador conflictuado y a cualquier otro administrador interesado. En este sentido, HANNIGAN, B., *Company Law*, *cit.*, p. 289, postula que la autorización solo es efectiva con la abstención del administrador afectado y el resto de los administradores que pudieran estar interesados, debiendo ser todos ellos excluidos del quórum (“*authorisation is only effective if the director in question and any other interested directors are excluded from the quorum*”).

⁴⁵² Sobre que debe entenderse por administrador independiente en el artículo 529 duodecimos.4 LSC ofrece una serie de situaciones que, como señala PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 496, “*se consideran entorpecedoras de la rectitud de juicio*”. El autor, acertadamente, propone que los administradores no conflictuados que se encuentren en alguna de las situaciones del mencionado precepto respecto al administrador en conflicto, debe presumirse su falta de independencia, y, por tanto, no podrán participar en la toma de decisión. HANNIGAN, B., *Company Law*, *cit.*, p. 290, ofrece una acertada forma de establecer la independencia del administrador no conflictuado. De esta forma, dice “*the proper approach is to focus on the granting of authorization and ask whether the authorising director, though not having a personal interest in the transaction, has a conflict of interest with regard to the granting of authorization*”. Se refiere al interés personal entre facilitar al administrador conflictuado la autorización y su deber de promover el interés de la sociedad.

⁴⁵³ SÁNCHEZ RUIZ, M., “Deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad”, *cit.*, p. 681, señala que una respuesta afirmativa repercutiría en la aplicación de las reglas de funcionamiento propias de estas modalidades de estructurar el órgano de administración, “*afectando incluso al reparto legal de competencias interorgánicas*”.

el efecto indirecto de la abstención obligatoria del administrador interesado es el traspaso de la competencia a la junta general para adoptar todos los acuerdos de dispensa, incluso aquellos que son competencia compartida con el órgano de administración de acuerdo con lo que la LSC establece⁴⁵⁴. Mientras que en los casos en los que el órgano de administración se constituye como órgano pluripersonal, teniendo en cuenta que el deber de abstención alcanza a aquellos administradores que sin estar directamente conflictuados puedan adoptar un acuerdo que no respete la imparcialidad que la ley requiere, habrá que estar a lo que las reglas de quórum exijan y, en los casos en los que no se llegue al mínimo requerido, al igual que ocurre en el caso de administración única, el acuerdo de dispensa será reenviado a la junta general, que será la encargada de su aprobación⁴⁵⁵.

Siguiendo la línea de las legislaciones anteriores, la LSC deja sin la oportuna respuesta jurídica los supuestos de conflicto de intereses que afecten a la mayoría o a la totalidad de los miembros del órgano competente. La abstención en el ejercicio del derecho de voto supone descontar a los administradores interesados del quórum para la consecución de las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos⁴⁵⁶. La aplicación automática de la deducción determina que ante conflictos que afecten a la mayoría de los administradores, el destino del acuerdo recae en la decisión exclusiva de la minoría de los administradores desinteresados⁴⁵⁷. Mientras que cuando el conflicto de interés afecta a la

⁴⁵⁴ En todo caso, como lo hace notar SERRANO CAÑAS, J.M., “El (nuevo) protocolo de actuación de los administradores afectados por conflictos de intereses”, *cit.*, p. 153, el deber de abstención en una situación de conflicto de interés se inserta dentro del estatuto jurídico del administrador como una concreción del deber de lealtad al que se sujeta el ejercicio del cargo de administrador social, independientemente de la forma en que se estructure el órgano gestor.

⁴⁵⁵ En este sentido, DÍAZ MORENO, A., “La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de interés: observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas”, *cit.*, p. 5, “*tratándose de un consejo, si resultara imposible adoptar acuerdos por los consejeros no afectados por el deber de abstención, habría de decidir la junta*”. En el mismo sentido, MEGÍAS LÓPEZ, J., “El deber de independencia en el Consejo de administración: Conflictos de interés, dispensa y business judgement rule”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52, 2018, p. 132, sostiene que, si las abstenciones fueran numerosas, el consejo de administración podrá adoptar el acuerdo siempre que participen administradores no conflictuados que permitan al órgano funcionar colegiadamente, al menos dos. En otro caso, deberá ser la junta quien autorice la operación.

⁴⁵⁶ La legislación británica establece la misma regla, en este sentido, HANNIGAN, B., *Company Law*, *cit.*, p. 289, señala que la autorización solo es efectiva “*if the director in question and any other interested directors are excluded from the quorum*”. Sobre la exclusión de los otros administradores que pudieran estar interesados apunta que “*the proper approach is to focus on the granting of the authorisation and ask whether the authorising director, though not having personal interest in the transaction, has a conflict of interest with regard to the granting of authorization. If so, he has to step aside by virtue of his obligations under CA 2006, s 175 (1)*”. En el mismo sentido, DAVIES, P., WORTHINGTON, S., “Principles of modern Company law”, *cit.*, p. 602, ss.

⁴⁵⁷ Al respecto, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 393, alude a las dudas que esta cuestión ha planteado sobre su validez, si bien, señala el autor, “*parece que la indefensión ante posibles abusos por parte de la minoría queda descartada al conservar la mayoría interesada el resto de derechos políticos*”, fundamentalmente la posibilidad de

totalidad de los miembros del órgano de administración, el órgano queda incapacitado e inhabilitado para ejercitar sus facultades decisorias y ejecutivas⁴⁵⁸. La imposibilidad del órgano de administración de aprobar un acuerdo dispensatorio supone el reenvío de la toma de la decisión a la junta general. Estos casos tienen fácil solución, pues la inexistencia de administradores no afectados por el conflicto de interés obliga al reenvío del asunto a la junta general. Lo mismo ocurre en los casos de administrador único, pues el órgano de administración no puede tomar la decisión. Así, a pesar de estar ante una de las competencias del órgano de administración, el acuerdo dispensatorio pasa a ser directamente competencia de la junta en todos los casos. No obstante, hay supuestos en los que la solución no es tan clara.

Cuando el conflicto afecta a la mayoría de los miembros del órgano de administración, o cuando solo afecta a uno de los administradores, pero la mayoría debe abstenerse por su peligro de imparcialidad, puede parecer que es la junta la competente para decidir sobre el asunto. Sin embargo, basta con que los administradores no conflictuados, siempre que cumplan los requisitos mínimos para la constitución del consejo, decidan sobre el asunto⁴⁵⁹. Un caso especial es el de los administradores solidarios. A pesar de que la cuestión no es pacífica, este supuesto no presenta dificultades, pues cada uno de los administradores no conflictuados conserva íntegramente su poder de decisión⁴⁶⁰. Cuando el órgano de administración está constituido por dos administradores, si uno de ellos debe abstenerse de tomar la decisión de la concesión o no de la dispensa, el órgano se convierte en unipersonal. En estos casos debe valorarse la posibilidad de que el coadministrador no conflictuado tome la decisión, o si, por el contrario, el asunto debe ser elevado a la junta general para que decida. Por razones de agilidad la primera opción podría parecer la más adecuada, siempre que se trate de una materia competencia compartida entre ambos

impugnar el acuerdo y el ejercicio de la acción de responsabilidad en caso de abuso de derecho. Por su parte, MEGÍAS LÓPEZ, J., “El deber de independencia en el consejo de administración: conflictos de interés, dispensa y business judgement rule”, *cit.*, p. 132, apunta a la principal crítica la abstención puede generar, que se refiere al riesgo de mayorización de las minorías, que dice “*es un problema sobre todo cuando se produce en determinados contextos estructurales de control mayoritario en los que la abstención no siempre resulta un mecanismo de control interno, sino más bien un destacado impedimento para el ejercicio del poder legítimo*”.

⁴⁵⁸ Describe así la situación del órgano, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 393.

⁴⁵⁹ En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, *cit.*, afirma que debe bastar con que los no conflictuados reúnan los requisitos mínimos para que el consejo funcione como un órgano colegiado, dando lugar a la previa deliberación y decisión, “*es decir, el acuerdo por dos miembros del consejo no afectados por el conflicto*”.

⁴⁶⁰ JUSTE MENCÍA, J., *Ibid.*, p. 387.

órganos. No obstante, debemos inclinarnos por una segunda opción. Y es que, si los socios optan por constituir un órgano de administración mancomunado, lo hacen con el deseo de que las decisiones que se tomen en él sean objeto de consenso entre los miembros, por lo que en caso de que por una situación de conflicto de interés el órgano de administración pasara a ser unipersonal, debería reconducirse la decisión a la junta general⁴⁶¹.

5-. CONTENIDO DEL DEBER DE ABSTENCIÓN

El artículo 228.c) LSC establece que el deber de abstención alcanza, no solo a la votación del acuerdo, sino a la fase de deliberación que precede a la votación. De esta manera, el legislador zanja el debate en torno al previsible 229.1 LSC, alcanzando el deber de abstención a la votación, y a la deliberación previa del acuerdo de dispensa⁴⁶². El mencionado precepto establece una redacción clara que circunscribe el deber de abstención tanto a la fase deliberativa como a la fase de votación del acuerdo. Por tanto, el artículo 228.c) LSC no prohíbe toda intervención en la operación a que el conflicto se refiere, sino solo la intervención deliberativa y decisoria⁴⁶³. La LSC 2014 zanja el debate en torno al alcance de la abstención de la actuación del administrador en la toma de acuerdos dispensatorios. Con una clara prohibición al administrador conflictuado de participar en la votación de los acuerdos de dispensa, no sucedía lo mismo con la fase deliberativa, cuya participación no quedaba expresamente prohibida⁴⁶⁴. A pesar de que hay quien optaba por una interpretación amplia de la prohibición y entender que ésta abarcaba también la deliberación, con la nueva previsión se zanja el debate suscitado⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ JUSTE MENCÍA, J., *Ibid.*, p. 387-388. El autor señala que el único caso en el que la LSC permite actuar al margen del ejercicio del poder de representación frente a terceros a un número menor de administradores es en la convocatoria de la junta.

⁴⁶² En este sentido, ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: art. 228”, *cit.*, p. 218, destaca la interpretación amplia por la que opta el legislador.

⁴⁶³ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses”, *cit.*, p. 564, señala que es el fundamento de la norma el que aporta el criterio para discriminar que tipo de intervención en una operación puede considerarse afectada por el deber de abstención.

⁴⁶⁴ Se refiere a la cuestión, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 390, señalando que no presentaba dudas que el deber de abstención parecía destinado a impedir el ejercicio del derecho de voto. Sin embargo, el autor apunta a las mayores dudas que suscitaba la cuestión de si el resto de los derechos políticos del administrador interesado quedaban o no afectos al deber de lealtad, debido a la influencia o presión que se puede ejercer en el fuero interno en el resto de los miembros del consejo.

⁴⁶⁵ Sobre la cuestión, EMBID IRUJO, J.M., GORRIZ LÓPEZ, C., “Artículo 127 ter”, *cit.*, p. 1438-1439. También, en la misma línea, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 391. Asimismo, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La abstención del

Cuando hablamos de privar la intervención del administrador en la fase deliberativa del acuerdo, la abstención del artículo 228.c) LSC no puede limitarse solo a facultades deliberativas, la abstención debe comprender también el ejercicio de sus facultades representativas en el órgano en el que se vaya a decidir sobre el administrador⁴⁶⁶. Por tanto, el deber del artículo 228.c) LSC no se reduce simplemente a la prohibición de participar en la deliberación y votación de un acuerdo. Se trata de impedir que el administrador en conflicto de interés pueda influenciar la decisión que la sociedad vaya a tomar respecto a su conducta. Y para ello, resulta imprescindible imposibilitar su participación en la deliberación del acuerdo, puesto que, de ser posible, su intervención podría inclinar la decisión hacia sus intereses⁴⁶⁷.

Impedir la participación del administrador en la deliberación no significa, sin embargo, cerrar completamente el canal de comunicación entre el administrador y el órgano competente para el otorgamiento de la dispensa. El radio de acción de la abstención del administrador en conflicto de interés, aunque es cierto que ha sido ampliado, no puede interpretarse ampliamente, suponiendo una total abstención del administrador conflictuado⁴⁶⁸. No obstante, el hecho de que la ley obligue al administrador a abstenerse

consejero en conflicto de intereses”, en *Estudios de derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Jose Antonio Gómez Segade*, (Coord. TOBÍO RIBAS, A., FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A., TATO PLAZA, A.), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 305 y ss., se refiere a las “interpretaciones divergentes” existentes en la legislación previgente, destacando, por un lado, una primera interpretación en la que la abstención debe referirse únicamente al momento de la votación del acuerdo. Y, frente a esa interpretación, otra conforme a la que debe darse al alcance del deber de abstención una especial amplitud, afectando la abstención a cualquier tipo de actuación en el seno del órgano de administración.

⁴⁶⁶ En este sentido se manifiesta, SERRANO CAÑAS, J.M., “El (nuevo) protocolo de actuación de los administradores afectados por conflictos de intereses”, *cit.*, p. 153, al señalar que no puede reducirse el deber de abstención a la supresión de las facultades propias de la fase deliberativa en que se dirima el futuro de la operación interesada. Por el contrario, dice, debe comprender el ejercicio de las facultades representativas, “*fundamentalmente el uso de la firma social*”.

⁴⁶⁷ A este respecto, MEGÍAS LÓPEZ, J., “El deber de independencia en el consejo de administración: conflictos de interés, dispensa y business judgement rule”, *cit.*, p. 129, defiende que impedir la participación del administrador en la deliberación “*parece la solución más razonable frente a un conflicto de un consejero, con el fin de garantizar un debate y voto libre de todo tipo de influencias, siquiera puramente psicológicas*”. En el mismo sentido, también, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 391, al considerar que la presencia física y la intervención activa por parte del administrador interesado en la sesión que decida sobre la operación en conflicto “*puede desvirtuar el propósito del legislador de crear un órgano totalmente objetivo, independiente y libre de presión y condicionamiento de intereses personales y extrasociales*”.

⁴⁶⁸ En este sentido, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *La abstención del consejero en conflicto de intereses*, *cit.*, p. 306, señala que el deber de abstención debe ser atendido como “*un auténtico alejamiento del administrador de todo lo que supone la formación de la voluntad en el seno del órgano de administración con respecto a esa operación*”. El autor sostiene que el deber de abstención no permitiría al administrador ni participar en la votación, ni recibir información, ni ejercer influencia alguna en el acuerdo. No podemos compartir esta opinión pues la información que, no solo puede, sino que debe dar el administrador es fundamental para que el órgano competente para el otorgamiento de la dispensa adopte un acuerdo lo más informado posible.

de participar en la deliberación de la decisión en la que se vaya a acordar dispensar o no una conducta en la que está interesado no significa, en ningún caso, que deba abstenerse siempre, y que lo haga de toda actividad. Y ello porque, en virtud del deber de comunicación que la ley impone al administrador, junto a la comunicación formal del conflicto el administrador tiene el deber de poner a disposición de la sociedad toda la información relativa al conflicto. Es cierto que, una vez comunicada la situación de conflicto, e iniciada la fase deliberativa, el administrador debe abstenerse de participar en ella, debiendo abandonar la sesión en la que se debata la situación del conflicto de interés. Sin embargo, puede suceder que, ya sea el órgano de administración o la junta general el competente para otorgar la dispensa, a la hora de deliberar surjan dudas en torno al alcance del conflicto que hagan necesaria la intervención del administrador en la reunión con el fin de clarificar puntos sobre los que la sociedad pueda tener dudas. Este tipo de intervención es posible en el actual sistema, además de necesaria, pues la consecuencia de la participación del administrador en la sesión será el logro de una decisión más y mejor informada y fundamentada⁴⁶⁹.

Tras la fase de deliberación del acuerdo de dispensa, el órgano competente deriva el acuerdo a la fase de votación, en la que, tras su abstención en la fase deliberativa, el administrador queda igualmente privado de participación. Aunque el artículo 190 LSC prevé quienes pueden votar o no un acuerdo de dispensa cuando el órgano competente es la junta general, el artículo 228.c) LSC, a fin de asegurar que la decisión adoptada es conforme al interés social, excluye al administrador en conflicto de interés del proceso de adopción del acuerdo, impidiendo que éste pueda votar sobre su situación de conflicto de interés. La abstención del administrador en la votación del acuerdo dispensatorio no presenta mayores dificultades. El administrador no podrá participar en ningún caso en la votación de un acuerdo en el que se decida la concesión de una dispensa para que lleve a cabo una conducta que suponga un conflicto de interés con la sociedad⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Esta participación en la reunión deliberativa no puede incluir juicios sobre el otorgamiento de la dispensa, el administrador deberá limitarse a informar al órgano competente, contestando todas las posibles cuestiones que se le realicen.

⁴⁷⁰ ALCALA DÍAZ, M.A., “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad”, *cit.*, p. 468, señala que la prohibición de voto se conceptúa como la ausencia de legitimación para emitir el voto en el consejo con la intención de satisfacer intereses propios, directos o indirectos.

6-. LA PROHIBICIÓN DE DISPENSAR EL DEBER DE ABSTENCIÓN

La existencia de un conflicto de interés no tiene por qué derivar en un perjuicio en el interés de la sociedad, por lo que cabe la adopción de una dispensa que permita la operación en la que gravita el conflicto de interés. Sin embargo, la flexibilidad que dota el instituto de la dispensa al régimen del deber de lealtad no es absoluta, puesto que existen límites a su modulación. Uno de los límites es el material, y se refiere a las situaciones que pueden ser objeto de dispensa.

Una cuestión que se ha planteado en los últimos años se refiere a la posibilidad de dispensar el deber de abstención del administrador. La posibilidad de dispensar la obligación de abstención del artículo 228.c) LSC depende del alcance que se dé al artículo 230.2 LSC. Teniendo en consideración lo anterior, somos de la opinión de que la LSC ha limitado el ámbito objetivo de la dispensa, y circunscribe su aplicación exclusivamente a la regla de no conflicto. Ello supone que no todas las obligaciones derivadas del deber de lealtad son susceptibles de dispensa, pues las obligaciones básicas no pueden ser dispensadas en ningún caso, salvo la obligación de evitar situaciones de conflicto de interés (artículo 228.e) LSC), que podrá ser autorizada por la sociedad en determinados casos⁴⁷¹.

Un tema objeto de discusión es la posibilidad de que la prohibición legal de autocontratación pueda ser dispensada por las personas titulares del interés patrimonial que podría verse perjudicado, esto es, por la sociedad. La razón es que lo que está en juego es un interés estrictamente privado y disponible, por lo que el titular de dicho interés podría prescindir de la protección que la ley le brinda⁴⁷². A este respecto, el debate se

⁴⁷¹ Si el artículo 230 LSC admitiera la dispensa de todas las obligaciones derivadas del deber de lealtad, el deber del artículo 228.c) LSC que obliga al administrador a abstenerse de participar en la deliberación y la votación de acuerdos o decisiones en los que él o una persona vinculada tenga un conflicto de interés, directo o indirecto con la sociedad, podría ser excepcionado a través de la formulación de la correspondiente dispensa.

⁴⁷² A favor de la posibilidad de la dispensa el deber de abstención, GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses”, *cit.*, p. 565-572. El autor razona dicha posibilidad en que los intereses que están en juego son estrictamente patrimoniales y disponibles, por lo que los titulares de esos intereses son los árbitros de estos y pueden prescindir de la protección preventiva que impone esta norma si confían suficientemente en que su representante, aun estando en conflicto de interés, nunca va a preterir el interés del representado, o simplemente, si les resulta indiferente o irrelevante el perjuicio que les pudiera derivar de esa situación de conflicto.

zanja teniendo en cuenta la imperatividad del deber de lealtad que la LSC consagra, y que impide la modulación del régimen del deber por la sociedad.

El único escenario en el que el deber de abstención se exceptúa es en las operaciones intragrupo. El nuevo artículo 231 bis LSC permite la participación del administrador en conflicto de interés, que podrá participar en la deliberación y votación del acuerdo en el que tenga un conflicto directo o indirecto. La imposibilidad de que los administradores participen en la aprobación de acuerdos sobre los que puedan tener un conflicto de interés directo o indirecto (art. 228.c) LSC), se ha visto modificada con la aprobación de la Ley 5/2021.

La Ley 5/2021 ha introducido el nuevo artículo 231 bis en la LSC bajo la rúbrica operaciones intragrupo. El precepto establece un régimen especial para la aprobación de las operaciones vinculadas intragrupo, en las que existe un conflicto de interés patente, pero que, en virtud de la realidad societaria, requerían una simplificación del procedimiento para su aprobación. El procedimiento de aprobación de operaciones vinculadas intragrupo exige la atención a dos aspectos, por un lado, la competencia para decidir sobre la realización de la operación, que se reserva a uno de los órganos de la sociedad, y por otro lado el grado de participación que la parte vinculada tendrá en la decisión. A este respecto la Directiva exige que los estados garanticen que la parte vinculada no se aproveche de su especial posición en la sociedad.

El nuevo artículo 231 bis LSC consagra una excepción al deber de abstención del administrador en conflicto de interés, y permite su participación en la adopción del acuerdo de aprobación de las operaciones entre las sociedades del mismo grupo⁴⁷³. Es decir, no obstante, lo previsto en los artículos 228.c) y 230 LSC, los administradores que en la filial representen a la sociedad dominante no tienen el deber de abstenerse⁴⁷⁴.

⁴⁷³ El deber de abstención del administrador dominical plantea numerosos inconvenientes. Los expone acertadamente, LATORRE CHINER, N., “Las operaciones vinculadas de la sociedad cotizada en la reforma de la Ley de Sociedades de Capital (Ley 5/2021, de 12 de abril)”, RdS, núm. 62, 2021, p. 32.

⁴⁷⁴ El ámbito de aplicación de este régimen especial se refiere a las operaciones que la sociedad celebra con su dominante u otras sociedades del grupo cuando existe un conflicto de intereses entre ambas partes de la operación. Así, el artículo 231 bis LSC excluye, indirectamente, las operaciones en las que no se produzca conflicto de intereses a pesar de ser operaciones intragrupo, y la aprobación de las operaciones de la sociedad matriz con sus sociedades filiales, por no existir conflicto en la matriz (artículo 231 bis.4 LSC). El régimen especial será de aplicación, tal como agrega el párrafo cuarto del artículo 231 bis LSC, cuando en la sociedad dependiente haya un socio significativo que tenga condición de persona vinculada con la dominante.

El régimen especial para la aprobación de decisiones en las que existe un conflicto de interés que construye el precepto, se centra en la simplificación de los requisitos procedimentales para la adopción de decisiones. El precepto establece dos reglas especiales que suavizan el régimen general⁴⁷⁵. La primera regla es la no aplicación del deber de abstención del administrador vinculado a la matriz cuando se adopten decisiones en el órgano de administración de la filial. Y la segunda regla se refiere a la posibilidad de participar en la votación del acuerdo, como medida de protección de los intereses de la filial y de los socios ajenos a la matriz⁴⁷⁶. Ambas reglas suponen el levantamiento del deber esencial de abstención del administrador que el artículo 228.c) LSC proclama. En atención a las nuevas reglas, que operan como excepción a las reglas generales a las que se sujeta la actuación de los administradores en conflicto de interés, en caso de que la operación que se pretenda aprobar sea una operación intragrupo, dado que al administrador no se le aplica el deber de abstención, pudiendo participar en la aprobación del acuerdo como si no fuera una persona vinculada, podría dudarse la necesidad de que el administrador comunicara su conflicto de interés, puesto que aunque tal conflicto existiera podría participar igualmente en la adopción del acuerdo. Sin embargo, entendemos que el deber de comunicación de existencia del conflicto no se altera por la nueva regla del artículo 231 bis LSC, pues, aunque efectivamente pueda participar en la aprobación de la operación intragrupo, en caso de que su decisión o voto fueran decisivos para la aprobación, corresponderá a la sociedad o al resto de administradores afectados por el conflicto probar que el acuerdo es conforme al interés social en caso de que fuera impugnado. Debido a lo cual, el administrador debe comunicar, siempre y en todo caso, su situación de conflicto de interés.

La obligación de declarar el conflicto de interés no es un deber independiente de comunicación, sino que es una parte fundamental del deber de lealtad al que el administrador está sujeto, debiendo actuar en atención al mejor interés de la sociedad⁴⁷⁷. En consecuencia, el administrador incumple su deber de lealtad si ante una situación de

⁴⁷⁵ Sobre la simplificación de las reglas, para una mayor profundización, MEGÍAS LÓPEZ, J., “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones vinculadas intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC), LA LEY Mercantil, núm. 82, julio-agosto 2021, Wolters Kluwer, p. 12 ss.

⁴⁷⁶ En este sentido, GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 231 bis. Operaciones intragrupo”, Comentario ley sociedades de capital, Tomo III, Tirant lo Blanch, 2021, p. 3214 ss.

⁴⁷⁷ En este sentido se manifiesta, RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *RdS*, núm. 38, 2012, al considerar el deber de comunicar la situación de conflicto como “uno de los contenidos esenciales del deber de lealtad”.

conflicto se limita a no intervenir, pues además de su abstención, debe informar a la sociedad de su situación (art. 229.3 LSC)⁴⁷⁸.

El deber de comunicación del conflicto de interés se alza como uno de los deberes clave en el sistema de la dispensa al ser la declaración del conflicto la forma de apertura del procedimiento dispensatorio. Para que la junta general, o el órgano de administración según el conflicto al que se refiera, pueda adoptar el acuerdo dispensatorio de un conflicto de interés resulta imprescindible que tenga conocimiento sobre el mismo. Así, a través de la declaración del conflicto se pretende hacer conocedora a la sociedad de las situaciones de conflicto de interés que pueden producirse en el seno social por sus administradores, con el fin de evitarlas o de minimizar las consecuencias que de su desarrollo pudieran derivarse. De esta forma, la declaración del conflicto de interés tiene una función fundamentalmente preventiva pues gracias a la comunicación el resto de los administradores y los socios son conocedores de la concreta situación en la que se encuentra el administrador, conociendo los riesgos que supone y pudiendo tomar las decisiones que resulten oportunas para evitar cualquier perjuicio al interés social⁴⁷⁹.

Por consiguiente, y aunque ciertamente el nuevo precepto permite la participación del administrador en conflicto en la deliberación y votación del acuerdo en el que tenga un conflicto con el interés social, el artículo 231 bis LSC asegura la transparencia de la información, debiendo los administradores poner en conocimiento de la sociedad la existencia de la situación de conflicto.

⁴⁷⁸ Al respecto, GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Los deberes del administrador en situación de conflicto de interés”, *cit.*, p. 652, señala acertadamente, que deberá informar de la situación de conflicto, incluso si el paso siguiente es abstenerse de intervenir y no solicitar autorización para la transacción. Lo mismo ocurre en el derecho inglés, así, HANNIGAN, B., “RECONFIGURING THE NO CONFLICT RULE: Judicial Strictures, a Statutory Restatement and the Opportunistic Director”, *Singapore Academy of Law Journal* (2011) 23 SAclJ, p. 719, señala que esta perspectiva fue desarrollada en *Item software (UK) Ltd v Fassih* por Arden LJ, como una “*prescriptive obligation on a director to disclose his own misconduct to his company, as part of the fundamental duty of loyalty to which a director is subject, that is the director’s duty to act in what he in good faith considers to be the best interests of his company*”.

⁴⁷⁹ En este sentido se manifiesta, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho Mercantil*, 281, 2011, p. 29; PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa”, *cit.*, p. 487, destacan la función preventiva del deber de comunicación, siendo su finalidad la de evitar que se produzcan mediante la información a la sociedad, a fin de que pueda neutralizarse el riesgo.

II-. LA DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN DEL ACUERDO DE DISPENSA

1-. PRELIMINAR

Con la puesta en conocimiento del conflicto de interés a la sociedad, y una vez el órgano competente para adoptar el acuerdo dispensatorio es conocedor de la situación, la última fase del procedimiento es la relativa a la deliberación y la votación del acuerdo de dispensa, en la que el órgano competente para su adopción, ya sea la junta general o el órgano de administración, en atención al tipo de conflicto que sea objeto de debate y a las consecuencias que puedan derivarse del mismo, decidirá sobre la formulación de la autorización oportuna que permita al administrador llevar a cabo la concreta conducta desleal.

A la última fase del otorgamiento de la dispensa se puede llegar de diferentes formas dependiendo de cuál de los órganos sociales sea el competente para la adopción del acuerdo. De manera que el procedimiento seguido para lograr el acuerdo dispensatorio varía según sea el órgano de administración o la junta general el competente para su aprobación.

2-. ADOPCIÓN DEL ACUERDO DISPENSATORIO POR EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Cuando el órgano de administración es el órgano competente para el otorgamiento de la dispensa, y dado que las situaciones de conflicto deben ser comunicadas ante este órgano, el asunto ya se encuentra en el órgano que decidirá sobre el mismo. Ello supone una simplificación del procedimiento, pues no es necesario que el conflicto sea trasladado a la junta general, salvo que lo estipulen los estatutos sociales. No obstante, a pesar de que la LSC no lo requiera, creo conveniente que, a pesar de que la concesión de la dispensa sea competencia del órgano de administración, se produzca una fase de información a la junta general con el fin de hacerle conocedora de los conflictos de interés que tienen sus administradores⁴⁸⁰. En todo caso, aunque el asunto sea enviado a la junta general para su examen, la adopción del acuerdo de dispensa en sede del órgano de administración es, sin duda, de un procedimiento más sencillo, al ser el órgano competente durante todo el

⁴⁸⁰ Sobre el reenvío a la junta general para el examen de efectividad, *Vid. supra*, Cap. III, ap. 2.7.

procedimiento, desde la comunicación de la situación hasta el otorgamiento de la dispensa⁴⁸¹.

Comunicado el conflicto de interés por el administrador interesado, y tras una primera aproximación de la situación, el órgano de administración, si así lo considera oportuno en atención a las circunstancias, convocará la reunión del consejo de administración, donde se deliberará y votará sobre la pertinencia de otorgar o no la dispensa para el desarrollo de la operación objeto de conflicto de interés.

2.1.- Convocatoria y constitución del órgano de administración y la deliberación

El artículo 245 LSC otorga a la sociedad libertad respecto de la organización y funcionamiento del órgano de administración, al disponer que los estatutos de la sociedad establezcan el régimen de este órgano, incluyendo las reglas de convocatoria y constitución del consejo, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría⁴⁸². A pesar de la aparente libertad por la que opta la LSC respecto del funcionamiento del órgano de administración, la adopción de acuerdos se ajusta a una serie de normas que la LSC ha establecido, normas que en el caso de la concesión de una dispensa se endurecen, debido a la trascendencia que su concesión puede tener en el interés social.

Comunicado el conflicto de interés por el administrador, el órgano de administración procede a la convocatoria del consejo. El consejo de administración debe ser convocado por su presidente o el que haga sus veces (artículo 246 LSC)⁴⁸³. Es posible, además, que los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros puedan convocar el consejo, indicando el orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social si, previa petición al presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes. Sobre la participación del administrador en

⁴⁸¹ También puede ocurrir que, dado que la competencia del órgano de administración no es exclusiva, podría darse el caso de que la junta, tras ser informada sobre una conducta concreta, decidiera atraer hacia sí la competencia de dispensar la determinada conducta.

⁴⁸² *Vid.* JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 245. Organización y funcionamiento del consejo de administración”, en *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. La junta general. La administración de la sociedad*, Tomo III, (Dir. García-Cruces González, J.A., Ignacio Sancho Gargallo, I.), Tirant lo Blanch, 2021, p. 3425-3436.

⁴⁸³ Para una mayor profundización, véase, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 246. Convocatoria del consejo de administración”, en *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. La junta general. La administración de la sociedad*, Tomo III, (Dir. García-Cruces González, J.A., Ignacio Sancho Gargallo, I.), Tirant lo Blanch, 2021, p. 3437-3446.

conflicto en la convocatoria, es preciso destacar la posibilidad del administrador sobre el que se vaya a decidir la dispensa del conflicto de interés de convocar la constitución del consejo de administración, tanto si es el presidente del consejo, como por ser parte del tercio mínimo de los miembros que pueden solicitar la convocatoria del consejo de administración. El deber de abstención del administrador en conflicto de interés no imposibilita su participación en esta fase del proceso, pues se limita a poner en marcha el procedimiento de concesión de la dispensa.

Sobre la convocatoria debe tenerse en cuenta que, si bien los requisitos formales no son tan estrictos como en el caso de la junta general, el otorgamiento de la dispensa requiere el respeto de unas reglas mínimas⁴⁸⁴. De esta manera, aunque la celebración de un consejo de administración no exige establecer un orden del día, entendemos que dada la trascendencia de un acuerdo dispensatorio en el interés social, en caso de que un administrador solicite el otorgamiento de una dispensa, la deliberación y votación de este tipo de acuerdos debería aparecer en el orden del día claramente señalada⁴⁸⁵.

Convocada la reunión, se procede a la constitución del consejo de administración. La LSC establece dos formas de constitución según se trate de una sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima (art. 247 LSC). En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, el consejo de administración queda válidamente constituido cuando concurran, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales. En el caso de la sociedad anónima, el consejo de administración queda constituido cuando concurran a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales. Aunque la LSC no impone un quórum mínimo, sí presume que el consejo de administración no puede operar si no está presentes la mayoría de sus miembros y que debe ser el presidente quien, previa declaración de estar válidamente constituido el consejo y tras exponer el asunto o asuntos

⁴⁸⁴ El respeto a unas reglas mínimas tiene especial relevancia pues así se puede apreciar la regularidad de la convocatoria y el presupuesto de validez de la reunión y de los acuerdos que se adopten. Sobre la forma de la convocatoria puede acudir, y así se hace, a medios menos costosos que los propios de la convocatoria de la junta general.

⁴⁸⁵ A este respecto, YANES YANES, P., “La votación separada de acuerdos”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 299, 2016, p. 5, sobre la regla de separación señala que es necesario la aplicación de un test de separación sobre los asuntos que formalmente agrupados en el orden del día de la convocatoria pretenden someterse a la decisión de la junta general. El test de separación debe llevarse a cabo en el contexto de la convocatoria de la junta general, y en particular sobre el orden del día de la reunión. El orden del día desempeña el importante papel de delimitar el ámbito competencial y decisorio del órgano social, aunque externamente se presente como una relación de asuntos sobre los que la junta está llamada a deliberar y acordar un acuerdo.

a tratar conforme a la convocatoria, declare abierta la sesión y precise el orden del debate, concediendo o denegando la palabra.

Sobre el funcionamiento del consejo con la abstención del administrador en conflicto de interés, la LSC no aborda la influencia de su abstención sobre el quórum de constitución y sobre el régimen de mayorías para adoptar el acuerdo. En virtud de ello, existen dos perspectivas que deben ser tenidas en cuenta para entender cómo se materializa la abstención del administrador en la constitución del órgano. Por un lado, cabe entender que el administrador podría acudir a la celebración del consejo de administración, sin participar en la reunión. Es decir, el administrador podría estar presente en la reunión del consejo, sin intervenir en el asunto que le afecte. A efectos de quórum de asistencia la asistencia del administrador sería tenido en cuenta⁴⁸⁶. Aun cuando resulta discutible por algunos, parece que la opinión más fundada, defiende la necesidad de que el administrador no acuda a la reunión del consejo, o se ausente cuando vaya a discutirse la situación de conflicto de interés que le afecta. Dado que normalmente el acuerdo de dispensa no es el único acuerdo sobre el que decidir, ya que no suele ser el único asunto previsto para ser tratado en la reunión, se espera que el administrador acuda a la reunión para la válida constitución del órgano y se ausente en el momento en que proceda a la deliberación del asunto sobre el conflicto de interés en el que se encuentra⁴⁸⁷. La LSC guarda silencio sobre la necesidad de ausentarse de la sala o la reunión, sin embargo, esta ausencia es fundamental pues, aunque el administrador no participe en el asunto, ni vote después, su presencia en la deliberación y votación puede influir en el resto de los administradores desinteresados⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ A favor de esta posición, ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: art. 228”, *cit.*, p. 218, afirma que no está privado el administrador de la posibilidad de participar en la reunión, de modo que en caso de consejo habrá que contar con el administrador afectado a los efectos de quórum de asistencia. Con relación a anteriores regulaciones, SÁNCHEZ RUIZ, M., “Deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad”, *cit.*, p. 692, señalaba que “*el administrador no carece de legitimación para asistir a la sesión del órgano por el hecho de encontrarse en situación de conflicto de intereses. Su asistencia, siempre que se abstenga de votar, no viciaría por sí sola el acuerdo adoptado*”.

⁴⁸⁷ Véase, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, *cit.*, p. 388.

⁴⁸⁸ En este sentido, ALONSO LEDESMA, C., “Transacciones vinculadas y socios de control”, en *Estudios sobre derecho de sociedades: "Liber Amicorum" Profesor Luis Fernández de la Gándara*, (Coord. RODRIGUEZ ARTIGAS, F., ESTEBAN VELASCO, G., SÁNCHEZ ALVAREZ, M.M.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 716, destaca la importancia de que el administrador se ausente de la reunión, pues su presencia durante la deliberación y votación puede coaccionar en cierta medida a los consejeros desinteresados. La autora señala que, aunque el administrador acuda a la reunión para exponer información complementaria a la ya comunicada, o para aclarar cualquier extremo que afecte a la misma,

Sobre la cuestión del quórum, la LSC no regula de si el administrador debe ser descontado, no solo del número de vocales sobre el que se calcula la mayoría, sino respecto de los necesarios para la válida constitución del órgano. Por tanto, debemos preguntarnos como afecta la abstención del administrador en conflicto, así como la de los administradores imparciales, en la formación del quórum del consejo. El administrador debe abstenerse de deliberar y votar el acuerdo que le vaya a dispensar, sin embargo, dado que no tiene prohibida la participación en la reunión, aunque deba abandonar la sala, su presencia debería ser igualmente contabilizada a efectos de quórum de asistencia⁴⁸⁹.

De modo que, con la abstención del administrador en conflicto de interés y del resto de administradores imparciales si los hubiera, el órgano de administración deliberará sobre la situación de conflicto de interés objeto de estudio, con el fin de formar una opinión clara al respecto, decidiendo el otorgamiento o no de la dispensa. Tras la fase deliberatoria el acuerdo es elevado a votación.

2.2.- La votación del acuerdo de dispensa en el órgano de administración

Junto con el deber de abstenerse de participar en la deliberación de la concesión de la dispensa, en virtud del artículo 228.c) LSC el administrador debe abstenerse igualmente de participar en la votación de dicho acuerdo. La prestación debida consiste en la abstención de ejercer el derecho de voto en la adopción de decisiones por el órgano competente, en este caso el órgano de administración, debido a la situación de conflicto de interés en la que se encuentra el administrador. Este deber se refiere tanto al conflicto de interés directo como al indirecto, por lo que en aquellos casos en los que el administrador no se encuentre en situación de conflicto de interés, pero si lo esté una

“el administrador debe ausentarse materialmente de la reunión cuando se vaya a deliberar y a votar sobre el asunto”.

