

ESTUDIOS DE DERECHO COMERCIAL

HOMENAJE AL
PROF. DR. JOSÉ A. FERRO ASTRAY

EN EL CENTENARIO DE SU NACIMIENTO
(1919-2019)

TOMO I



RICARDO OLIVERA GARCÍA
DIRECTOR

PRÓLOGO
HÉCTOR ALEGRÍA

LA LEY URUGUAY

© Ricardo Olivera García, 2020

© De esta edición: La Ley Uruguay, 2020
Ituzaingó 1377, PB, CP 11000, Montevideo, Uruguay
Tel.: (+598) 2914 5080

Queda hecho el depósito que indica la ley.

Impreso en Uruguay

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

Printed in Uruguay

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher.

I.S.B.N. 978-9974-900-42-4 (Obra completa)
I.S.B.N. 978-9974-900-43-1 (Tomo I)

URUGUAY

ESTUDIOS DE DERECHO COMERCIAL

HOMENAJE AL
PROF. DR. JOSÉ A. FERRO ASTRAY

EN EL CENTENARIO DE SU NACIMIENTO
(1919-2019)

TOMO II



RICARDO OLIVERA GARCÍA
DIRECTOR

PRÓLOGO
HÉCTOR ALEGRÍA

LA LEY URUGUAY

© Ricardo Olivera García, 2020

© De esta edición: La Ley Uruguay, 2020
Ituzaingó 1377, PB, CP 11000, Montevideo, Uruguay
Tel.: (+598) 2914 5080

Queda hecho el depósito que indica la ley.

Impreso en Uruguay

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

Printed in Uruguay

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher.

I.S.B.N. 978-9974-900-42-4 (Obra completa)
I.S.B.N. 978-9974-900-44-8 (Tomo II)

URUGUAY



AUTORES:

HÉCTOR ALEGRÍA
JENIFER ALFARO BORGES
PAULA ALGORTA MORALES
CARLO ANGELICI
MIGUEL C. ARAYA
ZAMIRA AYUL
ADRIANA BACCHI ARGIBAY
VIRGINIA S. BADO CARDOZO
JAIME BERDAGUER
GUILLERMO CABANELLAS
 DE LAS CUEVAS
GERARDO CAFFERA
ARTURO CAUMONT
DANIELLA CIANCIARULO
DANTE CRACOGNA
ISRAEL CREIMER
CARLOS DE CORES HELGUERA
NEWTON DE LUCCA
ENRIQUE A. FALCO IRIONDO
EDUARDO M. FAVIER DUBOIS
ALICIA FERRER MONTENEGRO
PAULA FORGIONI
MARCELO GEBHARDT
DANIEL GERMÁN
CRISTINA HERDT
PABLO D. HEREDIA
SANTIAGO HIERRO ANIBARRO
JAVIER JUSTE MENCÍA

CARLOS E. LÓPEZ RODRÍGUEZ
ELÍAS MANTERO MAURI
ANDRÉS MARIÑO LÓPEZ
CAMILO MARTÍNEZ BLANCO
OSVALDO J. MARZORATI
ALEJANDRO MILLER
CARLOS A. MOLINA SANDOVAL
RENATA MOTA MACIEL
RICARDO OLIVERA GARCÍA
STEFANIA PACCHI
ROSA POZIOMEK ROSEMLAT
JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ
ANDRÉS RECALDE CASTELLS
FRANCISCO REYES VILLAMIZAR
EFRAÍN HUGO RICHARD
SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO
TERESITA RODRÍGUEZ MASCARDI
HORACIO ROITMAN
ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ
ADOLFO ROUILLON
ALFREDO L. ROVIRA
JUAN SÁNCHEZ CALERO
LUCÍA SPAGNOLO
FÁBIO ULHOA COELHO
ERASMO VALLADÃO AZEVEDO
 E NOVAES FRANÇA
CLAUDIA VALLARINO
MARTA ZABALETA DÍAZ

ÍNDICE GENERAL

Tomo I

Presentación	XIII
<i>Ricardo Olivera García</i>	
Legado doctrinario del Prof. José A. Ferro Astray	XVII
José A. Ferro Astray. Dimensión humana y trascendencia.	XXI
<i>Héctor Alegría</i>	

I

EL DERECHO COMERCIAL EN LA TEORÍA JURÍDICA

In tema di metodo nel diritto commerciale	3
<i>Carlo Angelici</i>	
El contenido económico de las sociedades y su incidencia sobre el análisis del Derecho Societario.	15
<i>Guillermo Cabanellas de las Cuevas</i>	
El contrato de derecho privado. Paradigmas y paradojas. Signo y discurso.	47
<i>Arturo Caumont</i>	
Derecho Privado Patrimonial y otros desarrollos.	67
<i>Israel Creimer</i>	

II
SOCIEDADES COMERCIALES:
ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Nuevas reflexiones sobre el capital social.	83
<i>Miguel C. Araya</i>	
La inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales (“disregard”).	111
<i>Jaime Berdaguer</i>	
La persona jurídica administradora.	161
<i>Daniella Cianciarulo</i>	
Transformaciones en el derecho societario. Las sociedades de beneficio e interés colectivo.	191
<i>Dante Cracogna</i>	
“Sociedad por acciones simplificada” y empresa familiar en el Derecho argentino	219
<i>Eduardo M. Favier Dubois y Lucía Spagnolo</i>	
Regularización y transformación de sociedades comerciales. Algunas cuestiones de interés	263
<i>Cristina Herdt</i>	
En torno a la sociedad unipersonal (constituida o devenida) . . .	295
<i>Efraín Hugo Richard</i>	
Objeto y actividad ilícita	333
<i>Horacio Roitman</i>	
La estructura orgánica de la Sociedad por Acciones Simplificada: Análisis comparado de la legislación argentina y uruguaya .	341
<i>Alfredo L. Rovira</i>	
Reflexiones sobre las reglas de gobierno corporativo y los estándares mínimos de gestión para el directorio de empresas aseguradoras y reaseguradoras	375
<i>Adriana Bacchi Argibay</i>	
Antecedentes y actualidad en la reglas del buen gobierno corporativo en la Argentina.	423
<i>Marcelo Gebhardt</i>	

	Pág.
Un lustro de gobierno corporativo en sociedades cerradas <i>Santiago Hierro Anibarro y Marta Zabaleta Díaz</i>	459
Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores de sociedades de capital. <i>Javier Juste Mencía</i>	479
Reflexiones sobre la sociedad anonima y el fin de lucro a propósito de la sociedad anónima de capital estatal exclusivo <i>Alejandro Miller</i>	505
El deber de lealtad de los administradores en la Ley española de sociedades de capital. <i>Jesús Quijano González</i>	557
Las instrucciones de la junta en materia de gestión: rasgo de caracterización tipológica y consecuencias sobre la responsabilidad de los administradores <i>Andrés Recalde Castells</i>	589
La retribución de los administradores en las sociedades abiertas al mercado de capitales. <i>Antonio Roncero Sánchez</i>	613
Dividendos insuficientes: separación del socio (una aproximación al artículo 348 bis LSC). <i>Juan Sánchez Calero</i>	641
As invalidades em direito societário e a natureza jurídica do direito de retirada. <i>Erasmus Valladão Azevedo e Novaes França</i>	669
La responsabilidad del accionista por las decisiones contrarias al interés social. ¿Es suficiente con abstenerse de votar o es necesario que utilicen positivamente su derecho de voto para lograr decisiones alineadas con dicho interés?. <i>Claudia Vallarino</i>	699

Tomo II

**III
OTROS FENÓMENOS ASOCIATIVOS:
EVOLUCIÓN DINÁMICA**

Conjunto económico en materia tributaria – art 20 bis del CT. La necesidad de determinar la dirección unificada	737
<i>Paula Algorta Morales</i>	
O tratamento dos grupos societários no direito concursal brasileiro	775
<i>Newton de Lucca e Renata Mota Maciel</i>	
Los grupos empresarios en los concursos y el Proyecto de Ley Modelo sobre la Insolvencia de grupos de empresas de UNCTRAL	809
<i>Alicia Ferrer Montenegro</i>	
La adquisición por la controlada de acciones de la controlante en el pensamiento de Ferro Astray y en el derecho comparado .	823
<i>Pablo D. Heredia</i>	
El interés grupal y la responsabilidad de los administradores sociales	849
<i>Ricardo Olivera García</i>	
Estructura de franquicias como fenómeno de concentración empresarial. Aplicación de la normativa sobre control societario y defensa de la competencia	885
<i>Rosa Poziomek Rosemblat</i>	

**IV
CONTRATOS COMERCIALES:
DISTINTAS FIGURAS**

Informar en los contratos mercantiles: de obligación a carga . . .	909
<i>Jenifer Alfaro Borges</i>	

	Pág.
Garantías a primera demanda.....	933
<i>Gerardo Caffera y Elías Mantero Mauri</i>	
Digitalización y desmaterialización de instrumentos financieros.....	951
<i>Carlos de Cores Helguera</i>	
Intepretação dos negócios empresariais e a constituição federal. Livre-iniciativa e livre-concorrência	971
<i>Paula Forgioni</i>	
Los contratos relacionales, las relaciones de consumo bancarias y el equilibrio de las posiciones contractuales	1001
<i>Andrés Mariño López</i>	
El abuso de posición dominante (algunas reflexiones sobre la ley 27442 y su aplicación a los contratos de distribución selectiva en Europa y Argentina).....	1047
<i>Oswaldo J. Marzorati</i>	
Validez del “sale and lease back” en el Derecho argentino	1083
<i>Carlos A. Molina Sandoval</i>	

V

INSOLVENCIA Y CONCURSO

Insolvencia inminente y situación económica difícil. Recepción en el Derecho uruguayo	1115
<i>Virginia S. Bado Cardozo</i>	
La finalidad principal y los intereses del concurso.....	1139
<i>Enrique A. Falco Iriondo</i>	
El concordato de liquidación. Influencia en el convenio con plan de liquidación y en el acuerdo privado de reorganización de contenido liquidatorio.....	1191
<i>Daniel Germán</i>	
Naturaleza y contenido de los “planes concursales de continuación o liquidación”.....	1207
<i>Camilo Martínez Blanco</i>	

