

*La Ley de Reforma de la LSC*

**Deber de lealtad y conflictos de intereses  
(observaciones al hilo del régimen  
de las operaciones vinculadas)**

**Alberto Díaz Moreno**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla*

*Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

---

**1. Planteamiento: el deber de evitar situaciones de conflicto de interés**

El artículo 227.1 de la LSC, referido genéricamente al deber de lealtad, dispone 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.

Esta formulación genérica se ve ahora complementada con una enumeración legal (artículo 228 de la LSC) de las principales obligaciones derivadas del deber de lealtad (enumeración que no es exhaustiva, por lo que la regla del artículo 227.1 de la LSC mantiene su valor de cláusula general y permitirá valorar desde la óptica del cumplimiento de este *duty of loyalty* otras conductas de los administradores).

De entre esas concreciones del deber de lealtad pretendemos centrarnos ahora en la enunciada bajo la letra (e) del referido artículo 228 de la LSC. Según esta regla, el administrador leal debe *“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”*.

Ha de observarse que de conformidad con la norma transcrita los administradores de sociedades de capital deben actuar de forma que no lleguen a verse en una situación de conflicto de intereses con la sociedad. Es decir, deben evitar colocarse en una posición en la que sus intereses (o los de una persona en cuyo

interés actúen) colisionen con los intereses de la compañía en cuyo órgano de administración se integran. La idea que subyace a esta regla es clara: cuando se produce un conflicto entre los intereses del administrador (o los de una persona vinculada con éste) y los de la sociedad cuyos bienes y derechos gestiona existe el riesgo evidente de que aquél haga prevalecer los suyos (o los de las personas vinculadas) sobre los de ésta.

Pues bien, con el artículo 228.e de la LSC nuestro ordenamiento incorpora una suerte de *“no-conflict rule”*. La Ley no se limita a exigir del administrador que si se llega a encontrar en una situación de conflicto de intereses lo comunique (deber de información) y se abstenga de participar en cualquier decisión relativa a ella, sino que, como medida preventiva, le impone específicamente el deber de eludir tales situaciones. No se trata sólo de impedir que el administrador anteponga sus intereses a los de la compañía en caso de que el conflicto se actualice (básicamente prohibiéndole intervenir en la gestión social en lo que se refiere a esos asuntos), sino de evitar, incluso, que surja el mismo riesgo de que ello suceda (siguiendo así la máxima de San Ignacio: *“quien evita la tentación evita el pecado”*).

**2. La obligación de abstenerse de realizar transacciones con la sociedad**

El artículo 229.1 de la LSC enumera, también de forma no exhaustiva, un conjunto de prohibiciones (obligaciones de no hacer) que derivan del deber de evitar las situaciones en

las que los intereses de la sociedad y los del administrador (o de otras personas en cuyo interés actúe) entren en conflicto.

En este momento nos interesa la contenida en la letra (a) del referido artículo 229.1 de la LSC: el administrador debe abstenerse de “realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad”.

Desde luego, cuando el administrador contrata con la compañía administrada se genera una situación (una de las más evidentes) de existencia de un conflicto de intereses. Sólo desde una gran ingenuidad puede ignorarse que en tales circunstancias surgirá la “tentación” de anteponer los intereses propios o los de las personas vinculadas con el administrador a los de la compañía. La norma que ahora comentamos tiene precisamente por finalidad impedir que tal oportunidad para comportamientos desleales llegue siquiera a verificarse.

Obsérvese, por tanto, que el deber de lealtad, en su configuración legal, no sólo obliga al administrador a no subordinar el interés de la sociedad al suyo propio, sino que le impone defender exclusivamente ese interés social. Lo que le impide realizar transacciones en las que, por hipótesis, concurren dos intereses contrapuestos (el suyo y el de la compañía), con independencia de que, de hecho, lleguen a lesionarse estos últimos. De ahí el deber de evitar incurrir en situaciones de conflicto.

### 2.1. *Ámbito objetivo de la prohibición*

Desde el punto de vista *objetivo* lo que se prohíbe es realizar *transacciones* con la sociedad. Ello significa que el administrador debe abstenerse de celebrar negocios de cualquier tipo con la compañía (comprando, vendiendo, arrendando —cosas, servicios u obras—, prestando o tomando a préstamo,...). La utilización de un término deliberadamente amplio (“transacciones”), unida a la consideración de que el elenco del artículo 229.1 de la LSC no agota los supuestos comprendidos en la regla más general del artículo 228.e de la LSC,

aconseja una interpretación extensiva de la regla en cuanto a su ámbito objetivo de aplicación.