⁴⁸⁹ En este sentido, ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: ART. 228”, *cit.*, p. 218, sostiene que hay que contar con el administrador afectado a los efectos de quórum de asistencia, aunque no en el de la votación. En la misma línea, MEGÍAS LÓPEZ, J., “El deber de independencia en el consejo de administración: conflictos de interés, dispensa y business judgement rule”, *cit.*, p. 131, declara que las abstenciones para votar en los casos de conflicto no se descuentan del cómputo de asistentes a la reunión para determinar si concurre o no el quórum de constitución, es decir, se computa como asistente al administrador en conflicto, pues no se le prohíbe la asistencia a la reunión, sino solo abstenerse en la deliberación y en la votación. Incluso aunque se entienda que debe ausentarse puntualmente de la reunión durante la deliberación y el voto.

persona a él vinculada, igualmente deberá abstenerse de participar en la votación del acuerdo como si de un conflicto directo se tratara⁴⁹⁰.

Debido a la imposibilidad del administrador de participar en la votación, es necesario analizar cómo afecta dicha situación en el cómputo de los votos. A diferencia de lo que ocurre cuando el acuerdo se adopta en la junta general, para los que se establecen normas sobre el cómputo de los votos de los socios en situación de conflicto de interés (artículo 190.2 LSC), en sede del órgano de administración la LSC no contempla ninguna regla especial para los casos de conflicto de interés en la constitución del órgano y el régimen de mayorías (arts. 247 y 248 LSC). No obstante, hay quien se ha manifestado a favor de la aplicación de un criterio similar al de la junta en el consejo de administración⁴⁹¹. Siguiendo este principio, la regla es la deducción del voto del administrador en situación de conflicto de interés, tanto directo como indirecto. Apoya esta idea el hecho de que, teniendo en cuenta que los acuerdos del consejo se adoptan por mayoría absoluta de los consejeros, si no se dedujera el voto del administrador en conflicto de interés, su abstención sería equivalente a un voto contrario⁴⁹².

En fin, tras la válida constitución del consejo, se procede a la votación independiente del acuerdo dispensatorio, con el fin de conseguir un acuerdo expreso y separado de resto de acuerdos que sean objeto de votación en la misma sesión.

3-. ADOPCIÓN DEL ACUERDO DISPENSATORIO EN LA JUNTA GENERAL

En los supuestos en los que la junta general es el órgano competente para el otorgamiento de la dispensa, el procedimiento presenta una serie de particularidades. Se trata, sobre todo, de un procedimiento más rígido, con mayores garantías, y ello por la envergadura de los supuestos de conflicto de interés cuya dispensa es competencia exclusiva de la junta general. Dado que la comunicación del conflicto debe hacerse ante el órgano de

⁴⁹⁰ Cuando el órgano de administración es el competente para el acuerdo dispensatorio, el mandato del artículo 228.c) LSC es claro, y prohíbe toda participación del administrador en la votación, tanto en conflicto de interés directo como indirecto. Sin embargo, cuando el órgano competente sea la junta general, el deber de abstención del socio-administrador en situación de conflicto de interés no es tan claro.

⁴⁹¹ En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas del deber de lealtad”, *cit.*, p. 388, señala que la idea que debe presidir la solución que se adopte es la de hacer compatible la aplicación de las normas sobre lealtad con la posibilidad de que funcione el órgano de administración si alguno de sus miembros se encuentra en situación de conflicto de interés.

⁴⁹² JUSTE MENCÍA, J., *Ibid.*, p. 388, declara que ello excedería la finalidad de la norma, “*que se limita a evitar que el administrador influya positivamente a su favor, para lo que no es necesario imputarle automáticamente un voto contrario*”.

administración, si el órgano competente para dispensar la conducta desleal es la junta general, tras la comunicación debe elevarse la cuestión a la junta general, que una vez recibido el asunto convocará su reunión con el fin de deliberar y votar sobre el otorgamiento o no de la dispensa del conflicto de interés.

3.1.- Convocatoria y constitución de la junta general

La LSC no especifica el tipo de junta que requiere un acuerdo de dispensa, así pues, este tipo de acuerdo puede adoptarse tanto en sede de junta general como junta extraordinaria, siempre que se cumplan los requisitos que la ley establece para cada una de ellas⁴⁹³. El hecho de optar por una u otra reunión de la junta dependerá de la urgencia que exista en el otorgamiento o no de la dispensa solicitada⁴⁹⁴. El artículo 166 LSC otorga a los administradores el deber de convocar la junta general, por lo que serán ellos quienes deban valorar si la solicitud de dispensa del administrador merece la convocatoria inmediata de una junta extraordinaria o es posible esperar a la celebración de la próxima junta general⁴⁹⁵. Esta solicitud puede realizarse también por el socio-administrador en conflicto de interés. La única participación que se permite al administrador en conflicto de interés con la sociedad en esta fase, imprescindible en caso de administrador único, es la decisión o acuerdo de convocatoria para debatir sobre el otorgamiento de la dispensa, pues se limita a poner en marcha el procedimiento para la dispensa⁴⁹⁶.

En la convocatoria deben expresarse los extremos señalados en el artículo 174 LSC. En concreto, cuando vaya a debatirse la concesión de una dispensa, y aunque la LSC no incluye ninguna disposición expresa al respecto, el acuerdo de dispensa debe figurar como

⁴⁹³ Sobre la posibilidad de decidir un acuerdo dispensatorio en sede de junta universal nada impediría su celebración, siempre que se cumplan las reglas que el artículo 178 LSC exige para su celebración y el administrador en conflicto se abstenga de intervenir en la deliberación y votación del acuerdo. Sin embargo, esta posibilidad genera muchas dudas, pues el hecho de que no sea necesaria la previa convocatoria podría suponer la indefensión de los socios al no conocer previamente que se discutirá un acuerdo dispensatorio en la junta. Al respecto, BOQUERA MATARREDONA, J., “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta General”, *cit.*, p. 30, defiende que no existe inconveniente alguno para adoptar el acuerdo de dispensa en junta universal.

⁴⁹⁴ En todo caso, la junta deberá convocarse en tiempo y forma, siguiendo las reglas de la LSC, o si las hubiera, las reglas que los estatutos contuvieran. Sobre la competencia para convocar la junta general, BOQUERA MATARREDONA, J., “Competencia para convocar la junta general”, en *Estudios de Derecho Mercantil, Liber Amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, (Coord. CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUENTES J., ALONSO ESPINOSA, F.J., GALLEGO SÁNCHEZ, E.), Bosch, Madrid, 2013, p. 189-208.

⁴⁹⁵ En caso de esperar, el deber de abstención queda inalterado. El administrador debe abstenerse de realizar cualquier conducta que conlleve un conflicto de intereses hasta que la junta decida sobre la misma.

⁴⁹⁶ En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 419.

un punto separado en el orden del día. Las razones de requerir la separación del punto se deben, por un lado, a la trascendencia de asunto, y por otro, por el fin de facilitar a los socios la información sobre su contenido⁴⁹⁷. Convocada válidamente la junta general, se procederá a la celebración de la junta y la deliberación de los asuntos especificados en el orden del día.

3.2.- Celebración de la sesión y deliberación del acuerdo dispensatorio

Uno de los principios más importantes que inspira el procedimiento dispensatorio es la independencia, que en la fase de la deliberación del acuerdo cobra una especial relevancia. Se trata de evitar la oportunidad del administrador de influir en la decisión que la junta vaya a adoptar sobre la concesión de la dispensa. De lo anterior se desprende que son dos las posibles situaciones que pueden producirse cuando la competencia para el otorgamiento de la dispensa reside en la junta general. Por un lado, que el administrador al que se pretende dispensar de la prohibición de realizar una determinada conducta ostente únicamente el cargo en el órgano de administración. Y, por otro lado, que el administrador sea, a su vez, socio.

En los casos en los que el administrador no es socio, y aunque el artículo 180 LSC establece el deber de los administradores de asistir a la junta general⁴⁹⁸, cuando uno de los acuerdos del orden del día es un acuerdo de dispensa, el administrador sobre cuyo conflicto de interés se decida deberá abstenerse de asistir. Y es que, aunque su concurrencia en la junta sea meramente a efectos de asistencia, en virtud del deber de abstención, que incluye el deber de abandonar la sala cuando se vaya a deliberar y votar un acuerdo de dispensa, en el caso de que éste se adopte en la junta general no obsta a que el administrador en conflicto deba igualmente abandonar la reunión. En cuanto a los

⁴⁹⁷ Sobre la cuestión, BOQUERA MATARREDONA, J., “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta General”, *cit.*, p. 28, expone que es lógico considerar que dada la importancia del acuerdo para el interés social es “*sustancialmente independiente y deba votarse separadamente*”. La idea está justificada por la exigencia del párrafo segundo del artículo 230 LSC que se refiere a la posibilidad de dispensa “*en casos singulares*” para “*una determinada transacción*” o “*el uso de ciertos activos sociales*” y de una “*concreta oportunidad de negocio*”. Por tanto, defiende que “*es consecuente entender que es necesaria la individualización y concreción del supuesto sometido a dispensa*”.

⁴⁹⁸ El deber de asistencia a la junta general es una competencia orgánica de los administradores implícita e incluida en el deber de diligencia y que se inculca al órgano de administración de las sociedades. Sobre el deber de asistencia a la junta del administrador, para una mayor profundización, PRENDES FIGUEIRAS, L., “Artículo 180. Deber de asistencia de los administradores”, en *Tratado de Sociedades de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. PÉREZ PRENDES, MARTINEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., CABANAS TREJO, R.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1012-1015.

administradores no conflictuados, pero sobre los que pudiera existir la sombra de imparcialidad, y dado que no votarán el acuerdo de dispensa, entendemos que no será necesario que abandonen la sala junto al administrador al que se vaya a dispensar⁴⁹⁹.

Cuando el administrador es a su vez socio, aunque el artículo 179 LSC establece el derecho a la asistencia de todos los socios, este derecho se suspende en el caso de que el acuerdo de dispensa verse sobre un conflicto de interés de un socio-administrador. En virtud del artículo 228.c) LSC el administrador deberá abstenerse de intervenir en la junta cuando se vaya a deliberar y votar el acuerdo dispensatorio⁵⁰⁰. Por tanto, cuando el administrador en conflicto es también socio, debe ausentarse, abandonando la reunión si estuviera presente. Junto al socio-administrador los socios imparciales, o que puedan estar influenciados por el administrador, deberán también abstenerse de deliberar y votar el acuerdo de dispensa.

El objetivo último de la deliberación es alcanzar una postura sobre la permisión o no del desarrollo de una actividad que ponga al administrador en situación de conflicto de interés con la sociedad. Se trata de mantener un debate informado y transparente, en el que se decida acerca de la situación de conflicto de intereses, estudiando sus efectos en el interés social y las posibles consecuencias que puedan derivarse de su desarrollo. Es decir, se valoran los posibles daños que la operación pueda generar, decidiendo su prohibición, o si, en atención a las circunstancias, la sociedad permite, o, mejor dicho, tolera su desarrollo.

⁴⁹⁹ La capacidad de influencia sobre el resto la tiene el administrador en conflicto de interés. En el caso de los posibles administradores influenciados basta con que se abstengan de deliberar y votar, pero no creo que existan razones para pedir su salida de la reunión. Aunque ciertamente, si lo hicieran, la independencia quedaría claramente asegurada.

⁵⁰⁰ El administrador podrá acudir a la junta general, sin embargo, cuando se proceda a la deliberación y votación del acuerdo de dispensa deberá abandonar la reunión, absteniéndose de deliberar y votar el acuerdo. El derecho de asistencia del socio-administrador en conflicto de interés se suspende, al igual que sucede con el derecho de voto, del que debe abstenerse. No debe confundirse esta imposibilidad de permanecer en la sala a la hora de deliberar y votar un acuerdo dispensatorio. Hay casos en los socios que pierden el derecho al voto pero que pueden asistir a la junta general. Hay socios que carecen del derecho al voto, pero no al de asistencia, como los accionistas morosos por dividendos pasivos o los titulares de acciones o participaciones sociales sin voto. Para una mayor profundización, MARÍÑO PARDO, F., “*La junta general. Competencias, mayorías, asistencia, acta e impugnación de acuerdos*”, Blog IURIS PRUDENTE, de 25 de enero de 2015, disponible en: <http://www.iurisprudente.com/2017/01/la-junta-general-competencias-mayorias.html>.

3.3.- Votación

El derecho de voto, previsto en el artículo 93.c) LSC se configura en el ordenamiento como un derecho político esencial del socio, por instrumentalizar su contribución a la formación de la voluntad de la junta general y, por tanto, su participación en las decisiones de la sociedad que dicho órgano tiene encomendadas. El artículo 188 LSC desarrolla el derecho de voto de los socios, estableciendo diferentes normas para las sociedades de responsabilidad limitada y para las sociedades anónimas. En el caso de la sociedad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular derecho a emitir un voto. En la sociedad anónima no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. En todo caso, se trata de un derecho individual y personal, cuyo ejercicio es un acto unilateral de declaración de voluntad del socio que se integra posteriormente en el negocio jurídico que representa el acuerdo social⁵⁰¹. El derecho de voto del socio no es, sin embargo, un derecho absoluto, puesto que existen supuestos que impiden al socio su ejercicio.

Dado que el derecho de voto se concibe como un instrumento a través del cual se contribuye a la formación de la voluntad social, el deber de abstención del socio-administrador trata de asegurar que esa voluntad se forme de manera autónoma, donde las decisiones se tomen exclusivamente en interés de la sociedad. Por tanto, cuando el interés social y el interés de un socio se enfrenten, el socio no deberá votar⁵⁰².

3.3.1.- *La prohibición del socio-administrador de votar el acuerdo de dispensa*

El artículo 190.1 LSC contiene un listado de situaciones en las que el socio se encuentra incurso en un conflicto de interés y, por tanto, debe abstenerse de votar. Entre las causas que impiden al socio el derecho de voto, el apartado e) del artículo 190 LSC establece el supuesto de “*dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a*

⁵⁰¹ PÉREZ MORIONES, A. “El voto en el Derecho societario español”, *Revista General del Derecho*, núm. 622-623, 1996, p. 8495-8542.

⁵⁰² ALFARO AGUILA-REAL, J., “*El deber de abstención del socio en caso de conflicto de intereses (art.190 LSC)*”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, de 21 de diciembre de 2019, disponible en: <https://almacendederecho.org/el-deber-de-abstencion-del-socio-en-caso-de-conflicto-de-intereses-art-190-lsc>, señala normalmente esos intereses no se contraponen, porque el interés social también es el interés del socio y que el socio no tenga un interés personal que entre en contradicción con el de la sociedad, de ahí que los supuestos en los que hay que prohibir al socio votar sean excepcionales.

lo dispuesto en el artículo 230”⁵⁰³. El derecho de voto se prohíbe en caso de conflicto de interés, privándose el ejercicio del voto al socio (administrador) interesado en una operación que suponga una situación de conflicto con la sociedad. El artículo 190 LSC establece quien puede o no votar, así como una regla de inversión de la carga de la prueba cuando el órgano competente para adoptar el acuerdo dispensatorio es la junta general⁵⁰⁴. En consecuencia, si el administrador es socio, junto al deber de abstención que el artículo 228.c) LSC impone al administrador, el régimen de conflictos de interés en la junta del artículo 190 LSC le impide ejercer el voto, por contener el acuerdo una dispensa para actuar en conflicto de interés con la sociedad. Por tanto, cuando el socio-administrador se coloca en una situación de conflicto de interés con la sociedad, se desencadenan una serie de mecanismos que van a impedir el ejercicio de su derecho a voto en el acuerdo que conceda su dispensa.

El artículo 190 LSC regula, de modo conjunto para sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, posibles situaciones de conflicto de interés en el ejercicio del derecho de voto, impidiendo el ejercicio del voto del socio⁵⁰⁵. Este precepto establece la imposibilidad del socio de ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus participaciones o acciones cuando se trate de adoptar un acuerdo cuyo objeto sea dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC⁵⁰⁶. El apartado e) del artículo 190.1 LSC hay que ponerlo en conexión con en el artículo 228.c) LSC, que establece el deber del administrador de abstenerse de

⁵⁰³ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Deber de abstención del socio-administrador en la junta general: el conflicto de interés indirecto”, en *Derecho de Sociedades: Cuestiones sobre órganos sociales*, (Dir. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B., COHEN BENCHETRIT, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 147, sostiene que el artículo 190.1.e) LSC fundamenta el deber de abstención, pues “*trasluce una suerte de régimen asimilado al de administrador, en cuya virtud se impone al socio la prohibición de votar en la junta cuando el acuerdo que en ella se adopte sea de una materia sobre la que como administrador no podría pronunciarse, entendiéndose, por tanto, que la posición de socio se vería contaminada, por la de administrador cuando éste se encuentre en alguno de los conflictos contemplados en el art. 229LSC*”.

⁵⁰⁴ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, *cit.*, p. 387.

⁵⁰⁵ El precepto ha sido reformado por la Ley 31/2014. La principal novedad ha sido la extensión del ámbito del artículo a la sociedad anónima. Por otro lado, el apartado tercero, que deja claro que la enumeración de los supuestos de conflicto incluidos en el apartado uno no es números clausus. Para una mayor profundización, MARIÑO PARDO, F., “*La junta general. Competencias, mayorías, asistencia, acta e impugnación de acuerdos*”, *cit.*

⁵⁰⁶ La modificación de los deberes de los administradores, en concreto del deber de lealtad, en la Ley 31/2014, supuso un cambio en la redacción del último apartado del artículo 190.1 LSC. La antigua redacción del precepto, que coincidía con la del artículo 52 LSRL, establecía la obligación de abstenerse de votar del socio de una sociedad de responsabilidad limitada cuando siendo administrador el acuerdo se refiriera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios. La nueva redacción del precepto no solo amplía la prohibición a las sociedades anónimas, sino que también amplía el ámbito objetivo de la norma, pues las situaciones en las que el administrador deberá abstenerse son mayores.

deliberar y votar el acuerdo que tenga por objeto dispensar un conflicto de interés. De manera que, el socio que a su vez sea administrador no puede participar en la votación del acuerdo que pretenda dispensar la conducta desleal por él deseada y que le coloque en conflicto de intereses con la sociedad. Así pues, el socio, que sea a su vez un administrador que se encuentre en situación de conflicto de interés, deberá abstenerse de votar el acuerdo que decide sobre la dispensa de su conducta desleal.

Junto a la exclusión del voto del socio-administrador en conflicto de interés directo con la sociedad, la LSC prevé que la exclusión del derecho de voto debe extenderse, igualmente, a los supuestos de conflicto de interés indirecto, privándose del derecho de voto a sujetos distintos al socio-administrador conflictuado, o al socio-administrador por un conflicto de interés ajeno.

3.3.2-. La votación del socio en situación de conflicto de interés indirecto

La LSC establece el deber del administrador de abstenerse de participar en los acuerdos en los que un conflicto de interés pueda afectar en sus decisiones. Este conflicto de interés se caracteriza por la existencia de una contraposición entre los intereses del administrador y la sociedad (conflicto directo)⁵⁰⁷. Sin embargo, hay otras situaciones en las que el administrador queda igualmente sujeto al deber de abstención: el conflicto de interés indirecto. En este caso, el afectado por el conflicto con la sociedad no es el administrador, sino una persona a él vinculada⁵⁰⁸. Los conflictos de interés indirectos podrían definirse

⁵⁰⁷ Como dice, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Conflicto de interés indirecto del administrador en el artículo 228.c LSC”, *cit.*, p. 5, la noción de conflicto de interés reúne dos requisitos, la contraposición de intereses de la sociedad y del administrador, y el posible perjuicio para la sociedad que puede propiciar que se adopten acuerdos o decisiones bajo dichas circunstancias.

⁵⁰⁸ Para una mayor profundización, sobre el conflicto indirecto, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Conflictos de interés directo e indirecto del administrador en el artículo 228.c) LSC”, *cit.*, p. 6 y ss., señala que el conflicto indirecto puede referirse, por un parte, a aquellos supuestos en los que el administrador no está personalmente en conflicto de interés con la sociedad pero que, por razones de cualquier índole, permite o no le queda otra alternativa que aceptar que la sociedad celebre un contrato o lleve a cabo una actuación cuyas prestaciones favorecen los intereses de personas relacionadas con el administrador. Y, por otra parte, aquellos supuestos en los que el administrador, aun careciendo de un interés personal, no impide que la sociedad celebre un contrato o lleve a cabo una actuación con sujetos o entidades con los que el administrador tiene algún tipo de vinculación. GARRIGUES, J., URÍA, R., Comentario a la Ley de Sociedades de Anónimas, *cit.*, p. 127, aclaran que el interés es indirecto cuando el administrador no asume el papel de parte contratante en su propio nombre, sino que el contrato se cierra con una sociedad administrada o dominada en cualquier forma por el administrador, o se concluye con un acreedor suyo, o con cualquier persona cuyos intereses están estrechamente vinculados a los del administrador. Por su parte, ALONSO LEDESMA, C., “Extensión subjetiva de los conflictos de interés de los administradores: personas vinculadas, con especial referencia a la situación de los consejeros dominicales”, *cit.*, p. 153, define el conflicto de interés indirecto como aquel en el que los intereses de un administrador no se encuentran en contraposición directa con los de la sociedad, pero existe una vinculación estrecha entre los

como las situaciones en las que quien ejerce el voto no es el socio en conflicto, si bien existe alguna conexión que hace pensar que su voto responde al interés de otro socio u otra persona que si tiene un conflicto de interés con la sociedad.

El artículo 228.c) LSC establece el deber de abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que el administrador o una persona a él vinculada tenga un conflicto de interés, directo o indirecto. La consecuencia de la existencia de un interés indirecto es que el administrador deberá abstenerse de participar en las deliberaciones y decisiones de la sociedad como si el conflicto fuera personal o directo. Por tanto, la ley opta por extender el deber de abstención del administrador a aquellas situaciones en las que, aun sin estar directamente en situación de conflicto de interés, su decisión pueda quedar indirectamente afectada por éste⁵⁰⁹.

Sin embargo, el citado precepto debe interpretarse como un deber de abstención del socio-administrador en su condición de administrador, es decir, cuando actúa como tal en el órgano de administración. En cambio, en la junta general, en la persona del socio-administrador prevalece su condición de socio y, por ello, no estará obligado a abstenerse de votar cuando una persona a él vinculada se encuentre en situación de conflicto de interés. Por consiguiente, una persona vinculada al socio-administrador no estará sujeta al deber de abstención, pues supondría una interpretación extensiva del artículo 190.1 LSC⁵¹⁰.

intereses de aquel y los de otra persona que entra en conflicto abierto con los de la sociedad. La autora señala que el problema que plantea el conflicto se centra en el interés oculto que el administrador puede mantener en relación con la operación o situación que crea un riesgo de lesión del interés social. Cuando existe una vinculación específica entre un tercero y un administrador que hace que las consecuencias jurídicas de lacto recaigan sobre el administrador, aunque haya sido realizado por el tercero, de tal manera que, si el acto hubiera sido llevado a cabo por el administrador, éste hubiera estado inmerso en un conflicto de interés con la sociedad.

⁵⁰⁹ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Conflictos de interés directo e indirecto del administrador en el artículo 228.c) LSC”, *cit.*, p. 6, sobre la cuestión, sostiene que puede resultar excesivo aplicar también a los conflictos de interés indirectos la obligación de abstenerse, sin embargo, el legislador ha puesto su propósito de que en este tipo de situaciones los administradores queden igualmente sujetos al deber de abstención previsto en el artículo 228.c) LSC.

⁵¹⁰ En este sentido se pronuncia, ALFARO AGUILA-REAL, J., “*El deber de abstención del socio en caso de conflicto de interés (art. 190 LSC)*”, *cit.*, al señalar que de acuerdo con el artículo 190.1 LSC el socio no ha de votar cuando el acuerdo tenga por objeto dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, “*obligaciones que son, naturalmente, obligaciones del administrador social*”. Ahora bien, destaca “*que el administrador, cuando ejerce sus funciones en el Consejo, se vea afectado por los conflictos de interés de su dominus no significa que el socio, cuando adopta acuerdos en la junta, esté vinculado por los deberes fiduciarios del administrador por él designado*”. Por tanto, la prohibición de votar del artículo 190.1 LSC se aplica exclusivamente al socio que sea, a la vez, administrador y al socio que sea una persona vinculada al administrador en el sentido del artículo 231 LSC.

Son dos las situaciones de conflicto de interés indirecto que deben analizarse. Por un lado, las situaciones en las que el conflicto indirecto deriva de una relación de representación en el voto. Y, por otro lado, aquellas situaciones en las que es una persona vinculada al socio la que está en conflicto de interés con la sociedad. En ambos casos deberá determinarse si existe o no un deber de abstención del socio-administrador cuando exista una situación de conflicto de interés indirecto.

A) Administrador representante del socio

Los artículos 183 y 184 LSC regulan asistencia del socio a través de un representante en la junta general, estableciendo la posibilidad de que el socio pueda participar en la junta a través de la representación de un tercero. La representación del socio abarca tanto la asistencia en la deliberación como la votación de acuerdos. Habida cuenta de que el artículo 190 LSC prohíbe el voto del socio en conflicto de interés es preciso determinar si el mandato del precepto se circunscribe únicamente al socio que ejerce el voto, o si la prohibición alcanza también al ejercicio del voto mediante representante o en representación de un socio.

Sobre la cuestión tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en STS de 26 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1255)⁵¹¹, declarando que el deber de abstenerse se extiende al ejercicio del voto mediante representante, sea legal, orgánico o voluntario. La sentencia declara a este respecto que *“el deber de abstención es aplicable tanto si el conflicto de intereses existe respecto del socio como si existe respecto de la persona que ejercita en concreto el derecho de voto. Esta interpretación se extrae de la ratio de la norma (art. 52.1 LSRL), que pretende evitar el conflicto con el interés social que se ocasiona cuando en la votación que acuerda la dispensa al administrador de la prohibición de competencia, interviene el propio administrador afectado, ya sea porque es el socio que ejercita directamente el voto, ya sea porque actúa como representante del socio. Lo relevante es que no puede intervenir en una votación sobre un asunto (su dispensa como administrador de la prohibición de competencia), quien detenta el interés extrasocial en conflicto con el interés social”*. El Tribunal Supremo declaró que lo relevante es evitar la intervención en la votación del sujeto en situación de conflicto de interés, ya sea porque

⁵¹¹ La sentencia resuelve sobre la impugnación de un acuerdo de la junta general por vulneración del deber de abstención del derecho de voto, y el cese de los administradores de la mercantil demandada por incurrir en la prohibición de competencia sin la dispensa oportuna.

es el socio quien ejercita directamente el voto, ya sea porque actúa como representante del socio.

En el caso de la abstención del voto del representante que actúa en la junta en nombre de un socio-administrador en situación de conflicto de interés, la imposibilidad de éste de participar en la votación no plantea mayores dudas⁵¹². Dado que el voto pertenece a un socio en conflicto de interés con la sociedad, su participación debe ser deducida del cómputo, prohibiendo el voto, aunque sea a través de su representante. Mayores problemas plantea el supuesto en el que no es el socio-administrador quien se encuentra en situación de conflicto de interés, sino que lo es su representante, que se encuentra afectado por la situación de conflicto. El Tribunal Supremo extiende el deber de abstención al representante que ejerce el derecho de voto, sea socio o no, cuando él o su representado estén incurso en una situación de conflicto de interés, declarando que no es relevante a efectos de la prohibición del ejercicio del derecho de voto que sea el socio o su representante quien se halle en una situación de conflicto de intereses⁵¹³.

La resolución de Alto Tribunal ha sido criticada, sobre todo en lo que se refiere al deber de abstención en los casos en los que el socio no está afectado, pero si lo está el tercero no socio que lo representa⁵¹⁴. En nuestra opinión, a pesar de no poder considerarse ajena

⁵¹² BOLDÓ RODA, C., MARTÍ MOYA, V., “El conflicto de interés de los administradores en las sociedades de capital a la luz de la reciente jurisprudencia”, *cit.*, p. 470 ss., aluden a la imposibilidad de ejercer el derecho de voto a través de representante, puesto que es su voluntad la que se manifiesta en la junta y es precisamente esa facultad la que puede perjudicar a la sociedad en beneficio propio. En el mismo sentido, VIVES RUIZ, F., “Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad en la reforma de la legislación mercantil”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 137, 2015, p. 25.

⁵¹³ A este respecto, COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de interés agrupados en el artículo 52 LSRL)*, (Dir. VICENT CHULIÁ, F.), Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 249 y ss., se pregunta si la prohibición de ejercitar el voto afecta al representante del socio en conflicto de interés, señalando que la respuesta debe ser positiva, “y es imprescindible cuando el socio es persona jurídica, siendo igualmente evidente que la prohibición de voto no solo afecta a los socios personas físicas, no ya porque no existe ningún indicio en contrario, sino que la lógica nos indica que el conflicto de intereses se puede producir entre cualquier clase de persona”. Sin embargo, difiere de la decisión del Tribunal respecto del deber de abstención de un socio no afectado por el acuerdo cuando sea representante de un socio en conflicto de interés, al sostener que en ese caso debería reconocerse el derecho de voto del socio no afectado y representante de un socio afectado, puesto que no podría presumirse automáticamente que el socio no afectado fuese a ejercitar su voto atendiendo a los intereses del socio al que representa.

⁵¹⁴ En este sentido se pronuncia, ALFARO AGUILA-REAL, J., “El deber de abstención del socio en caso de conflicto de intereses (art.190 LSC)”, *cit.*, declarando “excesivamente formalista” al Tribunal Supremo. La ratio del artículo 190 LSC en relación con el artículo 230 LSC es evitar que el propio administrador que obtiene la autorización participe en la votación, y en eso, señala el autor, “tiene razón el Supremo, participa en la votación el administrador tanto si lo hace en nombre y por cuenta propia, como si lo hace como representante de un socio”. Sin embargo, sostiene que en el primer caso estaríamos ante un problema de abuso de poder de representación por parte del representante que no debería afectar a la validez del voto, ni siquiera desde la ratio del artículo 190 LSC. El autor sugiere que la prohibición de votar al socio incurso

a la sociedad la relación entre el socio y su representante cuando éste último pretende votar estando incurso en una situación de conflicto de intereses, penalizar al socio con el deber de abstención nos resulta desproporcionado, pues se estaría privando de su derecho de voto a un socio que no está en una posición de conflicto de interés.

La solución en este caso sería sencilla, y es que, a través de instrucciones expresas del socio sobre el sentido de su voto, se podría salvar el peligro que el conflicto de interés de su representante pudiera conllevar⁵¹⁵. Por tanto, debe concretarse lo máximo posible el contenido del apoderamiento que el socio-administrador hace en el tercero al que otorga su representación⁵¹⁶.

B) El conflicto indirecto

El conflicto de interés indirecto del administrador de una sociedad puede referirse, por un lado, a los supuestos en los que el administrador, sin estar personalmente en conflicto de interés con la sociedad, permite que la sociedad celebre un contrato o lleve a cabo una

en conflicto de interés es una medida inocua en sociedades en las que un socio representa un voto, pues la no participación del afectado no influye en la formación de la voluntad social. Sin embargo, dice, “*resulta perturbadora*” en las sociedades capitalistas en las que una sola persona puede ostentar la mayoría de los derechos de voto. En estas circunstancias privar al socio del derecho de voto porque esté incurso en un conflicto de interés puede resultar una medida desproporcionada que no tiene en cuenta que, cuando el socio vota, está actuando por sus propios intereses, aunque venga obligado por el interés social cuando contribuye a la formación de la voluntad de la sociedad. En el mismo sentido, FAYOS FEBRER, J.B., “El conflicto de intereses y la extensión subjetiva del deber de abstención en el voto a persona distinta del socio”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 288, 2013, p. 487, al declarar que “*una aplicación generalizada del deber de abstención supondría la privación del voto del socio representado que no está en conflicto sin base legal ni estatutaria*”. La solución que plantea, acertadamente, es que el socio que otorga su representación a una persona debería conocer si su representante está en situación de conflicto de interés respecto de los acuerdos que se vayan a adoptar, y en caso de ser así, deberá nombrar otro representante.

⁵¹⁵ Así, HUPKA, J., *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, cit., p. 178, declara que el inconveniente que presenta la autocontratación es el peligro de la colisión de intereses. Dice, “*la posibilidad de perjuicio para una de las partes está descartada en aquellos casos en los que el contenido del negocio le ha sido especificado al representante con tanta exactitud que no tiene más libertad que la de buscar el contratante a propósito*”. En caso de que el representante en conflicto de interés no votara en el sentido que su representado el primero estaría traicionando la relación de representación existente entre ambos, al no actuar en defensa de los intereses de su representado, y ésta sería una relación ajena a la sociedad. La conducta del representante sería contraria a la representación y, por tanto, el voto sería nulo. En este sentido, FAYOS FEBRER, J.B., “El conflicto de intereses y la extensión subjetiva del deber de abstención en el voto a persona distinta del socio”, cit., p.486 y 487, sobre la necesidad de que el voto sea utilizado en beneficio de los representantes y no de las personas representadas, señala que en presencia de esta situación en los casos en los que el representante no sea socio pero se vea afectado por el acuerdo no cabe aplicar la obligación de abstención, pero si al votar no se comporta como un representante leal estaríamos ante una desviación de poder, lo que supondría la nulidad del voto, y en su caso, del acuerdo, si el voto hubiera sido decisivo.

⁵¹⁶ En este sentido, HUPKA, J., *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, cit., p.173, destaca el factor decisivo que el contenido del apoderamiento tiene, señalando que “*son aplicables a este punto los principios sobre la interpretación del poder, acerca del conflicto entre varias declaraciones de apoderamiento y sobre el deber de información del tercero*”.

actuación cuyas prestaciones favorecen los intereses de personas a él vinculadas y, por otro lado, los supuestos en los que el administrador, sin tener un conflicto de interés directo con la sociedad, no impide que ésta celebre un acuerdo o desarrolle una actuación con sujetos a los que está vinculado⁵¹⁷. En ambos casos, el administrador pierde la independencia que rige su conducta en la sociedad al permitir la situación de conflicto de interés con la sociedad que, aunque es el administrador quien la lleve a cabo, es desarrollada por una persona a él vinculada. Por tanto, es la propia existencia de la vinculación con ese tercero lo que constituye la situación de conflicto de interés, pues el administrador tratará de satisfacer con su decisión en la sociedad el interés de ese sujeto, y no el interés social al que debe lealtad⁵¹⁸.

El legislador, con la mención expresa al carácter indirecto del conflicto de interés en el artículo 228.c) LSC ha puesto de manifiesto su propósito de extender la prohibición de participar en la deliberación y votación al administrador en este tipo de situaciones. De manera que, siempre que un administrador pueda verse inclinado a priorizar un interés distinto al de la sociedad, sea por un conflicto personal o por un conflicto de una persona a él vinculada, debe activarse el deber del administrador de abstenerse de intervenir en la decisión⁵¹⁹.

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de concretar al alcance del deber de abstención en los conflictos de interés indirectos. Así, la STS de 2 de febrero de 2017 (RJ 359/2017) examina si el deber de abstención que afecta al socio-administrador se extiende también a una sociedad unipersonal cuyo capital pertenecía íntegramente a una sociedad de la que el administrador poseía el 50% con su familia. En este caso, siguiendo la

⁵¹⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A., “Conflicto de interés directo e indirecto del administrador en el artículo 228.c) LSC”, cit., p. 147 ss., señala que en ambos supuestos el conflicto de interés es evidente, pues el administrador posibilita que terceros relacionados directamente con el puedan priorizar sus intereses en detrimento de los de la sociedad.

⁵¹⁸ En este sentido lo expresa, SÁNCHEZ RUIZ, M., “El deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad”, cit., p. 198. Por su parte, CABANAS TREJO, R., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, en *Tratado de Sociedades de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. PÉREZ PRENDES, MARTINEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., CABANAS TREJO, R.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1391, señala que el carácter indirecto del conflicto deriva de algo menos visible que una vinculación legal explícita o una actuación representativa, aunque sea indirecta. En este caso, declara, habrá conflicto, aunque el administrador no obtenga beneficio alguno, sino sólo la persona vinculada. El administrador se convierte en un instrumento que no consigue ventaja alguna por su deslealtad, porque basta con que la persona a él vinculada disfrute de las ganancias que su situación de conflicto con la sociedad le reporte.

⁵¹⁹ Para una mayor profundización, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Conflicto de interés directo e indirecto del administrador en el artículo 228.c) LSC”, cit., p. 147.

doctrina fijada por la sala, en la STS de 26 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1255), el Tribunal Supremo recuerda que el artículo 190.1 LSC solo prohíbe el derecho de voto al socio afectado, sin extender la prohibición a las personas vinculadas. De modo que las personas vinculadas únicamente quedan afectadas por la prohibición de los artículos 229 y 230 LSC, pero no por la privación del derecho de voto del artículo 190.1 LSC.

El problema de esta interpretación es claro, pues, dejando fuera del ámbito de aplicación del artículo 190.1 LSC el voto de las personas vinculadas, se puede eludir el deber de abstención y la regulación de los conflictos de interés. Este problema no existiría si, al igual que ocurre en el caso del artículo 228.c) LSC, el legislador hubiera incluido el inciso de conflicto de interés “*directo o indirecto*” en el artículo 190 LSC, pues ello habría supuesto extender la prohibición de voto del socio a todas las situaciones de conflicto de interés que tanto él como una persona vinculada pudieran tener⁵²⁰.

No obstante, el voto del socio en situación de conflicto de interés indirecto no queda del todo desatendido. En este sentido, aunque no es posible evitar el voto a través de su prohibición en el artículo 190.1 LSC, el apartado tercero del artículo 190 LSC establece que, en casos de conflicto de intereses distintos a los recogidos en el apartado primero, entre los que se ubican los casos de conflicto indirecto, los socios no estarán privados de su derecho de voto. Sin embargo, el precepto agrega que “*cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social*”. El artículo 190.3 LSC señala expresamente que los socios no están privados de su derecho de voto, pero prevé un mecanismo específico de protección del interés social en el marco de la impugnación de los acuerdos sociales. El precepto exige como presupuesto que el voto del socio en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, carácter que se entenderá cuando sin los votos del socio en cuestión no se hubiera podido adoptar el acuerdo. Se trata de la aplicación de la denominada “*prueba de resistencia*”⁵²¹.

⁵²⁰ El legislador podría haber establecido una cláusula general sobre el deber de abstención o haberse manifestado en relación con el alcance de la autonomía privada a la hora de fijar estatutariamente diferentes situaciones de conflicto de interés distintas de las tipificadas, pero no lo hace.

⁵²¹ La prueba de resistencia que establece el artículo 190.3 LSC ha generado una discusión acerca de si su aplicación se limita a situaciones de conflicto de interés distintas al artículo 190.1 LSC, y, por tanto, las

De esta manera, aunque no es posible obligar al socio-administrador en conflicto de intereses indirecto a abstenerse de votar a través del artículo 190.1 LSC, en virtud del apartado tercero podrá estudiarse si el voto de ese socio fue determinante para la adopción del acuerdo y su conformidad con el interés social. Por tanto, el ejercicio antisocial del derecho de voto en caso de conflicto de interés indirecto podrá corregirse por la vía de la impugnación del acuerdo través del artículo 204 LSC y del artículo 190.3 LSC, dependiendo de las posibilidades de demostrar la existencia del conflicto de interés indirecto, la conformidad del voto del socio-administrador en la situación de conflicto indirecto y el daño al interés social⁵²².

