

FERNANDO EDUARDO MIRANDA MENDOZA, Ph.D.

ESTUDIOS SOBRE  
**GOBIERNO  
CORPORATIVO**

Conflicto de interés concurrencial:  
Prohibición de competencia

COLECCIONES DE DERECHO CORPORATIVO (TESS DOCTORAL)

CAPÍTULO I

---

**CUESTIONES PREVIAS Y ELEMENTOS  
INTRODUCTORIOS A LA DOCTRINA  
DEL CONFLICTO DE INTERÉS  
CONCURRENCIAL**

(PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA)

---

## 1. EL DEBER DE LEALTAD COMO PRINCIPIO REGULADOR DEL CONFLICTO DE INTERÉS

Tradicionalmente la relación fiduciaria entre la sociedad y el administrador está compuesta por dos deberes que se imponen al gestor de sociedades de capital. Estos deberes son: el deber de diligencia y el deber de lealtad. Históricamente estos han sido regulados de manera conjunta e incluso señalados en una misma frase: “la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal<sup>1</sup>”; sin embargo, cada uno tiene un contenido distinto –aunque en última instancia persigan el mismo fin–. Un contenido que se ha ido modificando progresivamente en la legislación, hasta la vigente modificación mediante Ley 31/2014<sup>2</sup>. De este cambio normativo destacamos que en el contenido del deber de diligencia se ha incluido la regla de discrecionalidad empresarial –business judgement rule<sup>3</sup>– y el deber de lealtad ha adquirido mayor precisión en su redacción y contenido, reforzando su imperatividad y los instrumentos que aseguran su obediencia<sup>4</sup>.

- 1 HERNANDO CEBRIÁ, Luis: “Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1”, en HERNANDO CEBRIÁ, Luis (Coord.), *Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital*, Barcelona: Bosch, 2015, pág. 137.
- 2 “Aunque en un primer momento la legislación societaria recogía ambos deberes de manera conjunta (ya la LSA exigía de los administradores la “diligencia de un ordenado empresario y un representante legal”, art. 89) con la ley 17 de julio de 2003 (Ley de Transparencia) se introduce la distinción expresa entre ambos deberes. Más adelante la aprobación del Texto refundido de la LSC unificara el tratamiento de los deberes de lealtad a todas las sociedades de capital. La última reforma de la LSC supone un paso más en el proceso de evolución”. Vid. ARIAS VARONA, Javier: “Régimen General del deber de lealtad de los administradores. Obligaciones básicas y conflictos de interés”, en ARIAS VARONA, Javier y RECLADE CASTELLS, Andrés (Coord.), *Comentario Práctico a la nueva normativa de Gobierno Corporativo Ley 31/2014, de reforma de la Ley de sociedades de capital*, Madrid: Dykinson, 2015. Pág. 85.
- 3 “El precepto parte de la premisa de presunción de diligencia, principio general que preside la actuación de todo administrador. La sociedad posee una personalidad jurídica e independiente de la que aquel que la gestiona, quien debe obrar en interés de aquella y no propio. El diligente administrador no puede prever el resultado de sus actos, aun siendo impecable su actuación. Ello justifica la introducción de las *business judgement rule* en aras a proteger al administrador diligente y no responsabilizarlo de las consecuencias de las decisiones estratégicas y de negocio, siempre que obre con los presupuestos que la propia ley dispone”. Vid. MEMBRADO HERRERA, Inmaculada: “Protección de la discrecionalidad empresarial y deber de lealtad de los administradores”, en JORDÁ GARCÍA, Rafael y NAVARRO MATAMOROS, Linda (Dir.), *Mejora del Gobierno corporativo de sociedades no cotizadas-a propósito de la Ley 31/2014, de 3 diciembre*, Madrid: Dykinson, 2015, pág. 117.
- 4 MEMBRADO HERRERA, Inmaculada: op. cit., págs. 119-120. ARIAS VARONA, Javier: op. cit., págs. 85-86. “Contrapuesto al deber de diligencia, el deber de lealtad atiende más a la distribución de valor que a su generación. Ambos deberes, sin embargo, coinciden en el objetivo último de maximizar el valor para el socio, y una conducta desleal, igual que una negligente, básicamente merece reproche porque al final disminuye ese resultado, porque daña a la sociedad de una forma que se puede cuantificar, y por ese motivo también resarcir”. Vid. CABANAS TREJO, Ricardo: “Artículo 227. Deber de Lealtad”, en PRENDES, Pedro; MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, Alfonso y CABANAS TREJO, Ricardo (Dirs.), *Tratado de sociedades de capital*, Tomo I, Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pág. 1367.