	Pág.
Régimen concursal de los negocios fiduciarios en Colombia . . .	1227
<i>Sergio Rodríguez Azuero</i>	
El reintegro concursal en el Derecho uruguayo	1255
<i>Teresita Rodríguez Mascardi</i>	
Solución preconcursal de la insolvencia empresaria	1303
<i>Adolfo Rouillon</i>	
Rearranjos patrimoniais na recuperação de empresas em crise .	1323
<i>Fábio Ulhoa Coelho</i>	

VI
INTERNACIONALIDAD
DE LA DINÁMICA COMERCIAL
Y VISIONES COMPARADAS

El concurso internacional en el régimen jurídico uruguayo y en el Mercosur. La jurisprudencia argentina a propósito de un caso planteado en materia de quiebra internacional	1345
<i>Zamira Ayul</i>	
La responsabilidad de administradores en caso de culpabilidad concursal en la legislación portuguesa, desde la perspectiva de las legislaciones española y uruguaya	1373
<i>Carlos E. López Rodríguez</i>	
La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023	1453
<i>Stefania Pacchi</i>	
Ley Modelo de la OEA sobre Sociedades por Acciones Simplificadas	1493
<i>Francisco Reyes Villamizar</i>	

EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA LEY ESPAÑOLA DE SOCIEDADES DE CAPITAL

JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ (*)

Sumario: I. Introducción y antecedentes. II. El deber de lealtad en el sistema actual de deberes de la Ley de Sociedades de Capital. 1. La cláusula general. 2. La enumeración casuística de obligaciones básicas. 3. Los conflictos de interés. III. La imperatividad: el principio y su configuración relativa. IV. La dispensa en casos de conflicto de interés: 1. El alcance de la excepción. 2. La competencia y los requisitos para dispensar.

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

La cuestión de los deberes de los administradores de las sociedades mercantiles se ha convertido en esta última etapa de la evolución histórica del derecho societario en un tema de creciente interés. Por un lado, porque las exigencias de un correcto desempeño del cargo se han hecho más intensas a medida que las experiencias de la reciente crisis económica ponían de manifiesto que en muchas ocasiones estaban relacionadas con una elevada concentración de poder de decisión en un número reducido de administradores, a la vez que con una escasa transparencia que facilitara el control de su actuación; también por otro lado, el propio avance del movimiento de buen gobierno corporativo, en la búsqueda progresiva de una mayor calidad en la gestión de las sociedades, especialmente de las que tienen mayor incidencia en el mercado de valores por su capacidad para atraer inversión y para

(*) Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid, España.

incidir en un mayor número de accionistas, ha ido convirtiendo el alcance de los deberes de los administradores en el desempeño de su cargo en una materia cada vez más considerada, sea en el ámbito de las recomendaciones, sea en el de las normas jurídicas.

En el caso concreto del Derecho societario español, tal evolución es bien significativa. Como se expondrá de inmediato, las referencias a los deberes de los administradores estaban ya en los primeros textos societarios del pasado siglo y fueron cobrando importancia a medida que los Códigos de Buen Gobierno, ya al final del siglo y comienzos del presente, iban precisando más su contenido; en paralelo, las reformas legales que se fueron produciendo hasta llegar al vigente Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, de 2010 (LSC), transformaron en norma jurídica, con rango legal, algunas de las recomendaciones en la materia. Y ese proceso ha llegado hasta la más reciente reforma de 2014, que ha reformado la citada LSC en muchos aspectos, pero de manera particular en lo que se refiere al órgano administrativo y al estatuto personal de sus miembros.

En efecto, de las variadas modificaciones que 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, introdujo en materia de órganos de estas sociedades, destaca, por su significado y por su alcance, la que afecta a los denominados deberes fiduciarios que los administradores deben observar en el desempeño del cargo, materia, como es bien sabido, muy relacionada con la evolución de las propuestas de buen gobierno corporativo desde que el American Law Institut elaborara en 1994 la formulación que ha servido de referencia general hasta el momento.

El texto vigente de la LSC contiene ahora un amplio capítulo (el III del Título VI, sobre la administración de la sociedad, que abarca los artículos 225 a 232) dedicado a los deberes de los administradores, en el que tanto el deber de diligencia, como el deber de lealtad han adquirido un nivel normativo ciertamente notable. Aquí vamos a considerar básicamente la problemática relacionada con el deber de lealtad, distinguiendo tres aspectos (su contenido, que comprende la cláusula general y las enumeraciones casuísticas; su régimen, que combina la imperatividad como principio y la dispensa como ámbito de flexibilidad puntual; su incidencia, en caso de infracción del deber, sobre la aplicación del sistema de responsabilidad de administradores); pero no

cabe soslayar que, en muchas ocasiones, la relación entre diligencia y lealtad es mucho más intensa de lo que a primera vista pudiera parecer, especialmente porque el deber de diligencia se ha puesto en relación con el cargo desempeñado y las funciones atribuidas, se ha materializado en la dedicación adecuada y en la información necesaria, como manifestaciones más relevantes, y se ha excepcionado, a efectos de la exoneración de responsabilidad, cuando concurren las circunstancias que permiten aplicar la regla de protección de la discrecionalidad empresarial.

Planteada así la cuestión, y delimitado el ámbito a considerar aquí, hay que afirmar, sin embargo, que la tradición del Derecho societario español, incluso más que en otros ordenamientos comparados en la época correspondiente, contenía referencias normativas a los deberes de los administradores prácticamente desde el primer momento de su configuración legislativa moderna, ocurrida en los años cincuenta del pasado siglo. En efecto, ya la LSA de 1951, tomando como referencia en este punto a la Ley alemana de 1937, establecía en su artículo 79 que los administradores debían desempeñar su cargo con la “diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal”, fórmula que permitía interpretaciones y desarrollos bastante aproximados a lo que luego se ha venido considerando el contenido fundamental de los modernos deberes fiduciarios; con el único cambio de sustituir al ordenado comerciante por el ordenado empresario, el Texto Refundido elaborado en 1989 con fines de armonización comunitaria mantuvo esa misma fórmula en su artículo 127, a la vez que añadió el deber de guardar secreto, hasta entonces implícito en el estereotipo del representante leal.

Sobre ese texto de 1989 incidió la reforma de 2003, que, con ánimo de reforzar la transparencia de las sociedades cotizadas, propició en el régimen general de la administración societaria un amplio despliegue del artículo 127, en bis, ter y quáter, en el que, manteniendo la pauta del ordenado empresario y representante leal, incorporó el deber individual de información diligente, el equívoco deber de fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad, la enumeración de deberes concretos de lealtad (así, la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o invocar la condición de administrador en interés propio, y la de aprovechar ilícitamente oportunidades de negocio ofrecidas a la sociedad, el deber de comunicar los conflictos de interés y el de abstenerse de intervenir, o, en fin, el deber de comunicar la

participación o los cargos en sociedad competidora, ya con extensión a personas vinculadas al administrador persona física o jurídica) y la diferenciación aclaratoria del deber de secreto. Con algunos cambios formales y sistemáticos, y con la reconducción del deber de fidelidad a un deber de lealtad más amplio, concebido en defensa del interés social, que precede en el artículo 226 a las prohibiciones citadas (a las que se añadió la prohibición de competencia en el artículo 230) y a las situaciones de conflicto de interés, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, de 2010, mantuvo el sistema de deberes de la reforma de 2003.

Sobre ese texto ha impactado la reforma de 2014, fruto del Informe emitido por la Comisión de Expertos creada en 2013, a instancias de la CNMV, con la doble finalidad de proponer reformas legales para la mejora del buen gobierno de las sociedades cotizadas, aunque buena parte de esas reformas se han producido en el régimen general de los órganos de las sociedades de capital, como ocurre precisamente en el caso de los deberes de los administradores, y de actualizar el Código de Buen Gobierno, lo que se ha producido en 2015, una vez que un buen número de las recomendaciones del Código Unificado anterior, de 2006, en la materia se convirtieron en norma legal en la citada reforma de 2014.

Este es, a grandes rasgos, el itinerario seguido por el sistema de deberes de los administradores en el Derecho español de sociedades, con amplios y sólidos antecedentes, como se ha intentado poner de manifiesto. Es probable que, en algunas ocasiones, el paso de recomendación a norma, en general imperativa, no haya tenido suficientemente en cuenta que la distinta naturaleza y función de una y otra requiere aplicar un filtro riguroso en la técnica y en el lenguaje, porque la recomendación puede ser más descriptiva, pero el precepto legal necesita precisión porque persigue fines de tipificación normativa de supuestos a los que se anudan efectos jurídicos. Algo de esto ha podido ocurrir en la nueva regulación de los deberes de los administradores. Con todo, es evidente que el resultado legislativo es apreciable y que, en la línea evolutiva que venía siguiendo nuestro ordenamiento societario, la vigente LSC dispone de un marco completo en materia de deberes, no exento de complejidad y de necesidades de interpretación, de integración y de coordinación. Tal diagnóstico es particularmente aplicable al deber de lealtad, como se irá poniendo de manifiesto en el análisis que se ofrece a continuación.

II. EL DEBER DE LEALTAD EN EL SISTEMA ACTUAL DE DEBERES DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Un análisis ordenado de la compleja estructura del deber de lealtad en el sistema resultante de la reforma de la LSC exige distinguir los tres niveles que el propio texto legal ha querido diferenciar en la sucesión de sus artículos: el artículo 227 contiene la cláusula general; el 228 las denominadas obligaciones básicas del deber de lealtad, una de las cuales, la de evitar situaciones de conflicto de interés, viene a su vez desarrollada, con ese rótulo, en el artículo 229.

1. La cláusula general

Propone el apartado primero del artículo 227 una cláusula general indirecta, derivada de una descripción, ciertamente abierta, del deber de lealtad: “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 integran, pues, en ella tres elementos constitutivos de la lealtad, de distinta naturaleza, pero que en conjunto vienen a expresar el “paradigma ético” de la conducta del administrador.

De un lado, el estereotipo del “**fiel representante**” constituye el elemento subjetivo de la cláusula general, que parece retomar la referencia a la fidelidad, que estuvo configurada como deber diferenciado del deber de lealtad en el 127 bis tras la reforma de 2003, pero que había desaparecido en la versión del artículo 226 del TR de la LSC, donde estaba unificado el deber de lealtad. Es probable, no obstante, que en el texto actual se haya recurrido, utilizando un sinónimo, a la expresión “fiel representante” como recurso meramente sintáctico con el fin de ofrecer una definición terminológicamente distinta, pero del mismo significado, evitando así la reiteración que hubiera supuesto mencionar la lealtad de un leal representante; a la postre, un representante leal y un representante fiel, constituyen, en este plano subjetivo y personal, dos modelos de posición o de actitud para el ejercicio del cargo, sin que haya disparidad de conducta exigible por razón de la expresión.