3.4.- Régimen de mayorías para la adopción del acuerdo de dispensa

Cuando el artículo 230.2 LSC establece la posibilidad de dispensar determinados conflictos de interés, el precepto se limita a exigir un acuerdo expreso y separado, sin embargo, no dice nada acerca de las mayorías necesarias para su adopción. Las mayorías requeridas para la aprobación de este tipo de acuerdos dependen de la condición que

infracciones del deber de abstención hacen el acuerdo impugnabile per se, o si, por el contrario, deberá superarse la prueba de resistencia siempre. Algunos autores defienden que la prueba de resistencia debe aplicarse siempre, ya sea en situaciones del artículo 190.1 LSC en las que se haya infringido el deber de abstención, como en otras situaciones de conflicto de interés distintas a las previstas en el precepto. En este sentido, CABANAS TREJO, R., “Artículo 190. Conflicto de intereses”, en *Tratado de Sociedades de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. PÉREZ PRENDES, MARTINEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., CABANAS TREJO, R.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1094, sostiene que es un desacierto que el artículo 204.3.d) no mencione este supuesto expresamente, considerando que la prueba de resistencia debería aplicarse tanto cuando se incumpla con el deber de abstención, como en aquellos casos en los que se haya privado al socio ilegítimamente de su derecho de voto. Expresamente, indica “*creemos que esa regla se debe aplicar siempre, unas veces con el resultado de declarar la nulidad del acuerdo, otras para que el juez declare el resultado final cuando el acuerdo realmente habría sido positivo, si no se hubiera dado esa irregularidad en la emisión/privación del voto*”. Sobre la efectividad del mecanismo, VIVES RUIZ, F., “Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad en la reforma de la legislación mercantil”, *cit.*, p. 26, señala que consiste en la inversión de la carga de la prueba, de tal forma que en caso de impugnación por lesivo de un acuerdo en el que hubiera intervenido de forma decisiva el socio en situación de conflicto, corresponderá a la sociedad, y en su caso, al socio o socios interesados, probar la conformidad del acuerdo con el interés social. El impugnante tiene que acreditar la existencia del conflicto de interés y el carácter decisivo del voto del socio en conflicto.

⁵²² En este sentido, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B., “El deber de abstención de un socio en conflicto de interés indirecto con la sociedad (comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 2 de febrero de 2017)”, *Revista derecho Mercantil*, núm. 307, 2018, p. 15. Por otra parte, otros como MORENO LISO, L., “El deber de abstención en el voto y el conflicto de interés en personas vinculadas al socio administrador”, *Revista de derecho Mercantil*, núm.105, 2017, analizan la posibilidad de acudir a la doctrina del levantamiento del velo como técnica para evitar que los conflictos de interés indirectos queden inatendidos. En nuestra opinión, pese a ser una solución que resulta muy útil en otros casos, en los conflictos de interés se antoja de difícil aplicación, pues únicamente podría apreciarse cuando lo que existe es un conflicto de interés directo, y no el conflicto indirecto que en apariencia pudiera existir. Para una mayor profundización, también, JUSTE MENCÍA, J., “El deber de abstención del socio administrador en la junta general. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017,396)”, *cit.*

demos al acuerdo dispensatorio. Si entendemos que la dispensa del deber de lealtad podría catalogarse como un acuerdo ordinario, no requeriría quórum especiales ni mayorías reforzadas para su adopción⁵²³. La razón de considerar este tipo de acuerdo como ordinario se debe a que el acuerdo de dispensa no ha sido incluido en los artículos 194 y 199 de la LSC entre los que requieren normas especiales de quórum y mayorías⁵²⁴. De esta forma, el acuerdo de dispensa se aprobaría con la mayoría ordinaria, ex artículo 198 LSC, aprobándose el acuerdo por la mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital. La única excepción a la mayoría ordinaria sería para la aprobación de un acuerdo de dispensa de la prohibición de competir con la sociedad, al exigir el artículo 199. b) LSC la mayoría legal reforzada a través del voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital⁵²⁵.

Sin embargo, entendemos conveniente que el régimen de mayorías exigible en el caso de la sociedad anónima debe situarse en la aplicación analógica del régimen de mayorías para la modificación de los estatutos previsto en el artículo 194 LCS, pues el acuerdo de dispensa conlleva una modificación del contenido típico de la posición fiduciaria del deber de lealtad de los administradores. En cuanto a la sociedad de responsabilidad limitada, el régimen de mayoría aplicable sería el del artículo 199. b) LSC que debería extenderse por analogía a los restantes grupos de casos constitutivos de las respectivas prohibiciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de interés,

⁵²³ Defiende la posición, MEGÍAS LÓPEZ, J., “El deber de independencia en el consejo de administración: conflictos de interés, dispensa y business judgment rule”, *cit.*, p. 137. En el mismo sentido, EMBID IRUJO, J.M., “Los supuestos de conflicto de interés con privación del derecho de voto del socio en la junta general (arts. 190.1 y 2 LSC)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 45, 2015, p. 22, afirma que en el caso de la sociedad anónima habrá de contarse con la mayoría establecida por el artículo 201 LSC, y en el caso de la sociedad limitada la mayoría pertinente será conforme a lo dispuesto en el artículo 199. b) LSC, de 2/3 de los votos correspondientes a las participaciones en las que se divide el capital social.

⁵²⁴ En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 420, señala que el hecho de que la ley de reforma haya modificado algunas reglas de funcionamiento de la junta “abona la consideración de estos acuerdos como ordinarios”.

⁵²⁵ En este sentido, BOQUERA MATARREDONA, J., “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta General”, *cit.*, p. 29, sostiene que teniendo en cuenta que el acuerdo de dispensa es un acuerdo ordinario, no requiere especiales quórum de asistencia a la junta general o de mayorías reforzadas para su adopción. La autora señala que, no obstante, estatutariamente se podría establecer una mayoría reforzada para dispensar algunas conductas conforme a lo dispuesto en el artículo 200 LSC.

exigiéndose una mayoría de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social⁵²⁶.

Dado el deber de abstención que el socio administrador tiene, el artículo 190.2 LSC establece una regla de carácter procedimental cuyo objetivo es la obtención de la mayoría necesaria para la adopción de un acuerdo. El precepto contempla la deducción de las acciones o participaciones del socio que se encuentre en alguna de las situaciones de conflicto de interés para el computo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria. Si el legislador no hubiera previsto este precepto podría darse el caso de que la abstención del socio en conflicto de interés impidiera llegar a la mayoría necesaria establecida para la aprobación del acuerdo, especialmente si se tratara del socio mayoritario⁵²⁷. De forma que, deducidos los votos del socio-administrador en situación

⁵²⁶ Defiende esta postura, EMPARANZA SOBEJANO, A., “La dispensa del deber de lealtad como instrumento de retribución atípica de los administradores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 148, 2017, p. 68, declarando que para conseguir que la dispensa quede válidamente otorgada, deberá ser acordada, en el caso de la sociedad anónima, por la mayoría simple de los socios presentes (art. 201 LSC), si bien el quórum de constitución requerirá la mayoría reforzada del 50% de los socios (art. 194 LSC). Mientras que, en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, la ley exige una mayoría de, al menos, dos tercios de los votos de la sociedad (art. 199. b LSC). Por su parte, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 81 y ss., señala que, “*dada la trascendencia social que supone la modificación del contenido típico del deber de fidelidad del administrador, a mi entender, analógicamente habrán de seguirse los quórum y mayoría necesarias para la modificación ordinaria de los estatutos*”. En lo que respecta a la sociedad de responsabilidad limitada, el autor señala que al igual que ocurre con el levantamiento de la prohibición de competencia, que requiere el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, “*la misma mayoría debe concurrir en los otros grupos de casos*”. En la misma línea, LLEBOT MAJO, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, cit., p. 42 y ss. No obstante, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, cit., p. 420, apunta a que es cierto que con anterioridad a la promulgación de la ley se había destacado a la necesidad de considerar las retribuciones de terceros como una modificación estatutaria a la vista de que el sistema de retribución de los administradores es materia estatutaria. En este sentido debe reconocerse que el acuerdo por el que se autoriza una retribución ajena a la social podría llevar esa exigencia. Sin embargo, el autor se inclina por otra solución, “*cabe entender que la percepción de una concreta retribución (dispensa singular) no ha sido considerada por el legislador como una alteración del sistema retributivo, sino como una adición al importe anual que los administradores están legitimados a recibir por acuerdo ordinario de la junta, dado que no proviene de los fondos sociales*”. Por último, se refiere a la posibilidad de cargo fuera gratuito por disposición o silencio de los estatutos y declara que deben cumplirse los requisitos para su modificación a la hora de consentir la retribución de terceros.

⁵²⁷ Pese a la aparente claridad del precepto, el artículo 190.2 LSC no ha estado exento de críticas, al menos en cuanto a su finalidad. El principal reproche se debe al error de legislador al señalar que serán las acciones y participaciones las que se deducirán del capital social, y no los votos que van a aparejados a éstas. En este sentido, COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de interés agrupados en el artículo 52 LSRL)*, cit., p. 2, sostiene que lo correcto habría sido indicar que los votos asignados a las participaciones, y las acciones en el caso del artículo 190 LSC, en conflicto de interés, habrán de deducirse. En el mismo sentido, CABANAS TREJO, R., “Artículo 190. Conflicto de intereses”, cit., p. 1092 y 1093, alude a la falta de precisión del artículo 190.2 LSC, ya que se deben descontar los votos y no siempre hay una correlación exacta entre estos y el capital social. Por su parte, VIVES RUIZ, F., “Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad en la reforma de la legislación mercantil”, cit., p. 25, señala que lo que establece el artículo 190 LSC es que las acciones o

de conflicto de interés, en esta última fase del procedimiento dispensatorio la junta procederá a decidir acerca de la procedencia o improcedencia de otorgar la dispensa al administrador en conflicto de interés.

III-. EL ACUERDO DE DISPENSA

Tras la deliberación y votación, se llega a la fase final del procedimiento. En este último momento, cualquiera que sea el órgano que se pronuncie sobre la concesión de la dispensa, deberá decidir acerca de la procedencia o improcedencia de otorgar el permiso, flexibilizando la prohibición legal del conflicto concreto que se trate.

1-. FORMA DEL ACUERDO

En atención a la trascendencia que la concesión de una dispensa puede tener en la sociedad, y en aras de la protección del interés social, el acuerdo de dispensa debe cumplir unos requisitos, pues su incumplimiento no solo supondrá la posibilidad de su impugnación, sino que puede significar la inexistencia de la propia dispensa, y, por tanto, el desarrollo de una actuación desleal sin la correspondiente protección que este instrumento brinda al administrador. Para asegurar la compatibilidad de la dispensa con el interés social, la LSC establece dos garantías procedimentales, el acuerdo debe ser expreso y debe haberse adoptado de forma separada.

El artículo 230 LSC ofrece pistas acerca de los requisitos que el acuerdo dispensatorio debe cumplir. El apartado segundo del precepto consagra la posibilidad de dispensar determinados conflictos de interés “*en casos singulares*”. No obstante, la clave se encuentra en el apartado tercero del artículo 230 LSC, que especifica los requisitos formales que la dispensa requiere para su correcto otorgamiento, exigiendo un “*acuerdo expreso y separado*”. Aunque ciertamente el artículo 230.3 LSC se refiere al supuesto concreto de la dispensa de la prohibición de competencia, las condiciones que establece para este tipo de acuerdo deben ser aplicadas en idénticos términos para el resto de los

participaciones del socio en situación de conflicto de interés se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos necesaria en cada caso.

conflictos de interés que pueden ser dispensados por la sociedad⁵²⁸. Así pues, el mandato de acuerdo expreso y separado se extiende por analogía a la dispensa del resto de conflictos. De modo que, cualquiera que sea el órgano que se pronuncie sobre la concesión de la dispensa, y cualquiera que sea el conflicto que se vaya a dispensar, el acuerdo de dispensa debe que ser expreso y separado siempre⁵²⁹. El acuerdo será expreso y separado en todo caso, y el hecho de que el legislador lo especifique exclusivamente en la prohibición de competencia, no discrimina al resto de conflictos de interés, que deberán cumplir con la mencionada forma para que su correcto otorgamiento.

La razón de tal diferenciación se debe a que el previgente artículo 230.1 LSC prohibía la situación de competencia del administrador “*salvo autorización expresa de la sociedad*” en el apartado segundo del artículo 230 LSC⁵³⁰. Por tanto, si bien se echa en falta la mención de que el acuerdo que pretenda dispensar una determina situación de conflicto de interés deba ser “*expreso y separado*”, esa ausencia se suple aplicando por analogía el requisito del acuerdo a la dispensa del resto de conflictos de interés⁵³¹.

1.1.- Acuerdo expreso

La exigencia de un acuerdo expreso impide que el mero conocimiento sobre la realización de actividades que entrañen un conflicto de interés por parte de la sociedad tenga efecto dispensatorio⁵³². La LSC no permite la autorización tácita de situaciones de conflicto de interés del administrador. La pasividad de la sociedad ante el conocimiento de que un administrador se encuentra en situación de conflicto de interés no puede significar en ningún caso que esté dispensando al administrador la prohibición de llevar a cabo la conducta desleal. La única posibilidad que la ley prevé para ello es a través de la

⁵²⁸ No existe razón alguna por la que el legislador haya optado por especificar la necesidad de que el acuerdo de dispensa sea expreso y separado para el otorgamiento de la autorización de los conflictos de competencia, y no lo haya hecho en general para el resto de los conflictos legalmente dispensables.

⁵²⁹ En este sentido se pronuncia PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 494, pues, dice, “*es la simetría necesaria que se corresponde con el hecho de que la manifestación del conflicto de interés vaya a ser expresa*”.

⁵³⁰ En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, *cit.*, p. 494, declara que “*si únicamente respecto a la dispensa para actividades competitivas se habla de acuerdo expreso en el artículo 230.3 LSC es porque este precepto es básicamente heredero del previgente régimen*”.

⁵³¹ YANES YANES, P., “La votación separada de acuerdos”, *cit.*, p. 15, establece que es expreso, por qué no puede reputarse implícitamente adoptado con otros acuerdos de dispensa, y separado, porque incluso cuando fuera expreso tampoco cabría adoptarse de forma conjunta con otros acuerdos de dispensa.

⁵³² JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 422.

concesión del permiso concreto que le permita la realización de la conducta por el deseada. Por tanto, la dispensa será expresa siempre y en todo caso⁵³³.

La primera consecuencia derivada de la exigencia de un acuerdo expreso de dispensa es la imposibilidad de que existan permisos tácitos. Este requisito ya estaba presente en el previgente artículo 230, y había sido interpretado por la jurisprudencia en términos estrictos. En este sentido, el Tribunal Supremo puso fin a la corriente jurisprudencial que permitía las dispensas tácitas en la STS de 26 de diciembre de 2012 (RJ 781/2012), en la que resuelve que la autorización de la junta general para liberar al administrador societario de la prohibición de competencia debe ser expresa, rechazando que pueda admitirse una autorización tácita derivada del conocimiento que los socios tengan de la actividad desarrollada por los administradores. La sentencia declara la necesidad de que la dispensa sea expresa, *“sin que pueda admitirse, por las razones antes expuestas, una autorización tácita derivada del conocimiento que los socios tenían de la actividad desarrollada por los administradores”*. Así pues, es necesario que el órgano competente de la concesión de la dispensa se reúna y resuelva sobre su otorgamiento, permitiendo o no al administrador el desarrollo de un conflicto de interés. Por tanto, el hecho de que la sociedad sea conocedora de la situación, y permita al administrador mantenerse en ella, no significa que dicha actuación esté dispensada, ni exenta de responsabilidad⁵³⁴. El órgano que sea competente, la junta o el órgano de administración, debe reunirse y votar el acuerdo concreto, y será tras la aprobación del acuerdo dispensatorio cuando el administrador pueda comenzar el desarrollo de la operación en la que su interés personal y el de la sociedad se contrapongan.

El contenido del acuerdo, y a pesar de que la LSC guarda silencio, tampoco puede quedar exento de regulación y debe cumplir unas exigencias mínimas. Se trata de delimitar lo máximo posible el alcance de la dispensa, pues lo contrario supondría dejar al arbitrio del

⁵³³ En este sentido, DÍAZ MORENO, A., “Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, *cit.*, p. 1. Por su parte, RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *cit.*, p. 108, señala que las autorizaciones deben tener carácter individualizado y expreso. Igualmente, deben referirse a supuestos concretos y determinados, tanto por sus circunstancias como por las contrapartidas derivadas del acto o negocio interesado. El autor señala que *“consiguientemente no caben dispensas tácitas, implícitas o aun autorizaciones explícitas, pero de carácter genérico o anticipado”*.

⁵³⁴ En este sentido, más reciente la SAP Madrid de 24 de enero de 2014 (JUR 2014/56608), establece que de las circunstancias que en una sociedad existan no puede sostenerse la autorización tácita, por mucho que las circunstancias sean llamativas.

administrador el establecimiento de los límites de su permiso, lo que propiciaría la posibilidad de una actuación del administrador fuera de la frontera del permiso⁵³⁵.

Asimismo, el acuerdo de dispensa debe ser un acuerdo individualizado para una conducta concreta, se trata de autorizar el ejercicio de una actividad u operaciones determinada⁵³⁶. Cada acto desleal que pretenda dispensarse deberá contar con la oportuna dispensa, concretada e individualizada para el acto desleal. A este respecto, destaca la imposibilidad de agrupar diferentes conductas para su conjunta autorización. La dispensa debe ser una para cada situación de conflicto de interés en la que el administrador se encuentre, por tanto, cada permiso que se otorgue en la sociedad irá referido a una única operación o actuación. Esta individualización es más difícil en el caso de la dispensa de la prohibición de competencia, por ser una actividad de carácter permanente. En todo caso, se deberá concretar y delimitar lo máximo posible el alcance de la actividad, su inicio y su final, las actividades comprendidas en la misma y los límites que la sociedad acepta que su administrador traspase al estar en situación de competencia con la sociedad de la que es administrador. Por tanto, aunque es cierto que al dispensar la prohibición de competencia indirectamente se está permitiendo el desarrollo de diferentes actuaciones desleales, lo que se dispensa es una sola prohibición, un solo acto, la obligación de no competir con la sociedad en un caso concreto⁵³⁷.

Por último, sobre la forma del otorgamiento, y a pesar de que la LSC no dice nada al respecto, la manera de dar seguridad a la concesión de la dispensa es haciéndolo por escrito. Entendemos que no existen razones que impidan la concesión de una dispensa de forma oral, sin embargo, debemos defender que el hecho de plasmarla por escrito es una manera de que no solo el administrador, sino la sociedad, operen en el mercado con una mayor seguridad. Al recoger la dispensa en un contrato, ambas partes conocen los límites

⁵³⁵ A este respecto, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 422, señala que quien desempeña una actuación desleal desprovisto de autorización expresa no puede ampararse en la realización de aquellas “*a la vista, ciencia y paciencia del principal*”, sin perjuicio de que tal circunstancia, debidamente probada, pueda tener consecuencias en el plano de la responsabilidad derivadas del ejercicio abusivo del derecho de reclamar parte de la sociedad.

⁵³⁶ En este sentido, COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de interés agrupados en el artículo 52 LSRL)*, *cit.*, p. 226.

⁵³⁷ En contra, BOQUERA MATARREDORA, J., “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la junta general”, *cit.*, p. 29, señala que nada impide que la junta autorice o dispense conjuntamente un grupo de actos o conductas. En el mismo sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 418, declara la posibilidad de autorización conjunta de varias operaciones vinculadas o aprovechamiento de oportunidades de negocio, o el uso de varios activos sociales.

en los que se enmarca y la frontera en la que puede desarrollarse la actuación del administrador. Es, en fin, una forma de dotar de seguridad a la actuación de ambas partes.

1.2-. Acuerdo separado

La adopción del acuerdo debe ser separada. Dada la trascendencia que la situación de un administrador en conflicto de interés con la sociedad tiene, si se decide dispensar una conducta desleal, su autorización debe deliberarse y votarse de forma separada⁵³⁸. El acuerdo de dispensa debe aparecer cómo punto separado en el orden del día, y requiere una deliberación y votación separada del resto de acuerdos que se pretendan adoptar en la misma sesión. Los socios deben votar autorizar o no el desarrollo de un determinado comportamiento, y deben hacerlo en un acuerdo que tenga ese único objeto⁵³⁹.

Las razones de exigir la separación del acuerdo dispensatorio son varias, y la primera deriva de la propia exigencia de que el acuerdo tenga que ser expreso. Y es que, si el acuerdo de dispensa no es separado del resto de acuerdos que vayan a votarse en la misma reunión, carecerá del carácter expreso la ley exige. El acuerdo dispensatorio no es un acuerdo frecuente en el tráfico ordinario de la sociedad, por lo que su aprobación debe tener un carácter independiente del resto de acuerdos que se vayan a aprobar, lo que garantizará que la voluntad de la junta, o del órgano de administración, según cual resulte ser el órgano competente para su otorgamiento, se dirija exclusivamente al mismo⁵⁴⁰. Separar su votación de resto de asuntos se basa en el principio de transparencia, que inspira todas las fases del procedimiento dispensatorio. Al mismo tiempo, el acuerdo separado permite que la impugnación del acuerdo sea más sencilla, tanto en sede social como judicial, pues si la dispensa se ubicara dentro de un acuerdo conjunto su impugnación sería mucho más complicada, pues podría suceder que solo se pretendiera impugnar parte del acuerdo, en concreto el relativo a dispensa, pero no el resto.

⁵³⁸ Sobre la votación separada de acuerdos, para una mayor profundización, YANES YANES, P., “La votación separada de acuerdos”, *cit.*

⁵³⁹ En este sentido, YANES YANES, P., *Ibid.*, p. 423, defiende que no basta con que los socios se manifiesten sobre la dispensa con ocasión de otra decisión societaria, aunque esté expresamente advertida en el acuerdo.

⁵⁴⁰ YANES YANES, P., *Ibid.*, p. 423, señala que cuando la LSC establece el requisito de un acuerdo “separado” la ley considera que la autorización constituye un asunto “sustancialmente independiente” de cualquier otro, que exige una votación ad hoc, para garantizar que la voluntad de los socios se dirija exclusivamente hacia ese extremo.

2-. TIPOS DE ACUERDO

Tras el examen de la información proporcionada por el administrador sobre el conflicto de interés, las respuestas del órgano competente pueden ser de distinta naturaleza. El órgano que se pronuncie sobre el otorgamiento de la dispensa decidirá sobre la procedencia o improcedencia de permitir el desarrollo de una conducta que se reputa a todos los efectos contraria al interés social. Así, tras el examen de la información proporcionada por el administrador en la comunicación del conflicto, y tras la correspondiente deliberación, la junta general o el órgano de administración podrán adoptar uno de los siguientes acuerdos.

2.1-. Inexistencia de conflicto de interés

El administrador tiene el deber de comunicar a la sociedad las situaciones de conflicto de interés en las que se encuentre, o crea encontrarse. Así, el administrador debe comunicar las operaciones que pretende emprender sobre las que sospecha la existencia de un conflicto con el interés social. Sin embargo, y aunque esa prudencia evite en muchas ocasiones el ejercicio de acciones de responsabilidad, puede que finalmente no exista contraposición de intereses y, por tanto, que no exista sobre la misma ninguna obligación de abstención. Del examen de la información proporcionada en la comunicación de la situación de conflicto de interés a la sociedad puede constatarse por el órgano que sea en su caso competente, la inexistencia de conflicto entre los intereses del administrador y el interés social.

La sociedad puede declarar la inexistencia de conflicto de interés en dos momentos diferentes. Un primer momento es aquel en el que, tras la comunicación del conflicto de interés, se declara la inexistencia de contraposición entre el interés personal del administrador y el interés social. Es posible que la sociedad verifique la falta de contraposición de intereses sin necesidad de poner en marcha el proceso de concesión de la dispensa. A pesar de que puede parecer un procedimiento sencillo, tiene una serie de particularidades que deben ser destacadas. En este sentido, aunque el órgano de administración es el receptor de la comunicación del conflicto, la facultad de evaluación de la relevancia de la información recibida y el acuerdo de dispensa debe ser, en todo caso, de la junta general. Es decir, incluso en los casos en los que se trata de una competencia compartida entre ambos órganos, entendemos que el reenvío de la

comunicación del conflicto es obligatorio. Se trata de que la comunicación del conflicto del administrador pase un filtro de evaluación previa. De modo que, incluso en los casos en los que el órgano de administración defienda la irrelevancia de la situación comunicada por el administrador deberá reenviar la comunicación del conflicto a la junta general, con el fin de que realice el examen de efectividad⁵⁴¹.

Concluida esa fase preliminar, la junta general puede decidir que la conducta que el administrador comunicó no supone una contraposición entre sus intereses y los de la sociedad, declarando la inexistencia de conflicto de interés. En consecuencia, el administrador será libre de explotar la conducta por el deseada, sin que su desarrollo pueda ser objeto de responsabilidad.

Un segundo momento en el que puede declararse la inexistencia de conflicto de interés es aquel en el que, el órgano que fuera competente, habiéndose iniciado el procedimiento de dispensa, y tras el estudio de la información obtenida, decide que la situación comunicada por el administrador no es constitutiva de conflicto de interés. Puede ocurrir que sobre dicha situación exista la duda de conflicto de interés y la junta decida que es necesario el otorgamiento de la dispensa para su desarrollo. En este caso, aunque en un primer momento se acordó el inicio del procedimiento dispensatorio, tras un mayor análisis del supuesto y de las circunstancias concretas, tras la deliberación sobre dispensar o no la conducta, el órgano competente acuerde la inexistencia de contraposición entre los intereses de la sociedad y el administrador, o que dicha contraposición carezca de relevancia, por lo que los efectos que pueda tener su desarrollo en el interés social sean insignificantes y no merecen el otorgamiento de una dispensa⁵⁴². En este caso no se dispensa al administrador de la prohibición de realizar la conducta, no se le está autorizando para que pueda primar su interés personal sobre el social, sino que el órgano que entra a conocer sobre la situación simplemente constata que no existe contraposición entre los intereses, negándose la cuestionada naturaleza conflictiva de la situación⁵⁴³.

⁵⁴¹ Sobre las razones de residenciar exclusivamente esta competencia en la junta general, *Vid. supra*, Cap. III, ap. 3.

⁵⁴² OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 232, ejemplifica esta situación refiriéndose al caso de una tenencia de una participación ínfima o insignificante por parte del administrador en otra sociedad que compite con la sociedad administrada en el mismo mercado relevante.

⁵⁴³ En este sentido lo define, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Ibid.*, p. 233.

Con la declaración de inexistencia de conflicto de interés se pone fin al procedimiento dispensatorio de la conducta concreta. No obstante, en caso de que dicha situación varíe, o que las circunstancias en las que se declaró que no existía conflicto entre los intereses de la sociedad y el administrador cambien, el administrador deberá comunicar a la sociedad la nueva situación para que decida sobre ella⁵⁴⁴.

2.2.- Contenido del acuerdo dispensatorio

Tras el análisis de la información proporcionada por el administrador sobre el supuesto concreto de conflicto de interés, el órgano competente puede considerar que el conflicto efectivamente existe al concurrir los elementos objetivos y subjetivos del mismo. La verificación de la existencia de conflicto de intereses no plantea grandes dificultades, puesto que son situaciones de fácil comprobación y valoración⁵⁴⁵. Por tanto, comunicado el conflicto de interés del administrador, el órgano competente, ya sea la junta general o el órgano de administración, tras el estudio de la información aportada, puede considerar la existencia de un conflicto entre el interés personal del administrador y el interés social, y decidir su dispensa, permitiendo el desarrollo de la conducta desleal.

La dispensa consiste en la autorización otorgada mediante un acuerdo adoptado bien por la junta general o bien por el consejo de administración que libera al administrador de la prohibición de llevar a cabo la realización de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio y la obtención de una ventaja o remuneración de tercero, o de la prohibición de competencia. Dado que una situación de conflicto de interés supone la contraposición entre el interés personal del administrador y el interés social, a la hora de dispensar un determinado comportamiento prohibido deben observarse los efectos de dicha situación en el interés social, pretendiendo que el mismo no afecte al interés de la sociedad o que, en caso de hacerlo, el perjuicio que pudiera ocasionar sea insignificante, que se vea compensado por el administrador en conflicto o que incluso puede ser una operación ventajosa para la sociedad. La decisión o el acuerdo de dispensa adoptado ha

⁵⁴⁴ Sobre la necesidad de comunicar cualquier modificación que altere la situación de conflicto, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Ibid.*, p. 240 y ss.

⁵⁴⁵ En este sentido, BOQUERA MATARREDONA, J., “La regulación del conflicto de intereses en la ley de sociedades de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 217, 1999, p. 1032, declara que, aunque anteriormente era una cuestión de gran trascendencia por no existir una enumeración taxativa de los mismos, “y además podían existir conflictos directos e indirectos”, ahora su verificación no plantea mayores dificultades.

de satisfacer asimismo los requisitos de asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, alternativamente, su realización en condiciones de mercado y, por último, la transparencia del proceso lo que implica haber recabado la información adecuada y necesaria⁵⁴⁶. Por tanto, el acuerdo de dispensa que se adopte por el órgano que resulte ser el competente en el caso concreto podrá ser favorable o desfavorable, y en el caso de ser estimatorio, autorizará al administrador a llevar a cabo una conducta prohibida.

El hecho de que la sociedad dispense al administrador de la prohibición de situarse en conflicto de interés con la sociedad no supone, en ningún caso el otorgamiento de una autorización plena. La dispensa debe quedar lo más delimitada posible, ajustando su alcance a los límites que la sociedad entienda convenientes⁵⁴⁷. De manera que, el acuerdo dispensatorio, además de ser expreso y separado, deberá delimitar claramente la conducta que se dispensa, el inicio y el final de su desarrollo, así como el resto de los detalles que sean imprescindibles en atención a las circunstancias concretas⁵⁴⁸.

El acuerdo de dispensa puede consistir no sólo en la concesión pura y simple del permiso, sino que también puede otorgarse bajo condición o a término⁵⁴⁹. Es más, entendemos que todas las dispensas deben ser otorgadas bajo condición y a término. Estableciendo la fecha de inicio y fin de la conducta concreta que se dispensa, y concretando las instrucciones

⁵⁴⁶ La dispensa del deber de no competir con la sociedad sólo puede concederse en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. Para una mayor profundización, LLEBOT MAJO, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, *cit.*, p., 41.

⁵⁴⁷ BOLDÓ RODA, C., MARTÍ MOYA, V., “El conflicto de interés de los administradores en las sociedades de capital a la luz de la reciente jurisprudencia”, *cit.*, p.100, manifiestan la necesidad de definir con exactitud las condiciones de la autorización, sin que pueda delegarse su concreción al órgano de administración.

⁵⁴⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, A., *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 138 y ss., declara que la autorización debe entenderse referida a una determinada situación fáctica. Ello supone que la dispensa de la prohibición se referirá a un supuesto de hecho concreto. Y añade, “una autorización genérica de competencia limitada simplemente que deje sin efecto el tenor de la prohibición ha de entenderse contraria a derecho”.

⁵⁴⁹ Al respecto, FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, A., *Ibid.*, p., 139, sostiene la posibilidad de conceder la autorización a partir de una determinada fecha, o denegarse a partir de una determinada fecha. Someterse la autorización a condición, “tanto suspensiva como resolutoria”. Por su parte, LLEBOT MAJÓ, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, *cit.*, p. 54, apunta que la dispensa puede exigir una contraprestación al administrador que compense a la sociedad de los eventuales perjuicios que pueda ocasionar el desarrollo de la actividad por el administrador. El autor señala expresamente que “debe tenerse presente que el acuerdo de dispensa puede consistir no sólo en la concesión pura y simple de la misma, sino que también puede exigir una contraprestación al administrador que compense a la sociedad de los eventuales perjuicios que pueda ocasionar el desarrollo de la actividad por el administrador”.

precisas sobre su desarrollo⁵⁵⁰. Se trata de establecer los límites dentro de los que el administrador puede actuar, y fuera de los que la actuación desleal carecerá de protección, al quedar fuera del radio de acción del permiso y, por lo tanto, resultando ser una actuación no amparada por la protección de la dispensa.

2.3-. Denegación de dispensa

Junto con la decisión de autorizar la realización de una determinada conducta conflictiva, puede suceder que el órgano competente decida la denegación de la dispensa, debido a los perjuicios que del desarrollo de la conducta se pueden derivan en el interés social. Por tanto, el acuerdo de dispensa que se vote en el órgano competente puede ser desfavorable, motivándose adecuadamente el rechazo al conflicto por el que la sociedad opta.

Es preciso señalar, sin embargo, que a pesar de que deba motivarse el acuerdo que deniegue la autorización, dado que la dispensa es una forma permitir conductas prohibidas de manera extraordinaria, si la sociedad opta por denegar una solicitud de dispensa de un administrador lo hace porque dicha actuación conllevará un perjuicio al interés social, un peligro que no está dispuesta a aceptar⁵⁵¹. En este sentido, entendemos que, aunque el acuerdo, como el resto de los acuerdos sociales, deba estar correctamente motivado, si la sociedad opta por denegar el otorgamiento de la dispensa, está en su libertad de hacerlo. La dispensa es un instrumento extraordinario y, a pesar de que su utilización proporciona una forma de flexibilizar un sistema rígido de conflictos de interés, debe tenerse presente

⁵⁵⁰ La prohibición de competencia tiene carácter general porque ésta entraña siempre el desarrollo de actividades por cuenta propia o ajena con carácter temporalmente indefinido. Aunque la dispensa de la prohibición de competencia se otorgue con carácter general no significa que dicha autorización sea ilimitada y abarque toda conducta competitiva del administrador. Al igual que ocurre con el resto de las conductas, la dispensa del conflicto de competencia deberá quedar correctamente delimitada, estableciendo su alcance y los límites en los que la actuación competitiva del administrador se vaya a enmarcar. Igualmente, deberá referirse a una actividad competitiva concreta. Por lo tanto, no supone, de ninguna manera, una dispensa abierta. Se referirá a una actuación competitiva concreta, por ejemplo, actuar en el cargo de administrador de una empresa competitiva con la sociedad que administra, y ello no significará la posibilidad de ser administrador de toda empresa que actúe en el mismo mercado que la sociedad de la que es administrador, sino que deberá delimitarse la sociedad a la que se le permite pertenecer con el otorgamiento de esa concreta dispensa. Sobre la cuestión, OTEGUI JÁUREGUI, K., Los conflictos permanentes de interés entre la sociedad y el administrador, *cit.*, p. 235, añade que la sociedad puede dar su visto bueno a una actividad conflictiva para un determinado periodo. “*Transcurrido este, el administrador deberá abstenerse de continuar con el desarrollo de dicha actividad, a menos que la junta general decidiese prorrogar la dispensa para un nuevo periodo o, incluso con carácter indefinido*”. Aunque se refiere a los conflictos permanentes de interés, su interpretación debe extenderse también al resto de conflictos de interés.

⁵⁵¹ A este respecto, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Ibid.*, p. 235 señala que el rechazo al conflicto debe estar debidamente motivado. La razón, señala, es la imposibilidad de pasar por alto que la censura puede suponer una limitación a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la constitución, lo cual exige que no pueda ser injustificada y arbitraria.

que esa rigidez se establece para proteger el interés social, por ello, en caso de que la sociedad decida no conceder una dispensa, aunque el acuerdo debe motivarse adecuadamente, el fondo de dicha motivación, que será la defensa del interés social, no podrá atacarse. Por tanto, siempre que el acuerdo se adopte de forma motivada, razonable y conforme a las exigencias de la LSC será posible denegar el otorgamiento de la dispensa⁵⁵².

3-. RATIFICACIÓN DE COMPORTAMIENTOS DESLEALES COMO ACUERDO ESPECIAL

3.1-. Preliminar

La característica principal que define la institución de la dispensa es el carácter singular y previo a la realización de la conducta desleal, es decir, la dispensa debe otorgarse previa a la realización de la conducta desleal. Se trata de un control previo de deslealtad, a través del cual el administrador que pretende el desarrollo de una conducta que enfrenta su interés personal y el interés social deberá ponerlo en conocimiento de la sociedad, para que previo análisis de la información aportada por el administrador, tome la decisión acerca de si permite o no el desarrollo de la conducta, otorgando la dispensa en caso de que así lo estime conveniente. El instituto de la dispensa supone situarse en un control ex ante en el que la sociedad tratará de analizar los pormenores del conflicto de interés que el administrador pretende desarrollar, así como los posibles efectos que éste pueda tener en el interés social, tras lo cual la sociedad tomará la decisión que crea oportuna, otorgando o no la dispensa. Se trata de que el administrador recabe la autorización concreta para la realización de la conducta interesada antes de su inicio, absteniéndose de realizar cualquier actividad hasta que la sociedad tome una decisión y apruebe el acuerdo de dispensa. Por tanto, cuando un administrador considere que una operación puede suponer la contraposición de su interés personal y el social, debe comunicar su situación al órgano de administración, absteniéndose de intervenir en la operación a la que el conflicto se refiera hasta contar con la dispensa oportuna para ello.

⁵⁵² OTEGUI JÁUREGUI, K., *Ibid.*, p. 236, añade que, en el supuesto de la prohibición de competencia, junto con el acuerdo denegatorio de dispensa la sociedad, en atención a las circunstancias, se podría acordar el cese del administrador en conflicto conforme al párrafo segundo del artículo 230.3LSC.

Aunque el control previo a la realización a la conducta es el escenario ideal, y a pesar de que la LSC nada diga al respecto, es posible que el permiso para actuar deslealmente se otorgue tras la realización de la conducta, o mientras ésta se encuentra en fase de desarrollo, a través de la institución de la ratificación o la convalidación⁵⁵³.

3.2.- La figura de la ratificación en el actual sistema

Dado que la LSC establece la posibilidad de dispensar determinados conflictos de interés a través de la oportuna dispensa (artículo 230.2 LSC), debe valorarse la posibilidad de que la sociedad permita con carácter posterior una situación de conflicto de interés en fase de desarrollo⁵⁵⁴. Aparentemente, no existe obstáculo alguno para que la sociedad pueda levantar la prohibición de evitar situaciones de conflicto de interés a los administradores cuya actividad se encuentre consumada o en fase de consumación mediante la figura de la ratificación.

