

LOS DEBERES DERIVADOS DE LA BUENA FE COMO LÍMITE AL PODER DE DIRECCIÓN DEL CABEZA DE RED



VNIVERSITAT
ID VALÈNCIA

Facultad de Dret

Tesis Doctoral presentada por:

Carlos Gómez Asensio

Dirigida por:

Prof. Dr. Juan Ignacio Ruiz Peris

**Programa de Doctorado: Derecho Mercantil y de
los Negocios**

Valencia, diciembre 2013

*Para Amalia,
fundamento de mi vida,
compañera, amiga y pareja incondicional.
Tú has hecho posible desde la primera,
hasta la última letra de este trabajo.*

ÍNDICE

| | <u>Página</u> |
|-------------------|---------------|
| Introducción..... | 15 |
| Metodología..... | 21 |
| Abstract..... | 25 |

CAPÍTULO I

LA RED EMPRESARIAL COMO REALIDAD ECONÓMICA Y JURÍDICA

| | |
|---|----|
| I. Las redes empresariales (business networks) en el mercado actual: Perspectiva económica..... | 39 |
| I.1 Mercado, jerarquía y nuevas tendencias en la organización empresarial..... | 39 |
| A) Factores de cambio en la organización empresarial..... | 44 |
| a) Cambios en la organización empresarial interna. La desverticalización empresarial..... | 44 |
| b) Cambios en las relaciones externas de las empresas. La convergencia empresarial..... | 53 |
| I.2 La emergencia de la red empresarial..... | 64 |

| | |
|--|-----|
| A) Interdependencia de las prestaciones empresariales..... | 65 |
| B) Relaciones duraderas, estables y basadas en la confianza..... | 69 |
| C) Transmisión de <i>Know-how</i> | 74 |
| I.3 Noción económica de red empresarial..... | 79 |
| II. Las redes empresariales desde la perspectiva jurídica: definición y caracteres..... | 82 |
| II.1 El concepto jurídico de red empresarial..... | 82 |
| II.2 Caracteres de las redes empresariales..... | 89 |
| A) Carácter estable y duradero de la red..... | 89 |
| B) Autonomía empresarial y multiplicidad de relaciones y formas de las mismas..... | 95 |
| a) Delimitación de la red frente al grupo societario..... | 98 |
| b) Tipología de las redes empresariales: Redes hegemónicas y redes paritarias..... | 104 |
| c) Grado de formalización de las relaciones entre los miembros de la red..... | 110 |
| C) Coexistencia de intereses contradictorios..... | 111 |
| D) Interdependencia..... | 115 |
| E) Propiedad industrial compartida..... | 125 |
| F) Carácter de <i>intuitu</i> de las relaciones entre los miembros de la red y transmisión de información..... | 127 |

| | |
|---|-----|
| G) Existencia de especiales deberes de conducta para las partes..... | 132 |
| III. La positivización del concepto de red empresarial..... | 134 |
| III.1 El contrato de red italiano..... | 134 |
| III.2 EL concepto español de red empresarial..... | 139 |
| A) El concepto de red en la Ley de Auditoria..... | 139 |
| B) El concepto de red en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución..... | 143 |
| C) Las redes empresariales ante la Propuesta de Código Mercantil..... | 146 |

CAPÍTULO II

UNA GOVERNANCE ESPECÍFICA PARA LAS REDES EMPRESARIALES

| | |
|---|-----|
| I. Necesidades específicas de una <i>governance</i> para las redes empresariales..... | 149 |
| I.1 La delimitación de la autoridad y poder en las redes empresariales..... | 150 |
| A) Caracteres de la red hegemónica..... | 155 |
| B) Caracteres de la red paritaria..... | 160 |
| I.2 Autonomía e interdependencia..... | 165 |
| A) Retos específicos para las redes hegemónicas..... | 168 |