“**Obrar de buen fe**” constituye el elemento objetivo de la cláusula general; una pauta clásica en la definición de la conducta a observar por quien acepta una posición que vincula su comportamiento. La expresión, de acreditada tradición jurídica, ha adquirido especial significado en el ámbito de las obligaciones contractuales, como principio

a observar en el cumplimiento de los contratos, con función interpretativa y complementaria de las prestaciones exigibles a cada una de las partes. Cabe, pues, pensar que su introducción en este ámbito de la administración societaria busca incorporar a la posición orgánica de los administradores elementos contractuales, que tienen una referencia más expresa en ciertos casos (recuérdese la función del contrato con los consejeros ejecutivos en el contexto de la delegación del artículo 249), pero que aquí entran en contacto con la vertiente negocial de la relación entre el administrador y la sociedad (llámese de agencia, de mandato, de representación, etc.), que es donde se inserta preferentemente el deber de lealtad, muchas de cuyas manifestaciones concretas (en las obligaciones básicas y en los conflictos de interés) tienen esa dimensión contractual.

En tercer lugar, la cláusula general incorpora también un elemento funcional, o de finalidad, a través de la mención al **“mejor interés de la sociedad”**, como pauta que cualifica, junto con la buena fe, la conducta del administrador; de modo que la buena fe es el modo de obrar, mientras que el interés social es el fin de la actividad administrativa o desempeño del cargo. Frente al “interés social” como expresión más clásica (véase el artículo 226 anterior, en la redacción de 2010) que luego necesitaba la polémica aclaración (“interés social entendido como interés de la sociedad”) que evitara otras interpretaciones (interés común de los socios, interés de la mayoría, etc.), el texto actual ha preferido seguramente ofrecer directamente su opción (interés de la sociedad), cualificándolo con un grado más elevado (el mejor interés), que no es ocioso, en la medida en que supone también un grado mayor de exigencia en la búsqueda de la opción que más conviene al interés de la sociedad. La opción expresa, en todo caso, la conocida dimensión institucional del interés social: el interés de la sociedad incorpora la clásica referencia a su interés propio como empresa (el interés de la empresa en sí, en afortunada expresión de la doctrina alemana), y en él integra los otros intereses en juego (el de los trabajadores, el de los inversores, el de los accionistas, el interés general en lo que proceda, etc.). Todo ello forma parte de la lealtad con que los administradores deben desempeñar el cargo.

Por último, hay que recordar que la función de una cláusula general es siempre la de extender el ámbito de aplicación más allá de los supuestos concretos tipificados en la lista que sigue a continuación (en

propio artículo 228 encabeza la enumeración con la habitual expresión “en particular”, para significar su carácter no exhaustivo ni limitativo); de manera que será supuesto de infracción cualquier conducta desleal que pueda ser incluida en la cláusula general (actuaciones mala fe; actuaciones en que se da preferencia al interés particular o personal cuando esté en contraposición con el mejor interés social; actuaciones, en suma, que no se corresponden con la lealtad de un fiel representante) aunque no esté comprendida en ninguno de los supuestos concretos, como incumplimiento de alguna de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. En última instancia, se trata de evitar la parcialidad en la toma de decisiones y la apropiación de recursos que corresponden a los socios a través de la sociedad, y para ello, el deber general de lealtad, que se manifiesta en obligaciones de abstención, de no hacer, etc., no puede quedar constreñido a los supuestos concretos que enumera la ley, sin duda los más relevantes, pero no los únicos posibles.

El apartado 2 del artículo 227, de discutible inclusión en este precepto, no tiene, a mi juicio, relación directa con la cláusula general; se refiere a los efectos de la infracción del deber de lealtad, invocando un doble reproche: la indemnización del daño causado al patrimonio social, vía acción social de responsabilidad y la devolución a la sociedad del enriquecimiento injusto obtenido por el administrador, lo que obligará, en este caso, a una reclamación concurrente o no con la de responsabilidad, previa comprobación de que la infracción ha conllevado, en el supuesto concreto, dicho enriquecimiento y, además, que ha sido injusto, pues no todos los supuestos de deslealtad implican enriquecimiento, como tampoco todos implican indemnización de daño, en tanto no resulte perjudicado el patrimonio social. En esos supuestos en que la infracción no tenga trascendencia económico-patrimonial cabrá, obviamente, usar la facultad de cese o revocación de administradores como sanción, sin perjuicio de las demás acciones que menciona el artículo 232, para declararlas compatibles con la acción de responsabilidad.

2. La enumeración casuística de obligaciones básicas

El artículo 228 acoge el ya citado listado de obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad que, como ya se indicó, tiene carácter ejemplificativo, y no exhaustivo, como enumeración de supuestos que configuran, sin agotarlo, el ámbito de aplicación de la cláusula general.

Sin embargo, enseguida se aprecia que este conjunto de conductas de los administradores que, en particular, se presentan como obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, dista bastante de constituir una relación de casos concretos con suficiente delimitación. Más bien, lo que aparece como enumeración casuística es una combinación de categorías de obligaciones descritas con la suficiente generalidad, como para alcanzar el tono de sub-cláusulas de amplio contenido en que vendría a desenvolverse la cláusula general del artículo anterior. Un breve comentario de cada uno de los cinco supuestos contemplados permitirá confirmar, aunque sea en desigual medida, la circunstancia que se acaba de indicar.

En primer lugar, los administradores vienen obligados a **“no ejercer sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que les han sido concedidas”**. Partiendo de la base de que las facultades de los administradores, sean de dirección, gestión, representación, supervisión, etc., les son concedidas con carácter finalista, para servir al interés social, mediante el desarrollo del objeto social, la creación de valor para los accionistas y la búsqueda del equilibrio entre el conjunto de intereses que confluyen con el de la empresa social, podría pensarse que esta letra a) del artículo 228 no añade mucho respecto de lo que ya exige la cláusula general propiamente dicha del artículo 227, en virtud de la cual los administradores ya están obligados a desempeñar el cargo obrando en el mejor interés de la sociedad. De manera que esta especie de “desvío de poder”, o abuso de facultades, que supondría ejercerlas para fines distintos de la persecución del interés social, o para actividades distintas de las que implica el desarrollo del objeto social, constituye una infracción del deber de lealtad tanto en aplicación de la letra a) del artículo 228, como en aplicación de la cláusula general del artículo 227; dicho de otro modo, la infracción lo sería como incumplimiento de la obligación particular, o como supuesto a incardinar en la cláusula general, hasta el punto de que si el supuesto no estuviera recogido en la lista de casos concretos, no por eso dejaría de constituir infracción por aplicación directa de la cláusula general. Todo lo cual viene a poner de manifiesto una cierta duplicidad normativa, o doble cláusula general al respecto, aún con distinto grado de generalidad en el reproche de la conducta desviada o abusiva de los administradores que ejercen sus facultades en interés privado, o de terceros, con fines distintos a los que dan sentido a sus atribuciones; obviamente, sin perjuicio de los efectos de vinculación para la sociedad, conforme al artículo 234,

y de la exigencia de responsabilidad por daños y de la reclamación del eventual enriquecimiento injusto que se hubiera obtenido.

Más concreción tiene el segundo supuesto, la tradicional **obligación de guardar secreto**, en el que llama la atención la simplicidad con que ha quedado descrita en la letra b) del artículo 228, a diferencia de lo que ocurría en textos anteriores (véase, a título de ejemplo, la redacción del artículo 232 del TR de la LSC, donde el deber de secreto está, al menos en apariencia, mucho más desarrollado. En efecto, solo en apariencia, porque, si bien se mira, en el texto vigente están todos los aspectos básicos del deber de secreto, aunque expresados con máxima sencillez. A saber: en primer lugar, el deber de reserva recae sobre todas las informaciones, datos, informes o antecedentes, como amplio ámbito objetivo; en segundo lugar, el acceso a tal información debe ser consecuencia del desempeño del cargo, como requisito de origen, de manera que solo la información obtenida así está protegida por el deber de secreto; en tercer lugar, el elemento temporal, que hace que el deber de secreto sea exigible durante el desempeño del cargo, pero también, y con carácter indefinido, cuando se hay cesado en él; y en cuarto y último lugar, los supuestos en que el deber admite excepción o queda limitado, que son aquellos en que la ley permite la divulgación o requiere la comunicación a algún legitimado para recibirla o exigirla (organismo supervisor, normalmente), u obliga a la publicación (en registro o boletín oficial, en medio de comunicación, etc.) Compárese, pues, este texto con el precedente y se podrá comprobar que, en efecto, los elementos esenciales siguen ahí; si acaso, se les ha depurado de matices aclaratorios que suponían redundancia o que generaban confusión; también se ha suprimido por innecesaria la extensión del deber a la persona física representante de persona jurídica administrador, pues tal extensión está ahora recogida con carácter general para los deberes en el apartado cinco del artículo 236, que, además, ha cerrado el viejo debate sobre la configuración de la responsabilidad en este caso, optando por la responsabilidad solidaria entre la persona jurídica y su representante.

El tercer supuesto sería el resultante de combinar las dos obligaciones exigibles cuando se plantea un **conflicto de interés**, que son la de abstenerse de participar en la deliberación y votación (letra c) y la de evitar incurrir en situaciones de conflicto de interés (letra e), se entiende que previa a la anterior, aunque aparezca la última en la lista

de las obligaciones básicas. Ciertamente, ofrece duda la forma en que el tratamiento de los conflictos de interés ha quedado plasmado tras la reforma: de un lado, porque aparecen como obligaciones básicas estas dos, la de abstenerse y la evitar situaciones, y no la de comunicarlas cuando acaezcan, que está en el apartado 3 del artículo 229; de otro lado, porque, vistas en conjunto, el orden lógico sería otro distinto al previsto (primero, evitar; después, comunicar; finalmente, abstenerse). En cualquier caso, esta sistemática supera cualitativamente a la que venía establecida en los artículos 227 a 230 antes de la reforma, donde el orden de casos concretos y reglas generales no parecía obedecer a un criterio racional.