Sin perjuicio de lo anterior debe recordarse que no se le prohíbe al administrador contratar con la sociedad cuando las operaciones de que se trate reúnan *de manera cumulativa* las siguientes tres condiciones: (i) ser ordinarias; (ii) haberse concertado en condiciones estándar para los clientes; (iii) ser de escasa relevancia económica (característica que, dada la dicción legal, se entenderá concurrente *siempre y únicamente* cuando la información sobre ellas no resulte necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad).

En términos generales la *ratio* de la excepción parece clara: se trata de identificar supuestos en los que, por las propias condiciones de la transacción, el conflicto no comporta riesgos efectivos para la sociedad. Si la operación es ordinaria y se hace en condiciones estandarizadas, previstas para la generalidad de los casos, entonces el hecho de que exista una contraposición de intereses resulta irrelevante, porque en ningún caso el administrador podrá hacer prevalecer sus intereses a expensas de los de la compañía (el contenido contractual se encuentra perfectamente predeterminado). Se puede decir que el conflicto, si llegara a existir, queda neutralizado. Del mismo modo, tampoco resulta necesario prohibir las operaciones de reducida importancia económica (regla *de minimis*) porque la eventual supeditación de los intereses de la sociedad a los del administrador apenas tendría, en tal caso, repercusión patrimonial real. Sucede, con todo, que la Ley no se contenta con la reducida importancia económica de la operación o con su carácter ordinario o con su realización en condiciones corrientes sino que exige, al menos en su letra, que concurren conjuntamente todos los requisitos mencionados para que la excepción entre en juego.

### 2.2. *Ámbito subjetivo de la prohibición*

En cuanto a su estructura subjetiva, debe tenerse en cuenta que la prohibición

abarca un conjunto muy variado de hipótesis cuyo denominador común es que el administrador realiza transacciones (celebra negocios jurídicos) con la sociedad (lo que incluye, por supuesto, los casos en los que un tercero actúa en su nombre y, probablemente, también aquellos en los que el administrador actúa mediante persona interpuesta).

Desde luego, la prohibición comprende los supuestos que podemos denominar como de “autocontratación” en sentido amplio (comprensivos, por consiguiente, tanto de los casos de “auto entrada” en sentido estricto —el administrador al mismo tiempo actúa como representante de la compañía y en su propio nombre— como de los de “aplicación” —el administrador representa también al tercero que contrata con la compañía—). Ahora bien, seguramente estos supuestos puedan quedar cubiertos por el apartado (a) del artículo 228 de la LSC, que impide al administrador ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

Pero también se refiere la prohibición, y quizás de manera principal, a aquellas situaciones en las que el administrador contrata con la sociedad (directamente o mediante persona interpuesta) sin intervenir él mismo como representante de ésta (aquí el problema, como es obvio, se centra en la capacidad de influencia que tiene el administrador en el proceso de toma de decisiones en el seno de la compañía).

Debe advertirse que el conflicto aparece también (y debe ser evitado) aun cuando el administrador realice las transacciones con la sociedad en interés ajeno y no propio (con independencia de que lo haga también en nombre ajeno). En estas circunstancias, en efecto, colisionan los intereses de “dos principales” y surge el riesgo de que los de la sociedad administrada queden postergados. En este sentido el artículo 229 de la LSC dispone expresamente que la prohibición de la que tratamos entrará en juego cuando el beneficiario de los actos en cuestión (parece que por beneficiario habrá que entender el destinatario material de los efectos de

la transacción efectuada) sea una persona vinculada al administrador (considerándose como tales las mencionadas en el artículo 231 de la LSC, que no ha sido modificado por la Ley 31/2014). La norma explicita, así, un caso en el que se presume que el administrador tenderá a atender a los intereses de esa persona vinculada (que la Ley considera como propios del administrador) por encima de los de la sociedad y, por tanto, que existirá igualmente un conflicto de intereses.