| | |
|--|-----|
| B) Retos específicos para las redes paritarias..... | 170 |
| I.3 Carácter duradero y heterogeneidad de las relaciones entre los miembros de la red..... | 172 |
| A) Carácter duradero..... | 172 |
| B) El componente relacional..... | 177 |
| I.4 Recapitulación y punto de partida..... | 180 |
| II. Adecuación de los instrumentos de organización existentes a la configuración y necesidades propias de las redes empresariales..... | 182 |
| II.1 Modelos de organización..... | 182 |
| II.2 Corporate Governance..... | 184 |
| A) Dimensión Interna..... | 185 |
| B) Dimensión Externa..... | 188 |
| II.3 Los códigos de conducta como instrumento de Governance..... | 194 |
| A) Códigos de conducta corporativos..... | 201 |
| B) Códigos de conducta de ámbito contractual..... | 209 |
| II.5 Instrumentos de organización económica de carácter contractual..... | 220 |
| A) Deberes mutuos de control de la actividad..... | 222 |
| B) Uso de condiciones en la ejecución del contrato..... | 228 |
| C) Cláusulas de exclusividad y pactos de no competencia..... | 233 |
| D) Cláusulas de asignación de responsabilidad e indemnizaciones..... | 239 |
| E) Cláusulas que regulan el régimen de terminación contractual y deberes post-contractuales..... | 243 |
| III. Hacia una governance de las redes empresariales..... | 250 |

CAPÍTULO III

LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE CONDUCTA: SU APLICACIÓN A LAS REDES EMPRESARIALES

| | |
|---|-----|
| I. Los principios generales del Derecho y su influencia en el Derecho Privado..... | 257 |
| I.1 Caracterización..... | 257 |
| I.2 Los Principios Generales del Derecho en el ordenamiento jurídico español..... | 264 |
| II. Principios generales y deberes de conducta en las relaciones de gestión: La representación voluntaria y la representación orgánica..... | 269 |
| II.1 La representación como relación de gestión..... | 272 |
| II.2 Los deberes de conducta en la representación voluntaria..... | 275 |
| II.3 La gestión orgánica: los deberes fiduciarios de los administradores sociales..... | 284 |
| A) El deber de diligente administración..... | 299 |
| B) El deber de lealtad..... | 310 |
| III. Los deberes de conducta en las redes empresariales..... | 319 |
| III.1 Fundamento de los deberes de conducta en la red empresarial..... | 322 |
| III.2 El carácter fiduciario de los deberes de conducta de los miembros de la red..... | 333 |
| III. 3 Los deberes fiduciarios del cabeza de red..... | 341 |

CAPÍTULO IV

EL DEBER DE BUENA FE EN LAS REDES EMPRESARIALES: INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y REDACCIÓN DEL CONTRATO

| | |
|--|-----|
| I. El principio de actuación conforme a las exigencias de la buena fe..... | 345 |
| I.1 Noción, concepciones y funciones de la buena fe..... | 348 |
| I.2 La cláusula general de comportamiento conforme a las exigencias de la buena fe del art. 7 del Código Civil..... | 369 |
| I.3 La buena fe integradora del contrato del art. 1258 del Código Civil..... | 379 |
| I.4 La buena fe en el ámbito mercantil..... | 387 |
| A) El art. 57 del Código de Comercio..... | 387 |
| B) La buena fe del art.4 de la Ley de Competencia Desleal..... | 390 |
| II. Contextualización de la buena fe en las redes empresariales..... | 395 |
| III. El deber de información precontractual en las redes empresariales..... | 399 |
| III.1 El deber de información precontractual..... | 399 |
| III.2 El deber de información precontractual en las redes: límite al libre ejercicio del derecho de control del acceso a la red por parte del cabeza de red..... | 414 |

| | |
|--|-----|
| A) Fundamento de un deber general de información precontractual en las redes empresariales..... | 414 |
| B) Contenido de la información precontractual..... | 427 |
| C) Los aspectos formales del cumplimiento del deber de información precontractual, como manifestación del deber de diligencia del cabeza de red..... | 445 |
| D) Recapitulación: el deber de información precontractual como límite para el cabeza de red..... | 452 |
| IV. El Principio de buena fe como límite como límite a la libertad de pactos..... | 453 |
| IV.1 Buena fe y cláusulas abusivas en las redes empresariales..... | 456 |
| IV.2 El deber de lealtad como límite a la libre determinación del contenido contractual por el cabeza de red..... | 470 |