Dicho esto, **el deber de abstención** mantiene el amplio alcance que venía teniendo: impide participar tanto en la deliberación como en la votación de los acuerdos y decisiones en las que hay conflicto (en puridad sólo los acuerdos se votan, ya que corresponden a un órgano colegiado, mientras que las decisiones proceden de la voluntad personal de quien las adopta); es indiferente que el conflicto sea directo o indirecto, distinción muy útil en los conocidos supuestos de consejeros dominicales, donde el conflicto atañe al accionista de referencia, en casos de grupos de sociedades con conflicto matriz-filial, en persona natural representante de persona jurídica administrador, etc.; y también es indiferente que el conflicto afecte al administrador o a persona vinculada, supuesto éste que exige alguna aclaración posterior para evitar extensiones indiscriminadas que llegarían a confundir la posición de un tercero, no sometido a deberes fiduciarios, con la posición orgánica del administrador (el asunto se suscitará luego, al tratar de la persona vinculada como “beneficiaria” de los actos prohibidos, en los términos del artículo 229, 2). Sin embargo, tal amplitud ha quedado restringida por la novedosa incorporación de una importante exclusión del deber cuando se trate de “acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador”, ya que entonces decae la obligación de abstenerse de participar; sólo a título de ejemplo, el precepto menciona una excepción (la designación o revocación para cargos en el propio órgano de administración), pero de inmediato la amplía al conceder el mismo trato a otros “acuerdos o decisiones de análogo significado”. Obviamente, el supuesto no debe confundirse con el que acaece en la junta general cuando el administrador es socio y se plantea el efecto de las situaciones de conflicto de interés sobre el ejercicio de su derecho de voto como socio (recuérdese simplemente la forma en que el artí-

culo 190 ha resuelto la situación, impidiendo el voto en el acuerdo de dispensa del artículo 230, pero no en los acuerdos de nombramiento, se entiende que también reelección, cese, revocación y exigencia de responsabilidad y otros de análogo significado, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar el acuerdo, con prueba del perjuicio al interés social a cargo del impugnante); pero también hay que tener en cuenta que hay casos concretos en que, aún tratándose, de acuerdos o decisiones de análogo significado a las que afectan a su condición de administrador se impone expresamente la abstención (muy significativo es el caso de la votación del contrato que la sociedad debe celebrar, con aprobación del consejo, con el consejero delegado o con aquél al que se atribuyan funciones ejecutivas, conforme al artículo 249, cuyo apartado tercero recoge el deber de abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación, algo más estricto que el general del 228, c, que parece prohibir la participación, pero no la asistencia). Sin embargo, tal previsión expresa de abstención no está recogida respecto del acuerdo de distribución de la retribución al que se refiere el artículo 217, 3, por lo que cabría entenderlo incluido en la excepción general antes señalada.

Por su parte, la obligación de **“adoptar las medidas necesarias** para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad”, bien podría entenderse, por su tono y por su alcance, como una variante de cláusula general que tiene luego su propia casuística en el artículo 229. Se trata, en todo caso, de una obligación con función preventiva, para cuya exigencia basta la afectación potencial del interés social; lo que se pide no es tanto remover situaciones en las que el interés particular entra en conflicto con el social, sino evitar las que puedan o sean susceptibles de generar tal conflicto, ya sea situaciones en las que el interés del administrador es por cuenta propia o por cuenta ajena; y se pide adoptar las medidas necesarias, que es algo más que las posibles, las convenientes o las oportunas, lo que supone un nivel de exigencia relevante; más aún, el conflicto a evitar alcanza también a los deberes para con la sociedad, sin distinción, lo que incluye también el de diligencia (por ejemplo, no aceptar ocupaciones que menoscaben el deber de dedicación adecuada que pide el 225).

Por fin, la obligación de la letra d) constituye toda una pauta de moralidad o de ética del buen administrador, que requiere de él una

posición propia y una conducta autónoma, en el sentido de responsable, libre e independiente. En efecto, las tres reglas que el precepto subraya como medida del correcto desempeño del cargo son la responsabilidad personal, que califica como principio, la libertad de criterio o juicio y la independencia respecto de instrucciones o vinculaciones de tercero. Se trata de fortalecer la idea ya expresada en la cláusula general del artículo 227 según la cual el buen, o leal, administrador es aquel que desempeña el cargo en el mejor interés de la sociedad, sin someterse a otros condicionamientos, sean instrucciones o vinculaciones externas, que coarten su libertad de criterio o limiten su independencia, pues en eso consiste la responsabilidad personal, en que un administrador libre e independiente sea responsable de sus actos. La cuestión está en si un principio tan loable debe tener el carácter absoluto que parece desprenderse de la norma y, seguramente, el ámbito de interpretación más decisivo está relacionado con esa referencia a los terceros de quienes proceden las instrucciones o vinculaciones. Obviamente, no es tercero la junta general de la sociedad que imparte instrucciones al órgano de administración con la habilitación legal que ahora proporciona el nuevo artículo 161; pero, en un sentido más amplio, tampoco encajaría ahí el caso del administrador designado por la minoría, en ejercicio del derecho de representación proporcional, o el consejero dominical que tiene un accionista de referencia, o la persona natural que ejerce el cargo como representante de un administrador persona jurídica, o, en fin, el administrador de una filial designado a instancia de la sociedad dominante, etc., supuestos todos ellos en que la orientación en el desempeño del cargo, o las instrucciones, en su caso, tienen una base legítima, precisamente porque existen vinculaciones igualmente legítimas. Probablemente, el caso más delicado de valorar, porque depende de su alcance en el caso concreto, es el verdaderos terceros (acreedores, especialmente entidades financieras) que, sobre la base de la relación comercial que mantienen con la sociedad, o del riesgo asumido en su financiación, pretenden ejercer una influencia determinante o un control excesivo, incompatible con las pautas de conducta de los administradores antes citadas, todo ello sin perjuicio de que tales terceros puedan llegar a adquirir la condición de administradores de hecho si ejercen un poder de decisión efectivo.

3. Los conflictos de interés

El artículo 229 desarrolla el deber de evitar situaciones de conflicto de interés por medio de un listado de casos en los que el administrador está obligado a abstenerse, sea de hacer, no desplegando una determinada conducta, sea de recibir, no captando un determinado recurso. El listado, de nuevo, se configura como enumeración meramente ejemplificativa y no exhaustiva, que no agota los supuestos de conflicto de interés en que hay obligación de abstenerse, máxime cuando esta relación del artículo 229, 1, tiene por encima hasta dos cláusulas generales, la propia, del artículo 228, e), y la común a todo el deber de lealtad, del artículo 227, 1.

No corresponde realizar aquí un análisis pormenorizado y detallado de cada uno de los seis supuestos que componen la lista, teniendo en cuenta el amplio espacio que cada uno de ellos abre para la casuística. Bastará, a los efectos que aquí interesan, una descripción ajustada que establezca su contenido básico, teniendo en cuenta los elementos que lo integran. Conviene, además, tener en cuenta, como observación general previa, que el sistema de tipificación de las situaciones de conflicto de interés que ahora tienen consideración legal, modifica ampliamente el tratamiento que estableció el TR de la LSC en 2010. No había entonces una ordenación técnica, con cláusula general y listado, sino una regulación más fragmentaria y dispersa de algunos casos (las prohibiciones de utilizar el nombre de la sociedad y la condición de administrador, la de aprovechar oportunidades de negocio y la de competencia en preceptos diferenciados, en los artículos 227, 228 y 230), acompañada de una referencia más genérica a las situaciones de conflicto de interés que debían ser comunicadas y que producían deber de abstención, conforme al artículo 229.

El primer supuesto, sin duda un clásico en materia de conflictos de interés, hace referencia a las **operaciones vinculadas**, transacciones del administrador con la sociedad que administra, en las que es evidente el riesgo de parcialidad en interés propio, dada la posibilidad de realizar la operación en condiciones ventajosas. Por eso el propio precepto delimita el ámbito de la prohibición estableciendo un conjunto de requisitos que configuran la excepción, en la medida en que su concurrencia permite eliminar o, al menos, minimizar el riesgo de obtención de ventaja ilícita, neutralizando el conflicto de interés. En efecto, si se trata de una operación ordinaria (de las que forman parte

de la actividad en desarrollo del objeto social), que se realiza en condiciones estándar para los clientes (esto es, aplicando en la transacción con el administrador las mismas condiciones objetivas que se aplican a terceros en forma indiscriminada), y además tal operación es de escasa relevancia, el precepto permite la excepción y la operación se puede realizar. La escasa relevancia está medida con un criterio de incidencia contable (no son relevantes las operaciones cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad), lo que remite al caso concreto, e incluso al momento y a la entidad en concreto. Respecto de estas operaciones cabrá la dispensa del artículo 230, donde el uso del término “transacción” no deja lugar a dudas por su coincidencia con el que emplea este artículo 229, 1, a); tal dispensa corresponderá a la junta o al consejo, en función de la cuantía de la operación, de valor superior o inferior al diez por ciento de los activos sociales, sin perjuicio de las especialidades en la sociedad limitada (artículo 230, 2, pero también los artículos 162 y 220, que siguen atribuyendo competencia a la junta en los casos que indican), y más señaladamente en las sociedades cotizadas, a la vista de cómo el artículo 529 ter, 1, h) ha configurado la aprobación de las operaciones de la sociedad, o sociedades de su grupo, con consejeros, y aún más en concreto, en los casos de urgencia. En todo caso habrá que entender que la dispensa no es necesaria en el ámbito en que la propia ley ha reconocido excepción cuando concurren los requisitos indicados, pues, si hay excepción, no hay obligación de abstención ni, en consecuencia, será necesaria la dispensa de tal obligación; como también habrá que entender que el término “transacciones con la sociedad” tiene un alcance amplio, que abarca negocios jurídicos que, sin implicar transferencia de activos, tienen relevancia patrimonial para la sociedad, como podría ser un arrendamiento, una asistencia financiera, un contrato de obra, etc.