## 1.1. Significado y contenido del principio genérico del deber de lealtad

En principio, el deber de lealtad devino de una naturaleza ética que se relacionó íntimamente con el principio de buena fe. Su objetivo fue el de evitar que el administrador actué primando sus intereses propios sobre el interés colectivo de la sociedad<sup>5</sup>. La importancia del deber de lealtad se ha ido alcanzando mayor preponderancia porque se va constituyendo en la base dogmática y legal de las obligaciones que se imponen al administrador para que pueda ejercer el cargo como un fiel representante, que obra de buena fe, y siempre busque el mejor interés para la sociedad<sup>6</sup>.

El deber de lealtad es un deber independiente, que se impone no solamente al representante leal, sino a cualquier persona que asuma la gestión de administración de la sociedad. El deber de lealtad del administrador se califica como un deber fiduciario, lo cual que se justifica históricamente por la proximidad de la posición del administrador a la del *trustee* (fideicomisario), cuyo régimen legal se impone de igual forma al servicio de los intereses del beneficiario. En ambas circunstancias, el sujeto afectado se encuentra investido de una alta confianza, ventaja –que puede ser peligrosa– y que puede ser usada en beneficio propio en el momento que considere conveniente. El uso de término *trustee* en la doctrina española no debe llevar a pensar que estamos ante una figura distinta. Muy al contrario, está integrada en las normas generales sobre el comportamiento de gestores de intereses ajenos. Ya sea administrador, el mandatario, el titular de un poder amplio, el *trustee* deben abstenerse de perseguir intereses particulares en las gestiones que realicen, valiéndose de su posición<sup>7</sup>.

5 DÍAZ RUIZ, Emilio: “La prohibición de competencia (artículo 230 de la Ley de la Sociedad de Capital), en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, Alfonso (Dir.): *Gobierno Corporativo: La estructura del órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores: adaptado a la Ley 31/2014 de 3 diciembre que modifica la ley de Sociedades de capital para la mejora del Gobierno Corporativo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pág. 439 y ss. MARTÍNEZ-CORTEZ GIMENO, Jesús: “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.º. 65, 2016, págs. 44 y ss.

6 EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: “El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto”, en EMPARANZA SOBEJANO, Alberto (Dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid: Marcial Pons, 2016, pág. 145.

7 JUSTE MENCÍA, Javier: “Artículo 227. Deber de lealtad”, en JUSTE MENCÍA, Javier (Coord.), *Comentarios de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Madrid: Civitas, 2015, págs. 363-364. VELERDAS PERALTA, Ángel: “Órgano de administración (II). Deberes y responsabilidad de los administradores”, en EMBID IRUJO, José Miguel (Dir.), *Introducción al derecho de sociedades de capital, estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*, Madrid: Marcial Pons, 2016, págs. 297-298. Asimismo, la jurisprudencia española ya se había pronunciado sobre los deberes fiduciarios del administrador, claro ejemplo es el fundamento de Derecho segundo de la STS No. 662/2011 (sala civil) de 4 octubre (RJ 2012, 759).

Ahora bien, las relaciones fiduciarias otorgaron a una de las partes –en la que recae el deber de lealtad (*trustee*)– la capacidad para tomar decisiones por cuenta de la otra. Surge aquí una referencia para la que el Prof. Alfaro señala que se usa el término “por cuenta” en el sentido que los efectos de las decisiones recaerán sobre el patrimonio o sobre la esfera jurídica de la otra persona<sup>8</sup>. La autonomía de la persona se transfiere a la del fiduciario, quien deberá actuar de una manera: lealmente, o en la forma que piensa que sea la mejor para el fiduciante; el administrador es un fiduciario, quien avanza y actúa anteponiendo los intereses del otro (principal) al suyo<sup>9</sup>.

El deber de lealtad del administrador se concreta en dos reglas: *no conflict* y *no profit*<sup>10</sup> (no conflicto, no beneficio). La regla de *no conflict* prohíbe al administrador a actuar en tales circunstancias y situaciones que su propio interés y su deber lealtad entren en conflicto<sup>11</sup> y la regla de *no profit* obliga y recuerda al administrador que en ejercicio de su cargo no puede obtener ningún beneficio personal para sí o para personas vinculadas a él<sup>12</sup>.