CAPÍTULO V

EL DEBER DE BUENA FE EN LAS REDES EMPRESARIALES: LÍMITE A LA LIBERTAD DE ACTUACIÓN DEL CABEZA DE RED

| | |
|--|-----|
| I. Abuso de Derecho, doctrina de los propios actos y enriquecimiento injusto en las redes empresariales..... | 476 |
| I.1 Abuso de Derecho..... | 476 |
| A) Planteamiento doctrinal..... | 476 |
| B) Aplicación a las redes empresariales..... | 479 |
| I.2 Doctrina de los propios actos..... | 488 |
| A) Planteamiento doctrinal..... | 488 |

| | |
|---|-----|
| B) Aplicación a las redes empresariales..... | 493 |
| I.3 El enriquecimiento injusto..... | 497 |
| A) Planteamiento doctrinal..... | 497 |
| B) Aplicación a las redes empresariales..... | 501 |
| I.4 Recapitulación. Delimitación negativa de los deberes de conducta en la red empresarial..... | 505 |
| II. El deber de diligencia de los miembros de la red..... | 506 |
| II.1 Contenido del deber de diligencia de los miembros de la red empresarial..... | 508 |
| II.2 El deber de diligencia como límite al poder de dirección del cabeza de red..... | 512 |
| A) La dirección de la red, fundamento de un deber de diligencia cualificado del cabeza de red..... | 512 |
| B) El deber cualificado de profesionalidad del cabeza de red..... | 515 |
| C) El deber de información como manifestación del cualificado deber de diligencia del cabeza de red..... | 518 |
| D) Deber de vigilancia y deber de investigación como manifestación del cualificado deber de diligencia del cabeza de red..... | 526 |
| III. El deber de transparencia durante el desarrollo del negocio objeto de la red..... | 528 |
| III.1 Fundamento del deber de transparencia en las redes empresariales. El deber de deliberación de las decisiones trascendentales para la red..... | 529 |
| A) El deber de transparencia..... | 529 |
| B) El deber de deliberación conjunta..... | 535 |
| III.2 Ejercicio y contenido del deber de transparencia..... | 536 |

| | |
|---|-----|
| III.3 Ejercicio y contenido del deber de deliberación conjunta..... | 539 |
| IV. El deber de confidencialidad de los miembros de la red... | 547 |
| IV.1 Fundamento..... | 550 |
| IV.2 Contenido del deber de confidencialidad..... | 550 |
| A) El carácter confidencial de la información..... | 557 |
| B) Sujetos del deber de confidencialidad en las redes empresariales..... | 559 |
| C) Contenido del deber de confidencialidad en las redes empresariales..... | 564 |
| D) Alcance del deber de confidencialidad en las redes empresariales: confidencialidad en la fase precontractual y en la fase postcontractual..... | 566 |
| a) Deber de confidencialidad en la fase precontractual..... | 572 |
| b) Deber de confidencialidad en la fase postcontractual..... | 576 |
| Conclusions..... | 583 |
| Jurisprudencia..... | 599 |
| Bibliografía..... | 603 |
| ADENDA I: Resumen..... | 643 |
| ADENDA II: Conclusiones..... | 661 |

INTRODUCCIÓN

Las redes empresariales constituyen una forma de organización empresarial conocida y estudiada desde el ámbito de la economía, las ciencias de la organización empresarial y el management.

Sin embargo, esta forma de organización empresarial no ha despertado el interés de los juristas hasta hace relativamente poco tiempo. La causa de este fenómeno es debido a que, en un principio, los operadores económicos que comenzaron a estructurar su actividad en forma de red empresarial, lo hicieron empleando los instrumentos jurídicos que tenían a su alcance: el contrato y la sociedad fundamentalmente, entendida esta última en su vertiente institucional.

En un principio, el recurso y adaptación de dichas instituciones pareció proporcionar una adecuada cobertura jurídica a las demandas de esta forma de organización empresarial. Sin embargo, y en la medida que la estructura de la red empresarial aumentaba de tamaño y/o perduraba en el tiempo, muy pronto se hizo patente la existencia en esta sede de una problemática propia de las redes empresariales y de no fácil acomodo dentro de los moldes contractual o societario.

Así, por ejemplo, la independencia jurídica de los miembros de la red empresarial impide la aplicación de formas de organización propiamente societarias como podría ser el recurso al grupo de sociedades jerárquico, vertical o por subordinación. Pero es que además, no obstante dicha independencia jurídica, los miembros de la red mantienen entre sí una interdependencia económica – que será mayor o menor dependiendo del tipo de red, de los caracteres del sujeto que se trate y de la posición que ocupe en la misma –, ya sea por compartir el uso de un determinado bien estratégico o un modelo de empresa, de forma que, en todo caso, la red empresarial precisa de un instrumento

de organización de carácter multilateral que no termina de encajar correctamente sobre el molde del contrato bilateral de intercambio clásico.

Estos problemas se manifestaron en primer lugar en alguno de los sectores en los que la red empresarial es la forma de organización económica mayoritaria: la distribución comercial, la producción *just in time* o mediante *outsourcing* e incluso en el sector de la construcción, en lo referente a las redes de contratistas y subcontratistas.