La ratificación supone la existencia de una actuación previa y desleal de un administrador, que no ha sido dispensada y que posiciona al administrador en una situación de conflicto de interés. La actuación del administrador, a diferencia de lo que ocurre con la dispensa, que se solicita antes del comienzo de la actividad desleal, se va a encontrar consumada o en fase de desarrollo⁵⁵⁵. Aunque la LSC guarda silencio, a diferencia del caso de la autorización que no tiene cabida en el nuevo sistema, la institución de la ratificación no debe rechazarse por no estar expresamente contemplada. Al hablar de ratificar una actuación, situamos al administrador en una fase de desarrollo de la conducta, y dado que

⁵⁵³ Si diferenciábamos la dispensa de la autorización atendiendo al carácter singular y concreto de su contenido, centrándonos en el momento del otorgamiento del permiso, debemos distinguirla de la figura de la ratificación. GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, *cit.*, p. 3086, señala que la comunicación de existencia de conflicto debe ser previa para que pueda llevarse adelante la operación que suscita el conflicto, de lo contrario la quiebra del deber de lealtad ya se habría producido. Otra cosa es que la entidad decida luego, lo que debería tratarse como una opción excepción, una eventual ratificación de la conducta del administrador.

⁵⁵⁴ PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de las sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, *cit.*, p. 89, defiende que junto a la dispensa es igualmente admisible la ratificación del aprovechamiento ya consumado o en vías de consumación por parte del administrador. El autor señala que, si se permite dispensar al administrador la realización de un comportamiento prohibido, no pueden ponerse reparos a que la sociedad ratifique la conducta ya consumada o en curso de consumación. También, PORTELLANO DÍEZ, P., “Las obligaciones de los administradores en el marco de la función de garantía del régimen de los conflictos de interés”, *cit.*, p. 227, señala que, si la sociedad tiene capacidad de dispensar administradores realizar una conducta que en principio tiene prohibido, no debe ponerse ningún reparo a que la sociedad de su beneplácito a posteriori.

⁵⁵⁵ En este sentido SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 423, establece la existencia de una situación de conflicto de intereses ya consumada o en vías de consumación, sin que la actuación del administrador en conflicto se haya encauzado por el protocolo legal establecido, esto es, comunicación del conflicto y abstención de intervenir en la operación.

la conducta desleal ya se ha iniciado, el administrador no podrá solicitar una dispensa para la continuación del comportamiento desleal, sino que la sociedad tendrá que estudiar la posibilidad de ratificar la conducta llevada a cabo por el administrador. La posibilidad de la autorización ex post busca permitir a sociedad que sea concedora de la situación la decisión de si, atendiendo a las circunstancias, admite la continuación del desarrollo de la operación desleal.

Cuando el administrador lleva a cabo una conducta que supone un conflicto de interés con la sociedad, la consecuencia directa es la posibilidad que la sociedad tiene de reclamar responsabilidad al administrador, pudiendo reclamar los daños ocasionados y el enriquecimiento obtenido en el desarrollo de su conducta, además de poder cesar al administrador de su cargo. No obstante, la junta través de la figura de la ratificación, cuando así lo considere, podrá permitir que el administrador continúe su conducta desleal, ya sea por los beneficios que le pueda estar reportando al interés social, o porque dicho comportamiento no suponga perjuicio alguno a la sociedad. De esta manera, la posibilidad de ratificar comportamientos desleales en fase de desarrollo se convierte en una forma de flexibilizar aún más el régimen de conflictos de interés⁵⁵⁶. Así pues, en caso de que la sociedad decidiera que dicha situación no supone un perjuicio para la sociedad, esto es, porque la situación de conflicto de interés es inocua para la sociedad, o incluso porque dicha actuación reportaría beneficios a la sociedad, no debería haber obstáculo alguno para que la sociedad pudiera permitir la continuación de la conducta desleal⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ El retraso en la comunicación del conflicto o el conocimiento tardío del mismo por otros medios no puede implicar la imposibilidad de la sociedad de dar el visto bueno a una determinada conducta desleal, pues ello supondría el cese automático de administradores por operaciones que la sociedad estaría dispuesta a tolerar o incluso de las que podría beneficiarse. En este sentido se manifiesta también, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 236 y 237.

⁵⁵⁷ Esta ratificación, no contemplada en la legislación, es una interesante forma de dispensa. El acuerdo de ratificación debería ser adoptado por la junta general, y debería estar sujeto al mismo régimen de mayorías del acuerdo de dispensa, previa comunicación por el administrador de todas las circunstancias relevantes relativas a la actividad prohibida que se esté desarrollando, con el fin de que la sociedad pueda valorar los daños efectivos o eventuales que dicha conducta hubiera podido producir, o que puedan llegar a darse en el futuro. LLEBOT MAJO, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, cit., p. 43, señala que el contenido o alcance del acuerdo de ratificación puede limitarse a exonerar de responsabilidad a los administradores, pero también puede abarcar otros aspectos tales como la exigencia de contraprestaciones que compensen a la sociedad de los daños eventuales que pueda padecer. A este respecto, opino que el acuerdo de ratificación podría ser de dos tipos, por un lado, podría ser únicamente un acuerdo exonerador de responsabilidad, pero que no permitiera la continuación de la actividad prohibida. Y, por otro lado, además del carácter exonerador que tiene, el propio acuerdo de ratificación podría actuar como un propio acuerdo de dispensa, pues al ratificar la conducta del administrador, la sociedad está permitiendo su continuación, por lo que el administrador podría continuar en su conducta amparado bajo un acuerdo de tipo dispensatorio. Sobre la capacidad de exoneración de responsabilidad de la ratificación, BOQUERA

El escenario que debe darse para debatir la ratificación de una conducta es aquel en el que el administrador, sin la solicitud de la oportuna dispensa, lleva a cabo una operación de conflicto de interés, y una vez en fase de desarrollo, o incluso una vez consumada la operación, la sociedad conoce el comportamiento desleal y decide aceptarlo⁵⁵⁸. Así pues, en caso de encontrarnos en una fase posterior al inicio de la conducta de conflicto de interés, la sociedad tendrá que decidir si tolera el comportamiento del administrador, ratificando su conducta desleal.

3.3.- El acuerdo de ratificación

A diferencia de la dispensa, que autoriza al administrador el desarrollo de un determinado comportamiento del administrador que le sitúa en conflicto de interés con la sociedad, el acuerdo de ratificación no trata de dispensar una actuación próxima, sino que pretende regularizar un comportamiento desleal que ya se encuentra en fase de consumación.

La junta general es el órgano competente para conceder la dispensa de todas las situaciones de conflicto de interés, con la competencia exclusiva en determinados casos, los considerados más graves, mientras que en los demás casos la competencia se comparte con el órgano de administración de la sociedad. No obstante, la competencia exclusiva para ratificar reside única y exclusivamente en la junta general en todos los casos⁵⁵⁹. Las

MATARREDONA, J., “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la junta general”, *cit.*, p. 42, declara que el acuerdo de ratificación no implica la renuncia al ejercicio de la acción de responsabilidad de contra el administrador. Sobre la cuestión, *Vid. infra*, Cap. V. En la misma línea, PORTELLANO DÍEZ, P., “Las obligaciones de los administradores en el marco de la función de garantía del régimen de los conflictos de interés”, *cit.*, p. 227, entiende la ratificación no en el sentido del artículo 259 CC sino en el sentido sanatorio, “*que es como se emplea el derecho comparado en serie de conflictos de interés*”. Así, señala, los efectos derivados de la validación (exoneración de responsabilidad) precisan que el administrador comunique, aunque sea a posteriori, todas las circunstancias relevantes y que sea satisfecha la garantía material.

⁵⁵⁸ La ratificación, al igual que la dispensa, deberá ser expresa. Si la sociedad es concedora de una situación de conflicto de interés en fase de desarrollo, o incluso aunque haya terminado, deberá ratificar expresamente dicha situación, siendo imposible que el mero hecho de conocer su existencia suponga su ratificación. Esta exigencia, además de en el principio de transparencia, se fundamenta en la mayor facilidad de impugnación del acuerdo de ratificación de una conducta desleal.

⁵⁵⁹ La junta general tiene la competencia exclusiva para levantar las prohibiciones impuestas a los administradores por el deber de evitar las situaciones de conflicto de interés mediante la ratificación posterior de las actividades prohibidas ya realizadas o en curso de realización por aquéllos, sin perjuicio de la impugnabilidad del correspondiente acuerdo de ratificación y de sus efectos con respecto de su responsabilidad, y lo hace en idénticos términos a los señalados con respecto al acuerdo de dispensa. Sobre la competencia exclusiva de la junta, LLEBOT MAJO, J.O., “Deberes y responsabilidad de los administradores”, *cit.*, p. 43; SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 425 y ss.; PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, *cit.*, p. 79; RIVAS FERRER, V., “El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés”, *cit.*, p. 1649. También, CABANAS TREJO, R., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, en *Tratado de Sociedades*

razones principales por las que se reserva la competencia de la ratificación a la junta son dos. En primer lugar, porque la junta general es el órgano competente del cese del administrador desleal. El párrafo segundo del artículo 230.3 LSC establece la competencia de la junta para resolver sobre el cese del administrador, por tanto, si es competente para valorar si cesa o no al administrador, es decir, si tiene la facultad de decidir no cesarle, nada obsta a que pueda decidir permitir la continuación de la actuación desleal ratificando su actuación. Por tanto, la junta tiene la facultad de cesar al administrador, pero también de mantenerlo en el cargo, ratificando su actuación desleal⁵⁶⁰. Por tanto, es soberana para, aun constatada la vulneración de la prohibición de conflicto, permitir el desarrollo de la operación conflicto de interés, no cesando al administrador por su actuación desleal⁵⁶¹. Sobre la cuestión es preciso señalar que el hecho de que la junta general decida no cesar al administrador no supone la ratificación de la conducta desleal. La figura de la ratificación, como la dispensa, requiere un acuerdo expreso y separado⁵⁶². Y, en segundo lugar, porque la LSC reserva a la junta general la competencia de dispensar exclusivamente los supuestos de conflicto de interés más

de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital, (Dir. PÉREZ PRENDES, MARTINEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUENÑAS, A., CABANAS TREJO, R.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1429, residencia la competencia en la junta general, y destaca la paradoja que supone que el socio deba abstenerse en la junta, lo que no ocurre en un acuerdo de exigencia de responsabilidad.

⁵⁶⁰ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 423 y ss., señala que la Junta General goza de libertad para apreciar la existencia de conflicto, porque “la sociedad es libre de no separar al administrador desleal y, por ende, ratificar su actuación”. En el mismo sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “Las obligaciones de los administradores en el marco de la función de garantía del régimen de los conflictos de interés”, cit., p. 227, la dispensa antes de que el administrador conflictuado pusiera en práctica una determinada conducta supondría que hasta ese momento el administrador no había infringido su deber de lealtad. En cambio, la ratificación comporta que el administrador ya ha cometido una grave irregularidad. La junta podría cesarle con justa causa y decidir desplegar contra él remedios legales que se prevén contra aquellos que infringen el deber de lealtad. “El poder de renunciar a sus remedios reside en los socios, así pues, la competencia para la ratificación solo puede recibir en la junta”.

⁵⁶¹ En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 117, zanja el debate acerca de si la junta está obligada adoptar un acuerdo de cese ante una situación de conflicto, señalando que la respuesta es en su caso, negativa. El autor apunta que la ley ha pretendido dejar claro que frente al carácter imperativo de la norma es posible el juego de la autonomía de la voluntad, y subraya la soberanía de la junta de no cesar automáticamente al administrador desleal. Por su parte, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 237, que señala que “en todo caso la junta sería soberana para mostrar su repulsa hacia el mismo”. En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 154-155.

⁵⁶² La no cesación del administrador desleal podría equiparse a una dispensa tácita, no permitida en la regulación actual, por lo que para ratificar la conducta desleal de un administrador deberá adoptarse el acuerdo expreso y separadamente, en idénticos términos al acuerdo de dispensa. En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., “Las obligaciones de los administradores en el marco de la función de garantía del régimen de los conflictos de interés”, cit., p. 229, señala que de la misma manera que no cabe la dispensa tácita, al menos una ratificación tácita. Por tanto “no constituye ratificación el hecho de que algún o algunos socios tengan conocimiento del comportamiento irregular del administrador”.

graves, permitiendo que el órgano de administración tenga una competencia residual para dispensar los supuestos menos graves, y siempre que la junta no haya atraído exclusivamente hacia ella dicha atribución de dichas facultades. En el caso de la ratificación, dada la gravedad de la situación, y que el objeto que se ratifica no es tanto el potencial conflicto de interés, sino un comportamiento efectivamente desleal del administrador que no ha cumplido el deber de comunicación y de abstención que la LSC establece, la competencia para ratificar dicha actuación debe residir exclusivamente en la junta general⁵⁶³.

Ahora bien, residir la competencia de la ratificación en la junta general no supone que la libertad de la junta para apreciar la existencia de conflictos de interés y ratificar la situación esté exenta de límites. Ante la incompatibilidad total de los intereses en conflicto de interés la junta estaría obligada a no ratificar la conducta del administrador⁵⁶⁴. De manera que, para que la junta general pueda ratificar una concreta situación es necesario que los socios conozcan la situación de conflicto, así como las circunstancias en las que se haya desenvuelto la actuación del administrador. A diferencia del procedimiento dispensatorio, que se inicia con la comunicación del conflicto por el administrador, en el caso de la ratificación basta que los socios sean conocedores de la situación para que se proceda a decidir el cese o la ratificación del administrador⁵⁶⁵.

Sobre la forma adopción del acuerdo, la decisión deberá adoptarse respetando el mismo régimen de quórums y mayorías que los establecidos para la modificación estatutaria⁵⁶⁶, aunque, aun cuando resulta discutible por algunos, parece que la opinión más fundada es

⁵⁶³ En este sentido, LLEBOT MAJO, J.O., “Deberes y responsabilidad de los administradores”, *cit.*, p. 43.

⁵⁶⁴ A este respecto, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 424, apunta que la junta no es soberana para perjudicar a la sociedad manteniendo en el cargo y ratificando la infracción de la conducta y los deberes de lealtad del administrador incurso en conflicto de intereses que cause irreversiblemente un daño a la sociedad. En el mismo sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, *cit.*, p. 118; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, *cit.*, p. 154-155.

⁵⁶⁵ A pesar de que el procedimiento pueda iniciarse una vez los socios hayan conocido de la situación, el administrador tiene el deber de comunicar todas las circunstancias relevantes relativas a la actividad prohibida que haya realizado o que esté realizando.

⁵⁶⁶ Defiende esta postura, PAZ ARES, C., “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, *cit.*, p. 34, al declarar que el acuerdo de dispensa debe tramitarse como modificación estatutaria. La razón, señala, reside en que la materia retributiva de los administradores está sujeta a reserva estatutaria y que la retribución a la que se refiere es retribución de los administradores, “por ello no cabe tampoco una simple cláusula general que faculte a los accionistas a satisfacer retribuciones externas en general, pues ello significaría desnaturalizar la materia”. En la misma línea, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 425.

la que considera que el procedimiento de ratificación está sujeto a idéntico régimen de mayorías que el acuerdo de dispensa, ello porque, aunque se refiera a una conducta en fase de desarrollo o incluso consumada, la figura de la ratificación no hace sino dispensar, aunque ex post, una conducta desleal⁵⁶⁷.

3.4.- Alcance de la ratificación

El alcance o el contenido del acuerdo de ratificación puede comprender distintos supuestos. En el escenario de la ratificación, el administrador no solo ha contravenido la obligación de evitar una situación de conflicto de interés, sino que, además, ha infringido los deberes de comunicación y de abstención (arts. 229.3 y 228.c) LSC). Por tanto, la ratificación no pretende dispensar al administrador de la prohibición de desarrollar la conducta, pues ya se ha iniciado la misma, sino que lo que procura es que ese comportamiento desleal del administrador quede regularizado.

Una de las cuestiones que se plantean respecto del acuerdo de ratificación es la relativa al alcance del acuerdo. El escenario de la ratificación supone una actuación desleal previa del administrador, por tanto, si la sociedad optara por ratificar dicha conducta, el acuerdo de ratificación se referirá a una actuación ya consumada o en vías de consumación. Regularizar la conducta desleal del administrador supone la liberación del administrador que, aunque no solicitó la oportuna dispensa, a efectos de responsabilidad, sería como si hubiera actuado bajo su amparo. Sin embargo, el acuerdo de ratificación puede comprender diferentes destinos para el administrador desleal.

El supuesto más común es el acuerdo de ratificación que se limita a exonerar de responsabilidad a los administradores por la actividad desleal desarrollada. Dado que la ratificación supone un control posterior al inicio de la conducta que la sociedad acepta, a través del acuerdo de ratificación la junta general acepta la existencia de un comportamiento desleal consumado y ratificará el mismo, exonerando de responsabilidad al administrador desleal. Este supuesto es el que menos dudas plantea, pues se trata de

⁵⁶⁷ En este sentido, LLEBOT MAJO, J.O., “Deberes y responsabilidad de los administradores”, *cit.*, p. 43, el autor defiende que la dispensa debe adoptarse de acuerdo con el régimen de mayorías previstas para cada tipo social y que, aunque en el caso de la sociedad anónima debe situarse en la aplicación analógica del régimen de mayorías necesarias para modificación de los estatutos, en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, en virtud del artículo 199. b) LSC la mayoría necesaria será de al menos 2/3 de los votos.

ratificar una conducta desleal finalizada. Mayores interrogantes aparecen cuando la conducta desleal del administrador se encuentra aún en fase de consumación.

El segundo escenario es aquel en el que se trata de ratificar a una actuación presente, un comportamiento desleal en fase de consumación. En este caso, el administrador está actuando deslealmente sin el amparo de la dispensa oportuna para llevar a cabo la actuación de conflicto de interés y los socios advierten la situación de conflicto del administrador. En este caso, la junta general debe decidir si ratifica dicha actuación, permitiendo su continuación, o decide cesar al administrador y ejercitar la acción de responsabilidad contra él. En este escenario la sociedad, además de ratificar una situación pasada, debe decidir sobre el futuro de la operación. En este contexto la decisión que debe adoptar la sociedad es doble. Primero debe decidir si la conducta hasta el momento realizada por el administrador se ratifica, validando las operaciones hasta el momento realizadas. Y después, la junta debe decidir si permite la continuación de su desarrollo. A este respecto, aun cuando resulta discutible considerar que la ratificación puede alcanzar a operaciones futuras, siempre que estén previamente determinadas material y temporalmente⁵⁶⁸. A nuestro entender, la opción más garantista es aquella que ratifica la conducta desleal pasada, otorgando la dispensa de la operación que se pretende seguir desarrollando. De modo que, aunque se trate de dos acuerdos, la ratificación y la dispensa, ambos podrían votarse conjuntamente, pues se trataría de autorizar la misma conducta, ratificando la operación iniciada, y extendiendo la autorización a través de la concesión de la dispensa, eximiendo de responsabilidad al administrador no solo por el comportamiento realizado sino también por la que se pretenda llevar a cabo desde ese momento, quedando la conducta amparada por el permiso otorgado. Por último, el acuerdo de ratificación puede comprender la exigencia de contraprestaciones que compensen a la sociedad por los eventuales daños que pudiera padecer, y lo hará en los mismos términos que el acuerdo de dispensa las puede incorporar.

En fin, la institución de la ratificación puede convertirse en una interesante figura, que además no tener que suspender un comportamiento que a todos los efectos podría resultar beneficioso para la sociedad, (el administrador no tendría que cesar en su conducta, solicitar la dispensa y volver a retomar el comportamiento desleal), supondría una mayor

⁵⁶⁸ Es el caso de J.M., SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 425.

agilidad del proceso. Además, implicaría adoptar un acuerdo de ratificación con una mayor y más completa información, pues la conducta en fase de desarrollo estaría mejor delimitada, junto con los posibles perjuicios, y sobre todo los beneficios que la conducta podría atraer a la sociedad, pues la junta general no estaría estudiando datos hipotéticos, sino que se encontraría ante datos reales y actuales con los que tomar la decisión de manera fundamentada.

CAPÍTULO V-. EFECTOS DEL OTORGAMIENTO DE LA DISPENSA

I-. PRELIMINAR

El efecto natural derivado de la concesión del permiso al administrador es la regularización de la conducta desleal, que ahora cuenta con la autorización de la sociedad para su desarrollo, dejando de estar prohibida. El hecho de regularizar la conducta antisocial del administrador no supone su total libertad, pues a pesar de poder desarrollar la operación de conflicto de interés, su actuación queda sujeta a un control por parte de la sociedad, que verificará la adecuación entre la dispensa otorgada y el comportamiento efectivamente llevado a cabo por el administrador dispensado. Por tanto, el hecho de que el administrador cuente con la dispensa oportuna no supone la libertad para explotar la operación autorizada, y ello porque la propia dispensa marca los límites en los que puede actuar, límites que la sociedad controlará con el fin de que no sean rebasados.

Como ocurre dentro de la propia sociedad, en la que el otorgamiento de la dispensa conlleva una serie de consecuencias, la dispensa también tiene efectos frente a terceros que deben ser igualmente tenidos en cuenta a la hora de decidir su otorgamiento.

La última cuestión que debe atenderse se refiere a la posible responsabilidad del administrador por actos desleales. Aunque no es objeto de este trabajo el estudio de la responsabilidad derivada de la infracción del deber de lealtad, nos referiremos a la posibilidad de que un determinado comportamiento previamente dispensado pueda o no derivar en responsabilidad del administrador⁵⁶⁹.

II-. REGULARIZACIÓN DEL COMPORTAMIENTO INICIALMENTE DESLEAL

⁵⁶⁹Sobre el régimen de responsabilidad del administrador, vid. MASSAGUER FUENTES, J., “La responsabilidad contractual de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de lealtad”, *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 313, 2019; EMPARANZA SOBEJANO, A., “La responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad (art. 227.2 LSC)”, *cit.*, p. 211-234; EMPARANZA SOBEJANO, A., “Medios de tutela por infracción del deber de lealtad del administrador: la acción de enriquecimiento injusto”, *cit.*, p. 361-402.

1-. PRELIMINAR

Atendidos los diferentes acuerdos que la sociedad puede adoptar, llegados a este punto nos centraremos en las consecuencias derivadas del acuerdo de otorgamiento de dispensa. Es decir, en lo que ocurre en aquellos casos en los que la sociedad, en atención a las circunstancias de la operación de conflicto, decide conceder la dispensa del deber de lealtad al administrador. No toda dispensa surte un efecto autorizador, pues para que ello ocurra deben respetarse los requisitos que la ley establece para ello. Por tanto, cuando hablemos de los efectos derivados de la dispensa nos referiremos a los efectos derivados del correcto otorgamiento de la dispensa, es decir, a la dispensa que cumple los requisitos de procedimiento, equidad y transparencia que la LSC exige.

El principal efecto que produce el otorgamiento de la dispensa es la regularización del comportamiento desleal. La regularización de la conducta, a su vez, producirá dos efectos, por un lado, un efecto legalizador de la conducta desleal, y, por otro lado, un efecto de exención de la responsabilidad. Los mencionados efectos serán analizados a continuación con mayor detenimiento.

2-. REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA DESLEAL POR EL ADMINISTRADOR

2.1-. El consentimiento de la sociedad como fundamento de la realización de la conducta

La dispensa consiste en el consentimiento de la sociedad para que el administrador interesado pueda intervenir en las operaciones a que el conflicto se refiera. Así pues, la consecuencia principal derivada del otorgamiento de la dispensa es la posibilidad de la realización de un determinado acto desleal por parte del administrador o de una persona a él vinculada⁵⁷⁰.

El administrador que decide comunicar una determinada situación de conflicto de interés en la que se encuentra, o incluso crea que puede encontrarse, lo hace con el fin de que la sociedad permita el desarrollo de la conducta prohibida, por lo que con su comunicación se desencadenan una serie de mecanismos cuyo fin último no es otro que la protección del interés social. Así pues, la comunicación de la situación de conflicto da inicio al

⁵⁷⁰ En este sentido, QUIJANO GONZAÉLEZ, J., “Deber de lealtad: régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 21.

procedimiento dispensatorio, que termina, si la sociedad así lo considera, con el otorgamiento de la dispensa. El administrador que comunica a la sociedad su situación de conflicto de interés pretende que la sociedad permita el desarrollo de la conducta prohibida, regularizando su situación de deslealtad. De modo que, cuando la sociedad acude al instituto de la dispensa está consintiendo al administrador estar en una situación en la que se produce un enfrentamiento de intereses, el interés personal del administrador y el interés social al que sirve. La sociedad consiente, por tanto, una situación en la que el administrador va a primar la defensa o promoción de un interés propio o de un tercero, en detrimento del interés social cuya protección tiene encomendada por su posición fiduciaria en la sociedad.

2.2.- Levantamiento del deber de abstención y la nueva posición jurídica del administrador en la sociedad

Entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad del administrador, el artículo 228.e) LSC establece el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en una situación de conflicto de interés. Así pues, ante una situación en la que el interés personal del administrador pueda entrar en conflicto con el interés social el administrador tiene el deber de abstenerse de realizar conducta alguna. El precepto establece la regla de no conflicto, una regla que no se centra en el desempeño efectivo de las funciones del administrador, sino más bien, en la sujeción de dicho desempeño al interés social⁵⁷¹. Así pues, el artículo 228.e) LSC exige una actitud activa de los administradores, que deben abstenerse de incurrir en situaciones de conflicto de interés. Sin embargo, el deber de abstención no es absoluto, pues su excepción es posible a través de un acuerdo de dispensa previo ⁵⁷². De manera que, el efecto derivado de la concesión de la dispensa es el levantamiento del deber de abstención que el artículo 228.e) LSC establece, permitiendo al administrador la incursión en una situación de conflicto de interés.

Aunque la consecuencia resulte ser la misma, que el administrador puede actuar en conflicto de interés con la sociedad, rigurosamente, si pretendemos hablar del efecto derivado del otorgamiento de la dispensa debemos referirnos a que el resultado de su

⁵⁷¹En extenso, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 85.

⁵⁷²A este respecto, LLEBOT MAJO, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, cit., p. 54, señala que el levantamiento de la prohibición que produce el acuerdo de dispensa exige el cumplimiento la comunicación de todas las circunstancias que rodean al conflicto.

concesión es el levantamiento del deber de abstención. Por esta razón, y aunque el resultado final es el mismo (el desarrollo de una conducta desleal), no es correcto afirmar que la dispensa faculta al administrador a desarrollar una conducta desleal, sino más bien debemos señalar que la dispensa supone el levantamiento del deber de abstenerse a llevar a cabo la conducta prohibida (art. 228.e) LSC), permitiendo su explotación por el administrador.

En consecuencia, el principal efecto que se deriva del otorgamiento de la dispensa es la facultad de la sociedad de liberar al administrador del deber de abstenerse de participar en operaciones que le sitúen en conflicto de interés con la sociedad. Así pues, el acuerdo de dispensa produce el levantamiento de la prohibición de incurrir en situaciones de conflicto de interés. La autorización conlleva, por tanto, la habilitación del administrador para actuar, y supone la atribución de una posición jurídica activa, pues habilita al administrador para actuar en una situación de conflicto de interés que sin la oportuna dispensa está prohibida.

2.3-. La función legitimadora del otorgamiento de la dispensa

A la vez que habilita el desarrollo de la conducta del administrador, la dispensa también tiene una función legitimadora en sentido material, pues es instrumento y forma de legitimación⁵⁷³. La dispensa, por tanto, legitima al administrador a desarrollar un comportamiento de conflicto de interés con la sociedad. El hecho de levantar la prohibición de incurrir en situaciones de conflicto supone que la conducta desleal que se dispensa deja de ser desleal en tanto en cuanto la propia sociedad decide su regularización. Por tanto, el acuerdo de dispensa legaliza el desarrollo de una conducta legalmente desleal.

La dispensa consiste en una autorización particularizada o específica para realizar una operación que de otro modo estaría prohibida por constituir una infracción del deber de lealtad. No obstante, para que la dispensa pueda surtir los mencionados efectos debe estar correctamente otorgada⁵⁷⁴. Si su concesión adolece de algún defecto, ya sea formal o

⁵⁷³ Sobre la función legitimadora de la figura de la autorización, RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Sobre la autorización en derecho privado”, *cit.*, p. 383, señala que la autorización hace adecuada a derecho y legitima la actuación e intromisión del autorizado en la esfera jurídica del negocio que realizará con eficacia para el autorizante.

⁵⁷⁴En este sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Deber de lealtad: régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 21, señala que se somete a la dispensa a un conjunto de garantías formales y materiales relacionadas

material, la dispensa no tendrá los efectos que legalmente se le confieren. En fin, solo la dispensa correctamente otorgada produce el efecto convalidador o legalizador de la conducta desleal del administrador, eximiéndole de responsabilidad⁵⁷⁵.

Cabe destacar que la regularización de la conducta desleal del administrador no solo supone que el administrador pueda llevar a cabo una determinada conducta desleal, también puede incluir la realización de una determinada contraprestación que compense a la sociedad de los perjuicios que puedan derivarse de la concesión del permiso. La sociedad no solo está facultada para liberar al administrador de su deber de abstención, puede exigirle, además, una contraprestación que compense a la sociedad de los eventuales perjuicios derivados de la dispensa que se vaya a conceder al administrador en conflicto de interés⁵⁷⁶. Se trata de compensar los posibles perjuicios que pueden derivarse de la concesión de la dispensa, o incluso de beneficiar a la sociedad de la oportunidad aprovechada por el administrador.

Así pues, el administrador que cuente con la dispensa oportuna estará legitimado para desarrollar un determinado comportamiento desleal, por lo que podrá desarrollar el mismo dentro de los límites establecidos en el acuerdo dispensatorio y cumpliendo, en su caso, la contraprestación acordada en el mismo.

III-. CONTROL SOCIETARIO SOBRE LA ACTUACIÓN DEL ADMINISTRADOR DISPENSADO

1-. PRELIMINAR

En atención al régimen de dispensa que la LSC construye, debe comprenderse que el hecho de conceder una dispensa no agota la labor de la sociedad sobre la actuación desleal

con la adopción de la decisión, la competencia para adoptarla, el procedimiento, los presupuestos y efectos, etc.

⁵⁷⁵ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 419, alude a los requisitos procedimentales y materiales en los que debe fundarse el acuerdo dispensatorio, y establece que en caso de que éstos no fueran respetados, “la dispensa no provoca el efecto convalidador o legalizador de la conducta desleal del administrador”.

⁵⁷⁶ En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, cit., p. 84., sostiene que la sociedad “tiene en su mano exigir una contraprestación al administrador a cambio de la dispensa”. En el mismo sentido lo hace, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 419.

del administrador, pues debe activarse un sistema de control sobre el comportamiento del administrador dispensado.

Por consiguiente, la actividad que previamente hubiera sido autorizada por la sociedad está sujeta a un control social, que no solo procurará que la actuación se adecúe al ámbito objetivo y subjetivo del acuerdo de dispensa, sino que, además, velará por que se cumplan las condiciones que se acordaron en el acuerdo. Ese control posterior sobre la actuación del administrador incluye también la verificación del agotamiento de la dispensa, y, por tanto, su posible renovación⁵⁷⁷. Por último, abordaremos el escenario en el que en un momento posterior al otorgamiento de la dispensa se produce un cambio relevante en las circunstancias que rodean a la operación interesada, y las consecuencias que pueden derivarse del mismo. Comunicado el cambio por el administrador, o verificado el mismo gracias a la labor de vigilancia de la sociedad, la junta o el órgano de administración decidirán si se revoca o no la dispensa otorgada. A continuación, analizaremos el sistema de control que la sociedad tiene a su alcance, que, aunque limitado a la verificación de que la actuación del administrador, los efectos derivados del control son, como veremos, de diferente índole.

2-. EL PAPEL FUNDAMENTAL DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN EL CONTROL DE LA SOCIEDAD TRAS EL OTORGAMIENTO DE LA DISPENSA

Tras una primera lectura del artículo 229.3 LSC puede parecer que el deber de información que el precepto establece se refiere al momento anterior al otorgamiento de la dispensa, es decir, al instante en el que el administrador, consciente de que su conducta puede suponer o efectivamente supone una situación de conflicto de interés y comunica dicha coyuntura a la sociedad. El ámbito objetivo del deber no se limita, sin embargo, a ese momento previo, sino que su efecto debe mantenerse durante la vigencia del acuerdo de dispensa. Cuando el artículo 229.3 LSC exige al administrador la comunicación de cualquier situación de conflicto en la que pueda encontrarse, está exigiendo al administrador comunicar a la sociedad no solo la existencia de su conflicto de interés, sino todos los pormenores que puedan acompañar al mismo. Por consiguiente, el deber

⁵⁷⁷ CABANAS TREJO, R., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 1429, señala a este respecto que la dispensa, aun siendo correcta en el aspecto formal y material, solo libera al administrador en primera instancia, o, mejor dicho, solo le libera de la amenaza de infringir el deber de lealtad por la mera realización de la conducta, pero no exime de un control posterior en función del resultado dañoso.

no solo queda circunscrito a la fase previa a la solicitud de dispensa, sino que es fundamental que el riesgo de información se mantenga incluso después de su concesión, dada la importancia que tiene el hecho de que la sociedad conozca en qué términos se está desarrollando la actuación desleal que ha sido dispensada⁵⁷⁸.

El fundamento de que el deber de información deba mantenerse incluso después de haber comunicado el conflicto y haberse otorgado la dispensa reside en la imposibilidad de prever las posibles circunstancias cambiantes en las que se puede desarrollar la conducta desleal dispensada, lo que hace fundamental que se desarrolle una labor de control sobre la conducta que se decidió autorizar⁵⁷⁹. Así, igual que ocurre con el contenido de la comunicación del conflicto, que no se especifica en la ley, la información que debe proporcionarse a la sociedad una vez otorgada la dispensa debe seguir la misma línea. No basta con aludir a situaciones tácitas ni dar por supuesto que en la sociedad ya se sabía o debería haberse sabido las circunstancias que rodean al conflicto. Luego, la información que el administrador proporcione respecto de la realización de la conducta dispensada debe ser siempre lo más concreta y completa posible.

Sobre la forma y el momento en el que debe proporcionarse la información tras el otorgamiento de la dispensa, dependerá de factores como el tipo de conducta y las posibles repercusiones que el comportamiento desleal pueda tener en la sociedad. No se trata de que el administrador tenga que rendir cuentas de cada operación que realice, puesto que ya justificó la actividad desleal que pretendía realizar al comunicar el conflicto de interés y solicitar la dispensa. Sin embargo, y en todo caso, si la sociedad solicita información y requiere una actualización sobre el estado de la operación desleal que está

⁵⁷⁸ El principio de transparencia que inspira el sistema de dispensa es el que obliga a que el deber de información se mantenga incluso tras el otorgamiento de la dispensa, y ello con el fin de hacer conocida a la sociedad de las circunstancias en las que se está desarrollando la conducta que haya sido por ella dispensada. Debido a lo cual, el deber de información que el administrador tiene cuando se encuentra ante la existencia de un conflicto obliga a éste no solo a la mera comunicación de la realidad conflictual en la que se encuentra, sino que debe proporcionar una información completa y concreta en la que se incluyan los pormenores de la conducta. Como señala, *OTEGUI JÁUREGUI, K., Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad, cit., p. 240*, aunque refiriéndose a los conflictos permanentes de interés, “*será imprescindible que el administrador informe puntual, íntegra y pormenorizadamente sobre el conflicto de interés que se trata en cada caso*”.

⁵⁷⁹ En este sentido, *RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, cit., p. 105*, sugiera que, si las circunstancias y condiciones en las que se otorgó la dispensa sufren modificaciones, se extiende en el tiempo la obligación de completar la información proporcionada por el administrador.

desarrollando, el administrador deberá proporcionar los datos que estén a su alcance y que arrojen luz sobre el estado de desarrollo de la conducta desleal.

Los momentos en los que la puesta en conocimiento de las circunstancias del conflicto puede tener repercusión en la vigencia de la dispensa son fundamentalmente dos. En primer lugar, el administrador debe proporcionar información durante la realización de la conducta. Se trata de que la sociedad tenga la información necesaria para tomar una posible decisión sobre el mantenimiento de la dispensa. En este sentido, puede ocurrir que la conducta dispensada y la realmente realizada sean idénticas, es decir, que el comportamiento del administrador sea el comportamiento efectivamente dispensado, sin embargo, puede suceder que la conducta que se autoriza en el acuerdo y la que el administrador desarrolla no sean la misma, o no se realice la actividad en los términos previstos en el acuerdo dispensatorio. En virtud de ello, la sociedad podrá seguir permitiendo el desarrollo de la conducta, pues la misma se adecúa a lo acordado en la dispensa, o podrá decidir la revocación de la dispensa, retirando al administrador la autorización bajo la que desarrollaba la operación desleal.

El segundo momento en el que el administrador debe informar a la sociedad es una vez finalizada la operación o conducta desleal que venía desarrollando. El final convencional es aquel en el que el administrador se limita a comunicar el fin de su actuación, pudiendo incluso tener que dar a conocer los resultados obtenidos gracias a la dispensa con la que actuó deslealmente. Pero puede ocurrir que el administrador pretenda mantener el desarrollo de la conducta desleal que había estado desarrollando con la dispensa otorgada, es decir, que el administrador podría pretender que esa dispensa se renovara. A continuación, veremos estas posibilidades con mayor detenimiento.

3-. ADECUACIÓN DEL COMPORTAMIENTO AL OBJETO DE LA DISPENSA

El correcto otorgamiento de la dispensa exige que la misma sea otorgada respetando los requisitos legalmente establecidos, esto es, que la dispensa se conceda a través de un acuerdo expreso y separado, tenga carácter singular y que se otorgue previo a la realización de la conducta desleal. Se trata de condiciones que deben cumplirse en el tiempo y la forma acordados, lo que acota el ámbito en el que el administrador puede actuar sin que su actuación pueda ser objeto de responsabilidad. Es por esta razón por la que los límites que se deciden en el acuerdo dispensatorio son los límites en los que el

administrador puede actuar deslealmente sin que la realización de dicha conducta conlleve responsabilidad. De manera que, el acuerdo de dispensa es el ámbito tanto objetivo, como subjetivo, así como temporal, dentro del cual el administrador debe encuadrar el desarrollo de la conducta prohibida.

Respecto del ámbito objetivo, el acuerdo dispensatorio establece cual es la conducta que se autoriza, debiendo limitarse el administrador a desarrollar estrictamente la operación que la sociedad ha decidido autorizar. En cuanto al ámbito subjetivo, debido el carácter singular de la dispensa, ésta se refiere única y exclusivamente al administrador o administradores que son parte del acuerdo dispensatorio adoptado por el órgano competente. Es decir, la dispensa se otorga para un concreto administrador, que es quien comunica su situación de conflicto de interés con la sociedad y solicita la dispensa para el desarrollo de dicha conducta. Ello supone que la dispensa otorgada solo es aplicable a éste, pues el acuerdo se adoptó para ese concreto administrador y ninguno más. Así, en caso de que otro administrador pretendiera el desarrollo de la misma conducta desleal, incluso aunque fuera idéntica, tendría que proceder a la comunicación de su situación, absteniéndose de realizar cualquier tipo de actuación, y solicitando la dispensa oportuna. Por tanto, el acuerdo dispensatorio afectará solamente a los administradores que sean parte de este, y a ningún otro más.