En segundo lugar, está la **utilización del nombre de la sociedad** o la **invocación de la condición de administrador** para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas, supuesto en el que llama la atención el que se trate del único que tiene un carácter prohibitivo absoluto, ya que en él no cabe dispensa, como se desprende de que no aparezca mencionado en la minuciosa enumeración que contiene el artículo 230, 2. Tal circunstancia requiere establecer con suficiente fundamento la razón de tal singularidad, que no puede ser otra que la que se desprende de una exigente comprensión del adver-

bio “indebidamente”, pues se trata de eso, de proscribir la influencia indebida del administrador en la realización de operaciones privadas que, sin descartar las propias con terceros abusando de la sociedad o de su posición en ella, son también, y muy principalmente, las operaciones de la sociedad que el administrador realiza obteniendo alguna contraprestación particular del tercero al que beneficia, vinculándole contractualmente con la sociedad. Obviamente, no se trata simplemente de que, con transparencia, aún mínima, el administrador enfatice y maneje frente al tercero el nombre de la sociedad o su posición directiva en ella, en el contexto de una estrategia de persuasión o de “presión razonable” que pueda considerarse normal en el mundo de los negocios; de lo que se trata es de una actuación capciosa o engañosa en la que el administrador utiliza en vano el nombre de la sociedad para inducir al tercero a beneficiarle en una operación privada con él, o aprovecha su condición de administrador para obtener beneficio a cambio de establecer la relación contractual con la sociedad que interesa al tercero. Así se entiende la influencia indebida, que es una influencia no justificada, y así se entiende que el supuesto se haya puesto en relación con las conductas de corrupción entre particulares que han sido tipificadas en las últimas reformas del Código Penal.

El siguiente supuesto, otro prototipo de conflicto de interés, consiste en **hacer uso de los activos sociales** con fines privados. Sin perjuicio de que pueda exigirse una cierta relevancia del activo usado o una cierta justificación de su uso por razón de las circunstancias (el ejemplo del administrador que de forma puntual realiza una llamada familiar con el teléfono de la empresa es bien revelador), lo que se quiere evitar es el uso de los activos sociales, adscritos al desarrollo del objeto social, a un fin privado; esto es, en interés personal, y no en interés de la sociedad, aunque fuera para actos extraños al objeto social, lo que supone una actuación cercana a lo que sería una apropiación indebida. Por lo demás, el precepto maneja un amplio concepto de lo que considera activos sociales, haciendo expresa mención de la información confidencial de la compañía, que no podrá utilizarse para un fin privado, lo que resulta igualmente equiparable al uso de la información privilegiada, legalmente circunscrito al ámbito del mercado de valores, como es de sobra conocido.

El **aprovechamiento de oportunidades de negocio** de la sociedad ha experimentado una drástica simplificación si se compara su formu-

lación actual con la que operaba en el artículo 228 de la LSC. Y parece razonable el resultado: se mencionaban en el texto anterior múltiples circunstancias, de no sencilla estimación, para delimitar el ámbito del conflicto de interés en este caso (que se tratara de inversiones o cualquier otra operación ligada a los bienes de la sociedad de las que el administrador haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo; que la operación haya sido ofrecida a la sociedad o ésta tenga interés en ella; que la sociedad no haya desestimado la oportunidad de negocio sin mediar influencia del administrador). La evidente complejidad en la configuración del supuesto, y la consiguiente dificultad en su aplicación, han cedido en beneficio de una formulación tan simple como suficiente: la obligación del administrador de abstenerse le impide aprovecharse de cualquier oportunidad de negocio que corresponda a la sociedad, ya se trate de negocios necesarios, convenientes o, simplemente, con interés manifestado por la sociedad. En la expresión están comprendidos, a poco que se intente una interpretación razonable, todos los matices positivos y negativos que antes se mencionaban y la eventual posibilidad de considerar incluida o excluida una determinada oportunidad de negocio (así en los casos de beneficio compartido, de dificultad o impedimento de aprovecharla por parte de la sociedad, etc.) se valorará en el trance de la dispensa, que no estaba contemplada en sistema anterior.

La **obtención de ventajas o remuneraciones de terceros** busca que el administrador no acepte incentivos ajenos que puedan comprometer su independencia, impulsándole a satisfacer el interés personal a la obtención de tal incentivo externo por encima del interés social, normalmente beneficiando al tercero del que obtiene ese incentivo en detrimento de la sociedad que administra. La tipificación del supuesto, de nuevo asimilable a ciertas formas de cohecho privado, ofrece elementos de notable interés para su delimitación: en primer lugar, la amplitud objetiva (la remuneración consistirá en una percepción económica de carácter pecuniario, mientras que la ventaja incluirá cualquier beneficio o prestación, en especie, en servicios, en compromiso de entrega futura, etc.; pero, además, el administrador debe “obtener la ventaja”, esto es, hacerla propia y no simplemente aceptarla, en vez de rechazarla, para darle un destino desinteresado, benéfico, etc., o para entregarla a la sociedad); en segundo lugar, la precisión subjetiva (tercero es cualquiera que no sea la sociedad o su grupo, única ocasión en que se menciona esta relación o vinculación, que permite, por ejemplo,

algo tan frecuente como que los administradores de una filial puedan obtener ventaja o remuneración complementaria de la matriz); en tercer lugar, la finalidad o función (al exigirse que la ventaja o remuneración a obtener estén asociadas al desempeño del cargo se pretende justamente evitar que el cargo se ejerza en interés o en beneficio del tercero que concede la ventaja o entrega la remuneración); y, finalmente, el límite al alcance prohibitivo, que deja fuera las denominadas “atenciones de cortesía”, concepto indeterminado que habrá de concretarse teniendo en cuenta parámetros cuantitativos y cualitativos, relacionados con el momento, el sector, el valor, la habitualidad o el carácter usual del regalo, etc.

Por fin, se recoge en el último supuesto la **prohibición de actividades competidoras**, entendiendo por tal el desarrollo de actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva, actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, sitúen al administrador en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. Si se compara esta fórmula con la que figuraba en el anterior artículo 230 de la LSC, y en alguna medida también en el artículo 229, se podrá apreciar que el nuevo texto pretende delimitar el ámbito material de la prohibición en relación con los llamados conflictos permanentes, que son los que surgen cuando el administrador accede a una posición, sea por cuenta propia o ajena, en la que desarrolla actividades que implican competencia efectiva con la sociedad que administra, lo que supone que la colisión de intereses debe ser real para que la competencia se entienda como efectiva. Pero hay que observar que la delimitación de lo que supone el conflicto permanente que justifica la obligación de no competir se ha hecho de manera deliberadamente amplia: primero, porque no es necesaria una situación de competencia efectiva actual, ya consumada; es suficiente con que exista la posibilidad de tal competencia efectiva, de carácter potencial, lo que previsiblemente ocurrirá cuando el género de la actividad a desarrollar, sea idéntico, análogo o complementario al que constituye el objeto social (expresión ésta que utilizaba el citado artículo 230 en su texto anterior); y, además, porque tampoco se exige en todo caso, y como único objetivo de la prohibición, el desarrollo de actividades actual o potencialmente competitivas, pues la expresión “de cualquier otro modo” abre posibilidades más amplias y diversas de incurrir en conflicto permanente con los intereses con la sociedad (por ejemplo, tomar participación en el capital de sociedad competidora, o acceder

a algún cargo en ella, aunque no implique dedicación al desarrollo de actividad por cuenta propia o ajena, puede situar al administrador en conflicto permanente). Y, en fin, para apreciar la singularidad con la que se ha querido tratar el supuesto, baste observar las especialidades de tratamiento que contiene el artículo 230, 3, en relación con la dispensa de la obligación de no competir, como en su momento se indicará.

Al listado de situaciones en que se exige el deber de evitar el conflicto de interés, ha añadido el artículo 229, en sus apartados segundo y tercero, dos reglas de muy distinta naturaleza y de dudosa ubicación sistemática en este punto.

La primera es la extensión a **personas vinculadas** al administrador, que resulten beneficiarias de los actos o actividades prohibidas, de las previsiones del precepto, esto es, de las obligaciones de evitar, lo que resulta a todas luces excesivo, pues las personas vinculadas, que no son los administradores afectados, no son sujetos de los deberes que a éstos corresponden, ni son ellas las que incurren en conflicto de interés con una sociedad en la que no tienen cargo ni función; lo que querrá decirse es que la obligación de evitar recae igualmente sobre los administradores incluso si los actos afectados por conflicto de interés no les benefician a ellos directamente (en caso de que haya tal efecto de obtención de ventaja), sino a una persona vinculada, que es la que realiza la transacción con la sociedad, la que aprovecha la oportunidad de negocio, la que recibe ventaja o remuneración de tercero, etc. Por lo demás, personas vinculadas al administrador, persona natural o jurídica, siguen siendo las que enumera el artículo 231, que no ha sido objeto de reforma en ningún aspecto.

La segunda regla, en el apartado tercero del precepto, es la que obliga al administrador a **comunicar las situaciones de conflicto**, directo o indirecto, que tanto ellos como personas vinculadas puedan tener con el interés de la sociedad, siendo destinatarios de la comunicación los demás administradores, el consejo o la junta, si se trata de administrador único; también esta exteriorización o manifestación explícita del conflicto tiene por fin hacerlo trascender a terceros interesados a través de su reflejo en la memoria a que se refiere el artículo 259. La comunicación, en todo caso, debe ser adecuada, en el sentido de expresa, oportuna, completa y procedente. Pero la duda que cabe sostener es si esta obligación de comunicar no debiera haber formado parte de las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, en el artículo

228, junto con las de evitar las situaciones de conflicto y abstenerse de participar y votar los acuerdos relacionados; sistemáticamente todo ello está en relación directa, entre sí y con la posibilidad de dispensa, y hubiera sido más lógico ponerlo también en relación normativa.

III. LA IMPERATIVIDAD:

EL PRINCIPIO Y SU CONFIGURACIÓN RELATIVA

Con alcance general para el conjunto del deber de lealtad, el artículo 230, 1, formula un principio de imperatividad cuyos efectos, sin perjuicio de la facultad de dispensa, se extienden tanto al régimen jurídico del deber que se viene examinando, como a la responsabilidad por su infracción. Estos dos aspectos (la dispensa y las especialidades en materia de responsabilidad) se examinarán después; procede ahora precisar algo más el significado y el contenido del carácter imperativo que aquí se proclama.