Fue a través del estudio de la problemática jurídica específica de estos sectores cuando, y mediante el empleo del método inductivo, la doctrina jurídica comenzó a tomar consciencia de que, bajo el empleo de lo que parecía un mero conglomerado de instituciones jurídicas clásicas – especialmente contractuales – para intentar dar cobertura legal a una actividad empresarial con unos caracteres propios, se ocultaba, en realidad, una forma de organización económica autónoma, independiente y distinta a los clásicos modelos contractuales o societarios en los que aparecía encorsetada: la red empresarial.

Identificada y reconocida como tal esta realidad económica, surge ahora para el jurista la tarea de señalar cuáles son los instrumentos jurídicos más adecuados, por ser más conformes con el objeto y finalidad económica de la red, para otorgar una adecuada cobertura jurídica y marco de seguridad tanto a los miembros de la misma como a los operadores que se relacionan con ella en el mercado.

Es en este marco de revisión y reconsideración de la forma de juridificación de la realidad económico-organizativa de las redes empresariales, donde se inserta el presente trabajo sobre los deberes fiduciarios derivados de la buena fe como límite al poder de dirección del cabeza de red.

La obra que aquí se presenta es el resultado de una investigación de 3 años sufragada mediante una Beca de Investigación Val i+d de la Generalitat Valenciana, así como de la integración y colaboración de su autor en los proyectos de investigación nacional “Hacia un Derecho para las Redes

Empresariales” del Ministerio de Ciencia e Innovación y autonómico Prometeo “Governance de las Redes Empresariales” de la Generalitat Valenciana, respectivamente. Asimismo, el autor con ocasión de la realización de este trabajo realizó una estancia de investigación en la Università degli Studi di Firenze y otra en el European University Institute, lo que le permitió entrar en contacto con los principales investigadores europeos e internacionales sobre la materia.

La monografía aparece dividida en cinco capítulos a través de los cuales se guía al lector desde los aspectos más básicos y fundamentales del Derecho de redes hasta llegar a la cuestión concreta – y también central – de la *governance* de las redes empresariales y, en especial, de los deberes fiduciarios en cuanto límites a la libertad de actuación de las partes en el ejercicio de sus derechos, como consecuencia de su condición de miembros de una red empresarial.

De esta forma, en el primer capítulo el lector es introducido en la materia de las redes empresariales mediante la explicación del fundamento económico-organizativo de las mismas, así como la noción, caracteres y retos de la red empresarial asumidos por estas disciplinas económicas, para pasar a continuación a exponer estos mismos aspectos desde la perspectiva jurídica apuntada por la doctrina nacional e internacional más puntera.

Presentado adecuadamente el objeto de estudio e identificado sus retos jurídicos, el segundo capítulo se centra en uno de los ámbitos más conflictivos de la red empresarial: la cuestión de su organización interna, el estudio de su *governance*. En este sentido, se expondrán al lector cuáles son los caracteres particulares de las redes empresariales presentan en este ámbito, así como la naturaleza de los instrumentos jurídicos que dichos caracteres precisan, cerrándose el capítulo por un repaso a los instrumentos de *governance* de carácter societario y contractual existentes en la actualidad, señalando su inadecuación al modelo organizativo de la red empresarial.

Partiendo de las conclusiones alcanzadas, en el capítulo tercero se abordará la cuestión de los deberes generales de

conducta como instrumento para la governance de las redes empresariales. En este sentido, el carácter amplio pero con unos límites bien definidos de los deberes fiduciarios propios de los gestores de intereses ajenos y tan estudiados en el ámbito de los administradores societarios, despierta el interés por su aplicación a los miembros de las redes empresariales y, en especial, en el caso de las redes hegemónicas por su imposición al cabeza de red. Es por ello que en este capítulo se fundamenta la consideración como fiduciarios de los miembros de la red y la imposición a los mismos de los deberes fiduciarios – deberes de conducta – como límite a su libertad de actuación en garantía de los intereses de red.

Los capítulos cuarto y quinto están dedicados a la identificación, fundamentación y formulación del contenido de estos deberes, en concreto los que se derivan del Principio General de buena fe, en cuanto principio informador de todo el ordenamiento jurídico y que es reconocido por la mayoría de países y culturas jurídicas.