Sobre el ámbito temporal, hay que distinguir entre las conductas desleales que se agotan en el momento de su realización y el supuesto del conflicto de competencia, que por sus características tiene una permanencia en el tiempo. En el caso de los primeros, la dispensa se otorga para la realización de una conducta concreta, determinada y puntual. Es decir, que la vigencia de la dispensa se agota con la propia realización de la conducta. En el caso de los segundos, la cuestión tiene mayores dificultades pues el conflicto de competencia es un conflicto de carácter estructural que se mantiene en el tiempo. La solución en estos casos pasa por acordar una dispensa por tiempo determinado y, una vez llegado su término, la dispensa pierde la vigencia, debiendo el administrador cesar la actividad competitiva⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ A este respecto, OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, cit., p. 243, destaca la necesidad de analizar los cambios que un determinado conflicto estructural tenga, pues éstos podrían invalidar la dispensa otorgada.

La actuación de administrador debe quedar en todo momento encuadrada dentro de los límites establecidos en el acuerdo de dispensa, de modo que la primera línea del control social sobre la actuación dispensada es la verificación de que la actuación desleal se enmarca en el acuerdo dispensatorio⁵⁸¹. Se trata de vigilar que la actuación que el administrador ha desplegado opera, efectivamente, dentro de los límites del acuerdo de dispensa. Ello significa que la junta general, o el órgano de administración en su caso, deben llevar a cabo la tarea de controlar que el administrador ha actuado de acuerdo con los pronunciamientos acordados. Esto es, siempre que un administrador desarrolle una conducta desleal la sociedad deberá comprobar si ha actuado bajo el amparo de la dispensa, y una vez verificado, deberá examinar si la actuación del administrador supera los límites establecidos en el acuerdo, además de que, en caso de que la hubiera, la contraprestación acordada se ha cumplido. En definitiva, la labor de la sociedad es la de verificar que se cumplen todos los extremos del acuerdo de dispensa, que la conducta del administrador se adecua a la conducta realmente dispensada y que el administrador cumple con la contraprestación acordada.

Finalmente, comunicada la situación de conflicto de interés y otorgada la dispensa para la realización de la actuación desleal, consumada la conducta dispensada, se agota el permiso concedido, lo que hace que el administrador deba cesar su comportamiento, y no pueda continuar el mismo o repetirlo sin la concesión de una nueva dispensa, o sin la renovación del acuerdo.

4-. VALIDACIÓN Y RENOVACIÓN DE LA DISPENSA

La dispensa se construye como un instrumento autorizador individual, es decir, que se otorga a un concreto administrador o un grupo de administradores correctamente individualizados e identificados. Se concede, además, a través de un único acuerdo que ampara única y exclusivamente al administrador que es parte de la decisión dispensatoria, para que lleve a cabo la conducta concreta dispensada, por el tiempo establecido en el acuerdo.

⁵⁸¹ Sobre el control de la sociedad, CABANAS TREJO, R., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 1429, señala que la intensidad del control es diferente según de cuál sea el órgano del que proviene la dispensa. Expresamente, “*la labor de escrutinio es diferente cuando la dispensa proviene del órgano de administración, pues la junta se inmiscuye en asuntos de gestión*”.

La individualización y concreción del acuerdo de dispensa tiene una serie de consecuencias. En primer lugar, un administrador que no es parte del acuerdo no puede ampararse en que una determinada conducta desleal cuenta con el beneplácito de la sociedad por haberse concedido una dispensa a otro administrador por el mismo comportamiento. En este caso, si un administrador actuara amparándose en dicha circunstancia habría actuado deslealmente y la sociedad podría tomar las medidas de reclamación de responsabilidad que la LSC pone a su alcance⁵⁸². La segunda consecuencia derivada de la precisión del acuerdo dispensatorio es que, agotado el tiempo fijado en el mismo, el administrador dispensado no cuenta con el amparo de la autorización, debiendo cesar toda actuación desleal que hasta el momento hubiera estado permitida.

En atención a las posibles consecuencias que pueden derivarse, son dos las instituciones que se despliegan para hacer frente a las mismas. Así, por un lado, para aquellos casos en los que un administrador ha actuado deslealmente sin el amparo de la dispensa oportuna la sociedad podrá acordar la validación o ratificación de la conducta desleal, y, por otro lado, para aquellos casos en los que la dispensa acordada se agota, la sociedad podrá acordar su renovación. Por último, sin perjuicio de la posibilidad de dispensar, ratificar e incluso renovar la dispensa, cabe destacar que la sociedad, en atención a las circunstancias, podrá decidir la revocación del permiso en cualquier momento en atención a la protección del interés social.

4.1.- La validación o ratificación de la conducta desleal

El artículo 228.e) LSC consagra la obligación de tomar las medidas oportunas para evitar incurrir en situaciones de conflicto entre las obligaciones básicas del administrador. Ello se traduce en el deber del administrador de abstenerse de intervenir en operaciones en las que pueda producirse un conflicto de intereses. Así pues, el administrador que pretenda incurrir en una situación de conflicto debe comunicar su posición a la sociedad, absteniéndose de realizar conducta alguna y solicitar la dispensa oportuna que le permita llevar a cabo la conducta desleal por el deseada. Solo entonces, una vez aprobado el

⁵⁸² CABANAS TREJO, R., *Ibid.*, p. 1428, señala que el carácter singular de la dispensa se debe a que ha de estar referida a una realización individual a favor de administradores concretos, así, “no cabe una dispensa abierta que sirva para futuros administradores”.

acuerdo dispensatorio, podrá el administrador desarrollar la conducta prohibida, pues contará con el beneplácito de la sociedad para ello.

Puede suceder, no obstante, que la sociedad se tope con la existencia de un conflicto de interés que se materialice en una conducta ya consumada, o en fase de realización, que no había sido objeto de comunicación a la sociedad, y que, por tanto, no contaba con la dispensa oportuna para su desarrollo. O incluso puede suceder que el administrador comunique a la sociedad una situación de conflicto de interés que ya se ha realizado o que está realizando. En este caso, la consecuencia obvia que se deriva de tal situación sería la exigencia de responsabilidad al administrador por su actuación desleal, sin embargo, puede suceder que la sociedad, en atención a las concretas circunstancias, y si así lo estime oportuno, decida validar la conducta del administrador.

4.2.- La renovación de la dispensa

Sea cual sea el conflicto de interés que pretende dispensarse debe contar con la oportuna dispensa, concretada e individualizada para el caso concreto. En este sentido, la dispensa debe ser una para cada situación de conflicto de interés y cada permiso que la sociedad conceda será referido a una única operación o actuación desleal. Esta labor de concreción no se refiere solamente al ámbito objetivo y subjetivo, el ámbito temporal al que se refiera la dispensa tiene, también, un carácter fundamental.

El órgano que resulte ser competente debe aprobar un acuerdo de dispensa lo más concreto y delimitado posible, en el que quede correctamente definido el alcance del permiso. De forma que deben especificarse los límites que la sociedad acepta que su administrador traspase al estar en situación de conflicto con la sociedad de la que es administrador, incluyendo el o los administradores beneficiarios de la dispensa, la concreta situación de conflicto que se autoriza, las actividades comprendidas en la misma y, por último, el inicio y el final del permiso. Se trata de establecer con la mayor precisión posible el alcance de la dispensa, con el fin de limitar el margen de actuación del administrador. Cuanto mayor es esa labor de delimitación mayor seguridad aporta, no solo al administrador, que actúa de acuerdo con las indicaciones establecidas en el acuerdo dispensatorio, sino también para la sociedad, cuya labor de control posterior se ve facilitada gracias a la precisión del acuerdo.

El límite al que ahora nos referimos, y al que debe prestarse una atención especial es el límite temporal que el acuerdo dispensatorio establece. El acuerdo dispensatorio tiene un carácter marcadamente temporal, carácter que se mantiene incluso en los conflictos de interés permanentes o estructurales dada la necesidad de establecer el inicio y el término del radio de acción de la dispensa. La exigencia de delimitación temporal no excluye la posibilidad de que una determinada transacción se ejecute en una serie de negocios sucesivos o que una relación contractual sea duradera. El tiempo de duración de la actividad que se dispensa debe quedar, en todo caso, correctamente acotado, estableciendo su principio y su final. De tal forma, realizada la conducta desleal objeto de autorización, se agota la dispensa y el administrador no podrá continuar su actuación desleal, ni volver a repetirla, pues carecerá del permiso para ello. En estos casos, la sociedad tiene a su alcance la posibilidad de renovar una dispensa ya otorgada. La LSC no establece expresamente la posibilidad de renovar la dispensa del administrador, sin embargo, dada la facultad de la sociedad, ya sea a través de la junta general o del órgano de administración, de acordar la concesión de la dispensa, nada obsta a que exista la posibilidad de que el órgano que en su caso fuera competente adopte un acuerdo en el que se resuelva la renovación de la dispensa.

Son varios los escenarios que deben contemplarse, pues no todo acuerdo de dispensa es susceptible de renovación. Así, en primer lugar, aparece el caso en el que, tras la concesión, una vez realizada la conducta desleal, el administrador si así lo estima conveniente, comunica a la sociedad su interés en continuar la actividad o de repetirla. En este caso, tanto el administrador como la conducta a realizar sería la misma, es decir, se pretendería renovar el acuerdo adoptado previamente, siendo sus ámbitos objetivo, subjetivo y temporal exactamente idénticos. En este escenario la sociedad puede decidir la renovación de la dispensa, siendo un acuerdo que gozará de una mayor agilidad a la hora de su aprobación, pues la sociedad será ya conocedora de todos los pormenores de la actividad desleal que el administrador pretendía realizar y, además, tras la realización de la conducta, habrá podido observar las repercusiones que la misma hubiera tenido en el interés social. La adopción del acuerdo de renovación de la dispensa, aunque más sencilla que el acuerdo dispensatorio “*originario*”, deberá adoptarse por el órgano que adoptó el acuerdo principal, aunque, en el caso de que hubiera sido el órgano de administración, la solicitud de renovación debería elevarse a la junta, que podría denegar la petición, no renovándose el acuerdo dispensatorio.

Admitiendo la posibilidad de renovar una dispensa en el mencionado escenario, debemos preguntarnos acerca de la posibilidad de renovar una dispensa cuando en la conducta no es exactamente la misma. *¿Es posible adoptar un acuerdo de renovación con alteraciones en la conducta desleal o es necesario adoptar un nuevo acuerdo de dispensa?* Este segundo escenario es aquel en el que, aunque el administrador que solicita la renovación de la dispensa es el mismo, no ocurre lo mismo con la conducta que pretende que se le autorice. Así, incluso aunque la conducta por la que solicita la renovación fuera similar, o incluso aunque perteneciera al mismo grupo de casos de conflicto de interés, los detalles de ésta no serían idénticos a la situación dispensada en un primer momento. Ello supondrá la imposibilidad de adoptar el acuerdo de renovación de la dispensa, debiendo el administrador comunicar la nueva situación de conflicto de interés, solicitando la dispensa para su realización.

Sobre la forma de adopción del acuerdo de renovación, éste se regirá por las mismas reglas aplicables a la aprobación del acuerdo de dispensa, siendo el régimen de mayorías y quórum idéntico al requerido para el acuerdo que vaya a renovarse.

5-. REVOCACIÓN DE LA DISPENSA

La vigencia de la dispensa depende del propio acuerdo que la concedió. De esta forma, la extinción del permiso se produce por la invalidez o ineficacia del acuerdo, por el cumplimiento de la condición resolutoria o el término establecido y, por último, por su revocación. A continuación, analizaremos con detalle la figura de la revocación de la dispensa del deber de lealtad.

El hecho de que la sociedad decida la concesión de una dispensa, y otorgue el permiso para que el administrador pueda desarrollar un determinado comportamiento desleal, no significa que ésta sea una decisión definitiva, ni que una vez concedida la dispensa sea inevitable la realización de la actividad conflictiva⁵⁸³. Puede ocurrir que una vez otorgada la dispensa la situación concreta cambie, no siendo aplicable el acuerdo de dispensa por una modificación en el objeto dispensado, o que la sociedad reconsidere su otorgamiento y decida que los perjuicios que el interés social puede sufrir son de una entidad mayor a

⁵⁸³ En este mismo sentido, ALFARO AGUILA-REAL, J., “*La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)*”, *cit.*, p. 6, cuando, aunque refiriéndose a la prohibición de competencia, dice “*la autorización es siempre provisional, en el sentido de que el socio puede pedir que se revoque*”.

los aceptados en un principio. Por tanto, el hecho de que la sociedad decida conceder una determinada dispensa, autorizando el comportamiento desleal del administrador, no significa que sea una decisión irrevocable, pues la junta general o en su caso al órgano de administración puede decidir revocar el acuerdo de dispensa aprobada.

5.1.- Las causas de revocación de la dispensa

La dispensa puede ser revocada por cualquier causa provocando el cese del permiso o la legitimación que el administrador tenía concedida para el desarrollo de una situación de conflicto de interés. La LSC guarda silencio, no solo sobre la posibilidad de revocar la dispensa concedida sino también sobre las causas que podrían provocar su retirada. En todo caso, al afirmar que puede ser revocada por cualquier causa nos referimos a que tiene que haber una razón que efectivamente lo justifique, lo que supone la imposibilidad de la sociedad de revocar la dispensa unilateralmente sin justa causa en virtud de la doctrina de los actos propios⁵⁸⁴. En consecuencia, si no existe motivo que justifique tal decisión la revocación será imposible⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ En el mismo sentido se manifiesta BOQUERA MATARREDONA, J., “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta General”, *cit.*, p. 44, señala expresamente que “*si no existe esa causa cabe pensar que la doctrina de los actos propios impediría revocar la dispensa*”. En la misma línea, CABANAS TREJO, R., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 1429, señala que una reclamación en contra del administrador dispensado podría revelar cierto abuso por parte de quienes fueron cómplices de esta.

⁵⁸⁵ Sobre la doctrina de los actos propios, la STS de 3 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5717), es muy clarificadora, al señalar que “*La doctrina que se invoca constituye un principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (nemo potest contra proprium actum venire) como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad: así se expresan las sentencias de 9 mayo 2000 y 21 mayo 2001. Se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica, dice la sentencia de 22 octubre 2002, la cual reitera lo que había dicho la de 25 octubre 2000 en el sentido de que tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce; confianza que también destacan las sentencias del 16 febrero 2005 y 16 enero 2006 así como que es doctrina asentada en el principio de la buena fe; fundamento en el que insiste la sentencia de 17 octubre 2006. Lo que reiteran sentencias posteriores, como las de 2 octubre de 2007, 31 octubre 2007, 19 enero 2010 y 1 de julio de 2011; ésta última destaca, además de reiterar todo lo anterior, que implica una vinculación jurídica, debe ser muy segura y ciertamente cautelosa*”. En virtud de ello, y aunque es cierto que no todos los actos están sujetos a este principio, como afirma la STS de 30 de enero de 1999 (RJ 1999/10), que establece que “*para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del Código Civil, ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos propios condición de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, ocasionando incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual (Sentencias de 10-6 y 17-12-1994, 30-10-1995 y 24-6-1996)*”, en el caso de la dispensa nos encontramos ante un acto inequívoco de la sociedad, que crea una situación jurídica que afecta al administrador. Por tanto, si una vez concedida la dispensa, siempre que la concesión haya respetado los requisitos legalmente establecidos, la sociedad no podrá tomar la decisión de revocar la dispensa otorgada.

Las causas por las que la sociedad puede retirar la dispensa otorgada pueden ser de diferente índole. En primer lugar, puede decidir la revocación de la dispensa cuando, tras su concesión, se produzca un cambio sustancial en la conducta desarrollada por el administrador. Ello porque estaría ante existencia de nueva situación de conflicto de interés no amparada por el permiso, por lo que la sociedad podría decidir la revocación de la dispensa⁵⁸⁶. Sea como fuere, es fundamental que se produzca un cambio relevante en la operación dispensada, que haga que la dispensa concedida sea ineficaz para legitimar la nueva conducta del administrador. En segundo lugar, es igualmente posible, que, sin darse un cambio sustancial en el comportamiento del administrador, sea la sociedad la que, analizando las consecuencias que se derivan de la actuación del administrador, decida la imposibilidad de que sean soportadas por la sociedad. Es decir, que, aunque en un primer momento la sociedad consideró que las consecuencias que podrían derivarse de la situación de conflicto de interés podían tener un determinado efecto, probablemente insignificante, en el interés social, iniciada la conducta desleal considera que las repercusiones en el interés social son de una mayor entidad y decida, por tanto, revocar a dispensa otorgada con el fin de que el interés social que se pretende proteger no sufra mayores perjuicios.

Ya sea por un cambio en las circunstancias o porque la sociedad considere que los perjuicios derivados de la dispensa puedan tener una mayor trascendencia en el interés social, la razón por la que la sociedad decide retirar la dispensa debe quedar correctamente identificada y debe ser comunicada al administrador a la menor brevedad con el fin de que cese la actuación desleal que venía desarrollando bajo el amparo de la dispensa.

5.2.- Procedimiento de revocación

5.2.1.- Comunicación del cambio de circunstancias

El deber de comunicación del artículo 229.3 LSC se refiere al deber del administrador de comunicar cualquier situación de conflicto en la que pueda encontrarse, absteniéndose de realizar la conducta. Este deber no se agota tras la concesión de la dispensa, pues siempre que el administrador se coloca en situación de conflicto de interés con la sociedad debe

⁵⁸⁶ SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p. 419, sugiere que si se produjera en un momento posterior al otorgamiento de la dispensa un cambio relevante en las circunstancias que rodean a la operación interesada, se debería comunicar tal hecho con el fin de decidir si se revoca o no la dispensa otorgada.

procurar que la conducta dispensada por la sociedad y la que en realidad desarrolla son exactamente iguales. De modo que, si se produjera un cambio en las circunstancias en las que se otorgó la dispensa, el administrador debe ponerlo en conocimiento de la sociedad a fin de que tome la decisión oportuna⁵⁸⁷. Se trata de que la sociedad tenga los conocimientos suficientes para decidir si revoca o no la dispensa otorgada, o si en cambio, decide permitir la continuación de la conducta, aun cuando ésta no concuerde con lo efectivamente dispensado. Si concurren razones que obliguen a la sociedad a tomar la decisión de revocar la dispensa que en un principio se otorgó, el primer requisito que debe tenerse en consideración es, como en el caso de su otorgamiento, el requisito de transparencia. Para que se justifique la revocación de la dispensa debe estar presente, durante el procedimiento para su retirada, toda la información precisa para que la decisión societaria pueda ser adoptada con pleno conocimiento de causa.

5.2.2-. Órgano competente

Sobre cuál es el órgano competente para la revocación de una dispensa, puede suceder que, dado el carácter de competencia compartida que el otorgamiento de la dispensa de determinados conflictos de interés tiene, aunque la dispensa fuera otorgada por el órgano de administración la junta decida su revocación. Así, aunque el órgano de administración como el órgano que adoptó el acuerdo de dispensa no decidiera su retirada, dado que se trata de una competencia al alcance de ambos órganos sociales, podríamos preguntarnos sobre la facultad de la junta general para decidir su derogación. A este respecto, y dado que el órgano de administración, en representación de la sociedad, decidió el otorgamiento del permiso, no sería posible que otro órgano social, en este caso la junta general, decidiera la retirada de una dispensa correctamente otorgada. En lo que a esto respecta, cabe recordar que en los casos en los que es el órgano de administración quien aprueba y adopta el acuerdo dispensatorio, en atención a la naturaleza de competencia compartida que tiene, el asunto debe ser elevado a la junta que da el visto bueno sobre la concesión de la autorización concreta. Por tanto, aunque finalmente del órgano del que emana la dispensa es, efectivamente, el órgano de administración, la junta general aceptó que se concediera la dispensa, por lo que después no puede modificar su decisión. Debe

⁵⁸⁷ Apoya esta idea, RIVAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *cit.*, p. 105, al declarar que si las circunstancias o condicionantes sobre los que se otorgó la dispensa cambian después de ser comunicadas o después de que se haya autorizado el conflicto, la obligación de completar la comunicación se extiende en el tiempo y si es necesario, de acuerdo con su relevancia, deberá tomarse un nuevo acuerdo de dispensa.

mencionarse, además, que, si la decisión de dispensar proviene del órgano de administración, si la junta general decidiera revocar tal decisión sería una injerencia en la competencia del órgano de administración⁵⁸⁸. En consecuencia, únicamente el órgano que efectivamente otorga la dispensa será el competente para la adopción del acuerdo que revoque la misma.

5.2.3-. *Formas de revocación*

La junta general, o en su caso el órgano de administrador, por su facultad de dispensar determinados conflictos de interés, tiene también la potestad de revocar dicho permiso cuando las circunstancias así lo exijan. Por tanto, la primera forma a través de la cual puede provenir la revocación es la propia facultad de la sociedad de revocar la dispensa. Esta fórmula de revocación se naturaliza a través de la adopción del acuerdo de revocación correspondiente, que debe respetar los mismos requisitos de quórum y mayorías que el propio acuerdo dispensatorio. El deber de abstención dispuesto en el artículo 228.c) LSC opera, en los mismos términos que en el caso de la aprobación de la dispensa, obligando al administrador afectado a abstenerse de intervenir en la deliberación y en la votación⁵⁸⁹.

La segunda forma de revocar una dispensa es a través de la impugnación del acuerdo de dispensatorio. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con la revocación en sentido estricto, un socio no conforme con la decisión de dispensar al administrador en conflicto de interés puede impugnar el acuerdo si considera que el mismo es contrario al interés social. El procedimiento debe seguir las normas establecidas en los artículos 204 y 251 LSC sobre impugnación de acuerdos sociales.

En todo caso, el acuerdo de revocación deberá indicar las razones por las que la sociedad decide su retirada, especificando el cambio en la decisión y porque considera ahora que el conflicto de interés carece del factor de la inocuidad, es decir, porque entiende que el

⁵⁸⁸ Acertadamente, BOQUERA MATARREDORA, J., “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta General”, *cit.*, p. 45, considera que tal circunstancia supondría una actuación de la sociedad contra sus actos propios.

⁵⁸⁹ La vía de la revocación unilateral, aunque es una posibilidad al alcance de la sociedad, como ya se ha especificado no es una opción libre, pues, de no darse los presupuestos para ello, la sociedad estaría actuando en contra de sus propios actos.

interés social se puede ver afectado o porqué existe riesgo de que el perjuicio para la sociedad devenga relevante⁵⁹⁰.

La jurisprudencia ha permitido observar que una de las causas más comunes de impugnación del acuerdo dispensatorio no suele ser tanto la adopción del acuerdo, sino más bien la no adopción del acuerdo, es decir, el no otorgamiento de la dispensa⁵⁹¹. La solución en estos casos es sencilla, pues el administrador habrá actuado deslealmente con la sociedad, colocándose en una situación de conflicto de interés sin haber recabado la oportuna dispensa. En los casos en los que efectivamente se ha otorgado una dispensa para que el administrador actúe en conflicto con la sociedad, el motivo de impugnación se basa, en la mayoría de los casos, en el deber de abstención del administrador, en este caso, la no abstención del administrador en el acuerdo, sobre todo cuando se trata de conflictos de interés indirectos⁵⁹². Evitar la participación de los socios afectados por un conflicto de interés es una función que corresponde al presidente de la junta general, que debe controlar la legitimación de los socios a la hora de ejercer su derecho de voto. Si el socio en conflicto no se abstuviera, el presidente no admitirá su participación en la votación o no tendrá en cuenta los votos. En caso de que no lo hiciera y el acuerdo fuera impugnado, el juez deberá excluir los votos y si fueran efectivamente decisivos, estimar la demanda, sea positivo o negativo el acuerdo de la junta⁵⁹³.

⁵⁹⁰ BOQUERA MATARREDONA, J., “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la junta general”, *cit.*, p. 44, destaca que el acuerdo de revocación deberá indicar las razones por las que se considera que la dispensa no es inocua.

⁵⁹¹ No se impugna el acuerdo que aprueba la dispensa, sino que los socios impugnan acuerdos que aprueban determinadas operaciones que sitúan al administrador en un escenario de deslealtad. Es igualmente recurrente la impugnación de acuerdos aprobados sin la correcta abstención del administrador en conflicto de interés.

⁵⁹² Así, la STS 68/2017, de 2 de febrero (RJ/2017/396), recuerda que el artículo 190 LSC solo prohíbe el derecho de voto al socio afectado, sin extender la prohibición a las personas vinculadas. Es decir, que estas únicamente quedan vinculadas por los artículos 229 y 230 LSC, pero no por la privación del derecho de voto del artículo 190 LSC. Por su parte, la SAP Navarra 396/2016 (AC/2017/662) señala que la jurisprudencia hace mención de que el deber de abstención es aplicable tanto si el conflicto de interés existe respecto del socio como si existe respecto de la persona que ejercita en concreto el derecho de voto. La STS de 26 de diciembre de 2013 (RJ/2013/1255) establece que la ratio de la norma es evitar el conflicto de interés que se ocasiona cuando en la votación que acuerda la dispensa interviene el propio administrador afectado, ya sea porque es el socio que ejercita directamente el voto, ya sea porque actúa como representante del socio).

⁵⁹³ En fin, el efecto derivado de la impugnación del acuerdo social será siempre la invalidez del negocio jurídico en que el acuerdo consiste, lo que nunca implicará que el juez pueda, en caso de estimación, imponer un acuerdo alternativo, sustituyendo la voluntad social. En este sentido, la STSJ de Cantabria de 20 de octubre de 2014 (AC/2014/1821) y SAP de Madrid de 31 de mayo de 2013 (JUR/2013/210114), resuelven que, salvo supuestos muy excepcionales, los tribunales no pueden sustituir la voluntad del órgano social y adoptar el acuerdo que consideren que debió haber sido adoptado por la sociedad. El órgano judicial no puede sustituir la voluntad de la junta general como órgano soberano de la sociedad. A este respecto,

Sea cual sea el órgano que decida revocar la dispensa concedida, y cual haya sido el procedimiento seguido para su revocación, el administrador que hasta el momento actuaba bajo el amparo de una dispensa debe ser notificado de la retirada de su permiso lo más pronto posible, ello porque la revocación es una declaración recepticia y para su eficacia debe ser comunicada al administrador o administradores a los que se les hubiera retirado la dispensa con la que venían actuando⁵⁹⁴.

5.3.- Consecuencias de la revocación

Cuando se produce la revocación de la dispensa, ya sea porque la sociedad lo haya decidido, o porque se haya impugnado el acuerdo que la otorgaba, la consecuencia es que la dispensa otorgada queda sin efecto, debiendo el administrador cesar la actividad que se le había permitido desarrollar. De esta forma, el primer efecto derivado de la revocación de la dispensa es la extinción del permiso concedido, cuya consecuencia es la cesación de la permisión o legitimación concedida el acuerdo de dispensa⁵⁹⁵. Así pues, dada la falta de legitimación que tiene el administrador para el desarrollo del conflicto de interés, deberá cesar toda actividad pues, aunque hasta el momento estaba permitida, carece de permiso para su continuación.

Desde el mismo momento en el que al administrador se le comunica la decisión de revocar la dispensa concedida debe cesar la actividad, absteniéndose de realizar cualquier tipo de comportamiento desleal que no goce del permiso oportuno. A todos los efectos, tras la comunicación del acuerdo de revocación el administrador carece de autorización para situarse en conflicto con la sociedad y si no cesa dicha actuación estará actuando deslealmente.

IRIBARREN BLANCO, M., “La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 304, 2017, está de acuerdo en que los jueces carecen de competencia para imponer acuerdos a los socios. Son los socios los que por mayoría resuelven sobre los asuntos de la sociedad, es decir, quienes deciden lo que le conviene al interés social. Sobre la cuestión, para una mayor profundización, IRUJO, J.M., “Los supuestos de conflicto de interés con privación del derecho de voto del socio en la junta general (arts. 190.1 y 2 LSC)”, *cit.*

⁵⁹⁴ Sobre la figura de la revocación de la autorización en general, RIVERO HERNÁNDEZ, F., “De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado”, *cit.*, p. 397.

⁵⁹⁵ Ahonda en la cuestión, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Ibid.*, p. 398, y señala que “*al quedar deslegitimizado el antes autorizado resultará ineficaz el negocio llevado a cabo por el después de extinguida aquella*”, incluyendo la ineficacia y la sanción jurídica para los actos realizados por persona no legitimada.

No obstante, aunque se haya decidido la revocación de la dispensa, dado el carácter de declaración recepticia que la revocación tiene, hasta que no se produce dicha comunicación el administrador sigue, a todos los efectos, dispensado, sin que pueda ser declarado responsable por la actividad desarrollada hasta que se produzca la comunicación de la retirada de la dispensa con la que actuaba hasta el momento. En todo caso, comunicada al administrador la revocación de la dispensa que le permitía el desarrollo del comportamiento que le situaba en conflicto de interés con la sociedad, el administrador deberá cesar toda actividad, absteniéndose de realizar cualquier tipo de comportamiento que pueda suponer un conflicto entre los diferentes intereses.

Una vez comunicada la revocación de la dispensa, si el administrador cesa su actuación, dado que la actividad desleal que hasta el momento había desarrollado contaba con el correcto amparo de la dispensa, la sociedad no podrá reclamarle responsabilidad, pues el comportamiento estaba validado por la dispensa que la sociedad le concedió para desarrollar su conducta. Cuestión diferente es el caso en el que el administrador, una vez conoce la decisión de revocación de la dispensa continúa la actuación desleal. En este caso, dado que su actuación carece del amparo que la dispensa le otorgaba, actuará deslealmente, y podrá ser declarado responsable por su actuación⁵⁹⁶. Por tanto, aunque en un primer momento el administrador se hubiera beneficiado de la protección que la dispensa le otorgaba, si ésta fuera revocada, el administrador debe cesar la actuación desleal.

IV-. IMPLICACIONES DERIVADAS DEL OTORGAMIENTO DE LA DISPENSA PARA EL ADMINISTRADOR

1-. EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DISPENSADO

Una de las cuestiones principales que debe ser abordada por su importancia es el alcance exonerador de la dispensa del deber de lealtad. Aunque de una lectura preliminar podría

⁵⁹⁶ En este sentido, SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, cit., p., 421, afirma que “*la dispensa no empece la posibilidad de su revocación, ni el hecho de que la posterior actuación del administrador, si deriva en perjuicio para el interés social, pueda generar responsabilidad*”.

afirmarse su efecto exonerador, es necesario analizar detenidamente dicho carácter. A pesar de que, por las razones que se expondrán en los puntos que siguen, abogamos por dotar a la dispensa la facultad exoneradora, no se trata de una cuestión sencilla, pues no toda dispensa exime del deber de abstenerse de participar en una determinada operación de conflicto de interés, y, por consiguiente, no tendrá el efecto de descargar de responsabilidad al administrador dispensado. Por tanto, para que la dispensa despliegue los efectos para los que se otorga, deberá cumplir los presupuestos legalmente previstos para su correcto otorgamiento.

1.1.- Fundamento: el efecto exonerador de la autorización en general

Dada la inexistencia de un régimen general de la autorización en el sistema jurídico español, es preciso acudir a las normas particulares para cada supuesto concreto. En el caso que nos ocupa, la dispensa, como autorización singular para llevar a cabo una determinada operación desleal, se rige por un conjunto de normas, que lejos de ser exhaustivas, plantean numerosas cuestiones acerca del alcance que dicha autorización tiene. La eficacia general de la autorización simple es la de levantar la prohibición concreta, de lo que resulta la corrección jurídica de la actividad del autorizado⁵⁹⁷. En el caso de la dispensa, se traduce en que, correctamente otorgada, produce el levantamiento de la prohibición de actuar, pudiendo el administrador llevar a cabo la conducta desleal por él interesada.

Si el instrumento de la dispensa que contiene el artículo 230.2 LSC se acompaña de las garantías y condiciones que la LSC establece el permiso será merecedor de una especial consideración desde el punto de vista de sus efectos exoneradores⁵⁹⁸. De este modo, considerada como permisión para actuar, la autorización relativa a actos materiales no habilita al autorizado para la realización del acto, sino que remueve la ilicitud de éste⁵⁹⁹. Ciertamente, el hecho de que no haya una dispensa otorgada a favor de una determinada

⁵⁹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado”, *cit.*, p. 400-401, sostiene que otorgar a la autorización como único alcance y efecto el hacer lícita la actividad desarrollada es “*demasiado general e insuficiente*”.

⁵⁹⁸ En este sentido, DÍAZ MORENO, A., “La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, *cit.*, p. 6, defiende que, si el administrador comunicó la situación de conflicto y solicitó la correspondiente dispensa, cumplió con su deber de lealtad, de modo que no podría exigírsele responsabilidad por infracción del deber una vez dispensada la prohibición.

⁵⁹⁹ En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., “De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado”, *cit.*, p. 399-400, declara que la autorización levanta la inadecuación a derecho de la conducta del autorizado.

conducta interesada por el administrador no supone la imposibilidad del administrador para llevarla a cabo. Es decir, que el administrador no depende de que se le conceda una dispensa para llevar a cabo una operación desleal (ciertamente la puede desarrollar, aunque se enfrentará al régimen de responsabilidad que la LSC construye). El efecto que tendrá el otorgamiento de la dispensa es que dicha operación desleal deja de ser ilícita, al remover la autorización concreta y singular su ilicitud.

En fin, el efecto derivado del otorgamiento de la dispensa es que la conducta desleal prohibida por la LSC deja de estarlo en ese caso concreto, al decidir la sociedad el levantamiento de la prohibición. Así pues, el otorgamiento de la dispensa afecta a la relación jurídica existente entre el administrador y la sociedad, relación en la que se integra, y constituye un acto jurídico autónomo respecto de dicha relación jurídica, cuyo efecto principal es que con esa autorización la actuación desleal, que de otra manera estaría prohibida, deja de ser ilícita⁶⁰⁰. En consecuencia, la autorización, entendida como el permiso para actuar, no es que habilite al administrador a realizar el acto, sino que remueve la ilicitud de éste.

1.2.- La exoneración de responsabilidad y el artículo 236.2 LSC

1.2.1.- Los presupuestos de responsabilidad

El artículo 236.1 LSC establece que los administradores responderán del daño que causen “*por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa*”. El régimen de responsabilidad de los administradores se enmarca, y así lo ha confirmado la jurisprudencia⁶⁰¹, dentro del marco de la doctrina de la responsabilidad civil tradicional, quedando sujeta su aplicación a una serie de presupuestos, entre ellos, un comportamiento activo o pasivo del administrador que sea imputable al órgano de administración, que se trate de una conducta antijurídica, que se produzca un daño y que exista relación de causalidad entre la actuación del administrador y el daño producido.

⁶⁰⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Ibid.*, p. 382.

⁶⁰¹ STS de 26 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6902), STS de 25 de junio de 2012 (RJ 2012\8853), STS de 4 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1249), STS de 22 de julio de 2010 (RJ 2010\6569).

Los elementos de imputación de responsabilidad a los que nos referimos no son elementos exigidos en legislaciones anteriores, que parecían seguir una línea de imputación de responsabilidad objetiva. Parecía, porque el artículo 133 TRLSA aceptaba diferentes interpretaciones. Por un lado, se entendía que cuando el administrador realiza actos contrarios a la ley o a los estatutos la responsabilidad es objetiva, al margen de toda idea de culpa. Se trataba de una responsabilidad profesional tipificada, en la que la irrelevancia de la culpa se sustituía por el simple incumplimiento⁶⁰². Por otro lado, hay quien consideraba que el régimen de responsabilidad de los administradores debía basarse en el régimen de responsabilidad civil, régimen asentado en la responsabilidad por culpa. De esta forma, en cualquiera de los supuestos que menciona el artículo 133 TRLSA, operaba la necesidad de la existencia del elemento de la culpa por parte del administrador⁶⁰³. Con la reforma operada por la Ley 31/2014 se explicita la necesidad de apreciarse dolo o culpa en la actuación del administrador para poder exigirle responsabilidad. Se trata de una premisa que se consideraba ínsita en la regulación precedente y que tras esa modificación legal quedó plasmada de manera expresa en la redacción del apartado primero del artículo 236 de la LSC.

La imputación de responsabilidad por infracción del deber de lealtad que la LSC consagra requiere para su reconocimiento la concurrencia de una serie de presupuestos. En primer lugar, la imputación de responsabilidad requiere la existencia de un incumplimiento del deber de lealtad por parte del administrador o una persona a él vinculada. Supone, por tanto, que el administrador no ha respetado la obligación de evitar incurrir en situación de conflicto de interés con la sociedad⁶⁰⁴. Si el administrador no evita la situación de conflicto, incumple su deber de lealtad, en concreto, la disposición del artículo 228.e)

⁶⁰² En este sentido, POLO SÁNCHEZ, E., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, (Dir. URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA), Civitas, Madrid, 1992, p. 290, estima que la responsabilidad derivada de actos contrarios a la ley o a los estatutos es una responsabilidad que opera con independencia de la mayor o menor diligencia empleada por el administrador, por lo que, aunque el daño fuera no culpable, sería resarcible por tratarse de una responsabilidad profesional tipificada. En la misma línea, BERGAMO LLABRÉS, A., *Sociedades Anónimas. Las acciones*, Tomo II, Madrid, 1970, p., al señalar que la culpa consistiría en el propio incumplimiento.

⁶⁰³ En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 251 y ss., señala que, a pesar de que hay quien ha optado por dotar al régimen de responsabilidad de carácter objetivo, no puede entenderse que la enunciación que establece el artículo 133.1 suponga la eliminación del elemento de la culpabilidad.

⁶⁰⁴ A este respecto, EMPARANZA SOBEJANO, A., “La responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad (art. 227.2 LSC)”, en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, (Dir. PULIDO REGINES, J.P.), Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 10, declara que el administrador que se coloca en una de las situaciones de conflicto del artículo 229.1 LSC incumple su deber de lealtad “al anteponer sus intereses a los de la sociedad, y la ha perjudicado potencialmente en la medida en que no ha garantizado debidamente la protección del intereses social, ni sobre todo, su cumplimiento”.