El propio precepto establece la consecuencia más directa de tal afirmación: no cabe excluir ni limitar el régimen jurídico del deber, de manera que, en expresión literal, “no serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo”. No hay matiz al respecto; cualquier forma de eludir, eliminar, soslayar, etc., el cumplimiento del deber, pero también cualquier modificación que pretenda flexibilizarlo, restringirlo, reducirlo, etc., queda proscrita. Las expresiones utilizadas en el precepto (limitar, ser contrario) no permiten margen, pues ambas tienen un significado ciertamente amplio (cualquier limitación, cualquier forma de contrariedad con el contenido legal del deber) que arrastra la invalidez de la disposición estatutaria que lo pretendiera.

La imperatividad como principio opera en relación con el deber de lealtad en general, y con cada uno de los supuestos tipificados legalmente en particular. No cabe reducir el alcance del deber con carácter general, limitando, por ejemplo, su exigibilidad con algún criterio cualitativo (a ciertos casos), cuantitativo (a supuestos que rebasen un determinado importe), temporal (a una época determinada del mandato de los administradores), espacial (a alguno de los ámbitos territoriales en que la sociedad tiene actividad), sectorial (a alguna de las actividades que integran el objeto social), objetivo (a actos en concreto) o subjetivo (a administradores en particular); tampoco cabe restringir

de algún modo el alcance o la función extensiva de la cláusula general, estableciendo, por ejemplo, que sólo será sancionable la infracción de las obligaciones expresamente establecidas en la ley, y no otras que, aún no previstas, entren dentro del ámbito de tal cláusula general. Por lo mismo, está también vedada la posibilidad de actuar, con efectos de exclusión o limitación, en los supuestos enumerados legalmente, sean las obligaciones básicas del artículo 228, sean las de evitar situaciones de conflicto de interés del artículo 229; eliminar supuestos, reduciendo la lista legal de obligaciones, sustituir alguna de ellas por una “versión” más flexible, modificarla para restringir su contenido o su alcance, etc., entra, por tanto, dentro lo que el artículo 230 declara no válido.

Lo mismo que ocurre si se trata de alterar el régimen de la responsabilidad por infracción del deber de lealtad en alguno de los aspectos, sustantivos o procedimentales, que lo integran, sin perjuicio también aquí de las posibilidades de renuncia y transacción que están permitidas en relación con el ejercicio de la acción social en los términos del artículo 238; aunque, a tal fin, hubiera bastado con razonar desde el carácter de orden público que el régimen de responsabilidad de los administradores tiene por sí mismo, sin necesidad de declarar aquí una específica imperatividad de la responsabilidad por deslealtad, que tal tiene que ver más con el hecho de que se haya producido una notable flexibilidad en el otro deber fiduciario, el de diligencia, a través de la nueva regla de protección de la discrecionalidad empresarial del artículo 226, y con la intención del legislador de subrayar el contraste de rigorización en el deber de lealtad. Obsérvese que ese mismo precepto 226, en su apartado segundo, excluye precisamente de la “bussines rule” las decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230, apuntando así una relación entre la no protección de la discrecionalidad y la dispensa, que se explica a partir de la imperatividad del deber de lealtad como regla general.

Por otro lado, es obvio que lo que se propugna para las disposiciones estatutarias se aplica igualmente a otras posible fuentes de la limitación o la contrariedad (así, cláusulas reglamentarais incluidas en el instrumento ordenador del consejo, o de la junta; por supuesto, acuerdos de la junta o del propio consejo que pretendieran exonerar a los administradores, o a alguno de ellos, del deber, fuera de lo que son

las posibilidades legales de dispensa, mediante algún tipo de autorización general, anticipada, etc.).

Finalmente, y simplemente para abrir la rica perspectiva de la dispensa que a continuación se considera, hay que dejar establecido que el principio de imperatividad, tan arduamente protegido en el plano normativo, de manera general y previa, frente a disposiciones estatutarias, reglamentarias o corporativas que lo menoscaben, adopta una configuración relativa en el caso concreto y en lo que se refiere al deber de evitar situaciones de conflicto de interés. Es aquí donde opera la posibilidad de dispensa puntual, siempre que se conceda por quien tiene competencia para hacerlo, cumpliendo los requisitos exigidos y respetando las reglas de procedimiento, los límites, etc., que el complejo artículo 230 establece. Se contempla así un instrumento de equilibrio frente al rigor de la imperatividad, que es la facultad atribuida a la sociedad de permitir “inaplicaciones puntuales” de las prohibiciones señaladas, esto es, la facultad de dispensa que a continuación se examina.

IV. LA DISPENSA EN CASOS DE CONFLICTO DE INTERÉS

1. El alcance de la excepción

Inmediatamente después de haber establecido la imperatividad como atributo o carácter propio del régimen del deber de lealtad, el artículo 230, 2, abre la posibilidad de que la sociedad conceda dispensa de la prohibición de infringirlo en ciertos casos; de modo que, si eso ocurre, la conducta del administrador, aunque objetivamente siga apareciendo como contraria al deber de lealtad, deja de ser infracción en sentido técnico, ya que pierde la carga ilícita o antijurídica que tendría de no haber habido dispensa, con efecto exculpatorio para el administrador dispensado, de modo que ya no procede el reproche en forma de exigencia de responsabilidad, ni siquiera cuando la actuación permitida resultara dañosa para la sociedad que la dispensó. Así configurada la dispensa, y dados sus importantes efectos, debe precisarse con la mayor exactitud posible el alcance que le atribuye el precepto.

Ante todo, es claro que la dispensa está concebida como excepción a la imperatividad, y así quiere significarlo el inciso con que se abre el apartado segundo (“no obstante lo dispuesto en el apartado precedente...”), por lo que no podrá ser extendida a supuestos distintos de los contemplados, ni interpretarse de manera extensiva en su aplicación,

ni aplicarse eludiendo los requisitos o condiciones que la habilitan; todo lo que no esté estrictamente amparado por la dispensa legalmente prevista, y en los términos concretos en que lo está, queda afectado por la imperatividad y, en consecuencia, prohibido.

Dicho esto, es igualmente claro que el precepto limita la excepción a las prohibiciones contenidas en el artículo anterior, que es el 229, donde se enumeran las situaciones de conflicto de interés que deben ser evitadas. Sin embargo, lo que parece una simple remisión no deja de plantear algunos problemas interpretativos. El primero, porque el texto legal no se ha limitado a esa simple remisión, sino que ha enumerado de manera singularizada los supuestos dispensables (transacción con la sociedad, uso de activos sociales, aprovechamiento de oportunidad de negocio, obtención de ventaja o remuneración de tercero), obviando uno de ellos, el de la letra b), que es utilizar el nombre de la sociedad o invocar la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas, por lo que habrá que tomar en consideración esta enumeración expresa y entender que el supuesto, como ya se indicó al examinarlo anteriormente y por las razones entonces señaladas, no queda cubierto por la remisión general al artículo anterior ni alcanzado por la posibilidad de dispensa. El segundo, porque, siendo la remisión al artículo 229 en exclusiva, ni el 227, en lo que atañe a la cláusula general, ni el 228, en cuanto a las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, están concernidos por la dispensa, de manera que sólo cabe dispensar en los citados supuestos de conflicto de interés, pero no en lo demás; y, si esto es así, ocurre que, siendo dispensables los casos concretos del 229, salvo el de la letra b), no lo sería la obligación básica del 228, e), de la que esos supuestos son manifestación particular, ni, en tanto que actúa como cláusula general, otros supuestos que, no estando comprendidos en la enumeración del 229, pueden estarlo en el ámbito de aquélla de acuerdo con ese 228, e). Conclusión, tal vez, poco coherente con la voluntad legislativa, pero perfectamente deducible de la forma en que el 230, 2, ha delimitado el alcance de la dispensa.

Por lo demás, la dispensa que se contempla, y la única habilitada, es para casos singulares, y caso por caso. El precepto lo dice (dispensar las prohibiciones en casos singulares), pero lo reitera hasta la saciedad al enumerar los supuestos dispensables de manera particular, hasta el punto de que cada supuesto viene calificado con un término que inequívocamente lo indica (“una *determinada* transacción”, “uso de

ciertos activos sociales”; “aprovechamiento de *una concreta* oportunidad de negocio”, “obtención de *una* ventaja o remuneración de tercero”). La dispensa, por tanto, consiste en una autorización particularizada o específica para realizar el acto, contrato, negocio, etc., que, de otro modo, estaría prohibido por constituir infracción del deber de lealtad. Por eso no cabe una dispensa anticipada o genérica, ni por cláusula estatutaria, ni de otro modo, y ya se trate de una autorización amplia o general, para cualquier acto, o más selectiva, para algunos o algún acto en particular. De lo que se trata es de vincular la dispensa al caso concreto con el fin de que, una vez comunicada, conocida y analizada la situación, la sociedad pueda evaluar la conveniencia de ejercer o no su facultad de dispensar precisamente en ese caso, sin que quepa alegar dispensas anteriores como precedente del que extraer algún efecto vinculante, ni siquiera por similitud de circunstancias, siempre que haya base para una valoración distinta. También por eso tiene sentido que el precepto legal someta la dispensa a un conjunto de garantías formales y materiales, relacionadas con la adopción de la decisión, la competencia para adoptarla, el procedimiento, los presupuestos y efectos, etc., todo lo cual se examinará posteriormente.

Finalmente, la autorización permite realizar el acto dispensado por parte de un administrador o de una persona vinculada; y de nuevo aquí habrá que entender que la mención de persona vinculada, como ya se indicó respecto del alcance del deber, debe adecuarse a la distinta posición que ocupe en el caso concreto, con el fin de que no se produzcan vacíos injustificados; habrá, pues, casos en que la persona vinculada será el destinatario directo de la dispensa (el cónyuge del administrador que pretende realizar una transacción con la sociedad, o aprovechar una oportunidad de negocio) y otros casos en que quien requiere de la dispensa es el propio administrador que realiza el acto, siendo así que el conflicto de interés que le afecta deriva del hecho de que el beneficiario no sea él, sino una persona vinculada.

De todo lo indicado a propósito del alcance de la dispensa como excepción cabe extraer una conclusión fundamental para su configuración jurídica: la dispensa no es una obligación de la sociedad, ni una decisión reglada que deba adoptarse cuando concurren ciertos requisitos; es, a todos los efectos, una facultad, que puede o no ejercitarse y que, si se ejercita, ha de hacerse respetando las reglas legales, aun reconociendo que el ámbito de discrecionalidad puede ser amplio.