Ahora bien, esta regla (en cuanto conectada con el artículo 229.1.a de la LSC) sólo tiene sentido en la medida en que el administrador es quien efectivamente lleve a cabo la transacción con la sociedad. En otras palabras: es perfectamente posible que se produzca un conflicto de intereses cuando la sociedad contrata directamente con un tercero con el que el administrador se encuentra vinculado y con el que comparte intereses (por ejemplo, una compañía en cuyo capital participe mayoritariamente o una persona con la que mantenga determinadas relaciones de parentesco). Pero en la medida en que el administrador no haya realizado transacción alguna con la compañía no habrá específicamente violación del artículo 229.1.a de la LSC. Cuestión distinta es que su deber de lealtad le impida participar en la deliberación y votación de los acuerdos o decisiones correspondientes a tal operación y que deba comunicar la existencia del conflicto de intereses (conflicto que no será propiamente de la persona vinculada —que no se encuentra obligada a salvaguardar el interés de la compañía— sino del mismo administrador en cuanto la Ley presume que hace suyos los intereses de la persona con la que le unen ciertos vínculos).

### 2.3. *La dispensa de la prohibición*

La Ley considera imperativa la disciplina del deber de lealtad y de la responsabilidad por su infracción (artículo 230.1 de la LSC). No serían válidas, por tanto, las disposiciones estatutarias que pretendieran apartarse del régimen legal (claramente, al menos, en la medida en que tiendan a suavizarlo o a aligerarlo; no se ve, en cambio, la razón de impedir una ampliación estatutaria

del ámbito del deber de lealtad o un endurecimiento de la regulación de la responsabilidad).

Lo dicho no resulta incompatible, sin embargo, con la posibilidad de que se autoricen, caso por caso, actuaciones en principio prohibidas. Así sucede en nuestro sistema legal. En efecto, en los términos que veremos seguidamente cabe afirmar que las prohibiciones contempladas en el artículo 229.1 de la LSC son meramente *relativas* (en cuanto opuestas a *absolutas*). En relación con la específica cuestión de las transacciones realizadas con la sociedad ello significa que es posible que la sociedad (sujeto cuyos intereses se ven amenazados en la situación de conflicto) autorice al administrador la realización de una *determinada transacción* con ella misma (artículo 230.2 de la LSC). Es decir: cabe que la sociedad asuma la existencia del riesgo que la norma prohibitiva trata de conjurar y autorice que el administrador contrate aun existiendo tal situación de conflicto potencialmente peligrosa. A fin de cuentas son intereses patrimoniales (y por tanto disponibles) los que están en juego. Y no es inconcebible que la realización de una transacción vinculada resulte positiva para la sociedad, en cuyo caso la autorización adquiriría todo su sentido. Lo determinante en este asunto será perfilar un procedimiento de autorización que asegure que la decisión se adopta, precisamente, sin que se reproduzca el conflicto de intereses sobre el que se resuelve.

En relación con el régimen jurídico positivo de esta posibilidad de dispensa cabe formular las siguientes observaciones:

- a) Literalmente la Ley prevé que se autorice la realización por parte de una *persona vinculada* de una transacción con la sociedad. 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 que pese sobre el administrador, en ese caso, el deber de abstención ex artículo 228.c de la LSC).

Habrá que entender, por ello, que la Ley pretende referirse, más bien, al supuesto de que se autorice que el administrador actúe en beneficio de una persona vinculada. Cuestión distinta es que el administrador, en cumplimiento de sus deberes de lealtad, comunique a la sociedad —en cuanto conozca que la transacción se va a realizar— la existencia de un conflicto de intereses por ser una persona vinculada con él quien contrata con la compañía.

- b) La dispensa (que ha de ser expresa —no caben autorizaciones implícitas o tácitas—) ha de referirse a “casos singulares”. Es decir, no es posible autorizar a los administradores, con carácter general, a realizar transacciones con la compañía (ni a usar activos sociales, ni a aprovechar oportunidades de negocio, ni a obtener ventajas o remuneraciones de terceros). La autorización ha de ceñirse, como establece la Ley, a “una *determinada transacción con la sociedad*” (en cambio, la dispensa de la obligación de no competir, en razón del carácter permanente del conflicto, puede tener carácter general).
- c) La Ley trata de garantizar que la dispensa se acuerde por instancias *independientes*. Esto sucederá en principio, por la propia composición del órgano, cuando la autorización se conceda por la junta general. Lo que ha de suceder necesariamente (competencia exclusiva) cuando el valor de la transacción en cuestión sea superior al 10 por 100 de los activos sociales (en las sociedades de responsabilidad limitada la junta será igualmente el único órgano competente para otorgar la autorización cuando ésta se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera o al establecimiento con la compañía de una relación de servicios o de obra: cfr. artículos 162 y 220 de la LSC).