De esta forma y siguiendo el iter de la relación negocial, en el capítulo cuatro, tras presentar el Principio de buena fe como fuente de deberes de conducta para las partes, se estudian las manifestaciones de este deber en la fase previa al inicio de la ejecución de la relación obligatoria: el deber de información precontractual y la corrección en la redacción de los términos contractuales, cuestiones ambas de especial trascendencia en el ámbito de las redes hegemónicas en las que la posición preponderante del cabeza de red exige una especial tutela de los nuevos miembros de la red, tanto en garantía de ellos mismos, como de la eficacia en la consecución de los intereses de red, evitando una instrumentalización de la misma.

Finalmente, el capítulo quinto dedicado a los deberes de conducta derivados de la buena fe en el ejercicio de los derechos, arranca con un repaso a las doctrinas clásicas que suponen una limitación a la libertad de actuación de las partes, y su aplicación al ámbito de las redes empresariales: abuso de derecho, doctrina de los actos propios y enriquecimiento injusto. Los resultados obtenidos de dicho estudio, junto con la

consideración como fiduciarios de los miembros de la red, sirven como base para la identificación, fundamentación y proposición de un primer contenido para los deberes fiduciarios a los que los miembros de la red y, en especial el cabeza de red en el ámbito de las redes hegemónicas, deben sujetarse en su actuación: deber de diligencia, deber de transparencia, deber de comunicación y deliberación conjunta y deber de confidencialidad.

METODOLOGÍA

La metodología empleada en la redacción de la presente tesis ha sido la tradicionalmente empleada en el ámbito de las ciencias jurídicas: el estudio de las normas existentes y proyectas sobre la materia, tanto en el ámbito nacional como comparado, y tanto *soft*, como *hard law*, incluyendo asimismo referencias a la normativa proveniente de la autorregulación; la consulta de la jurisprudencia y doctrina judicial nacionales como fuente de complementación de la interpretación normativa, así como también jurisprudencia de otros países e incluso de instituciones comunitarias en la medida que así lo ha requerido el trabajo; y, finalmente, como no podía ser de otro modo, la revisión, análisis y estudio del estado de la cuestión en la doctrina científica tanto nacional como internacional.

Debido al fuerte carácter innovador y vanguardista del trabajo que aquí se presenta debe destacarse que no existe una normativa nacional, comparada o internacional que haya podido utilizarse de base para la elaboración del mismo. En este sentido, las diferentes fuentes normativas consultadas han servido de apoyo para el estudio de aspectos y problemas concretos presentes en las redes empresariales, tanto por lo que se refiere a su estructura y organización en general, como a los concretos problemas derivados de su governance.

En este sentido, se han analizado las instituciones presentes en los ámbitos contractual y societario, tanto a nivel nacional como internacional que, por razón de su naturaleza y configuración jurídica, presentan estratos comunes con los retos regulativos planteados por las redes empresariales y, por tanto, han sido tomadas como punto de referencia tanto para la calificación jurídica, como para la propuesta normativa de ciertos aspectos y caracteres intrínsecos a las redes empresariales.

Como consecuencia de lo anterior, la revisión y estudio de la jurisprudencia y doctrina judicial se ha realizado desde el mismo enfoque, si bien, en este caso, ha resultado una fuente de extraordinario valor tanto para la comprensión de la verdadera naturaleza de los problemas jurídicos planteados por las redes empresariales, como para la elaboración de las propuestas normativas sobre la base de los Principios Generales del Derecho subyacentes a otras instituciones jurídicas del Derecho Privado que comparten los mismos fundamentos con ciertos aspectos de la organización y funcionamiento de las redes empresariales.

En este sentido, ha sido especialmente importante el estudio de la elaboración jurisprudencial de las grandes doctrinas tradicionales basadas en Principios Generales del Derecho como el abuso del derecho, la prohibición de enriquecimiento injusto o la doctrina de los propios actos. Pero también, la referencia a instituciones y problemas de más reciente tratamiento y elaboración por la jurisprudencia en el ámbito del Derecho Privado, cuyos sustratos son compartidos por las redes empresariales: el fundamento del deber de información precontractual o el problema del carácter abusivo de las cláusulas en la contratación en los casos en que existe un desequilibrio de poder entre las partes.

Por lo que respecta a la doctrina científica, es claro que la propia materia de las redes empresariales tiene su origen en los pensamientos de diversos autores nacionales e internacionales que, identificando un determinado fenómeno económico-organizativo en un determinado sector de actividad, comprobando su existencia en otros sectores y comenzando a delimitar los elementos identificadores de dicha realidad, han dotado de carta de naturaleza jurídica, al menos en el plano teórico y doctrinal a las redes empresariales.