LSC que obliga al administrador a adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en una situación de conflicto de interés, es decir, que el administrador no ha cumplido la obligación de abstención que la ley exige para las situaciones de conflicto de interés. En segundo lugar, es preciso que dicho incumplimiento del deber de lealtad no haya sido autorizado expresamente a través del instituto de la dispensa por el órgano competente, ya sea la junta o el órgano de administración. Si un concreto comportamiento desleal ha sido previamente dispensado por la sociedad, no es susceptible de generar responsabilidad del administrador por los posibles daños que se hubieran causado a la sociedad. Sin embargo, no toda dispensa exonerará al administrador de responsabilidad. Únicamente aquellas autorizaciones correctamente otorgadas y que cumplan los requisitos de transparencia, independencia y equidad que el artículo 230 LSC establece desplegarán el efecto mencionado⁶⁰⁵. Y, por último, requiere la existencia de un daño, es decir, que la vulneración del deber de lealtad tiene que haber producido un daño al interés social o un enriquecimiento injusto al administrador⁶⁰⁶. Puede suceder que la sociedad no se haya visto perjudicada por la actuación desleal del administrador, pero que de dicha actuación se haya derivado un enriquecimiento injusto para el administrador. El apartado segundo del artículo 227 LSC exige la producción de un daño o el enriquecimiento injusto del administrador como presupuestos para exigir responsabilidad por su comportamiento desleal, y en el mismo sentido lo hace el artículo 236 LSC al establecer la existencia del daño como elemento imprescindible para declarar responsable al administrador desleal⁶⁰⁷. Aunque el artículo 236 LSC exige la existencia de un daño para que el administrador pueda ser declarado responsable, el artículo 227.2 LSC no solo estima responsable al

⁶⁰⁵ A este respecto, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Medios de tutela por infracción del deber de lealtad del administrador: la acción de enriquecimiento injusto”, en *La gobernanza de las Sociedades no Cotizadas*, (Dir. GARCÍA-CRUCES, J.A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 6, señala acertadamente que la infracción del deber de lealtad ha sido autorizada expresamente a través de la dispensa no podrá generar responsabilidad, desde el momento en que la sociedad ha autorizado expresamente al administrador a que incurra excepcionalmente en dicho incumplimiento.

⁶⁰⁶ En este sentido, CABANAS TREJO, R., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 1429, señala que la dispensa, aun siendo correcta en el aspecto formal y material, solo libera al administrador del deber de lealtad por la mera realización de la conducta, pero no exime de un control posterior en función del resultado dañoso. Sobre los presupuestos de responsabilidad por infracción del deber de lealtad, *in extenso*, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Medios de tutela del deber de lealtad del administrador: la acción de enriquecimiento injusto”, *cit.*, p. 6.

⁶⁰⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A., “La responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad (art. 227.2 LSC)”, *cit.*, p. 11, señala acertadamente que “*la posibilidad de exigir responsabilidad por el enriquecimiento injusto en el artículo 227.2 LSC constituye una variante distinta a la concepción tradicional de responsabilidad indemnizatoria de los administradores ya que se aleja de la perspectiva estática del patrimonio social para considerar que, desde una perspectiva dinámica, la sociedad también sufre un indudable perjuicio cuando el administrador se enriquece por cauces ajenos al régimen de retribuciones societarias, por lo que resulta casi natural que en tales circunstancias el administrador tenga la obligación de devolver lo percibido indebidamente*”.

administrador cuya conducta ocasiona un perjuicio a la sociedad, sino que considera que el administrador debe responder igualmente cuando con su actuación desleal, sin causar daños a la compañía, se enriquezca personalmente a consecuencia del incumplimiento del deber de lealtad⁶⁰⁸.

Junto con los criterios señalados, la nueva redacción del artículo 236 LSC exige como criterio de imputación de la responsabilidad el dolo o la culpa en la actuación del administrador. Concretamente, el precepto establece que “*los administradores responderán... siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa*”, por tanto, la falta de diligencia es un presupuesto más que debe tenerse en cuenta a la hora de atribuir responsabilidad al administrador⁶⁰⁹.

1.2.2-. La culpa como criterio de imputación

Dada la imposibilidad de que la ley y los estatutos enumeren taxativamente todos los deberes exigibles a los administradores, a la vez que imponen obligaciones específicas, de contenido determinado y cuyo cumplimiento se agota tras la realización de lo exigido (obligaciones de resultado), la LSC consagra el deber de administrar con diligencia, que

⁶⁰⁸ EMPARANZA SOBEJANO, A., “La responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad: artículo 227.2”, *cit.*, p. 11, manifiesta que la posibilidad de reclamar el enriquecimiento injusto, expresamente prevista en el inciso final del artículo 227.2 LSC, constituye una variante distinta a la concepción tradicional de la responsabilidad indemnizatoria de los administradores “*que se aleja de la perspectiva estática del patrimonio social para considerar que, desde una perspectiva dinámica, la sociedad también sufre un indudable perjuicio cuando el administrador se enriquece por cauces ajenos al régimen de retribuciones societarias, por lo que resulta casi natural que en tales circunstancias el administrador tenga la obligación de devolver lo percibido indebidamente*”

⁶⁰⁹ La especial atención que debe ponerse en que el administrador actúe diligentemente responde a que la nueva redacción del artículo 236LSC exige como criterio de imputación de la responsabilidad el dolo o la culpa. El precepto establece expresamente que los administradores responderán “*siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa*”. Estos elementos de imputación de responsabilidad no son, sin embargo, elementos requeridos en las legislaciones previgentes. No obstante, el artículo 133 TRLSA de 1989 tenía dos interpretaciones diferentes. Por un lado, puede entenderse que cuando el administrador realiza actos contrarios a la ley o a los estatutos la responsabilidad es objetiva, al margen de toda idea de culpa. En este sentido, POLO SÁNCHEZ, E., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, *cit.*, p. 294, considera que “*la responsabilidad opera de forma típica o legal con independencia de la diligencia debida, por lo que basta la prueba de su incumplimiento, ya que la culpa consiste precisamente en el incumplimiento*”. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, *cit.*, p. 327, apunta que se trataba de una “*responsabilidad profesional tipificada*” en la que la irrelevancia de la culpa se sustituía por el simple incumplimiento. HERNANDO CEBRIÁ, L., “El deber general de diligencia: artículo 225”, *cit.*, p. 79, señala que la reforma ha explicitado, por medio de una presunción *iuris tantum* de la culpabilidad, la imputación de la responsabilidad a los administradores por los actos realizados en contravención de la ley o de los estatutos, “*lo que reconoce la existencia de una responsabilidad de carácter cuasi-objetivo*” con base en la automática relación de causalidad entre el acto o la omisión y el daño”. La exigencia del elemento intencional para la declaración de responsabilidad no es novedosa, bajo el régimen de la LSA 1951 para que se declarara la responsabilidad el artículo 79 exigía “*la malicia, abuso de facultades o la negligencia grave*”. Sobre la cuestión, para una mayor profundización, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, *cit.*, p. 310.

opera como cláusula general (obligación de medios). En todo caso, y dado que ambos tipos de obligaciones forman parte de los deberes del cargo de administrador, el administrador deberá actuar siempre “*con la diligencia de un ordenado empresario*”. En virtud de ello, el deber de diligencia cumple dos funciones, por un lado, establece el contenido de la conducta debida del administrador y, por otro lado, es el criterio de imputación de responsabilidad⁶¹⁰.

La relevancia que el deber de diligencia tiene en el desempeño del cargo de administrador y en el cumplimiento de los deberes inherentes al mismo es incuestionable. En el plano del régimen de la responsabilidad la reforma específica, a través de una presunción *iuris tantum* de la culpabilidad, la imputación a los administradores por los actos realizados en contravención de la ley o los estatutos⁶¹¹. De ello se deduce, que toda actuación del administrador contraria a la ley o a los estatutos será una actuación culpable y, por tanto, susceptible de responsabilidad en virtud del artículo 236 LSC. En el caso de la infracción del deber de lealtad, la culpa se presume del hecho de que el administrador ha actuado infringiendo el deber legalmente establecido. Por tanto, se reconoce la responsabilidad por la automática relación de causalidad entre el acto desleal desarrollado y el daño producido.

Teniendo en consideración que el artículo 230.2 LSC establece la posibilidad de dispensar determinados comportamientos desleales, la cuestión que se suscita entonces es cómo afecta el otorgamiento de una dispensa al elemento culposo de la conducta desleal del administrador. En este sentido, el administrador que comunica a la sociedad una situación de conflicto de interés y, con la más absoluta transparencia, solicita la dispensa para llevar a cabo una determinada actuación desleal, habrá actuado de acuerdo con lo dispuesto en

⁶¹⁰ En este sentido, GRIMALDOS GARCÍA, M.I., “La reciente redacción del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital: ¿nuevos presupuestos? ¿nuevos responsables?”, *cit.*, p. 2-3, señala que la actuación del administrador opera en dos planos diferentes. Por un lado, determina la conducta debida por el administrador fuera de los supuestos enumerados por la ley o los estatutos, y, por otro lado, actúa como módulo de la diligencia exigible en el cumplimiento de sus obligaciones. La autora declara la distinción de suma importancia al exigir la nueva redacción del artículo 236 LSC el dolo o la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. Por su parte, HERNANDO CEBRIÁ, L., “El deber general de diligencia: artículo 225”, *cit.*, p.77, alude a que el deber de diligencia adquiere una mayor relevancia en el desempeño del cargo y en el cumplimiento de los deberes inherentes al mismo incluido en el plano de la responsabilidad del artículo 236 LSC.

⁶¹¹ HERNANDO CEBRIÁ, L., *Ibid.* p. 79, declara que, en los casos de incumplimiento legal, la culpa resulta explicitada por la realización de un acto o de una omisión contraria al régimen legal o estatutario, “*a través de una presunción iuris tantum en la relación de causalidad entre el acto y el daño, la reforma articula un mecanismo que reconoce la existencia de una responsabilidad con carácter cuasi-objetivo con base en la automática relación de causalidad entre el acto o la omisión y el daño*”.

la ley (arts. 229.3 y 230.2 LSC), por lo que además de haber actuado en cumplimiento de su deber de lealtad, su actuación habrá respetado la diligencia que el cargo exige. Por tanto, si el administrador actúa diligentemente y solicita la dispensa oportuna, no intervendrá en dicha actuación dolo o culpa, pues habrá actuado acorde a lo que la ley y la propia sociedad exigen. De manera que, cuando la sociedad acuerda eximir al administrador de sus deberes de lealtad, en realidad le está exonerando de la responsabilidad por dolo en el cumplimiento⁶¹².

Como el artículo 236 LSC vincula la responsabilidad al elemento de dolo y culpa, la exoneración de responsabilidad también se vincula al presupuesto de la culpa o imputabilidad del incumplimiento de la diligencia exigida al administrador en el ejercicio de sus funciones. De modo que, habrá exoneración cuando no se de dicho presupuesto, es decir, cuando falte la culpa o la imputabilidad. La exoneración supondrá, por tanto, no la extinción o la inexigibilidad, sino la inexistencia de responsabilidad por faltar el presupuesto de la culpa⁶¹³.

Por lo expuesto, el administrador que lleva a cabo una actuación desleal y lo hace bajo el amparo de una dispensa correctamente otorgada, habrá actuado de buena fe, es decir, sin dolo en su comportamiento. El administrador obra de buena fe al solicitar la dispensa, y lo continúa haciendo en tanto en cuanto su actuación está permitida por la concesión del permiso. Podríamos decir que el administrador actúa deslealmente amparado por el

⁶¹² En este sentido, PAZ ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *cit.*, p. 57, que señala que la exoneración de responsabilidad por dolo, “*pugna con la idea misma del compromiso o vinculación inherente a la noción de contrato*”. El autor señala que se trata de la justificación que subyace del artículo 1102 CC, y en última instancia, también del artículo 1256 CC. El hecho de exonerar al administrador de la responsabilidad derivada del desarrollo de una determinada conducta desleal se opone a la teoría general de los contratos del Código Civil. La exoneración de la responsabilidad por dolo en el cumplimiento al administrador dispensado atenta contra la idea general que establece el artículo 1102 CC, que establece que “*la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones*”. Por tanto, el precepto podría combatirse señalando que la propia sociedad renuncia a la acción, pues es la propia sociedad la que decide adoptar el acuerdo dispensatorio, permitiendo al administrador el desarrollo de la conducta. Sin embargo, el Código Civil reputa esta renuncia como nula. En el mismo sentido, GRIMALDOS GARCÍA, M.I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232”, *cit.*, p. 4, señala que cuando el daño se ha debido al incumplimiento de un deber legal o estatutario, cuando se trata del incumplimiento de un deber derivado del deber general de administrar con diligencia, por la propia naturaleza de este, “*probar el incumplimiento implica probar la culpa*”.

⁶¹³ En este sentido, ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 198, 1990, p. 701, señala que no cabe, ni por estatutaria ni por otra vía distinta a la legal, establecer un presupuesto de exoneración distinto a la falta de culpa. El autor destaca la trascendencia que tiene el hecho de que no quepa una causa distinta de exoneración a la falta de culpa, pues habrá casos en los que “*lo que se suscita no es la existencia de una causa de exoneración distinta a la falta de culpa, sino distintos modelos o tipos de diligencia que a su vez dan lugar a distintos tipos de culpa*”.

permiso que la propia sociedad le concedió. En consecuencia, y dado que es la falta de diligencia lo que conlleva la imputación de responsabilidad del administrador desleal, en los casos en los que el administrador haya actuado dispensado, no puede declararse la existencia de dolo o culpa, debido a lo cual no podrá imputársele la responsabilidad por los daños que la sociedad hubiera podido sufrir.

1.2.3-. El artículo 236.2 LSC y la dispensa

Al consagrar el artículo 236 LSC un régimen de responsabilidad basado en la culpa o el dolo, en los casos en los que la sociedad concede una dispensa para que el administrador lleve a cabo una determinada conducta desleal, no puede declararse la existencia de dolo o culpa, debido a lo cual no puede imputársele la responsabilidad por los daños que la sociedad hubiera podido sufrir. Por tanto, dado que los elementos de la culpa y el dolo dejan de estar presentes cuando la conducta desleal del administrador ha sido autorizada por la sociedad, podemos decir que la dispensa actúa como un verdadero instrumento exonerador de la responsabilidad de los administradores. El carácter exonerador de la dispensa, sin embargo, es cuestionado al proclamar el apartado segundo del artículo 236 LSC la responsabilidad de los administradores aun en el caso de que *“el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”*.

Si nos limitamos a hacer una lectura superficial del precepto podríamos descartar el carácter exonerador de la dispensa, no obstante, el artículo 236.2 LSC precisa de un mayor análisis. El precepto invoca una suerte de régimen objetivo de responsabilidad del administrador, es decir, que en todos aquellos casos en los que de su conducta se derive un daño deberá imputársele responsabilidad siempre que éste se haya derivado de su actuación desleal, incluso en los casos en los que dicho comportamiento hubiera sido *“autorizado o ratificado por la junta general”*. El precepto se aleja del régimen subjetivo de responsabilidad por el que el apartado primero del artículo 236 LSC opta, y declara la responsabilidad del administrador aún en los casos en los que hubiera actuado leal y diligentemente solicitando la oportuna dispensa. El hecho de abogar por una interpretación objetiva de la culpa supondría que la diligencia que el administrador hubiera podido desplegar en su actuación no sería tenida en cuenta. La especial atención que debe ponerse en que el administrador actúe diligentemente responde a que la nueva redacción del artículo 236 LSC exige como criterio de imputación de la responsabilidad el dolo o la culpa. El precepto establece expresamente que los administradores

responderán “*siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa*”. Estos elementos de imputación de responsabilidad no son, sin embargo, elementos requeridos en las legislaciones previgentes.

El artículo 133 TRLSA de 1989 tenía dos interpretaciones diferentes. Por un lado, se entendía que cuando el administrador realiza actos contrarios a la ley o a los estatutos la responsabilidad es objetiva, al margen de toda idea de culpa⁶¹⁴. Se trataba de una responsabilidad profesional tipificada, en la que la irrelevancia de la culpa se sustituía por el simple incumplimiento⁶¹⁵. Esta interpretación, a nuestro parecer, no tiene acogida en el sistema actual, sobre todo al referirnos a una conducta que ha sido efectivamente dispensada por la sociedad. Por lo que, a pesar de que el administrador esté actuando deslealmente, y, por tanto, en contra de lo legalmente establecido, cuando actúa amparado por la concesión de una dispensa, esa ilicitud desaparece, pues, aunque ciertamente realiza una conducta desleal prohibida, la sociedad la ha permitido, haciendo que la misma deje de estar, en ese caso concreto, vedada. El hecho de abogar por una interpretación objetiva de la culpa supone que la diligencia que el administrador hubiera podido desplegar en su actuación no sería tenida en cuenta⁶¹⁶. La corriente predominante, con la que debemos posicionarnos, consideraba inadmisibles la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva, la razón principal se debía a que un sistema de responsabilidad objetiva contravenía el esquema general de responsabilidad del ordenamiento jurídico que se basaba en la responsabilidad por culpa⁶¹⁷, una culpa que desaparece desde el momento en

⁶¹⁴ POLO SÁNCHEZ, E., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, cit., p. 294 “*la responsabilidad opera de forma típica o legal con independencia de la diligencia debida, por lo que basta la prueba de su incumplimiento, ya que la culpa consiste precisamente en el incumplimiento*”.

⁶¹⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 327.

⁶¹⁶ En este sentido, GRIMALDOS GARCÍA, M.I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232”, cit., p. 340, señala que probado que los administradores incumplieron objetivamente alguno de sus deberes legales o estatutarios, serán civilmente responsables de los daños causalmente conectados a dicho incumplimiento.

⁶¹⁷ La aparente divergencia entre los modelos de responsabilidad, subjetiva y objetiva, quizá tiene origen en que el TRLSA 1989, que no citaba los elementos de responsabilidad, como tampoco lo hizo el artículo 236 en su primera redacción. A este respecto, GRIMALDOS GARCÍA, M.I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232”, cit., p. 340, señala que la literalidad del artículo 133.1 LSA se refería a un régimen de responsabilidad meramente objetiva, al margen de toda idea de culpa, por lo que resultaba irrelevante la diligencia que los administradores hubieran podido desplegar en cada caso. No obstante, la corriente predominante consideraba inadmisibles la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva, la razón principal se debía a que un sistema de responsabilidad objetiva contravenía el esquema general de responsabilidad del ordenamiento jurídico que se basaba en la responsabilidad por culpa. En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, cit., p. 325-326, expone que “*la ilicitud del acto puede derivar tanto del incumplimiento de preceptos legales o estatutarios, como de la simple culpa en su actuación por la falta de diligencia general con la que debe desempeñar su cargo*”.

que el administrador que se percata de la deslealtad que un comportamiento puede suponer, comunica su situación a la sociedad, se abstiene de desarrollar la conducta y solicita la dispensa a la sociedad, y solo tras el otorgamiento del permiso procede a iniciar dicha actuación desleal. Por lo que, en aquellos casos en los que la junta otorga una dispensa permitiendo al administrador el desarrollo de una conducta lesiva para la sociedad, la autorización eximirá al administrador de su responsabilidad⁶¹⁸.

Habida cuenta de lo hasta ahora señalado, conviene realizar un breve análisis del artículo 236.2 LSC, pues ofrece claves que deben tenerse en cuenta a la hora de proceder a la imputación de responsabilidad del administrador por un acto previamente dispensado.

El apartado segundo del artículo 236 LSC dice, expresamente, que *“en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”*. Una primera lectura del precepto puede llevarnos al convencimiento de que, aunque el administrador esté correctamente dispensado podrá ser declarado desleal en tanto en cuanto el artículo 236.2 LSC podría funcionar como una especie de comodín para la sociedad, que podría reclamar responsabilidad a los administradores que previamente hubieran solicitado, y a los que se hubiera concedido, la dispensa oportuna. Sin embargo, un análisis más detenido del precepto despeja las dudas al respecto, y muestra que, en realidad, no es un instrumento cuya aplicación suponga directamente la posibilidad de reclamar responsabilidad al administrador dispensado.

En primer lugar, el precepto se refiere a los casos en los que existe un acto o acuerdo lesivo para el interés social. El hecho de que exija una actuación que suponga un daño para la sociedad exime de responsabilidad todos aquellos casos en los que no se haya producido un daño en la sociedad. Ya hemos tenido ocasión de referirnos a la circunstancia de que una actuación desleal del administrador puede no suponer un daño en el interés social, que incluso puede llegar a ser ventajosa para ésta, por lo que el

⁶¹⁸ ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima”, *cit.*, p. 708, aunque refiriéndose a la regulación del TRLSA, declara que la explicación doctrinal de esta posición jurídica sobre la negación de efectos extintivos o exoneradores de responsabilidad a los acuerdos de la junta que ordenen, autoricen o ratifiquen una determinada actuación de los administradores debe buscarse en la fundamentación genérica del régimen de responsabilidad social de los administradores, en concreto, al marco de las relaciones internas en la sociedad. Así, destaca el autor, *“si los administradores tienen una esfera propia de competencias de gestión frente a la junta, en principio los acuerdos de ésta no deben servir como base de extinción de su responsabilidad si los administradores actúan en el ámbito de sus funciones autónomas o incumplen sus obligaciones derivadas del deber de diligencia”*.

administrador no podrá ser declarado responsable en ningún caso cuando, contando con la dispensa oportuna no se produzca un daño en el interés social⁶¹⁹.

Al mismo tiempo, atendiendo los requisitos que concurren para el otorgamiento de una dispensa, la norma exige asegurar la inocuidad de la operación autorizada. Por tanto, no es suficiente que se autorice la transacción, sino que la legitimidad de la dispensa dependerá de un juicio sobre las condiciones de fondo de la transacción y de la transparencia de todo el proceso de la toma de decisión. De esta forma, solo si está seguro de la no lesividad de la transacción para el interés social podrá confiar el administrador en la cobertura que le proporciona esta autorización⁶²⁰. Esta circunstancia hace que, si la situación de conflicto de interés dispensada no produce una lesión en el interés social, el administrador dispensado estará efectivamente exento de responsabilidad. Por tanto, el ámbito objetivo del artículo 236.2 LSC se circunscribe a aquellos actos o acuerdos que sean, en efecto, lesivos para la sociedad.

Un escenario diferente es aquel en el que existe efectivamente una dispensa, pero la operación autorizada ha supuesto perjuicios indudables a la sociedad⁶²¹. En este caso, dado que el acto dispensado ha provocado un daño en el interés social, el administrador podría llegar a responder por el mismo, aunque hubiera sido autorizado por la sociedad⁶²². Sin embargo, esta posibilidad se antoja, a mi parecer, complicada, pues la sociedad debía conocer las consecuencias que podían derivarse de autorizar dicha situación, y aun así decidió conceder el permiso, por lo que el administrador no debería tener que hacer frente

⁶¹⁹ Éste será el escenario siempre que el administrador actúe dentro de los límites propios del acuerdo de dispensa, pues en ellos su actuación estará amparada. En caso de que actuara fuera de éstos o el periodo de vigencia del permiso hubiera finalizado, el administrador podrá ser declarado responsable incluso sin la sociedad sufriera un daño, pues habría desarrollado una conducta prohibida, y, por tanto, habría actuado deslealmente.

⁶²⁰ Recuerda, GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M., “Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses”, *cit.*, p. 570-571, que la legitimidad de la dispensa depende del juicio sobre las condiciones de fondo de la transacción concertada y de la transparencia del proceso.

⁶²¹ EMPARANZA SOBEJANO, A., “La responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad (art. 227.2 LSC)”, *cit.*, p. 11, manifiesta que en estos casos debe replantearse la validez de la dispensa y considerar que el comportamiento no fue autorizado.

⁶²² En este sentido, GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Los deberes del administrador en conflicto de intereses”, *cit.*, p. 572, señala que “*la existencia de la autorización excluiría una responsabilidad por infracción del deber de abstención, pero no una posible responsabilidad por el daño causado a la sociedad, en su caso, por la operación en cuestión*”. En el mismo sentido, CABANAS TREJO, R., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 1429, refiriéndose al escenario de la ratificación de un comportamiento desleal, expone que la dispensa libera al administrador del reproche por la mera tipicidad de la conducta, pero no del control material por razón del daño.

éste a las consecuencias que se hubieran podido derivar de la realización de la operación dispensada⁶²³.

Cuando el acuerdo dispensatorio cumple las garantías que la LSC establece para su correcto otorgamiento no puede exigírsele responsabilidad al administrador por el acto expresamente permitido por la sociedad. Y ello porque la dispensa no es una simple autorización, es un instrumento legitimador y exonerador de responsabilidad que, cuando va acompañado de las garantías legalmente establecidas, ofrece al administrador la libertad total de actuar en conflicto de interés con la sociedad, sin que dicha actuación pueda conllevar ningún tipo de consecuencia para el administrador⁶²⁴.

En segundo lugar, el artículo 236.2 LSC se refiere a los actos que hayan sido “*adoptados, autorizados o ratificados*” por la junta. A este respecto, lo primero que llama la atención, es que el precepto no alude a los actos “*dispensados*”, por lo que, si nos ceñimos a la literalidad de éste, las operaciones que hayan sido efectivamente dispensadas a través del procedimiento establecido en el artículo 230.2 LSC no serán susceptibles de responsabilidad. Aunque ésta es la interpretación por la que abogamos, se procede a analizar de manera pormenorizada el precepto.

Si la infracción del deber de lealtad ha sido autorizada expresamente a través de la correspondiente dispensa no puede generar responsabilidad del administrador por los posibles daños causados a la sociedad, al haberse autorizado al administrador a que pueda excepcionalmente incurrir en dicho incumplimiento⁶²⁵. En este caso, cuando una conducta desleal goza de la correspondiente dispensa para poder llevar a cabo su desarrollo, la conducta que en un principio era antijurídica habrá perdido dicha

⁶²³ En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., “De nuevo sobre la autorización en derecho privado”, *cit.*, p. 401, señala que “*en ese contexto no ha lugar a responsabilidad por los perjuicios del solo hecho autorizado si él se atiene a lo permitido, si, en otro caso, por la ilicitud de cuanto no esté autorizado*”. Por su parte, EMPARANZA SOBEJANO, A., “Medios de tutela por infracción del deber de lealtad del administrador: la acción de enriquecimiento injusto”, *cit.*, p. 6, ofrece una solución al señalar que, si se demostrara que la operación autorizada ha traído consigo perjuicios indudables a la sociedad, se debería plantear la validez de la dispensa otorgada.

⁶²⁴ Defiende esta posición, DÍAZ MORENO, A., “La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, *cit.*, p. 6, que sostiene que la dispensa regulada en el artículo 230.2 LSC constituye un acto especial de autorización, al que no cabe aplicar la regla del artículo 236.2 LSC

⁶²⁵ EMPARANZA SOBEJANO, A., “La responsabilidad de los administradores por la infracción del deber de lealtad (art. 227.2 LSC)”, *cit.*, p. 10, sostiene que si la infracción del deber de lealtad había sido expresamente autorizada a través de la correspondiente dispensa no podrá general responsabilidad por los posibles daños causados a la sociedad.

característica, al ser autorizada por la sociedad y no podrá ser susceptible de generar responsabilidad. Por tanto, si la operación objeto de conflicto de interés es dispensada no concurre el requisito de la antijuridicidad⁶²⁶. De ello se deduce que la dispensa, al concebirse como una excepción al deber de lealtad, debe igualmente serlo para el régimen de responsabilidad por deslealtad.

En conclusión, la infracción del deber de lealtad cometida por el administrador que ha sido expresamente autorizada a través de la correspondiente dispensa no podrá generar responsabilidad del administrador por los posibles daños, al habersele autorizado expresamente por la sociedad para poder incurrir en dicho incumplimiento.

2-. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DISPENSADO

El artículo 227.1 LSC establece el deber del administrador de desempeñar su cargo con lealtad, lo que supone, como ya hemos tenido oportunidad de exponer, que la actuación del administrador en la sociedad debe ajustarse no solo a la regla de no conflicto, sino también a la regla non profit o regla de ningún beneficio, cuyo objetivo es que en su actuación social el administrador anteponga siempre el interés social al suyo propio, no obteniendo beneficios personales en el ejercicio de su cargo. A pesar de que ésta sea la regla general que debe inspirar el comportamiento del administrador en la sociedad, en ocasiones actuará beneficiando su interés personal sobre el interés social al que debe dedicación.

La forma de control más característica sobre la actuación del administrador es a través de la exigencia de responsabilidad⁶²⁷, razón por la cual, la LSC a la vez que establece el deber de lealtad del administrador como deber que debe regir su comportamiento en la sociedad, construye un régimen de responsabilidad a través del cual, en atención a las circunstancias, se emplearán una serie de mecanismos para hacer frente al posible comportamiento desleal que hubiera desarrollado. Así, la infracción del deber de lealtad

⁶²⁶ YANES YANES, P., “Una aproximación a la acción de enriquecimiento desleal del administrador”, en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital* (Coord. JUSTE MENCÍA, J., ESPÍN GUTIERREZ, C.), Vol. I, 2017, p. 1111, señala que la antijuridicidad del comportamiento desleal del administrador enriquecido no es absoluta, así, “la dispensa obtenida conforme a las previsiones legales supondrá un hecho excluyendo de la acción de enriquecimiento desleal en cuanto elimina la antijuridicidad del comportamiento del administrador”.

⁶²⁷ CABANAS TREJO, R., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p.1429.

por el administrador puede justificar que la sociedad inicie el ejercicio de diferentes acciones.

Una de las novedades más importantes que trajo consigo la reforma de la LSC operada a través de la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo es la imposición de un régimen específico de responsabilidad a los administradores por la infracción del deber de lealtad. El apartado segundo del artículo 227 LSC establece que *“la infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”*. La regulación de la responsabilidad por deslealtad del artículo 227.2 LSC se completa con el régimen de responsabilidad que la LSC ha consagrado en los artículos 236 a 241 bis LSC a propósito de las acciones de responsabilidad, un régimen que contempla los requisitos y el procedimiento que pueden conducir al que el administrador tenga que responder de los daños causados en su gestión, hayan sido provocados a la sociedad, a los socios o a terceros⁶²⁸. Por último, debe contemplarse también la posibilidad de emprender las acciones incluidas en el artículo 232 LSC, que consagra la posibilidad de ejercitar las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores en infracción de su deber de lealtad. No se abordarán en este trabajo las concretas acciones de lealtad, analizando únicamente los casos concretos de los que podría derivarse responsabilidad del administrador por una actuación desleal dispensada.

2.1.- Presupuestos de responsabilidad

Como hemos tenido oportunidad de señalar, la imputación de responsabilidad por infracción del deber de lealtad del administrador requiere la concurrencia de una serie de

⁶²⁸ A este respecto, EMPARANZA SOBEJANO, A., “La responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad (art. 227.2 LSC)”, *cit.*, p. 1, señala que el reconocimiento de esta novedosa responsabilidad de los administradores ha suscitado un intenso debate sobre su contenido y alcance. El autor señala que *“la redacción del artículo 227.2 LSC suscita innegables problemas interpretativos de distinta índole por un lado, no define la naturaleza de la nueva acción ni, sobre todo, su régimen jurídico, y, por otro lado, porque su encaje sistemático no resulta adecuado ya que se limita a la escueta redacción del artículo 227.2 LSC y no ha sido siquiera mencionado en el artículo 232 LSC”*. Por su parte, GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 227. El deber de lealtad”, *cit.*, p. 3041, expone que *“lo más correcto desde el punto de vista sistemático hubiera sido no dispersar la regulación de las diferentes acciones vinculadas a la infracción del deber de lealtad, a fin de no generar dudas ni polémicas al respecto. Sin embargo, puede comprenderse que el legislador haya querido realzar, al incluirlo a modo de advertencia en el primero de los preceptos legales referidos al deber de lealtad, que la comisión de infracciones en esta materia acarrea consecuencias severas para el autor de esa clase de conducta”*.

presupuestos, que deberán acreditarse por quien ejercite la acción. El primero de los presupuestos es que efectivamente se produzca una infracción del deber de lealtad, es decir, que el administrador haya incumplido su deber desarrollando alguna de las conductas expresamente prohibidas en el artículo 228 LSC, o que el administrador no haya evitado las situaciones de conflicto de interés que el artículo 229 LSC recoge. En segundo lugar, para que la actuación del administrador sea susceptible de responsabilidad es necesario que el incumplimiento no haya sido dispensado. Es decir, que en todos aquellos casos en los que el administrador haya actuado bajo el amparo de una dispensa correctamente otorgada y su actuación se hayan ceñido a los límites establecidos en el acuerdo dispensatorio, el comportamiento desleal del administrador no podrá ser susceptible de reclamación. Y, el último de los presupuestos que la ley exige para poder reclamar responsabilidad al administrador por su actuación desleal es que por la vulneración del deber se produzca un daño al patrimonio social o el enriquecimiento injusto del administrador⁶²⁹.

Sin embargo, podemos encontrar escenarios en los que, aunque efectivamente se haya producido la concesión de una dispensa, su otorgamiento no obstará para que la actuación del administrador derive en responsabilidad.

Los casos en los que la existencia de una dispensa no evitará el ejercicio de las acciones de responsabilidad por parte de la sociedad son tres. El primero de los casos se refiere a al desarrollo de una operación desleal a través de una dispensa incorrectamente otorgada. Aunque la dispensa haya sido correctamente otorgada, respetando los regímenes de mayorías en la LSC previstos, si el acuerdo se adopta por la mayoría en claro abuso de la minoría, en caso de que el acuerdo se impugne el administrador también podría ser declarado responsable por su actuación desleal. En segundo lugar, puede suceder que, aunque en efecto exista una dispensa correctamente otorgada, el comportamiento desarrollado por el administrador no se adecue a lo expresamente contemplado en el acuerdo de dispensa, actuando, por tanto, deslealmente, en tanto en cuanto habrá realizado una conducta que no estaba realmente dispensada. Por último, aunque le hubiera sido concedida una dispensa, puede suceder que la sociedad decida revocar la dispensa a través

⁶²⁹ EMPARANZA SOBEJANO, A., “La responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad (art. 227.2 LSC)”, *cit.*, p. 11, señala que la exigencia de que se haya producido un perjuicio en el interés social para declarar responsable al administrador es coherente con el régimen general de responsabilidad del artículo 236 LSC en el que la exigencia de un daño constituye un “*elemento imprescindible para declarar la responsabilidad del administrador*”.

de la cual el administrador desarrollaba el comportamiento de conflicto de interés, debiendo igualmente atender a cuáles son las consecuencias que pueden derivarse de dicha situación.

2.2.- Responsabilidad del administrador correctamente dispensado

El régimen del deber de lealtad exige que cuando el administrador se encuentra en una situación de conflicto de interés debe comunicar su concreta situación, absteniéndose de realizar la conducta, solicitando la oportuna dispensa. En aquellos casos en los que éste haya sido el proceder del administrador puede afirmarse que su actuación ha respetado el deber de lealtad que rige su actuación en la sociedad y no podrá reprochársele las consecuencias que se hubieran podido derivar del comportamiento desleal, pues su actuación estaba correctamente autorizada por la sociedad. Esta afirmación, sin embargo, requiere una serie de matizaciones, pues a pesar de que la dispensa tenga un efecto exonerador, la sociedad puede tener que hacer frente a una serie de casos en los que ese efecto puede quedar de alguna forma desdibujado. A continuación, se detallan los diferentes casos que puede afrontar la sociedad.

2.2.1.- Actuación del administrador que no se corresponde con el contenido del acuerdo dispensatorio

La dispensa es un permiso para un caso concreto y determinado, a través del cual la sociedad autoriza a un administrador a que lleve a cabo un comportamiento que le sitúe en conflicto de intereses con la sociedad.

El acuerdo de dispensa debe establecer de forma pormenorizada todos y cada uno de los detalles que acompañan al comportamiento desleal que se va a dispensar, con el fin de que los límites en los que puede operar el administrador queden lo más claros y delimitados posible. En este sentido, el acuerdo de dispensa será el ámbito no solo subjetivo, sino objetivo, en el que opera el administrador dispensado. De forma que, siempre que su actuación se circunscriba a lo acordado no puede reprochársele las consecuencias que de esa actuación dispensada se hubieran derivado⁶³⁰. De manera que, la dispensa otorgada respetando las garantías legalmente previstas solo libera al

⁶³⁰ En este sentido, PAZ-ARES, P., “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, *cit.*, p. 34, señala que, si la retribución externa es aprobada, a través de la concesión de una dispensa, en los términos indicados, “no parece que puedan ser objetadas jurídicamente”.

administrador de la amenaza de infringir el deber de lealtad por la realización de la conducta, sin embargo, no le exime del control posterior en función de la existencia de un resultado dañoso para la sociedad.

Dado el peligro que las situaciones de conflicto de interés pueden suponer en el interés social, la sociedad debe poner especial atención en que la actuación del administrador se corresponda con lo que efectivamente se dispensó. Así, puede ocurrir que el comportamiento llevado a cabo por el administrador no se haya ajustado a lo establecido en el acuerdo de dispensa. Si éste fuera el caso, dado que el administrador se habría extralimitado, actuando fuera del radio de acción de la dispensa, estaríamos ante una actuación desleal no dispensada, por lo que en caso de que la sociedad sufriera un daño, o el administrador hubiera recibido un enriquecimiento injusto, se darían los presupuestos para declarar responsable al administrador por su actuación desleal, siendo posible ejercitar la acción oportuna. Por tanto, para que pueda reprocharse un comportamiento dispensado entendemos que el administrador tendrá que haber sobrepasado los límites que la dispensa establecía. Es decir, haber actuado fuera de su radio de acción, desarrollando una conducta que realmente no estaba dispensada. De modo que, el único caso en el que el administrador pueda declararse responsable cuando la dispensa está correctamente otorgada será cuando el administrador actúa fuera de los límites en ella establecidos. En este caso la sociedad puede ejercitar las acciones que estime oportunas por el comportamiento desleal, pues, al actuar fuera del límite objetivo establecido en el acuerdo, esa actuación no estará amparada por el permiso concedido y el administrador habrá actuado deslealmente.

A pesar de la posibilidad de reclamar al administrador responsabilidad por su comportamiento desleal, es preciso señalar que esa facultad de reclamar es, en efecto, una facultad de la sociedad, por lo que, a pesar de que el administrador hubiera actuado deslealmente la sociedad podría decidir no ejercitar ningún tipo de acción y permitir la continuación de la actuación. La solución para este caso es revocación de la dispensa, otorgando a continuación un nuevo permiso incluyendo correctamente los límites en los

que habría actuado el administrador, especificando claramente el radio de acción de la dispensa con la que actuará el administrador nuevamente dispensado⁶³¹.

2.2.2-. Responsabilidad del administrador derivada por una dispensa incorrectamente otorgada

El administrador que se posiciona en una situación de conflicto de interés debe abstenerse de actuar, impidiendo la creación de la situación del conflicto, o puede comunicar su interés en la operación solicitando la dispensa. Si el administrador opta por la declaración del conflicto con el objetivo de la obtención de la dispensa para la explotación de la actuación interesada se activan una serie de garantías. Así, el procedimiento para la concesión de la dispensa gira en torno a tres reglas básicas. Primero, la regla de procedimiento, que asegura la independencia del órgano que otorga la dispensa respecto del administrador interesado. Segundo, la regla de la inocuidad, que trata de garantizar el carácter equitativo de la operación, por su inocuidad o porque se contrata en condiciones de mercado. Y, tercero, la regla de transparencia.