En todo caso, debe observarse que el administrador en conflicto no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones en la junta cuando

se delibere sobre la dispensa (artículo 190.1.e de la LSC). Y que el acuerdo de autorización podrá ser impugnado si lesiona el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (artículo 204.1 de la LSC).

- d) Al margen de los supuestos que se acaban de mencionar *supra sub c*), la autorización *también* podrá ser otorgada por el órgano de administración (nótese que si éste es un consejo la competencia se considera indelegable: artículo 249bis.c de la LSC). Pero sólo cuando (artículo 230.2.III de la LSC): (i) quede garantizada la independencia de los miembros que deciden la dispensa respecto del administrador que se beneficia de ella (no se trata sólo de que los administradores que voten —y las personas con ellos vinculadas— sean ajenos al conflicto, sino de que decidan teniendo en cuenta el interés de la compañía como si la transacción se realizara con un tercero y no con otro miembro del órgano); (ii) quede asegurado que la operación resulta inocua para el patrimonio social o, alternativamente, que se lleve a cabo en condiciones de mercado (*fair price*); y (iii) se garantice la transparencia del proceso. En relación con la regla del tercer párrafo del artículo 230.2 de la LSC, debe observarse que en el texto preparado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo las exigencias de “inocuidad” y “transparencia” se referían también al caso de que la autorización fuera concedida por la junta; en el texto legal, en cambio, la sistemática parece conducir a entender que sólo se requieren si la autorización la acuerda el órgano de administración.

El requisito de la independencia supone, por supuesto, que el administrador en conflicto debe abstenerse de participar en la correspondiente decisión. Lo cual excluye radicalmente que la autorización pueda concederse por el administrador único, parece impedirlo en el caso de administración mancomunada y no despeja las dudas en caso de existencia de administradores solidarios. Tratándose de un consejo, si resultara

imposible adoptar acuerdos por los consejeros no afectados por el deber de abstención, habría de decidir la junta. El requisito de que la transacción sea inocua impone que sus términos no sean lesivos para la sociedad, lo que quedará asegurado si se realiza en las mismas condiciones en que se hubiera realizado con un tercero que no fuera administrador o persona vinculada con él (condiciones de mercado). La transparencia significa que los administradores afectados han de informar al órgano encargado de autorizar, de manera completa y veraz, acerca de los pormenores de la operación a realizar.

Para “garantizar” o “asegurar”, como exige el tercer párrafo del artículo 230.2 de la LSC, que la dispensa se acuerda con independencia y transparencia y que la operación autorizada no causa daños al patrimonio social (esto es, que sus términos son equitativos y de mercado) puede ser útil establecer en los estatutos o en el reglamento del consejo un procedimiento al efecto en el que se prevean medidas tendentes a procurar que tales exigencias se respetan (en línea, por ejemplo, con el CUBG: recomendación 8ª.c). En todo caso, la falta de concurrencia de los requisitos mencionados en cuanto a la independencia, equidad y transparencia constituirá motivo de impugnación del correspondiente acuerdo del consejo.

- e) Como se ha indicado, el órgano de que se trate debe adoptar la decisión contando con suficiente información sobre el asunto. De hecho el artículo 229.3 de la LSC dispone que, en todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores (o, en su caso, al consejo o, tratándose de un administrador único, a la junta) cualquier situación de conflicto que pudiera existir entre sus intereses (o los de las personas con ellos vinculadas) y el interés de la sociedad. A lo cual se añade, como una obligación de transparencia, que se informe en la memoria sobre las situaciones de conflicto en que incurran los administradores.

- f) De acuerdo con la regla general, la autorización o ratificación por la junta de un acto lesivo no exonerará de responsabilidad a los administradores (artículo 236.2 de la LSC). Si esta regla fuera de aplicación en nuestro caso habría que concluir que la dispensa concedida al administrador para realizar transacciones con la sociedad no le exoneraría de la responsabilidad por los daños causados, ni siquiera cuando proviniera de la junta. Ahora bien, la específica y detallada regulación legal de la dispensa de las prohibiciones contenidas en el artículo 229.1 de la LSC apuntaría en una dirección diferente. En efecto, la autorización prevista en el artículo 230.2 de la LSC se acompaña de un conjunto de garantías y condiciones que la hacen probablemente merecedora de una especial consideración desde el punto de vista de sus efectos exoneratorios. En este sentido podría argumentarse que si el administrador comunicó la situación de conflicto en la que podría encontrarse si llegara a realizar determinada transacción, proporcionó la información precisa y solicitó la correspondiente autorización de la compañía, habría cumplido con las obligaciones derivadas de su deber de lealtad. De modo que no podría exigírsele responsabilidad por infracción de este deber una vez dispensada la prohibición mediante un válido acuerdo social (de junta o de consejo, según sea el caso). En otros términos: la dispensa regulada en el artículo 230.2 de la LSC constituiría un acto especial de autorización, al que no cabría aplicar el artículo 236.2 de la LSC (que, por lo demás, sólo se refiere a acuerdos de la junta, y no a acuerdos del consejo). Cuestión distinta es que la ratificación por la junta del acuerdo de dispensa tomado por el consejo no exonere a los administradores de la responsabilidad derivada de la adopción de este último (en la medida en que su actuación no esté cubierta por la regla de protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226 de la LSC).