En este sentido, y de forma más concreta, la regla de no conflicto (*no conflict rule*) obliga al administrador a evitar situaciones objetivamente idóneas para

8 ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Juega por mí: los deberes de lealtad de los administradores”. Consultado el 20 de septiembre de 2017. <http://almacenderecho.org/juega-por-mi-los-deberes-de-lealtad-de-los-administradores/>

9 ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “El interés social y los deberes de lealtad de los administradores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º. 20, 2016, págs. 229-230. Se menciona el ejemplo gráfico del jugador de parchís, que es mencionado por el profesor Alfaro expresamente: “Smith pone un ejemplo muy expresivo (he cambiado el backgammon por el parchís): Alberto y Belinda están jugando al parchís y Belinda recibe una llamada telefónica que se alarga más de lo esperado, de manera que Alberto se impacienta y Belinda le dice: “tira el dado en mi lugar”. Alberto tira el dado y ha de decidir cuál de las fichas de Belinda moverá. Alberto ha de decidir moviendo la ficha que cree que Belinda habría movido si hubiera estado allí, es decir, presumiendo que Belinda quiere jugar y ganar, la que más interese a Belinda. Si mueve otra, no podríamos decir –nos dice Smith– que está poniéndose en el lugar de Belinda. Está abusando de la “autoridad” que le ha dado Belinda para que actúe en su lugar”.

10 “Como en casi todo en esta materia, el *common law* se encuentra más desarrollado que el Derecho continental y procede la «importación» de las categorías elaboradas, fundamentalmente, en el Derecho inglés y el Derecho estadounidense”. Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Juega por mí...”. Consultado el 20 de septiembre de 2017. <http://almacenderecho.org/juega-por-mi-los-deberes-de-lealtad-de-los-administradores/>

11 “Se prohíbe igualmente al administrador que se ponga voluntariamente en situaciones en las que el riesgo de anteponer el interés personal sobre el interés de la sociedad, aumente (*no conflict*)”. Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Juega por mí...”. Consultado el 20 de septiembre de 2017. <http://almacenderecho.org/juega-por-mi-los-deberes-de-lealtad-de-los-administradores/>

12 “La función de la *not profit rule* no es, pues, disuadir al administrador de llevar a cabo la transacción. Es salvaguardar la integridad de la posición del fiduciario o, en otros términos, asegurar la exclusividad de la relación: cuando el administrador actúa en condición de administrador o con ocasión del desempeño de su función como administrador, como está actuando en interés del principal –por cuenta del principal– debe todos los resultados de su actividad al principal. Se explica así la estrecha relación con la doctrina del enriquecimiento injusto”. Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “El interés social...”, pág. 230.

generar conflictos de interés y para el caso de que no pueda evitarlos, le impone actuar con la debida transparencia y obtener la correspondiente autorización o dispensa por la sociedad<sup>13</sup>. Esta regla contiene una función profiláctica (evitar la apropiación de los bienes y riquezas de la sociedad por el administrador –fiduciario–<sup>14</sup>) que salvará las diversas situaciones conflictivas que se puedan presentar, tomando las precauciones debidas para el administrador.

Por su parte, la regla ningún beneficio (*not profit rule*) es un derivado de la regla de no conflicto. Ella obliga al administrador a no verse incurso en una situación de conflicto de interés que le otorgue beneficio directo o indirecto. La regla no se circunscribe a las ventajas patrimoniales ilícitas (V. gr. dadas, sobornos) que buscan la obtención de un resultado, sino que también se extiende a cualquier retribución indebida que beneficie al administrador<sup>15</sup> (fuera de su remuneración). Esta regla recuerda y guía al administrador a conducirse en el mejor interés de la sociedad, por tanto, todo el producto de su actividad pertenecerá a la sociedad<sup>16</sup>.