Para que podamos afirmar que una dispensa ha sido correctamente otorgada es necesario que ésta se haya adoptado respetando las reglas que la LSC establece para ello. De manera que, cuando el acuerdo dispensatorio respeta las reglas materiales y de procedimiento que la ley consagra, la dispensa concede al administrador el amparo necesario para el desarrollo de la conducta desleal objeto del acuerdo. Sin embargo, puede ocurrir que, tras la concesión de la dispensa, el acuerdo que decidía su concesión sea impugnado, lo que hará que el administrador pierda la protección que la dispensa le concedía. Pero además de perder la protección de la dispensa, y no poder continuar con el desarrollo de la conducta, puede suceder que el comportamiento que hasta el momento había llevado a cabo sea susceptible de generar responsabilidad.

Que una actuación que había sido dispensada genere responsabilidad al administrador no es fácil, pues el propio instrumento de la dispensa se construye como una forma de legitimar una conducta desleal y, por tanto, como una forma de exoneración de ésta. Por ello para que la sociedad pueda reclamar responsabilidad al administrador dispensado por

⁶³¹ Esta opción al alcance de la sociedad tiene cierto parecido con la figura de la ratificación, a través de la cual la sociedad valida una actuación desleal del administrador que está consumada o en fase de realización, y que no contaba con el amparo de la dispensa.

una dispensa incorrectamente otorgada, la razón por la que la dispensa adolezca de defectos no puede derivar de la sociedad, pues no podría imputarse daños al administrador que actuó de buena fe, con el convencimiento de que la dispensa que la sociedad aprobó era válida.

Por ello, la razón por la que se vaya a declarar una dispensa como incorrectamente otorgada, y así poder reclamar al administrador los daños provocados por la realización de la conducta que era objeto de dispensa, tiene que provenir del propio administrador. En virtud del artículo 229.3 LSC, el administrador tiene un deber de información, deber que incluye no solo el deber de comunicar la existencia del conflicto de interés, sino todos los detalles y pormenores que acompañen al mismo, así como un deber de comunicar a la sociedad todos aquellos cambios que puedan producirse en su actuación, incluso tras la concesión de la dispensa. El deber de información es parte de la garantía de transparencia que inspira el régimen del instituto de la dispensa, por lo que, si la información comunicada por el administrador no se ajusta a la realidad, o es incompleta, el deber de información no se habrá cumplido, y el administrador habrá actuado de forma desleal. La consecuencia es la adopción de un acuerdo de dispensa sin conocer todos los detalles del conflicto, lo que podría suponer graves consecuencias en el interés social. En este sentido, podemos afirmar que la dispensa del deber de lealtad otorgada a través de la ocultación de información del administrador es un acuerdo que adolece de un error esencial, cuya consecuencia será la anulación de la dispensa, así como la posibilidad de la sociedad de reclamar al administrador los daños y perjuicios que el interés social hubiera podido sufrir durante su vigencia, así como por el enriquecimiento injustamente obtenido por el administrador.

2.2.3-. La dispensa obtenida por abuso de la mayoría

Uno de los escenarios en el que los socios mayoritarios pueden abusar de su posición mayoritaria es ante la existencia de conflictos de interés de los administradores. Los socios, a través de la junta general, son quienes deciden si permiten al administrador situarse en situación de conflicto de interés. Se trata de una decisión que debe tomarse en atención a la inocuidad de la actuación o por los beneficios que la sociedad pueda conseguir a través de la realización de la conducta desleal, beneficios que deben ser atribuidos exclusivamente al interés social. El problema reside en que, si es únicamente un grupo de socios, los mayoritarios, quienes van a decidir sobre el otorgamiento de la

dispensa, lo pueden hacer atendiendo únicamente sus intereses personales, olvidando a la minoría social que también forma parte de la sociedad.

Aunque la LSC establece una serie de requisitos para el correcto otorgamiento de la dispensa, además de los requisitos establecidos para la adopción de acuerdos en la junta general, habrán de tenerse en cuenta las exigencias que el artículo 230 LSC establece. Sin embargo, la legislación vigente no incluye en su articulado disposición alguna de protección del socio minoritario. Ciertamente el socio es libre de ejercitar su derecho de voto dentro de la sociedad atendiendo a sus intereses particulares y no a los del resto de socios y la sociedad, y dada la situación de superioridad de los socios mayoritarios, que ocupan una posición de control de la sociedad. Este control supone el sometimiento al deber de fidelidad que debe no solo a la sociedad sino también a los socios minoritarios, ya que su comportamiento deberá atender el interés común de todos los socios y no un interés propio. Teóricamente es un problema de difícil solución dada la inexistencia de disposiciones legislativas que establezcan el deber de lealtad del socio, por lo que la actuación de estos no quedará bajo ningún tipo de control. Para poder controlar el ejercicio del derecho de voto, la LSC establece dos posibilidades.

Por un lado, se establece un control preventivo a través de la privación del derecho de voto al socio conflictuado en el artículo 190.1 LSC. El precepto dispone que el socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC⁶³². Se trata de un contrapeso al alcance de la minoría, que puede utilizar esta abstención como la posibilidad de ejercitar un derecho de veto, pues la abstención del socio conflictuado puede conllevar la imposibilidad de la adopción del acuerdo⁶³³. En todo caso, si la junta general actúa observando las garantías procedimentales y materiales, legalmente previstas, este órgano podría asegurar que el interés social no habría quedado lesionado.

⁶³² La deducción de votos de los accionistas incurso en conflicto de interés no afecta al quórum establecido para constituir junta (arts. 193 y 194 LSC). Ello es porque el socio con deber de abstención puede asistir, y con su presencia se cumple el requisito para constituir válidamente la junta. Para una mayor profundización, véase, RECALDE CASTELLS, A., “Artículo 190. Conflicto de intereses”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 71.

⁶³³ El problema fundamental del artículo 190 se encuentra en aquel supuesto en el que no sea el propio socio administrador sino una persona de su confianza, pudiendo quedar cualquier vulneración del deber de lealtad dispensada cuando el administrador no sea socio, sino una persona a él vinculada, pudiendo el socio votar en la junta al no ser administrador y no haber vulnerado ningún deber de lealtad.

El problema está en que el interés social que la junta ha respetado no habría sido el interés social sino el interés de los socios mayoritarios, convirtiendo el interés social en su interés propio⁶³⁴.

Por otro lado, la legislación establece un control del voto *a posteriori* en el artículo 190.3 LSC. Este precepto se refiere a todos aquellos conflictos de interés que no se puedan ubicar en el apartado primero, en los que los socios no estarán privados del derecho de voto. En este caso el acuerdo que se adopta es impugnabile en la medida en que el voto favorable del socio en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo y sea lesivo para el interés social⁶³⁵.

Uno de los principales problemas a los que se enfrenta la minoría social es la toma de decisiones por parte de la mayoría sin considerar sus intereses. Nos referimos a la posibilidad de la mayoría de otorgar dispensas a administradores cuyo beneficio revierta, no en el interés social como interés de la sociedad al completo, sino en el interés de los socios que ostenten la mayoría del accionariado. En este escenario los derechos de los socios minoritarios quedan, no solo desatendidos, sino vulnerados, y con ello el interés social como interés de la sociedad. Para hacer frente al «secuestro» del interés social por parte de la mayoría, la legislación ofrece una serie de alternativas al alcance de aquellos socios disconformes con el devenir social.

El primer instrumento que permite combatir la actuación abusiva de los socios mayoritarios se encuentra en el artículo 204 LSC. El citado precepto establece la impugnabilidad de los acuerdos sociales que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. El precepto continúa señalando que el interés social se lesiona cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se imponga de manera abusiva por la mayoría⁶³⁶. En estos casos el acuerdo se adopta sin responder a una

⁶³⁴ Respecto de este extremo podríamos abrir un interesante debate, que se deja para futuros trabajos, sobre el deber de lealtad de los socios a la sociedad. Se recomienda la lectura de GARNACHO, CABANILLAS, L., “El deber de lealtad del socio en una sociedad de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52, 2018; 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, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2016; ALVAREZ ROYO VILLANOVA, S., “¿Existe un deber de lealtad de los socios? Lo que está en juego”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, el 21 de abril de 2019, disponible en: <https://almacendederecho.org/existe-un-deber-de-lealtad-de-los-socios-lo-que-esta-en-juego>.

⁶³⁵ CURTO POLO, M.A., *La protección del socio minoritario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 80.

⁶³⁶ Sobre la impugnación de acuerdos adoptados con abuso de la mayoría en perjuicio de los socios minoritarios, vid., en extenso, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., “Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios: caracterización y casuística”, *Revista de Derecho*

necesidad razonable de la sociedad adoptándolo por la mayoría en interés propio y en detrimento de los demás socios. Este acuerdo de dispensa acordado por la junta general puede ser impugnado por los sujetos y causas que menciona el artículo 204 LSC. Si bien es posible una impugnación por falta de cumplimiento de requisitos procedimentales, en este caso nos referimos a la impugnación sobre el contenido del acuerdo. El juez deberá analizar la compatibilidad del acuerdo dispensatorio con el interés social atendidas todas las circunstancias que concurran en el caso⁶³⁷.

La segunda herramienta al alcance de la minoría es la posibilidad de instar el cese del administrador, aunque se trata de una opción aplicable únicamente al desarrollo de actividades competitivas. El propio artículo 230 LSC incorpora esta posibilidad al establecer que, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante. La ley indica que la junta resolverá a instancia de cualquier socio, por lo que cualquier socio puede dirigirse al órgano de administración para instar la convocatoria de la junta general, aunque la ley no establece la obligación de atenderla ni prevé expresamente el recurso a la convocatoria judicial⁶³⁸. El problema fundamental es que a pesar de que cualquier socio pueda instar el cese, es la junta general quien resuelve sobre el mismo, por lo que si fue la junta quien adoptó el acuerdo de dispensa difícilmente resolverá el cese del administrador dispensado.

El último instrumento se refiere a la posibilidad de la minoría de hacer uso del ejercicio de la acción de responsabilidad del artículo 232 LSC. Para poder ejercitar dicha acción, tal y como señala el precepto, debe darse el presupuesto de la existencia de un daño al interés social, por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. La deslealtad supone una conducta antijurídica, pero para que se dé la existencia de responsabilidad es necesaria la producción de un daño, interviniendo dolo o culpa, así como la relación de causalidad

Mercantil, núm. 310, 2018; GALLEGO CÓRCOLES, A., “La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 308, 2018.

⁶³⁷ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p. 424.

⁶³⁸ Serán los administradores quienes evalúen si la convocatoria es o no es necesaria para los intereses sociales, habida cuenta del posible conflicto que les afecta y que puede suponer daños para el patrimonio o el interés social. El problema una vez más radica en que los propios administradores pueden ser los beneficiados por los efectos de la dispensa y decidan no convocar la junta. O incluso una vez convocada la junta, solicitado el cese del administrador por los socios minoritarios, no prospere la acción pues quienes deciden el cese serán los socios mayoritarios que acordaron la dispensa.

entre el daño y la conducta ilícita. La cuestión fundamental a la hora de interponer este tipo de acción por la minoría será probar la producción de un daño. El problema está en la dificultad de probar el perjuicio al interés social, sobre todo si hablamos de una actividad dispensada por los socios⁶³⁹. Por tanto, aunque se trata de una opción al alcance de la minoría, que podrá actuar contra el abuso del socio mayoritario, es una posibilidad, quizá no poco viable, sino más bien de gran dificultad.

2.2.4-. Responsabilidad por revocación

La revocación de la dispensa concedida al administrador para llevar a cabo una determinada conducta desleal supone que el comportamiento que situaba al administrador en una situación de conflicto de interés deja de estar permitido, debiendo el administrador abstenerse de continuar su realización. El escenario de la revocación plantea numerosas cuestiones sobre cuáles pueden ser, y si efectivamente las hay, las consecuencias que pueden producirse en el plano de la responsabilidad del administrador. En todo caso, es preciso tener en consideración los diferentes escenarios que llevan a esa revocación, y también los supuestos que pueden darse tras la misma.

En primer lugar, en los casos en los que la sociedad decide unilateralmente la revocación, como ya hemos tenido ocasión de exponer, la sociedad actuará en contra de sus actos propios. Así, aunque el resultado final pudiera ser que la conducta desleal deja de estar permitida, el administrador no tendría que hacer frente a los posibles daños que se hubieran derivado de la conducta que la sociedad decidió dispensar en un primer momento. Ello, no obstante, no ocurrirá si el administrador, una vez comunicada la revocación, se mantiene en la situación de conflicto de interés. En este caso, el administrador habría perdido la protección que la dispensa le brindaba, por lo que actuará deslealmente y la sociedad estará legitimada para exigir la responsabilidad que corresponda por los posibles daños o por el enriquecimiento injusto que se deriven de tal circunstancia.

El segundo lugar, la dispensa puede revocarse cuando la sociedad considera que, tras un mayor análisis de la situación, el comportamiento del administrador es susceptible de

⁶³⁹ Sobre estas cuestiones, *in extenso*, MASSAGUER FUENTES, J., “Artículo 232. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 427-439.

producir un perjuicio en el interés social que no había previsto en el momento de la concesión de la dispensa. Este segundo escenario plantea más cuestiones, pues habría que conocer si esa falta de información es imputable al administrador o no. Si la falta de información no fuera imputable al administrador, si no que la sociedad tras un estudio más exhaustivo de las posibles consecuencias decide retirar la dispensa, el administrador no tendría que soportar las consecuencias que de su actuación se hubieran podido derivar, pues se trataba de un comportamiento correctamente dispensado. Muy distinto es el escenario en el que, tras la concesión de la dispensa la sociedad es conocedora de que las consecuencias que se pueden producir con el comportamiento son mucho mayores a las descritas por el administrador, y que éste, por su deseo de desarrollar la conducta, mantuvo en secreto. En este caso, la revocación de la dispensa no exime al administrador de las posibles consecuencias que su hubieran derivado, pues el administrador habría infringido el deber de información que el artículo 229.3 LSC establece, por lo que la dispensa otorgada con una información falsa o incompleta será nula.

Un último escenario de revocación es el derivado de la impugnación del acuerdo de dispensa. La decisión de impugnar un acuerdo dispensatorio tiene numerosas consecuencias, pues no solo va a provocar que la dispensa se anule, sino que, además, el administrador tendrá que hacer frente a los daños producidos a consecuencia de su concesión. En los casos en los que el acuerdo dispensatorio se impugne, el administrador que hubiera actuado en conflicto de interés con el amparo de la, ahora nula, dispensa, será susceptible de ser responsable por los posibles daños que se hubieran podido producir⁶⁴⁰.

2.3-. Ratificación de un comportamiento desleal y la reclamación de responsabilidad

La ratificación de un comportamiento de conflicto de interés se antoja como una opción atractiva, no solo para el administrador, que va a poder continuar su actuación desleal, sino también para la sociedad, pues si decide dispensar dicha situación lo hace sabiendo que ésta le podría reportar algún tipo de beneficio. El interrogante que se plantea en estos casos es si cuando la sociedad decide validar una determinada conducta en desarrollo, o

⁶⁴⁰ Sobre la cuestión, CABANAS TREJO, R., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p.1429, declara que si el acuerdo de dispensa fuera objeto de anulación en virtud de una impugnación independiente, la situación del administrador empeorará drásticamente, pues de forma automática se entiende producida la infracción (STS 26 diciembre 2012, RJ 2013, 1255).

incluso ya consumada, está realmente renunciando a reclamar los posibles daños o el enriquecimiento injusto obtenido por la realización de la actuación desleal.

La figura de la ratificación es una opción a todos los efectos excepcional. Así, cuando la sociedad admite que uno de sus administradores continúe el desarrollo de una conducta desleal, o valida una actuación finalizada, realmente está aceptando las consecuencias que de ella se hubieran podido derivar, lo que implica la renuncia a reclamar responsabilidad por dicha actuación, una renuncia que queda suscrita a la competencia de la junta general⁶⁴¹. No obstante, y dada la facultad de la junta de tomar la decisión de validar la determinada conducta, nada impediría que adopte un acuerdo de ratificación en el que se reclame al administrador la responsabilidad derivada por las consecuencias en el interés social de un daño concreto, aunque la regla general es que, si la sociedad decide ratificar un determinado conflicto de interés, lo hace aceptando las consecuencias derivadas hasta el momento.

⁶⁴¹ En este sentido se pronuncia, GARCÍA GARCÍA, E., “Art. 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, *cit.*, 3086, al señalar que la validación implica una renuncia por parte de la entidad a reclamar responsabilidades por ese modo de actuación. En la misma línea, CABANAS TREJO, R., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, *cit.*, p.1429, expone que cuando la dispensa se obtiene a posteriori, al haberse producido ya una infracción formal la dispensa supone en realidad una renuncia a poner en marcha los mecanismos de reacción contra el administrador infractor, y esta renuncia queda suscrita a la competencia de la junta general.

Conclusiones

I

El deber de lealtad obliga al administrador a actuar en interés de la sociedad, debiendo primar el interés de la sociedad sobre cualquier otro, ya sea el suyo propio o el de un tercero. Tras la reforma introducida con la Ley 31/2014, el artículo 230.1 LSC consagra el carácter imperativo del deber de lealtad del administrador. La imperatividad no es, sin embargo, absoluta. Una de las novedades más importantes de la reforma es la versatilidad que la LSC dota al carácter imperativo del deber de lealtad a través del instrumento de la dispensa que el apartado segundo del artículo 230 regula. El legislador rompe con la regulación previgente, en la que cualquier situación de conflicto de interés se permitía tácitamente, y construye un régimen de lealtad en el que la dispensa es el centro regulador de todo el sistema.

II

El pronunciamiento de imperatividad del artículo 230.1 LSC supone que el régimen del deber de lealtad no puede ser, en ningún caso, limitado o derogado en vía estatutaria, lo que supone que el régimen que legalmente se consagra es el mínimo indisponible que debe ser respetado en todo caso. La cuestión que se suscita a este respecto es la posibilidad de flexibilizar el régimen de lealtad del administrador a través del instrumento de los pactos parasociales. A tal efecto, la doctrina considera que en las sociedades de capital los deberes de los administradores deben regirse por la ley y los estatutos. Sin embargo, la regulación de los conflictos de intereses y las conductas concretas que se pactan para evitar dichos comportamientos puede ser uno de los temas a abordar en los pactos parasociales. En el caso de la inclusión de cláusulas relativas a conflictos de interés en los pactos parasociales, los socios podrían definir un sistema propio de conflictos de interés diseñado atendiendo las características propias de la sociedad, con el fin de incrementar sus beneficios en la compañía. Sin embargo, la opción de modificar el régimen del deber de lealtad del administrador haciéndolo más flexible a través de cláusulas incluidas en los pactos parasociales es una posibilidad que plantea numerosas cuestiones, y ello por la inoponibilidad que las cláusulas tendrían.

III

Ningún instrumento, más allá de la dispensa, puede reducir o eliminar la imperatividad del régimen del deber de lealtad del administrador de la LSC. Ello no impide la posibilidad de acrecentar las exigencias relativas de dicho deber, puesto que la regulación imperativa, si bien no es posible reducirla, puede ser modificada siempre que refuerce la protección que la norma consagra. De manera que la sociedad puede reforzar su autotutela, excluyendo la flexibilidad que caracteriza al régimen de imperatividad de los conflictos de interés. A través de esta fórmula de autotutela, cada sociedad establece el alcance de la flexibilidad del deber de lealtad de sus administradores, y debe tener en cuenta las particularidades del sector de actividad en el que se inscriba la actividad o la estructura interna que la organización concreta tenga.

Las fórmulas de protección que se pueden articular son numerosas, dependiendo de quién emane la voluntad de acrecentar los niveles de protección, será posible hacerlo tanto por vía estatutaria o de las instrucciones de la junta, como por los reglamentos del propio órgano de administración. Tanto si la autotutela proviene de los estatutos o de instrucciones de la junta, los socios pueden hacer suya la competencia del órgano de administración. En los casos en los que el consejo de administración decida modificar el régimen del deber de lealtad, con el fin de hacerlo más rígido, debe tenerse en cuenta que es una vía de autotutela que debe respetar, en todo caso, los derechos de los socios y el interés social.

IV

A pesar de que el legislador contempla un instrumento de consentimiento cuyo otorgamiento es previo al inicio de la actividad conflictiva, no hay obstáculo alguno para que la sociedad pueda consentir un comportamiento en fase de consumación, o incluso consumado, a través de la figura de la ratificación. En todo caso, ya sea en un momento previo o posterior, la sociedad a través del otorgamiento de la dispensa autoriza al administrador a desarrollar un determinado comportamiento desleal. Ya sea previo a la realización de la conducta, o una vez iniciada, el hecho de que la sociedad otorgue la dispensa supone levantar el obstáculo legal que impide al administrador llevar a cabo la conducta desleal.

V

Los sujetos afectados por el deber de evitar situaciones de conflicto de interés son los mismos beneficiarios del amparo que la solicitud de la dispensa otorga. Ahora bien, los destinatarios del deber de lealtad no son solo los administradores formalmente nombrados y con cargo vigente e inscrito, también lo son las personas físicas que representan a los administradores personas jurídicas (art. 236.5 LSC), el alto directivo de la sociedad que no es miembro del consejo de administración cuando el consejo no haya procedido a la delegación permanente de funciones (art. 236.4 LSC), y, por último, la extensión se hace a los administradores de hecho (art. 236.3 LSC). La extensión subjetiva que realiza el legislador conlleva que los sujetos anteriormente señalados quedan sometidos a las disposiciones relativas al deber de lealtad y su responsabilidad en los mismos términos que lo hace el administrador de derecho.

VI

El artículo 229.2 LSC da a entender que las personas vinculadas están sometidas al mismo deber de lealtad que el administrador, sin embargo, la realidad es que estos sujetos no están sometidos al deber de lealtad propio de los administradores, por lo que no tienen prohibido llevar a cabo los actos prohibidos en el artículo 229.1 LSC. Lo que si puede quedar sometido a la exigencia de solicitud de dispensa es el desarrollo de una actuación desleal por una persona vinculada al administrador.

La persona vinculada, por el mero hecho de serlo, no ve disminuida su capacidad de contratación con la sociedad, pues ello podría suponer la pérdida de operaciones beneficiosas, no solo para él, sino también para la sociedad. Por tanto, a nuestro entender, las personas vinculadas no están afectadas por el deber de comunicar los posibles conflictos de interés en los que se puedan encontrar, ni mucho menos tendrá que iniciar el procedimiento dispensatorio. Sin embargo, la libertad de llevar a cabo operaciones que enfrenten el interés social y el interés personal de la persona vinculada al administrador no es absoluta. La conducta no puede ser fruto de la instrumentalización de la persona vinculada por el administrador para que lo lleve a cabo, ni que sea el administrador quien se deje utilizar por la persona vinculada para desarrollar una operación prohibida por la ley.

VII

El objeto del artículo 231 LSC es la delimitación del catálogo de sujetos que se consideran suficientemente próximos al administrador social como para que éste pueda estar tentado de anteponer el interés de estos sobre el interés social al que sirve. A pesar del debate en torno al carácter abierto o cerrado del precepto, considero que el carácter del artículo 231 LSC no puede ser cerrado, es decir, la enumeración que en la misma se incluye no es un listado “*numerus clausus*”, pues el ámbito subjetivo de la norma es muy superior y debe incluir cualquier persona física o jurídica próxima al administrador, aunque no aparezca mencionada en el artículo 231 LSC. La realidad societaria ha demostrado que muchas de las situaciones de vinculación que generan conflicto de intereses en el administrador no están incluidas en el artículo 231 LSC, por lo que reducir su aplicación únicamente a las personas expresamente comprendidas en el precepto puede suponer una limitación excesiva de su radio de acción.

VIII

El apartado segundo del artículo 230.2 LSC establece expresamente que la sociedad “*podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares*”. Una primera lectura de esta parte del precepto puede llevar al convencimiento de que todas las prohibiciones del artículo 229 LSC son dispensables, pudiendo ser todas ellas realizadas por el administrador previo otorgamiento de la dispensa oportuna por el órgano competente. Es decir, que todos los conflictos de interés podrían ser dispensados por la sociedad, debido al carácter abierto y no excluyente que el artículo 229.1 LSC tendría. Sin embargo, a continuación, se concretan las conductas que son, efectivamente, dispensables por la sociedad, entre las que se incluyen la realización por parte de un administrador o persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero y, por último, la obligación de no competir con la sociedad.

Por razón de su objeto, el administrador no puede ser dispensado de atender las obligaciones básicas inherentes al deber de lealtad. Lo que podrá dispensarse, aunque única y exclusivamente a través de una dispensa ad hoc, singular y concreta, es el cumplimiento de la obligación de evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés.

La posibilidad de dispensar conductas que supongan un conflicto de interés no especificadas en el artículo 230 LSC es una cuestión discutida. Sin embargo, siguiendo la filosofía del legislador a la hora de construir el régimen del deber de lealtad, debe aceptarse la inclusión de otras situaciones de conflicto de interés como supuestos dispensables. El instrumento de dispensa se introduce en la norma como una forma de flexibilizar un sistema tradicionalmente rígido. Por eso, consideramos que la enumeración de los conflictos de interés del artículo 230 LSC sea una enumeración abierta y no excluyente.

En todo caso, hablamos de posibilitar al administrador la solicitud de dispensa para llevar a cabo una determinada situación de conflicto de interés que no esté contemplada en la ley, pero la decisión última la tendrá la propia sociedad que, a través de la junta general o el órgano de administración, según cual sea el tipo de conflicto que el administrador pretenda desarrollar. De forma que, es la propia sociedad la que, a través de la concesión de la dispensa, concreta el nivel de flexibilidad que da al régimen de lealtad de sus administradores

X

A pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 menciona la necesidad de construir un procedimiento a seguir en caso de conflictos de interés, LSC no establece un verdadero procedimiento o protocolo, sino que se limita a proclamar una serie de obligaciones que deben respetarse en caso de conflicto. El conjunto de obligaciones que el legislador consagra pretende asegurar que, en la representación social, tanto en fase deliberativa como en la ejecutiva, el órgano de administración no pierda la fundamental independencia de criterio. De esta manera, la LSC consagra una serie de deberes que deben ser observados por aquellos administradores en conflicto, cuyo cometido es asegurar que la decisión que el órgano competente tome cumple todas las garantías que legalmente se establecen.

La LSC se limita a proclamar una serie de deberes que inspiran el sistema, sin construir, en mi opinión, un verdadero procedimiento dispensatorio. En virtud de la imperatividad del régimen del deber de lealtad es imposible que las partes puedan limitar o reducir el contenido del deber. Sin embargo, ello no impide la posibilidad de acrecentar o completar el régimen de lealtad legalmente establecido. Nada impide la modificación de sus

exigencias cuando el objetivo sea el refuerzo de la protección que la norma consagra. Optar por la autotutela supone la creación de regímenes “*a medida*”, en los que cada sociedad pueda fijar los límites en los que pueden desarrollar los administradores su actividad, siempre dentro de la frontera fijada en la LSC. Un régimen propio es lo que posibilita que se tengan en cuenta las particularidades propias de cada sociedad.

XI

La regulación actual establece un listado detallado de los conflictos de interés (art. 229.1 LSC), y el deber de comunicación debe referirse a todos ellos. Dado el carácter abierto del precepto, que puede alojar otras situaciones de conflicto de interés no incluidas expresamente, el deber de comunicación consagrado en el apartado tercero del artículo 229 LSC opera como cláusula general que consagra la obligación para todo tipo de situaciones potenciales de conflicto de interés. De manera que, el administrador interesado debe revelar todos los conflictos de interés, en la medida en que puedan crear un riesgo para el interés social. En este sentido, es el administrador quien debe evaluar si una determinada situación puede suponer la colisión de su interés personal con el interés de la sociedad. Así pues, ante la menor sospecha de que una determinada situación pueda derivar en la incompatibilidad entre su interés personal y el social, es decir, ante la falta de independencia de criterio en la gestión de la sociedad, el administrador debe comunicar la concreta situación al resto de los administradores.

XII

Uno de los debates en torno al deber de comunicación de los conflictos de interés residía en el propio contenido más o menos amplio del deber. Aunque es una cuestión discutida por la doctrina, considero que la comunicación debe ser completa y detallada, debiendo indicar todas las circunstancias que rodean al conflicto. El administrador interesado en llevar a cabo la operación es quien realmente conoce los detalles de la conducta interesada, lo que le coloca en una posición ventajosa respecto de la sociedad, que conocerá los pormenores del conflicto de interés a través de la información que el propio administrador le facilite. El administrador no puede ampararse en que el resto de los administradores conocen de la existencia de conflicto, o que deberían conocerlo en virtud de su deber de diligente administración. Tampoco es suficiente una actitud abstencionista del administrador como forma de sustitución de la comunicación del conflicto.

XIII

El momento de la comunicación es una cuestión fundamental, pues su cumplimiento tardío equivale al incumplimiento. Carece de sentido considerar leal al administrador que de forma tardía haya puesto en conocimiento de la sociedad la existencia de un conflicto. Y ello porque el fin de la comunicación de la situación de conflicto del administrador es garantizar la paridad informativa y que la toma de decisiones se lleve a cabo velando la consecución del interés social, y no la satisfacción de intereses privados extrasociales. La consecuencia de un cumplimiento tardío será situar al administrador en una fase de desarrollo de la operación, y, por tanto, en situación de conflicto de intereses. De manera que el administrador habrá actuado deslealmente y la sociedad estará facultada a ejercitar las acciones de responsabilidad que la ley pone a su alcance.

XIV

La comunicación de un conflicto de interés por parte del administrador supone la solicitud formal de la dispensa para poder llevarlo a cabo. Es decir, el administrador que comunica su situación de conflicto lo hace con el fin último recabar la autorización de la sociedad para su desarrollo. A pesar de que la comunicación tiene una marcada naturaleza de preventiva, o de autocensura, ciertamente tiene una función MÁS amplia. El administrador que comunica una determinada operación a la sociedad, además de poner en conocimiento de la sociedad la actuación interesada, lo hace con el fin de recabar el beneplácito de la sociedad para poder llevar a cabo la conducta. Así pues, la comunicación del conflicto no solo tiene los efectos informativos, sino que tiene la función de apertura del procedimiento dispensatorio.

XV

Una vez iniciado el procedimiento dispensatorio a través de la comunicación del conflicto, el administrador tiene el deber de abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. El objetivo del deber de abstención no es otro que la prevención ante el riesgo de parcialidad y consiguiente peligro para el interés social que una situación de conflicto de interés implica. Si se permitiera la participación del administrador en la deliberación previa a la votación del acuerdo que pretenda dispensar

la situación de conflicto de interés en la que se encuentra, el administrador podría influenciar en el resto de los administradores, haciendo que su voto quedara determinado por él. El deber de abstención tiene un ámbito objetivo propio, el conflicto real de intereses. De esta manera, a diferencia del deber de comunicación, que abarca toda situación, tanto potencial como real, de conflicto de interés, el deber de abstención se refiere a una situación real y efectiva de conflicto.

El deber del artículo 228.c) LSC no se reduce simplemente a la prohibición de participar en la deliberación y votación de un acuerdo. Se trata de impedir que el administrador en conflicto de interés pueda influenciar la decisión que la sociedad vaya a tomar respecto a su conducta. Y para ello, resulta imprescindible imposibilitar su participación en la deliberación del acuerdo, puesto que, de ser posible, su intervención podría inclinar la decisión hacia sus intereses. Impedir la participación del administrador en la deliberación no significa, sin embargo, cerrar completamente el canal de comunicación entre el administrador y el órgano competente para el otorgamiento de la dispensa. El radio de acción de la abstención del administrador en conflicto de interés, aunque ha sido ampliado, no puede interpretarse ampliamente, suponiendo una total abstención del administrador conflictuado

XVI

La abstención en el ejercicio del derecho de voto supone descontar a los administradores interesados del quorum para la consecución de las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos. La aplicación automática de la deducción determina que ante conflictos que afecten a la mayoría de los administradores, el destino del acuerdo recae en la decisión exclusiva de la minoría de los administradores no conflictuados. Mientras que cuando el conflicto de interés afecta a la totalidad de los miembros del órgano de administración, el órgano queda incapacitado e inhabilitado para ejercitar sus facultades decisorias y ejecutivas. La imposibilidad del órgano de administración de aprobar un acuerdo dispensatorio supone el reenvío de la toma de la decisión a la junta general.

Cuando el conflicto afecta a la mayoría de los miembros del órgano de administración, o cuando solo afecte a uno de los administradores, pero la mayoría deba abstenerse por su peligro de imparcialidad, podría parecer que es la junta la competente para decidir sobre el asunto. Sin embargo, basta con que los administradores no conflictuados, siempre que

cumplan los requisitos mínimos para la constitución del consejo, decidan sobre el asunto. Un caso especial es de los administradores solidarios. A pesar de que la cuestión no es pacífica en la doctrina, este supuesto no presenta dificultades, pues cada uno de los administradores no conflictuados conserva íntegramente su poder de decisión

Cuando el órgano de administración está constituido por dos administradores, si uno de ellos debe abstenerse de tomar la decisión de la concesión o no de la dispensa, el órgano se convierte en unipersonal. En estos casos debe valorarse la posibilidad de que el coadministrador no conflictuado tome la decisión, o si, por el contrario, el asunto debe ser elevado a la junta general para que decida. No obstante, si los socios optan por constituir un órgano de administración mancomunado, lo hacen con el deseo de que las decisiones que se tomen en él sean objeto de consenso entre los miembros, por lo que en caso de que por una situación de conflicto de interés el órgano de administración pasara a ser unipersonal, debería reconducirse la decisión a la junta general.

XVII

La posibilidad de dispensar la obligación de abstención del artículo 228.c) LSC depende del alcance que se dé al artículo 230.2 LSC. Teniendo en consideración lo anterior, es preciso señalar que la LSC ha limitado el ámbito objetivo de la dispensa, y circunscribe su aplicación exclusivamente a la regla de no conflicto. Ello supone que no todas las obligaciones derivadas del deber de lealtad son susceptibles de dispensa, pues las obligaciones básicas no pueden ser dispensadas en ningún caso, salvo la obligación de evitar situaciones de conflicto de interés, que podrá ser autorizada por la sociedad en determinados casos. El único escenario en el que el deber de abstención se exceptúa es en las operaciones intragrupo. El nuevo artículo 231 bis LSC permite la participación del administrador en conflicto de interés, que podrá participar en la deliberación y votación del acuerdo en el que tenga un conflicto directo o indirecto.

XVIII

El legislador, con la mención expresa al carácter indirecto del conflicto de interés en el artículo 228.c) LSC ha puesto de manifiesto su propósito de extender la prohibición de participar en la deliberación y votación al administrador en este tipo de situaciones. Y, por tanto, siempre que un administrador pueda verse inclinado a priorizar un interés

distinto al de la sociedad, sea por un conflicto personal o por un conflicto de alguien a él vinculado, debe activarse el deber de abstención del administrador de intervenir en la decisión

Sin embargo, el legislador deja fuera del ámbito de aplicación del artículo 190.1 LSC el voto de las personas vinculadas, por lo que se puede eludir el deber de abstención y la regulación de los conflictos de interés. Este problema no existiría si, al igual que ocurre en el caso del artículo 228.c) LSC, el legislador hubiera incluido el inciso de conflicto de interés “directo o indirecto” en el artículo 190 LSC, pues ello habría supuesto la extensión de la prohibición de voto del socio a todas las situaciones de conflicto de interés que tanto él como una persona a él vinculada pudieran tener. No obstante, el ejercicio antisocial del derecho de voto en caso de conflicto de interés indirecto puede corregirse por la vía de la impugnación del acuerdo través del artículo 204 LSC y del artículo 190.3 LSC, dependiendo de las posibilidades de demostrar la existencia del conflicto de interés indirecto, la conformidad del voto del socio-administrador en la situación de conflicto indirecto y el daño al interés social.

XIX

La dispensa es un instrumento extraordinario y, a pesar de que su utilización proporciona una forma de flexibilizar un sistema rígido de conflictos de interés, debe tenerse presente que esa rigidez se establece para proteger el interés social, por ello, en caso de que la sociedad decida no otorgar una dispensa, aunque el acuerdo debe motivarse adecuadamente, el fondo de dicha motivación, que será la defensa del interés social, no podrá atacarse. Por tanto, siempre que el acuerdo se adopte de forma motivada, razonable y conforme a las exigencias de la LSC será posible denegar el otorgamiento de la dispensa.

La imperatividad del deber de lealtad consagrada por el legislador muestra la importancia que el respeto del interés social por el administrador tiene en las sociedades. Es por esa razón porque, aun cuando la propia ley construye un sistema a través del cual es posible excepcionar el deber de lealtad, debe recordarse que el escenario ideal siempre es el respeto del deber, y que la dispensa es una excepción. Por ello, aunque su denegación debe estar correctamente motivada por el órgano que en su caso sea competente, será posible rechazar pretensión del administrador de realizar la conducta desleal.

XX

La posibilidad de ratificar comportamientos desleales en fase de desarrollo se convierte en una forma de flexibilizar aún más el régimen de conflictos de interés. Aunque el control previo a la realización de la conducta es el escenario ideal, no existe obstáculo alguno para que la sociedad pueda levantar la prohibición de evitar situaciones de conflicto de interés a los administradores cuya actividad se encuentre consumada o en fase de consumación mediante la figura de la ratificación.

La competencia exclusiva para ratificar reside única y exclusivamente en la junta general. Las razones principales por las que se reserva la competencia de la ratificación a la junta son dos. En primer lugar, porque la junta general es el órgano competente del cese del administrador desleal y, en segundo lugar, porque la LSC reserva a la junta general la competencia de dispensar exclusivamente los supuestos de conflicto de interés más graves, permitiendo que el órgano de administración tenga una competencia residual para dispensar los supuestos menos graves, y siempre que la junta no haya atraído exclusivamente hacia ella dicha atribución de facultades. Ahora bien, residir la competencia de la ratificación en la junta general no supone que la libertad de la junta para apreciar la existencia de conflictos de interés y ratificar la situación esté exenta de límites. Ante la incompatibilidad total de los intereses en conflicto de interés la junta estaría obligada a no ratificar la conducta del administrador.

XXI

El principal efecto que produce el otorgamiento de la dispensa es la regularización del comportamiento desleal. La regularización de la conducta, a su vez, produce dos efectos, por un lado, un efecto legalizador de la conducta desleal, y, por otro lado, un efecto de exención de la responsabilidad. Aunque el resultado final es el mismo, el desarrollo de la conducta desleal, no es correcto afirmar que la dispensa faculta al administrador a desarrollar una conducta desleal, sino más bien supone el levantamiento del deber de abstenerse a llevar a cabo dicha conducta prohibida (art. 228.e) LSC), permitiendo su explotación por el administrador. Por tanto, el efecto derivado de la concesión de la dispensa es el levantamiento del deber de abstención que el artículo 228.e) LSC establece, permitiendo al administrador la incursión en una situación de conflicto de interés. La autorización conlleva, por tanto, la habilitación del administrador para actuar, y supone

la atribución de una posición jurídica activa, pues habilita al administrador para actuar en una situación de conflicto de interés.