Tal caracterización tiene importantes consecuencias: la sociedad no puede dispensar más de lo que permite la ley; pero puede renunciar a su facultad de dispensar, limitar su ejercicio a ciertos casos, o endurecer la adopción de la decisión de dispensar con mayores requisitos; en suma, que, en virtud de esta autonomía en el ejercicio de su facultad, que es propiamente una autotutela, la sociedad puede no dispensar, dispensar menos, o dispensar con mayor rigor. Desde esta perspectiva, nada impide, en efecto, que la sociedad haga más riguroso el procedimiento para acordar la dispensa, por ejemplo, atribuyendo siempre la competencia a la junta general, exigiendo una mayoría cualificada tanto en la junta, como, en su caso, en el consejo, añadiendo requisitos previos a la decisión de dispensar, como podría ser la petición de algún informe ad hoc, etc.; como cabe que ese régimen endurecido se aplique a todos los supuestos de dispensa, o a algunos o alguno en particular, o incluso que se excluya la posibilidad de dispensar de forma total o parcial, para todos los casos o para algunos en particular, sea por cláusula estatutaria, sea en reglamento orgánico, sea por acuerdos de la propia junta, usando de las posibilidades de instrucción y de reserva de competencia que permite el artículo 161 en su actual redacción.

2. La competencia y los requisitos para dispensar

Sin perjuicio de que la decisión de dispensar, en tanto facultad de la sociedad, pueda verse alterada o condicionada en el sentido indicado, el artículo 230, 2, contiene un modelo legal de ejercicio de tal facultad, combinando la atribución de competencia orgánica, a la junta o al órgano de administración, y la exigencia de ciertos requisitos; tratamiento particular recibe la obligación de no competir con la sociedad, en los términos especiales recogidos en el apartado 3.

La **atribución a la junta de la decisión de dispensar** se muestra como una reserva necesaria de competencia sólo para los casos concretos que el precepto indica: la obtención de ventaja o remuneración de terceros; la realización de transacciones cuyo valor supere el diez por ciento de los activos sociales. En el caso de las sociedades limitadas la competencia de la junta alcanza también la autorización para la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador, así como el establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra, supuestos ambos

que ya estaban recogidos en los artículos 162 y 220 de la LSC, por lo que no hubiera sido necesaria esta reiteración.

De los supuestos legalmente atribuidos a la junta, cuya dispensa no podría ser delegada en otro órgano, no parece plantear mayores problemas el referido a la obtención de ventaja o remuneración de terceros, pero sí la transacción, y no sólo por la dificultad que en ocasiones pueda suponer su valoración de antemano para conceder la autorización en el caso concreto, sino por el alcance del propio concepto manejado. Cabe pensar que el término transacción está usado aquí para referirse a los supuestos del 229, 1, a) exclusivamente (transacciones con la sociedad u operaciones vinculadas); la otra opción interpretativa, que sería entender que tal término tiene un significado genérico (negocios en sentido amplio) que puede incluir también operaciones de las letras c) y d) (operaciones realizadas usando activos sociales, operaciones realizadas aprovechando oportunidades de negocio de la sociedad), no parece razonable, habida cuenta de la forma estricta en que está concebida la competencia de la junta, que no facilita una interpretación extensiva. Asunto bien distinto es que esa competencia alcance a supuestos no expresamente mencionados, pero que no admiten otra solución (el caso de administrador único es bien evidente, como ya lo contempla el artículo 229 a propósito de la comunicación de la situación de conflicto). Por lo demás, hay que recordar que, en la votación de la dispensa en la junta, en la que se requiere la mayoría ordinaria del 201, 1, salvo que los estatutos la hayan elevado, el administrador que tuviere la condición de socio se encuentra en una de las situaciones de conflicto de interés de las que expresamente impiden ejercer el derecho de voto, tal como lo señala el artículo 190, 1, e), situación no expresamente contemplada en las reglas que se aplican en la sociedad cotizada para el ejercicio del voto por representación (artículo 523 para el caso de conflicto de interés del representante, y 526 para el caso de ejercicio de derecho de voto por administrador cuando ha habido solicitud pública de representación); y no es descartable que la dispensa (cada dispensa) pueda ser objeto de votación separada, en aplicación del criterio de “independencia sustancial” acogido por el artículo 197 bis, máxime teniendo en cuenta que la dispensa, que supone levantar una prohibición legal, debe acordarse expresamente, sin que quepa deducirla tácitamente de algún otro acuerdo, o de alguna otra modalidad de acuerdo negativo, o del simple silencio.

La **atribución de la dispensa al órgano de administración** se ha configurado de manera genérica: “en los demás casos”, dice el precepto, sin ofrecer ahora enumeración concreta como en el caso de la junta, lo que supone que todo lo que no es competencia expresa de ésta lo es de aquél, y sin que el vocablo “también”, en el contexto en que innecesariamente se ha incluido (la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración), pueda entenderse en el sentido de que hay una especie de atribución indistinta que permite dispensar bien a la junta, bien al órgano de administración; dispensa la junta cuando es estrictamente competente y dispensa el órgano administrativo en todos los demás casos, siempre sin perjuicio de que por cláusula estatutaria se haya modificado el ejercicio de la facultad de dispensar como ya se indicó anteriormente. De modo que, en el modelo legal, compete a la administración dispensar en los supuestos de las letras c) y d) (uso de activos y oportunidades de negocio) y en las transacciones de la letra a) cuando su valor no supere el diez por ciento de los activos sociales, todo lo cual constituye además competencia indelegable, conforme al artículo 249 bis, c) y, en el caso de las sociedades cotizadas, en los términos del artículo 529 ter, 1, h), que contiene un régimen complementario, con requisitos y excepciones especiales, para el caso de las operaciones vinculadas.

Aspecto de especial interés es que el precepto haya añadido **requisitos especiales** en los supuestos atribuidos al órgano de administración, que no aparecen relacionados con la competencia de la junta. Tal divergencia puede llamar la atención, pero es probable que tenga una razonable justificación: cuando dispensa la junta, el acuerdo es adoptado por los propios socios, que son los que resultarían directamente afectados por la actuación dispensada por ellos mismos; cuando dispensa el órgano de administrador son sus miembros los que autorizan la actuación de uno de ellos. Es evidente que en el primer caso parece suficiente la autorización de los afectados, conscientes de que podrán resultar perjudicados si la actuación permitida al administrador en conflicto de interés daña el interés social; como es evidente que en el segundo caso el riesgo de parcialidad aconseja tomar algunas precauciones que son las que pretenden dar sentido a los requisitos previstos en este caso.

El primero de esos requisitos es de naturaleza netamente subjetiva: la “**independencia de los miembros que conceden la dispensa res-**

pecto del administrador dispensado”, que, en palabras del precepto, ha de quedar garantizada. Se trata precisamente de asegurar la imparcialidad en la toma de la decisión de dispensar, pero cuáles puedan ser los criterios para estimar la independencia de cada uno de los demás miembros, y qué efectos deba tener, en su caso, la dependencia, o qué sanciones puedan corresponder a la falta de independencia, si influye sobre la decisión, no son cuestiones de fácil respuesta. Los posibles criterios podrán extraerse de la propia ley en lo que proceda (los que permiten considerar a un administrador persona vinculada con el dispensado, conforme al artículo 231, entendiendo que el administrador vinculado no es independiente; los que en las sociedades cotizadas impiden considerar a un consejero como independiente, en virtud del artículo 529 duodecimos, siempre que puedan ser aplicados a la relación entre un administrador y el que solicita la dispensa); pero, más allá de eso, que sería el ámbito objetivable, la posición de dependencia, o no, será consecuencia de la actitud personal, de la relación más o menos cercana entre ambos administradores, del vínculo afectivo que pueda existir, etc., etc., lo que la sitúa en un terreno moral y de conciencia difícilmente sujeto a la garantía que pide el precepto, sin perjuicio de que alegarse al respecto el propio deber de lealtad del administrador que participa en la decisión de dispensar, tomando la formulación más amplia de la cláusula general del 227, 1.

Cuando quepa estimar dependencia, o el propio afectado por ella la ponga de manifiesto, la consecuencia deberá ser la abstención de participar en la adopción del acuerdo de dispensa. Esa es la situación en que se encuentra el administrador en conflicto de interés que requiere la dispensa, ya que, en su caso, le alcanza directamente la obligación básica del artículo 228, c) en tal sentido, pues no se trata de un supuesto de análogo significado a los que el precepto considera que le afectan en su condición de administrador, como lo son su designación o revocación para cargos en el órgano administrativo. Y esa ha de ser la consecuencia cuando no esté garantizada la independencia de algunos o alguno de los administradores que conceden la dispensa, aplicando por analogía la citada regla prevista para los conflictos de interés, y descontando a quienes deban abstenerse a efectos del cálculo de la mayoría. Por lo demás, si el acuerdo de dispensa se adoptase con participación de miembros del órgano que debieron abstenerse por falta de independencia, y especialmente si su voto fue determinante para formar la mayoría, cabrá usar las vías de impugnación del acuerdo previstas

en la ley, sin perjuicio, en su caso, de la exigencia de responsabilidad por daños causalmente conectados a la infracción del deber de lealtad.

El segundo requisito tiene un carácter más objetivo, en tanto que está referido a la operación que va a ser objeto de la dispensa: se trata de asegurar su **“inocuidad para el patrimonio social”**, lo que supone neutralizar los posibles efectos perjudiciales que podría tener al respecto. Tampoco es sencillo precisar cómo podrá cumplirse tal condición de forma segura, pero no hay duda de que su obtención permitirá modular la dispensa, concediéndola sólo parcialmente, fijando requisitos a la operación, estableciendo límites cuantitativos, temporales, o de otro tipo, en su realización, etc. Porque hay que observar que el propio precepto ofrece aquí una alternativa muy reveladora del significado de la inocuidad patrimonial, como lo es la realización de la operación en condiciones de mercado, entendiendo que tal circunstancia elimina el riesgo de perjuicio para la sociedad. De manera que, cuando haya “mercado” para la operación autorizada, la mejor forma de asegurar la inocuidad patrimonial será realizarla en las mismas condiciones en que se hubiera podido realizar en el mercado con cualquier tercero; y será en el caso contrario, cuando no haya mercado, cuando podrán utilizarse las citadas modulaciones de la dispensa con el fin de asegurar la mayor inocuidad posible.