En lo que respecta a la restitución del enriquecimiento indebido (*infra*, 3.b) habría que entender que la autorización

válidamente otorgada comporta la renuncia por parte de la sociedad a ejercitar tal acción.

### 3. Consecuencias de la infracción del deber de lealtad

Sin perjuicio de la posibilidad de impugnar los acuerdos de la junta o del consejo que dispensen al administrador de la prohibición de realizar transacciones con la sociedad (normalmente por lesionar el interés social, lo que incluye los acuerdos impuestos por la mayoría en detrimento injustificado de la minoría), cabe destacar las siguientes consecuencias de una eventual infracción del deber de lealtad:

- a) En el terreno *indemnizatorio*. De conformidad con el artículo 236.1 de la LSC los administradores responderán de los daños que causen por actos u omisiones realizados incumpliendo su deber de lealtad. Debe observarse que puede haber casos en los que la infracción del deber de lealtad no cause ningún daño a la sociedad (piénsese, por ejemplo, en que se obtengan ventajas o remuneraciones de terceros: artículo 229.1.e de la LSC). En el supuesto que analizamos resulta posible que la transacción no autorizada realizada en violación del deber de lealtad no genere daños (si el administrador, a pesar del conflicto de intereses, no antepuso sus intereses a los de la compañía). Obviamente, si no hay daños, no procederá exigir responsabilidades, por mucho que se haya infringido el deber de lealtad.
- b) En el terreno *restitutorio*. Según dispone el artículo 227.2 de la LSC, la infracción del deber de lealtad hará nacer, junto a la obligación de indemnizar el eventual daño causado al patrimonio social, también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador. De esta forma la sociedad puede exigir del administrador desleal las cantidades que éste haya obtenido merced a su conducta desleal y que, de acuerdo con las reglas generales en materia de gestión de intereses ajenos, deberían corresponder a la sociedad. Esta acción es independiente de la de responsabilidad: hay hipótesis en las que no se habrán producido daños pero será exigible la restitución

de los beneficios obtenidos (como las apuntadas más arriba) y, viceversa, hay supuestos en los que procede reclamar una indemnización pero no hay enriquecimiento ni, en consecuencia, nada que devolver (por ejemplo si, con consecuencias lesivas, el administrador difunde sin recibir a cambio ninguna ventaja información sobre la que debería guardar secreto).

Debe recordarse que la acción de devolución del enriquecimiento tiene presupuestos diferentes a la acción de responsabilidad indemnizatoria. Muy señaladamente, no hace falta probar el daño. Por eso, el reconocimiento del derecho a obtener la restitución de los beneficios obtenidos por el administrador desleal se muestra especialmente útil para superar las dificultades de prueba del lucro cesante (piénsese en el caso del uso de activos sociales con fines

privados o en el de aprovechamiento de las oportunidades de negocio de la sociedad) o, en general, cuando sea difícil demostrar la existencia de cualquier daño (obtención de ventajas de terceros o invocación de la condición de administrador).

- c) En el terreno *impugnatorio*. Los actos realizados por el administrador en violación de su deber de lealtad pueden ser objeto de acciones tendentes a que se declare su ineficacia (*vid.* artículo 236 de la LSC). Ello abre la puerta al ejercicio de acciones de nulidad de los negocios realizados contraviniendo las obligaciones derivadas del deber de lealtad, que se pueden basar en la ilicitud de la causa (lo que ya se había reconocido en ocasiones: SSTS de 30 de octubre de 1982 [RJ 1982/5579], 16 de abril de 1986 [RJ 1986/1854], 8 de abril de 2013 [RJ 2013/4597] y 23 de septiembre de 2014 [RJ 2014/5044]).