13 PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: “La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas”, *InDret*, Vol. 1, 2014. Consultado 15 de agosto 2017. <http://www.indret.com/pdf/1037.pdf>

14 “Se justifica como un precaución frente al riesgo de que una persona sufra influencia competitiva (derivada de sus intereses propios o de sus deberes frente a terceros) en la toma de decisiones sujetas a un deber de protección de intereses ajenos”. Vid. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: “La anomalía de la retribución...”. Consultado 15 de agosto 2017. <http://www.indret.com/pdf/1037.pdf> y en ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “La función profiláctica de la prohibición para los administradores sociales de actuar en conflicto de interés”. Consultado 20 agosto 2017. <http://almacenederecho.org/la-funcion-profilactica-las-normas-prohiben-actuar-los-administradores-sociales-cuando-sufren-conflicto-interes/>

15 “Se explica así la estrecha relación con la doctrina del enriquecimiento injusto. El administrador se enriquece injustamente si obtiene un beneficio de esa relación fuera de su remuneración. Smith lo formula diciendo que la *no profit* resuelve un problema de “atribución”. La atribución primaria de los beneficios obtenidos por el administrador corresponde al principal –al beneficiario–. Así, por ejemplo, cuando el administrador de una sociedad vende algún activo de ésta a un tercero y el tercero queda “tan contento” con la transacción que le paga una “comisión”, esa comisión pertenece a la sociedad y puede exigir su restitución al administrador (v., art. 1720 CC)”. Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Juega por mí...”. Consultado el 20 de septiembre de 2017. <http://almacenederecho.org/juega-por-mi-los-deberes-de-lealtad-de-los-administradores/>

16 “En fin, la *no profit rule* se aplica también a los casos en los que el administrador ha terminado su relación con el principal pero se aprovecha de una ventaja de un tercero que debería haber transferido al principal”. Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Juega por mí...”. Consultado el 20 de septiembre de 2017. <http://almacenederecho.org/juega-por-mi-los-deberes-de-lealtad-de-los-administradores/>. “El peligro que se trata de paliar con la regla –ningún beneficio– y, en definitiva, con la prohibición de las retribuciones externas es justamente el peligro del agradecimiento, que puede materializarse en faltas conscientes o deliberadas, pero sobre todo –y aquí está el mayor riesgo– en faltas inconscientes de independencia o imparcialidad”. Vid. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: “La anomalía de la retribución...”. Consultado 15 de agosto 2017. <http://www.indret.com/pdf/1037.pdf>

“En la obra que ahora se presenta, el autor desgana con habilidad jurídica todas estas cuestiones, ofreciendo al lector una revisión jurisprudencial y doctrinal del tema que, acompañada de su análisis jurídico permite una completa y adecuada revisión de la materia. No en vano, el libro presentado es el resultado de muchos años de estudio y reflexión que concluyeron con la defensa de la tesis doctoral, el 22 de diciembre de 2017, bajo mi dirección y que con el título “Conflicto de interés concurrencial en los administradores de sociedades de capital” obtuvo la calificación de Sobresaliente cum Laude por el Tribunal compuesto por los Profs. Doctores D. Rafael Lara González, D<sup>a</sup> Mercedes Curto Polo y D. Alberto de Miguel Hidalgo”.

Dr. Prof. Alfredo Avila de la Torre  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Salamanca

“la presente obra servirá para que los abogados estudiosos e investigadores como así también estudiantes de Derecho, tengan a mano un compendio con mucho contenido doctrinal que represente un instrumento útil para realizar sugerencias en cuanto a adoptar en la legislación comercial boliviana y de manera precisa y detallada los conceptos y orientaciones que el libro contiene”.

Dr. Ramiro Moreno Baldivieso  
Presidente  
Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia

“Actualmente, un tema importante en el derecho societario es el vinculado al conflicto de intereses, donde la legislación sobre la materia tiene como propósito hacer prevalecer el interés de la sociedad”.

Mgs. Oscar Heredia Vargas  
Rector  
Universidad Mayor de San Andrés

“El autor nos plantea un tema novedoso de estudio, cuya importancia radica en el área del Derecho de Sociedades y en los deberes fiduciarios del director o administrador de sociedades de capital, justificando así, la debida aplicación del conflicto de interés concurrencial; que posteriormente nos llevará a su análisis, reflexión y comparación”.

Dr. Javier Tapia Gutiérrez  
Decano Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad Mayor de San Andrés

“El autor nos brinda un estudio valioso para el empresariado y para los directores de sociedades comerciales, en el mismo hecho que nos otorga información y elementos fundamentales sobre el conflicto de interés concurrencial en materia y sede del Derecho de Sociedades”.

Ing. Mario Paredes Vargas  
Presidente  
Cámara Nacional de Comercio de Bolivia