Todavía el precepto añade un último requisito que pudiera entenderse como adicional al anterior, pero que bien puede interpretarse como un requisito autónomo por su significado. Se trata de la **transparencia del proceso**, expresión que claramente atañe a la forma en que ha de adoptarse la decisión de dispensar. Que tal proceso sea transparente exige, al menos, tres condiciones: en primer lugar, que la situación de conflicto de interés haya sido comunicada por el afectado en la manera adecuada que pide el cumplimiento del deber de advertir que está previsto en el artículo 229, 3, al que ya se hizo mención en su momento (una comunicación adecuada y suficiente es una comunicación expresa en la forma, completa en el contenido y oportuna en el momento, entendiendo que, aunque el deber directo de comunicar recae obre el afectado por el conflicto, cualquier otro administrador que conozca una situación debe manifestarlo o, en su caso, proporcionar a los demás la información complementaria de que disponga); en segundo lugar, que se ponga a disposición de todos los miembros del órgano que han de participar en la decisión toda la información existente, o la adicional que ellos requieran, y con la antelación suficiente,

en aplicación de lo que ahora dispone el artículo 225, 2, a propósito del derecho/deber de información como aspecto esencial del deber de diligencia; en tercer lugar, que el tratamiento de la dispensa en el proceso de orgánico de decisión cumpla las formalidades exigibles en los distintos momentos (constancia clara en la convocatoria del órgano, sometimiento a debate sin restricciones indebidas, votación expresa, y deseablemente separada también aquí, reflejo suficiente en el acta).

Visto el régimen general de la dispensa, hay que observar que el artículo 230, en su apartado tercero, reserva un régimen especial para un supuesto de conflicto de interés tan significativo como lo es el previsto en la letra f) del artículo 229, ahora simplificado en su formulación bajo la fórmula de **“obligación de no competir con la sociedad”**. La especialidad de régimen es ciertamente notable. De un lado, porque la competencia para dispensar está atribuida a la junta en todo caso, como ya se indicó, lo que impide cualquier forma de desplazamiento al órgano administrativo, ya fuera por cláusula estatutaria, ya por un acuerdo de delegación de la propia junta. Exige, además, el precepto que el acuerdo de la junta sea un acuerdo expreso, lo que supone que no es posible deducir la dispensa de ningún otro acuerdo que no sea el que la concede expresamente, ni de cualquier situación de tolerancia tácita o de actos propios, ni siquiera de precedentes reiterados en casos similares, que no tienen ningún efecto vinculante, y que se adopte en votación separada, lo que supone que cada dispensa, aunque vayan a proponerse varias en la misma junta, para un mismo administrador o para varios, o aparezcan agrupadas en un mismo punto del orden del día en la convocatoria, requiere votación particular. De otro lado, se contempla un requisito objetivo, formulado como condición sine qua non (“sólo podrá ser objeto de dispensa”), que podría ser equiparable a la comentada inocuidad patrimonial, pero con un peculiar grado de flexibilidad. Se trata de que la actividad competitiva, sea por cuenta propia o ajena, que ha sido autorizada, no produzca daño para la sociedad (la expresión legal, más matizada, es “no quepa esperar daño para la sociedad”), aunque, si lo produjera (otra vez “el daño que quepa esperar”), la dispensa sigue estando permitida con tal de que ese daño se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse con la dispensa. Una fórmula tan llena de expectativas, negativas o positivas, de estimaciones y de previsiones, no es fácil de interpretar en su exacto alcance, ni resultará sencillo aplicarla con certeza; entre otras cosas, porque la no causación de daño, o su eventual compensación con be-

neficio, son acontecimientos posteriores a la dispensa y a la realización ya consumada de la actividad competitiva autorizada (si, por ejemplo, se autoriza a un administrador a iniciar por cuenta propia un negocio competitivo, o a tomar posición o aceptar cargo en negocio ajeno, en virtud del compromiso que adquiere de canalizar hacia la sociedad que administra la contratación que genere esa actividad competitiva, el efecto de compensación entre daño y beneficio se basará en estimaciones fundadas en el momento de la dispensa, pero su comprobación efectiva sólo se podrá hacer a posteriori y requerirá un tiempo más o menos largo). Ese es el problema de tal condición y la dificultad para apreciarla. Y ese es el motivo por el que el párrafo final del precepto ha añadido un mecanismo de reacción para cuando esas previsiones evolucionen negativamente.

En efecto, el artículo 230 dispone una causa de cese del administrador dispensado que está desarrollando la actividad competitiva (mejor, competidora) que le fue autorizada por la junta general; a iniciativa individual de cualquier socio, la junta ha de decidir sobre el cese, pues el uso del imperativo (“resolverá sobre el cese”) supone que la junta está obligada a decidir siempre que un socio lo pida, con independencia de que su decisión sea favorable o contraria al cese solicitado (resolver sobre el cese no supone decidir el cese necesariamente); pero para que el mecanismo funcione hace falta, de nuevo, un requisito más objetivo pero igualmente sujeto a estimación como los que conducían o no a la dispensa. Hace falta que el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante, sea porque se han incrementado las posibilidades de que la actividad competidora produzca daño cuando no cabía esperar, sea porque el daño previsible es mayor que el esperado sin que quepa esperar un beneficio que lo compense suficientemente. Pero hay que subrayar que no hace falta que se haya producido ya un daño, pues basta el riesgo de perjuicio, que equivale a un daño potencial, aún no consumado; y, además, no se trata de cualquier riesgo o amenaza de perjuicio, sino que ha de ser relevante, lo que supone un daño potencial cualitativamente, por su incidencia en la actividad, quizá también por su inminencia, o cuantitativamente, por su volumen, significativo. Obviamente, la relevancia es también aquí una estimación (¿podría servir como criterio un perjuicio estimado en más del diez por ciento del valor de los activos, que es lo que atrae la competencia de la junta en cierta dispensa?), con la dificultad añadida de que hay que aplicarla aquí a un riesgo, y no a un daño ya producido.

Examinado ya el conjunto de aspectos que integran el régimen de la dispensa, hay dos observaciones finales de interés que conviene añadir, relativas a la admisión de la **dispensa a posteriori** y del **control de la dispensa**.

La primera se refiere a la posibilidad de que la dispensa opere en el caso concreto en momento posterior a la realización del acto, o al inicio de la actividad, afectada por el conflicto de interés. Y nada parece oponerse, habida cuenta de que dispensar es una facultad de la sociedad, que ésta ratifique o convalide a posteriori lo que pudo autorizar a priori. Sin embargo, hay un importante matiz, que no puede pasar desapercibido: si el administrador actuó con infracción de su deber de lealtad en una situación de conflicto de interés, y se ha producido un perjuicio a la sociedad, se ha integrado ya el presupuesto material para ejercer la acción de responsabilidad y, en su caso, la acción de enriquecimiento, por lo que la ratificación, aunque no tenga efecto exoneratorio para el administrador infractor, a tenor del discutido principio recogido en el artículo 236, 2, viene a suponer una renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad, decisión que está expresamente atribuida a la junta (artículo 238). Lo que obliga a concluir que, siendo posible la ratificación, con efecto convalidante de lo actuado, la competencia para acordarla debe entenderse atribuida a la junta en todo caso.

En segundo lugar, no ofrece dudas el hecho de que todos los acuerdos, sean los de dispensa por la junta o por el órgano administrativo, sea el de ratificación por la junta, deben estar sometidos a control, en el sentido de que pueden ser objeto de impugnación, por el procedimiento judicial previsto legalmente, o por vía de arbitraje, si los estatutos de la sociedad lo tienen así establecido. Será, pues, en ese trance, donde se podrá comprobar el cumplimiento de las reglas legales, o estatutarias, tanto de procedimiento como de requisitos materiales, que disciplinan la dispensa según se ha examinado, así como apreciar si la decisión de dispensar constituyó un acto lesivo, o abusivo en su caso, conforme al régimen vigente de la impugnación en los artículos 204 y siguientes. Más dificultad presenta la eventual impugnación de los acuerdos denegatorios de una dispensa solicitada, habida cuenta de la naturaleza dispositiva de la facultad de dispensar de la sociedad, incluso si concurren los presupuestos que harían legítima su concesión, de manera que sólo en casos excepcionales, donde haya base para estimar con claridad un abuso en el ejercicio de la facultad denegatoria, cabría plantear esa posibilidad.

Al margen de esto, siendo la vía de la impugnación de acuerdos el instrumento de control más apropiado, no cabe descartar que el control de la corrección de la dispensa se realizara con ocasión del ejercicio de la acción social de responsabilidad, con la que se exige a los administradores la reparación del perjuicio causado al patrimonio social. Precisamente entonces, cuando el perjuicio derive causalmente de la infracción del deber de lealtad, entran en juego algunas especialidades que conviene señalar finalmente. Ante todo, y en materia de prueba, el nuevo texto del artículo 236, 1, presume la culpabilidad, sin necesidad de probarla, cuando los actos dañosos de los administradores incurren en ilegalidad o son contrarios a los estatutos sociales; lo que supone que en los actos que infringen deberes, como es el caso de los actos desleales, la culpabilidad debería ser probada por el demandante que ejerce la acción, salvo que se considere que, dada la configuración legal del deber de lealtad, su infracción es también un acto ilegal, con prueba facilitada por la presunción.

Las otras especialidades consisten son de más variada naturaleza: la primera, queda establecida en el artículo 227, 2, que añade a la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social con infracción del deber de lealtad, la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador; la segunda especialidad es la regla de compatibilidad de acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad que contiene el artículo 232, según la cual el ejercicio de la acción de responsabilidad no obsta al ejercicio de las que allí se enumeran (impugnación, cesación, remoción de efectos, y anulación de actos y contratos celebrados por el administrador violando el deber de lealtad); la tercera, en el artículo 239, 1, supone una variante de interés en la configuración de la legitimación de la minoría para ejercer la acción social de responsabilidad, pues, cuando tiene por fundamento la infracción del deber de lealtad, la legitimación de la minoría es directa, sin necesidad de previo acuerdo de la junta general, aunque ello no supone atribuir la titularidad de la acción a la minoría, sino sólo facilitarle su ejercicio, pues la acción para reparar el daño producido al patrimonio social es siempre de la propia sociedad.