XII

La dispensa tiene una función legitimadora en sentido material, pues es instrumento y forma de legitimación. La dispensa legitima al administrador a desarrollar un comportamiento de conflicto de interés con la sociedad, y para que pueda surtir los mencionados efectos debe estar correctamente otorgada. Si su concesión adolece de algún defecto, ya sea formal o material, la dispensa no tendrá los efectos que legalmente se le confieren. Por tanto, solo la dispensa correctamente otorgada produce el efecto convalidador o legalizador de la conducta desleal del administrador, eximiéndole de responsabilidad.

XXIII

No toda dispensa exime del deber de abstención de participar en una determinada operación de conflicto de interés, y, por consiguiente, no tendrá el efecto de descargar de responsabilidad al administrador dispensado. Para que la dispensa despliegue los efectos para los que se otorga, deberá cumplir los presupuestos legalmente previstos para su correcto otorgamiento. Solo cuando el instrumento de la dispensa se acompaña de las garantías y condiciones que la LSC exige será merecedor de una especial consideración desde el punto de vista de sus efectos exoneradores. De este modo, considerada como permisión para actuar, la autorización relativa a actos materiales no habilita al autorizado para la realización del acto, sino que remueve la ilicitud de éste. En consecuencia, la autorización, entendida como el permiso para actuar, no es que habilite al administrador a realizar el acto, sino que remueve su ilicitud.

XXIV

Al consagrar el artículo 236 LSC un régimen de responsabilidad basado en la culpa o el dolo, en los casos en los que la sociedad concede una dispensa para que el administrador lleve a cabo una determinada conducta desleal, no puede declararse la existencia de dolo o culpa, debido a lo cual no puede imputársele la responsabilidad por los daños que la sociedad hubiera podido sufrir. Por tanto, dado que los elementos de la culpa y el dolo dejan de estar presentes cuando la conducta desleal del administrador ha sido autorizada

por la sociedad, podemos decir que la dispensa actúa como un verdadero instrumento exonerador de la responsabilidad de los administradores.

El carácter exonerador de la dispensa es cuestionado al proclamar el apartado segundo del artículo 236 LSC la responsabilidad de los administradores aun en el caso de que “*el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general*”. El precepto se refiere a los casos en los que existe un acto o acuerdo lesivo para el interés social. Esta circunstancia hace que, si la situación de conflicto de interés dispensada no produce una lesión en el interés social, el administrador estará efectivamente exento de responsabilidad.

En los casos en los que el acto dispensado provoca un daño en el interés social, el administrador podría llegar a responder por el mismo, aunque hubiera sido autorizado por la sociedad. Sin embargo, esta posibilidad se antoja, a mi parecer, complicada, pues la sociedad debía conocer las consecuencias que podían derivarse de autorizar dicha situación, y aun así decidió conceder el permiso, por lo que el administrador no debería tener que hacer frente éste a las consecuencias que se hubieran podido derivar.

Por lo tanto, cuando el acuerdo dispensatorio cumple las garantías que la LSC establece para su correcto otorgamiento no puede exigírsele responsabilidad al administrador por el acto expresamente permitido por la sociedad. Y ello porque la dispensa no es una simple autorización, es un instrumento legitimador y exonerador de responsabilidad, que, acompañado de las garantías legalmente establecidas, ofrece al administrador la libertad total de actuar en conflicto de interés con la sociedad, sin que dicha actuación pueda traer ningún tipo de consecuencia para el administrador.

XXV

El acuerdo de dispensa establece cual es el ámbito tanto objetivo, como subjetivo, incluso temporal, en el que el administrador puede actuar desarrollando la conducta desleal legalmente prohibida. Los límites que se deciden en el acuerdo dispensatorio actúan como los límites en los que el administrador puede actuar deslealmente sin que la realización de dicha conducta conlleve responsabilidad. De forma que, la actuación de administrador debe quedar en todo momento encuadrada dentro de los límites establecidos en el acuerdo de dispensa, de modo que la primera línea del control social sobre la actuación dispensada

es la verificación de que dicha actuación se enmarca en el acuerdo dispensatorio. La labor de la sociedad es la de verificar que se cumplen todos los aspectos del acuerdo de dispensa, que la conducta del administrador se adecua a la conducta realmente dispensada y que el administrador cumple la contraprestación acordada.

XXVI

El acuerdo dispensatorio tiene un carácter marcadamente temporal, carácter que se mantiene incluso en los conflictos de interés permanentes o estructurales dada la necesidad de establecer el inicio y el término del radio de acción de la dispensa. La exigencia de delimitación temporal no excluye la posibilidad de que una determinada transacción se ejecute en una serie de negocios sucesivos o que una relación contractual sea duradera. El tiempo de duración de la actividad que se dispensa debe quedar, en todo caso, correctamente acotado, estableciendo su principio y su final. De tal forma, realizada la conducta desleal objeto de autorización, se agota la dispensa y el administrador no puede continuar desarrollando la actuación desleal, ni volver a repetirla. Aunque no está expresamente contemplada en la LSC, considero interesante la renovación de acuerdos de dispensa. Dada la facultad de la sociedad de acordar la concesión de la dispensa, nada obsta a que exista la posibilidad de que el órgano que en su caso fuera competente adopte un acuerdo en el que se resuelva la renovación de la dispensa agotada. Con el requisito de que los elementos objetivos, subjetivos y temporales del acuerdo sean idénticos, la sociedad puede decidir la renovación de la dispensa, siendo un acuerdo que goza de una mayor agilidad en su aprobación.

XXVII

El hecho de que la sociedad decida conceder una determinada dispensa, autorizando el comportamiento desleal del administrador, no significa que sea una decisión irrevocable, pues la junta general o en su caso al órgano de administración pueden decidir revocar el acuerdo de dispensa aprobado. La dispensa puede ser revocada por cualquier causa provocando la cesación del permiso o la legitimación que el administrador tenía concedida para el desarrollo de una situación de conflicto de interés. La LSC guarda silencio, no solo sobre la posibilidad de revocar la dispensa concedida sino también sobre las causas que podrían provocar su retirada. Ya sea por un cambio en las circunstancias o porque la sociedad considere que los perjuicios derivados de la dispensa puedan tener una

mayor trascendencia en el seno de la sociedad, la razón por la que la sociedad decide retirar la dispensa debe quedar correctamente identificada y será ésta comunicada al administrador a la menor brevedad con el fin de que cese la actuación. Al afirmar que puede ser revocada por cualquier causa nos referimos a que, efectivamente, tiene que haber una razón que lo justifique, lo que supone la imposibilidad de la sociedad de revocar la dispensa unilateralmente sin justa causa en virtud de la doctrina de los actos propios.

A todos los efectos, tras la comunicación del acuerdo de revocación el administrador carece de autorización para situarse en conflicto con la sociedad y si no cesa dicha actuación estará actuando deslealmente. Aunque se haya decidido la revocación de la dispensa, dado el carácter de declaración recepticia que la revocación tiene, hasta que no se produce dicha comunicación el administrador sigue, a todos los efectos, dispensado, sin que pueda ser declarado responsable por la actividad desarrollada hasta que se produzca la comunicación de la retirada de la dispensa con la que actuaba hasta el momento.

XXVIII

La forma de control más característica sobre la actuación del administrador es a través de la exigencia de responsabilidad, razón por la cual, la LSC a la vez que establece el deber de lealtad del administrador como deber que debe regir su comportamiento en la sociedad, construye un régimen de responsabilidad a través del cual, en atención a las circunstancias, se emplearán una serie de mecanismos para hacer frente al posible comportamiento desleal que hubiera podido llevar a cabo. El primero de los presupuestos es que efectivamente se produzca una infracción del deber de lealtad, es decir, que el administrador haya incumplido su deber desarrollando alguna de las conductas expresamente prohibidas en el artículo 228 LSC, o que el administrador no haya evitado las situaciones de conflicto de interés que el artículo 229 LSC recoge. En segundo lugar, para que la actuación del administrador sea susceptible de responsabilidad es necesario que el incumplimiento no haya sido dispensado. No obstante, hay supuestos en los que el hecho de que estemos ante la existencia de una dispensa no obstará para que la actuación del administrador derive en responsabilidad.

XXIX

Que una actuación que había sido dispensada genere responsabilidad del administrador no es fácil, pues el propio instrumento de la dispensa se construye como una forma de legitimar una conducta desleal, y, por tanto, como una forma de exoneración de esta. Por ello para que la sociedad pueda reclamar responsabilidad al administrador dispensado por una dispensa incorrectamente otorgada la razón por la que la dispensa se reputa como incorrectamente otorgada no puede derivar de la sociedad, pues no podría imputarse los daños al administrador que actuó de buena fe, con el convencimiento de que el permiso con el que actuaba era válido. De manera que, la razón por la que se declare una dispensa como incorrectamente otorgada, y por ello poder reclamar al administrador los daños provocados por la realización de la conducta que era objeto de dispensa, tiene que provenir del propio administrador. En este sentido, considero que la dispensa del deber de lealtad otorgada a través de la ocultación de información del administrador será un acuerdo que adolece de un error esencial, cuya consecuencia será la anulación de la dispensa, y la posibilidad de la sociedad de reclamar al administrador los daños y perjuicios que el interés social hubiera podido sufrir durante su vigencia, así como por el enriquecimiento injustamente obtenido por el administrador.

XXX

Otro de los escenarios de revocación del permiso es el derivado de la impugnación del acuerdo de dispensa. La decisión de impugnar un acuerdo dispensatorio tiene numerosas consecuencias, pues no solo va a provocar que la dispensa se anule, sino que, además, el administrador tendrá que hacer frente a los daños producidos a consecuencia de su concesión. En los casos en los que el acuerdo dispensatorio se impugne, el administrador que hubiera actuado en conflicto de interés con el amparo de la, ahora nula, dispensa, será susceptible de ser responsable por los posibles daños que se hubieran podido producir

XXXI

La ratificación de un comportamiento de conflicto de interés se antoja como una opción atractiva, no solo para el administrador, que va a poder continuar su actuación desleal, sino también para la sociedad. Cuando la sociedad admite que uno de sus administradores continúe el desarrollo de una conducta desleal, o valida una ya finalizada, realmente está aceptando las consecuencias que de ella se hubieran podido derivar, lo que implica la

renuncia a reclamar responsabilidad por dicha actuación, una renuncia que queda suscrita a la competencia de la junta general.

No obstante, y dada la facultad de la junta de tomar la decisión de validar la determinada conducta, nada impediría que adoptara un acuerdo de ratificación en el que estableciera la posibilidad de reclamar al administrador la responsabilidad derivada por las consecuencias en el interés social de un daño concreto, aunque la regla general será que, si la sociedad decide ratificar un determinado conflicto de interés, lo hará aceptando las consecuencias derivadas hasta el momento.

Bibliografía

ALCALÁ DÍAZ, M. A., “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad”, en AA. VV., *El gobierno corporativo de las sociedades cotizadas* (Coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 447-496.

ALCALÁ DÍAZ, M. A., “Los deberes de los administradores en la PYME”, *Creación, gestión estratégica y administración de la PYME*, (Coord. ALCALÁ DÍAZ, M. A.), Civitas, Madrid 2010, p. 437-480.

ALFARO AGUILA-REAL, J., “Juega por mi: los deberes de lealtad de los administradores”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, de 10 de marzo de 2010, disponible en <https://almacenederecho.org/juega-por-mi-los-deberes-de-lealtad-de-los-administradores>

ALFARO AGUILA-REAL, J., “La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)”, entrada en el Blog DERECHO MERCANTIL, de 1 de julio de 2014, disponible en: https://derechomercantilesana.blogspot.com/2014/07/la-reforma-del-gobierno-corporativo-de_7897.html

ALFARO AGUILA-REAL, J., “El riesgo de ser administrador y el derecho de sociedades”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, de 31 de diciembre de 2014, disponible en: <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2014/12/el-riesgo-de-ser-administrador-y-el.html>

ALFARO AGUILA-REAL, J., “El interés social y los deberes de lealtad de los administradores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 20, 2016, p. 213-236.

ALFARO AGUILA-REAL, J., “Interés social y acreedores financieros”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, de 2 de septiembre de 2016, disponible en: <https://almacenederecho.org/interes-social-acreedores-financieros/>

ALFARO AGUILA-REAL, J., “*Porqué es imperativo el deber de lealtad*”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, de 27 de febrero de 2017, disponible en: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2017/02/por-que-es-imperativo-el-deber-de.html>

ALFARO AGUILA-REAL, J., “*Regulaciones sustantivas: deberes de lealtad y retribución de los administradores*”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, 22 de mayo de 2017, disponible en: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2017/05/maximizacion-del-valor-de-la-empresa.html>

ALFARO AGUILA-REAL, J., “*El deber de abstención del socio en caso de conflicto de intereses (art.190 LSC)*”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, de 21 de diciembre de 2019, disponible en: <https://almacenederecho.org/el-deber-de-abstencion-del-socio-en-caso-de-conflicto-de-intereses-art-190-lsc>

ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 187-239.

ALONSO LEDESMA, C., “Transacciones vinculadas y socios de control”, en *Estudios sobre derecho de sociedades: "Liber Amicorum" Profesor Luis Fernández de la Gándara*, (Coord. RODRIGUEZ ARTIGAS, F., ESTEBAN VELASCO, G., SÁNCHEZ ALVAREZ, M.M.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 699-721.

ALONSO LEDESMA, C., “Extensión subjetiva de los conflictos de interés de los administradores: personas vinculadas, con especial referencia a la situación de los consejeros dominicales”, en AA.VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2022.

ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 198, 1990, p. 639-728.

ALVAREZ ROYO VILLANOVA, S., “*¿Existe un deber de lealtad de los socios? Lo que está en juego*”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, el 21 de abril de

2019, disponible en: <https://almacenederecho.org/existe-un-deber-de-lealtad-de-los-socios-lo-que-esta-en-juego>.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, vol. I, American Law Institute Publishers, 1994.

ARAGÓN TARDÓN, S., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades filiales frente al interés del grupo”, *Revista de derecho Bancario y Bursátil*, núm. 143, 2016.

ARROYO MARTÍNEZ, I., “Art. 133. Responsabilidad”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (Coord. ARROYO, I., EMBID, J.M., GÓRRIZ, C.), Vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, p. 1516-1554.

BAHAR, R., THÉVENOZ, L., “Conflict of interest: Disclosure, Incentives, and the Market”, en *Conflict of interest: Corporate Governance and Financial Market*, (Ed. Thevenoz and Bahar), Kluwer Law International, AH Alphen aan den Rijn (The Netherlands), 2007.

BERGAMO LLABRÉS, A., *Sociedades Anónimas. Las acciones*, Tomo II, Madrid, 1970.

BOLDÓ RODA, C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, en Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 241-280.

BOLDÓ RODA, C., MARTÍ MOYA, V., “El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisado a la luz de la reciente jurisprudencia”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 41, 2013, pp. 455-472.

BOQUERA MATARREDONA, J., “La regulación del conflicto de intereses en la ley de sociedades de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 217, 1999.

BOQUERA MATARREDONA, J., “Competencia para convocar la junta general”, en *Estudios de Derecho Mercantil, Liber Amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*,

(Coord. CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUENTES J., ALONSO ESPINOSA, F.J., GALLEGO SÁNCHEZ, E.), Bosch, Madrid, 2013, p. 189-208.

BOQUERA MATARREDONA, J., “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta general”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 57, 2019.

BOQUERA MATARREDONA, J., “La dispensa de conflicto de interés a los administradores en sociedades cerradas otorgada por la Junta General”, en *Estudios de Derecho de Sociedades, Colegio Notarial de Valencia*, (Coord. EMBID IRUJO, J.M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 245-278.

CABANAS TREJO, R., “Artículo 190. Conflicto de intereses”, en *Tratado de Sociedades de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. PÉREZ PRENDES, MARTINEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., CABANAS TREJO, R.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p.1078-1098.

CABANAS TREJO, R., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, en *Tratado de Sociedades de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. PÉREZ PRENDES, MARTINEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., CABANAS TREJO, R.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.

CABANAS TREJO, R., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, en *Tratado de Sociedades de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. PÉREZ PRENDES, MARTINEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., CABANAS TREJO, R.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1426-1440.

CABANAS TREJO, R., “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores”, en *Tratado de Sociedades de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. PÉREZ PRENDES, MARTINEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., CABANAS TREJO, R.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1439-1445.

COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de interés agrupados en el artículo 52 LSRL)*, (Dir. VICENT CHULIÁ, F.), Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CURTO POLO, M. A., *La protección del socio minoritario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

DAVIDOFF SOLOMON, S., “*Upping the Ante in a Play for a stronger board*”, entrada en THE NEW YORK TIMES, de 2 de Abril de 2013, disponible en: <https://dealbook.nytimes.com/2013/04/02/upping-the-ante-in-a-play-for-a-stronger-board/>

DAVIES, P., WORTHINGTON, S., *Principles of modern Company Law*, 9th Ed., Thomson Reuters, 2012.

DAVIES, P., “Corporate Boards in the United Kingdom”, en *Corporate Boards in Law and Practice*, (Dir. DAVIES), Oxford 2013, 713-788.

DAVIES, P., HOPT, K., NOWAK, R., SOLINGE, G., “Boards in law and practice: a cross country analysis in Europe”, en *Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe*, (Dir. DAVIES, P., HOPT, K., NOWAK, R., SOLINGE, G Davies), Oxford, 2013.

DEL VAL TALENS, P., *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

DEL VAL TALENS, P., “El control de la retribución por el consejo de administración. La retribución de los ejecutivos. El contrato de consejero ejecutivo”, en *Retribución de consejeros*, (Dir. Hierro Anibarro, S.), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 703-762.

DIAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (Conforme a la Ley 6/2003, de 17 de julio)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

DIAZ MORENO, A., “La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, 2014, disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/deber-de-lealtad-y->

[conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas.pdf](#)

DÍAZ RUIZ, E., “La prohibición de competencia (artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital)”, en *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, (Dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, A. y GARCÍA DE DUEÑAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 581-611.

DÍEZ PICAZO, L., *La representación en derecho privado*, Civitas, Madrid, 1992.

EMBED IRUJO, J.M., “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima tras la Ley de Transparencia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, 2004, p. 2379-2416.

EMBED IRUJO, J.M., “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho Español”, *Advocatus*, núm. 17, 2007, p. 57-84.

EMBED IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Artículo 127 ter. Deberes de lealtad”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (Coord. ARROYO, I., EMBED, J. M. y GÓRRIZ, C.), Vol. II, Tecnos, Madrid, 2009, p. 1427-1445.

EMBED, J.M., “La mejora del gobierno corporativo y el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 27-58.

EMBED IRUJO, J.M., “La protección de la discrecionalidad empresarial: art. 226” en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 105-133.

EMBED IRUJO, J.M., “Los supuestos de conflicto de interés con privación del derecho de voto del socio en la junta general (arts. 190.1 y 2 LSC)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 45, 2015.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 281, 2011, p. 13-45.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “La creación de filiales y el derecho de separación del socio (a propósito de la STS de 10 de marzo de 2011)”, en *Liber Amicorum Prof. Jose María Gondra Romero*, (Coord. PÉREZ MILLAN, D., SALERNOU SANZ, E., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., EMBID IRUJO, J.M., RECALDE CASTELS, J., LEÓN SANZ, F.), Marcial Pons, 2012, p. 201-214.

EMPARANZA, A., “El alcance normativo del deber de lealtad de los administradores de sociedades de capital: situación actual y perspectivas de reforma”, en *Estudio jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: Liber Amicorum*, (Coord. ROJO, A., CAMPUZANO, A.B.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 613-628.

EMPARANZA SOBEJANO, A. “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 281-304.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto”, en *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, (Dir. EMPARANZA SOBEJANO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 137-158.

EMPARANZA, SOBEJANO, A., “Gobierno corporativo y junta de accionistas: balance de diez años de reglamentos de junta”, en *Estudios de derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Jose Antonio Gómez Segade*, (Coord. TOBÍO RIBAS, A., FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A., TATO PLAZA, A.), Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 163-174.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “La dispensa del deber de lealtad como instrumento de retribución atípica de los administradores”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 148, 2017.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “Deber de abstención del socio-administrador en la junta general: el conflicto de interés indirecto”, en *Derecho de Sociedades: Cuestiones*

sobre órganos sociales, (Dir. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B., COHEN BENCHETRIT, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 137-156.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “La responsabilidad de los administradores por infracción del deber de lealtad (art. 227.2 LSC)”, en *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, (Dir. PULIDO REGINES, J.P.), Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 211-234.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “Medios de tutela por infracción del deber de lealtad del administrador: la acción de enriquecimiento injusto”, en *La gobernanza de las Sociedades no Cotizadas*, (Dir. GARCÍA-CRUCES, J. A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 361-402.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “Conflicto de interés directo e indirecto del administrador en el art. 228c) LSC”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 159, 2020.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “Conflicto de interés directo e indirecto del administrador en el Art. 228 C) LSC tras la modificación del Art. 231 LSC”, en AA.VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2022.

ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Tratando de la sociedad limitada. Fundación Cultural del Notariado*, (Coord. PAZ-ARES, C.), Madrid, 1997, p. 689-772.

ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, 2011, p. 149-170.

FAYOS FEBRER, J.B., “El conflicto de intereses y la extensión subjetiva del deber de abstención en el voto a persona distinta del socio”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 288, 2013.

FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, A., *Prohibiciones de competencia en la sociedad de responsabilidad limitada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Transparencia y aprobación de operaciones con partes vinculadas”, en *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, (Coord.

RONCERO SÁNCHEZ, A.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 291-338.

FONT GALÁN, J.I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm.25, 2005, p. 71-107.

FRIED, J.M., WANG, C.C.Y., “Short-Termism and Capital Flows”, en *Review of Corporate Finance Studies*, Oxford University Press, 2018.

FUENTES NAHARRO, M., “Administrador de hecho”, en AA.VV., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, (Dir. ALONSO LEDESMA, C.), Iustel, Madrid, 2006, p. 135-141.

GALLEGO CÓRCOLES, A., “La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 308, 2018.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 220. Prestación de servicios de los administradores”, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, A., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, p. 1569-1577.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, A., “Las extensiones del régimen de responsabilidad de los administradores sociales”, en *La Gobernanza de las sociedades no cotizadas*, (Coord. GARCÍA-CRUCES, J. A.), Tirant lo Blanch, 2020, p. 531-576.

GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 227. Deber de lealtad”, en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. GARCÍA CRUCES, J. A., SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3117-3132.

GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. GARCÍA CRUCES, J. A., SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3133-3148.

GARCÍA GARCÍA, E., “Art. 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. GARCÍA CRUCES, J. A., SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3149-3169.

GARCÍA GARCÍA, E., “Art. 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. GARCÍA CRUCES, J. A., SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3171-3194.

GARCÍA GARCÍA, E., “Art. 231. Personas vinculadas a los administradores”, en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. GARCÍA CRUCES, J. A., SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3195-3217.

GARCÍA GARCÍA, E., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. GARCÍA CRUCES, J. A., SANCHO GARGALLO, I.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p.3261-3289.

GARNACHO, CABANILLAS, L., “El deber de lealtad del socio en una sociedad de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52, 2018.

GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades de Anónimas*, Tomo II, Madrid, 1953.

GIMENO RIBES, M., “Los sistemas de retribución de consejeros”, en *Retribución de consejeros*, (Dir. Hierro Anibarro, S.), Marcial Pons, Madrid, 2020, p.

GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, Benzal, Madrid, 1976.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses”, en *Gobierno Corporativo: La estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, (Dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, A. y GARCÍA DE DUEÑAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 541-580.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B., “El deber de abstención de un socio en conflicto de interés indirecto con la sociedad (comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 2 de febrero de 2017)”, *Revista derecho Mercantil*, núm. 307, 2018.

GRIMALDOS GARCÍA, M.I., “La reciente redacción del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital: ¿nuevos presupuestos? ¿nuevos responsables?”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 44, 2015, p. 233-259.

GRIMALDOS GARCÍA, M. I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, 2015, p. 307-364.

GUERRA MARTÍN, G., “Responsabilidad de los administradores en las PYME”, EN *Creación, gestión estratégica y administración de la PYME*, (Coord. ALCALÁ DÍAZ, M. A.), Madrid, 2010, p. 481-498.

HANNIGAN, B., “Reconfiguring the no conflict rule: Judicial Strictures, a Statutory Restatement and the Opportunistic Director”, *Singapore Academy of Law Journal*, núm. 23 SAcLJ, 2011.

HANNIGAN, B., “*Company Law*”, 5º Ed., Oxford University Press, 2018.

HERNANDO CEBRIÁ, L., “El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada: Interés de la sociedad e intereses en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la tercera vía societaria”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014.

HERNANDO CEBRIÁ, L., “El interés social de las sociedades de capital en la encrucijada. Interés de la sociedad e intereses en la sociedad, la responsabilidad social corporativa y la tercera vía societaria”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm.133, 2014.

HERNANDO CEBRIÁ, L., “El deber general de diligencia: art. 225”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 59-98.

HERNANDO CEBRIÁ, L., “Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, 137-186.

HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad*, Civitas, Madrid, 2014.

- HIERRO ANIBARRO, S., *Retribución de consejeros*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- HUPKA, J., *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Ediciones Olejnik, 2018.
- IGARTUA ARREGUI, F., JUSTE MENCÍA, J., “Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 24, 2005, p. 75-89.
- IRACULIS ARREGUI, N., *Conflictos de interés del socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- IRACULIS ARREGUI, N., “Aceptación de ventajas patrimoniales por consejeros no ejecutivos y miembros de la comisión de control: juicio de deslealtad”, *La Ley Mercantil*, núm. 9, 2014.
- IRIBARREN BLANCO, M., “La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 304, 2017.
- JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 227. Deber de lealtad”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 361-375.
- JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 377-393.
- JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 229 LSC. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 395-412.
- JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de*

gobierno corporativo (Ley 31/2014), (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 413-425.

JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p.443-462.

JUSTE MENCÍA, J., “Algunas reflexiones sobre las instrucciones de la Junta en materia de gestión y la responsabilidad de los administradores”, en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital* (Coord. JUSTE MENCÍA, J., ESPÍN GUTIERREZ, C.), Vol. I, 2017, p. 395-416.

JUSTE MENCÍA, J., “El deber de abstención del socio administrador en la junta general. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017,396)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 49, 2017.

JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 225. Deber general de diligencia”, en *Comentario de la ley de Sociedades de Capital, La junta general. La administración de la sociedad*, Tomo III, (Dir. García-Cruces González, J. A., Ignacio Sancho Gargallo, I.), Tirant lo Blanch, 2021, p. 3093-3104.

JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, en *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. La junta general. La administración de la sociedad*, Tomo III, (Dir. García-Cruces González, J. A., Ignacio Sancho Gargallo, I.), Tirant lo Blanch, 2021, p. 3105-3116.

JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 245. Organización y funcionamiento del consejo de administración”, en *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. La junta general. La administración de la sociedad*, Tomo III, (Dir. García-Cruces González, J. A., Ignacio Sancho Gargallo, I.), Tirant lo Blanch, 2021, p. 3425-3436.

JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 246. Convocatoria del consejo de administración”, en *Comentario de la ley de Sociedades de Capital. La junta general. La administración de la sociedad*, Tomo III, (Dir. García-Cruces González, J. A., Ignacio Sancho Gargallo, I.), Tirant lo Blanch, 2021, p. 3437-3446.

KEAY, A., “The authorising of director’s conflict of interest: getting a balance?”, *Journal of Corporate Law Studies*, 2012.

KEAY, A., *Directors duties*, Jordans, 2014.

LATORRE CHINER, N., *El control de las operaciones vinculadas en la sociedad cotizada*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

LATORRE CHINER, N., “Las partes vinculadas de la sociedad cotizada: ¿art.231 LSC o NIC 24?”, entrada en el Blog ALMACÉN DE DERECHO, de 15 de mayo de 2021, disponible en: <https://almacenederecho.org/las-partes-vinculadas-de-la-sociedad-cotizada-art-231-lsc-o-nic-24>

LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, 1996.

LLEBOT MAJO, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, (Dir. ROJO, A., BELTRÁN, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 21-63.

MARIÑO PARDO, F., “La junta general. Competencias, mayorías, asistencia, acta e impugnación de acuerdos”, Blog IURIS PRUDENTE, de 25 de enero de 2015, disponible en: <http://www.iurisprudente.com/2017/01/la-junta-general-competencias-mayorias.html>.

MARTIN SANTIESTEBAN, S., *El instituto del «trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del «civil law»*, The Global Law Collection, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T., “Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios: caracterización y casuística”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310, 2018.

MARTINEZ PÉREZ ESPINOSA, A., “Recomendaciones de la CMVM sobre el gobierno de las Sociedades Cotizadas Portugal 1999”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 14, 2000, p. 547-550.

MARTINEZ ROSADO, J., “La Companies Act de 2006 y las singularidades en materia de recomendaciones de gobierno corporativo características del derecho inglés relativas al órgano de administración”, en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada, Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducida por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015*, (Coord. RONCERO SÁNCHEZ, A.), Tomo III, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1257-1289.

MASSAGUER FUENTES, J., “Artículo 232. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 427-439.

MASSAGUER FUENTES, J., “La responsabilidad contractual de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de lealtad”, *Revista de Derecho Mercantil*, Núm. 313, 2019.

MATEU DE ROS CEREZO, R., *Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el Código de Buen Gobierno*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

MATEU DE ROS CEREZO, R., “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 303, 2017, p. 69-102.

MEGÍAS LÓPEZ, J., “El deber de independencia en el Consejo de administración: Conflictos de interés, dispensa y business judgement rule”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52, 2018.

MEGIAS LÓPEZ, J., “Las nuevas personas vinculadas a los administradores y el régimen de las operaciones intragrupo tras la Ley 5/2021, de 12 de abril (arts. 231 y 231 bis LSC)”, *La Ley Mercantil*, núm. 82, 2021.

MORENO LISO, L., “El deber de abstención en el voto y el conflicto de interés en personas vinculadas al socio administrador”, *Revista de derecho Mercantil*, núm.105, 2017.

MÖSLEIN, FLORIAN AND SØRENSEN, KARSTEN ENGSIG, “Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability? Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective”, *Nordic & European Company Law Working Paper*, No. 16-24, 2017.

OTEGUI JÁUREGUI, K., *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

PAZ-ARES, C., “¿Cómo entendemos y como hacemos el derecho de sociedades?”, en *Tratando de la sociedad limitada (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)*, (Coord. PAZ-ARES, C.), Fundación cultural del Notariado, 1997, p. 159-206.

PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 162, Barcelona, 2003.

PAZ-ARES, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5, 2003.

PAZ-AREZ, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.

PAZ-ARES, C., “La anomalía de la retribución externa de los administradores”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm.1, Barcelona, 2014.

PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 39, 2015.

PAZ-ARES, C., “Identidad y diferencia del consejero dominical”, en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital* (Coord. JUSTE MENCÍA, J., ESPÍN GUTIERREZ, C.), Vol. II, 2017, p. 39-191.

PAZ-ARES, C., JORDANO LUNA, M., “El perímetro de vinculación”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 56, 2021, p. 71-114.

PÉREZ MORIONES, A. “El voto en el Derecho societario español”, *Revista General del Derecho*, núm. 622-623, 1996.

POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)”, en *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, (Dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M.), Tomo IV, Civitas, Madrid, 1992.

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

PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 2016.

PORTELLANO DÍEZ, P., “El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC)”, en *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., ESTEBAN VELASCO, G., VELASCO SAN PEDRO, L.) Vol. II, Tomo II, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 459-563.

PORTELLANO DÍEZ, P., “Las obligaciones de los administradores en el Marco de la función de garantía del régimen de los conflictos de interés”, en AA.VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2022.

PRENDES FIGUEIRAS, L., “Artículo 180. Deber de asistencia de los administradores”, en *Tratado de Sociedades de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. PÉREZ PRENDES, MARTINEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., CABANAS TREJO, R.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 1007-1098.

PRENDES CARRIL, P., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, en *Tratado de Sociedades de Capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. PÉREZ PRENDES,

MARTINEZ-ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., CABANAS TREJO, R.), Vol. I, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p.1483-1512.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución, conflicto de intereses, separación, los suplentes”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. Extraordinario, 1994.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Responsabilidad de los consejeros”, en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, (Coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 537-594.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Deber de lealtad: régimen de imperatividad y dispensa”, en *Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales*, (Dir. DÍAZ MORENO, A., VÁZQUEZ CUETO, J.C.), Marcial Pons, Pamplona, 2018.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., MEMBRILLA RIVERA, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, (Dirs. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., ESTEBAN VELASCO, G., VELASCO SAN PEDRO, L.), Tomo II, Thomson Aranzadi, 2006, p. 915-989.

RECALDE CASTELLS, A., “Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 51-66.

RECALDE CASTELLS, A., “Artículo 190. Conflicto de intereses”, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Coord. JUSTE MENCÍA, J.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 67-88.

RECALDE CASTELLS, A.; LEON SANZ, F.; LATORRE CHINER, N., “Corporate boards in Spain. A comparative analysis in Europe”, en *Corporate Boards in Law and*

Practice: A Comparative Analysis in Europe, (Dir. DAVIES, P., HOPT, K., NOWAK, R., SOLINGE, G Davies), Oxford, 2013.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder y ratificación*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.

RIVAS FERRER, V., “Artículo 226. Deber de lealtad”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, A., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, p. 1620-1626.

RIVAS FERRER, V., “Artículo 228. Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, A., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, p. 1631-1636.

RIVAS FERRER, V., “Artículo 230. Prohibición de competencia”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dir. ROJO, A., BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2011, p. 1652-1659.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “De nuevo sobre la autorización en Derecho Privado”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 69, núm. 2, 2016.

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

SABOGAL, L.F., “El interés social: apuntes teóricos en el marco socioeconómico del derecho de empresa”, en *Revista e-Mercatoria*, enero-junio, Bogotá, 2011.

SÁEZ LACAVE, M.I., “Los pactos parasociales de todos los socios en el Derecho español. Una materia en manos de los jueces”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2009.

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, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2016.

SÁNCHEZ RUIZ, M., “El deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad (artículo 229.1 LSC)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 41, 2013, p. 175-216.

SÁNCHEZ RUIZ, M., “El deber de abstención del administrador en conflicto de interés con la sociedad”, en *Estudios de Derecho Mercantil, Liber Amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, (Coord. CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUENTES J., ALONSO ESPINOSA, F.J., GALLEGRO SÁNCHEZ, E.), Bosch, Madrid, 2013, p. 679-700.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Revista de Derecho Privado, Tomo IV, Administradores, Artículos 123 a 143, Madrid 1994.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, 2007.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 246, 2002.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La abstención del consejero en conflicto de intereses”, en *Estudios de derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Jose Antonio Gómez Segade*, (Coord. TOBÍO RIBAS, A., FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A., TATO PLAZA, A.), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 293-308.

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 Prof. Rafael Illescas Ortiz*, (Dir. MORILLAS JARILLO, M.J., PERALES VISCASILLAS, M.P., PORFIRIO CARPIO, L.J.), Universidad Carlos III, Madrid, 2015, p. 894-917.

SANCHO GARGALLO, I., “La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad de los administradores de hecho y ocultos y la persona física representante del administrador persona jurídica (Art. 236.3 y 5 LSC)”, en *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada, Estudio de las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital introducida por las Leyes 31/2014, de 3 de diciembre, 5/2015, de 27 de abril, 9/2015, de 25 de mayo, 15/2015, de 2 de julio y 22/2015, de 20 de julio, así como de las*

Recomendaciones del Código de Buen Gobierno de febrero de 2015, Tomo II, (Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.), Cizur Menor, (Navarra), 2016, p. 613-633.

SERRANO CAÑAS, J.M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2008.

SERRANO CAÑAS, J.M., “El (Nuevo) Protocolo de actuación de los administradores afectados por conflictos de intereses”, en *Reformas en Derecho de Sociedades*, (Dir. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L.), Marcial Pons, Madrid 2017, p. 139-154.

SMITH, L., “Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations”, *Journal of Equity*, núm. 7, 2013.

VELASCO ALONSO, A., *La ley de Sociedades Anónimas*, 5ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.

VELOSO CARO, J., “El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)”, en *Gobierno Corporativo: La estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, (Dir. MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, A. y GARCÍA DE DUEÑAS), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 427-463.

VIVES RUIZ, F., “Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad en la reforma de la legislación mercantil”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 137, 2015.

YANES YANES, P., “Una aproximación a la acción de enriquecimiento desleal del administrador”, en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital* (Coord. JUSTE MENCÍA, J., ESPÍN GUTIERREZ, C.), Vol. I, 2017, p. 1101-1119.

YANES YANES, P., “La votación separada por asuntos”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 299, 2016, pp. 33-80.

Índice de jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Supremo

STS de 12 de julio de 1983 (ES:TS: 1983:115)

STS de 19 de febrero de 1991 (ES:TS: 1991:943)

STS de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998\4004)

STS de 30 de enero de 1999 (RJ 1999/10)

STS de 7 de marzo de 2006 (RJ 2006\1078)

STS de 14 marzo de 2007 (RJ 2007/1793)

STS de 5 de diciembre de 2008 (RJ 2009/12)

STS de 8 de febrero de 2008 (RJ 2008/2664)

STS de 4 de febrero de 2009 (RJ 2009/1364)

STS de 14 de abril de 2009 (RJ 2009/2897)

STS de 22 de julio de 2010 (RJ 2010\6569).

STS de 4 de octubre de 2011 (RJ 2012/759)

STS de 4 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1249)

STS de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1498).

STS de 25 de junio de 2012 (RJ 2012\8853)

STS de 26 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1255)

STS de 26 de diciembre de 2013 (RJ/2013/1255)

STS de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013/2405)

STS de 3 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013:5717)

STS de 26 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6902)

STS de 22 de julio de 2015 (RJ 2015\3512)

STS de 7 de abril de 2016 (RJ 2016/1238)

STS de 2 de febrero de 2017 (RJ/2017/396)

STS de 17 de noviembre de 2020 (RJ 2020\5282)

Sentencias de Audiencias Provinciales

SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2010 (JUR 2011\41688)

SAP de Madrid de 31 de mayo de 2013 (JUR/2013/210114)

SAP Madrid de 24 de enero de 2014 (JUR 2014\56608)

SAP de Barcelona de 23 de abril de 2015 (JUR 2015, 138390)

SAP de Navarra de 2016 (AC/2017/662)

SAP de Baleares, de 15 de octubre de 2018 (SAP IB 2195/2018)

SAP de Murcia de 18 de octubre de 2018 (SAP MU 2359/2018)

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Cantabria de 20 de octubre de 2014 (AC/2014/1821)

Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil

SJM de Madrid de 30 de octubre de 2013 (AC 2013\2043)

SJM de San Sebastián, de 27 de marzo de 2018 (SJM SS 1298/2018)

STSJ de Oviedo de 9 de enero de 2014 (JUR 2015\102597)

Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (denominada entre 1909 y 2020 Dirección General de los Registros y del Notariado)

RDGRN de 5 de noviembre de 1965.

RDGRN de 5 de julio de 1982 (RJ 1982\4675).

RDGRN DE 28 de abril de 2015 (BOE-A-2015-6078).

RDGRN de 3 de agosto de 2016 (RJ 2016\4270).