Partiendo de este hecho y como consecuencia de lo señalado anteriormente acerca de la falta de fuentes normativas o jurisprudenciales directas sobre el tema, es claro que el estudio y seguimiento de los trabajos doctrinales de diversa índole ha constituido el hilo conductor para la confección del presente

trabajo, permitiendo identificar aquellos aspectos merecedores de una atención más destacada y, por tanto, objeto de un intento de formulación normativa.

En este sentido, se ha abordado en primer lugar el repaso a la doctrina económica acerca de las redes empresariales con el objeto de identificar empíricamente cuáles son los elementos organizativos que concurren en las redes empresariales y cuáles son las lógicas económicas de interrelación a la que responden dichos elementos

Comprendido este aspecto, se ha procedido a juridificar dichos elementos y relaciones entre los miembros de la red, tomando en consideración las delimitaciones y elaboraciones ya presentes en la doctrina jurídica, manteniendo y confirmando algunas, a la vez que matizando otras, para obtener una adecuada, completa y en coherencia con el sustrato económico-organizativo al que atienden, completa perspectiva jurídica de las redes empresariales y los principales retos derivados de sus caracteres intrínsecos.

Delimitado adecuadamente el objeto de estudio, se ha procedido a continuación y de la mano de varios estudios académicos sobre el tema, a avanzar sobre los problemas relativos a la governance de las redes empresariales, si bien, afianzando y fundamentando cada progresión sobre los paradigmas anteriores, lo que ha conllevado un doble proceso de revisión/confirmación: tanto de los paradigmas acerca de los caracteres intrínsecos a las redes empresariales, como de los problemas y el enfoque de los mismos señalados por la doctrina científica. Resultado de este proceso de contraste ha sido el refuerzo de los paradigmas-base de la teoría de las redes empresariales y la adaptación y reformulación de las problemáticas señaladas tempranamente por la doctrina al objeto de desarrollarse de manera coherente con los principios subyacentes de los que parten, no siempre bien definidos en su formulación.

Siguiendo este método de doble justificación, se ha progresado en el estudio de la governance de las redes empresariales hasta llegar a la formulación de los deberes

fiduciaros de conducta a los que se encuentran sujetos los miembros de la red en su condición de fiduciarios unos de otros como efecto derivado de la propia naturaleza y caracteres de la red.

La fundamentación y propuesta de contenido de dichos deberes se ha realizado mediante el empleo de la técnica propia de la ciencia jurídica: la argumentación jurídica. De esta forma se han ido proponiendo diversos enunciados normativos y han sido objeto de sometimiento a los argumentos de justificación externa (necesidad, adecuación, proporcionalidad, coherencia y claridad) e interna (argumentación a contrario, a fortiori, ab absurdum, etc.), llegando a la formulación y fundamentación de deberes coherentes tanto con los caracteres de la relación jurídica más amplia en la que se integran – la red empresarial –, como con el conjunto del ordenamiento jurídico y en especial con aquellas instituciones con las que guardan mayores aspectos en común. De hecho, la técnica de construcción/justificación de la redacción de dichos deberes ha sido la adaptación (que no construcción o desarrollo analógico), de deberes de conducta ya previstos en otras sedes del ordenamiento jurídico con las cuales, las redes empresariales comparten sustratos comunes que justifican su adaptación.

Finalmente se ha sometido a una revisión crítica el contenido y desarrollo de todo el trabajo, corrigiendo aquellas trasposiciones, ideas y argumentos que, por no ser coherentes con el conjunto del discurso y su confrontación a las instituciones ya presentes en el ordenamiento jurídico, produjeran desviaciones no deseadas de partes del hilo argumental del presente estudio.

ABSTRACT

In the last years, social structural changes arising from Welfare State generation, as well as the globalization phenomena, had triggered a revolution on the personal communication and organization forms by means of Information and Communication Technologies (ICT). This fact had his own influence in the frame of business management, give rising to changes on enterprise's organization forms both, at internal and external level.

As concerns to the internal organization form, it have to been stressed that, the mayor worker's professional qualification arising from a higher education given by Welfare State, as far as the enhance of interactuation, coordination and supervision capabilities from the use of ICT, had give rise to a new enterprise's work organization: the abandonment of mechanic productive units bundled in the production chain – *fordysm*, *taylorism* – whitout any liability, to the autonomous work teams culture, where each team has to achieve a concret project also included in a higher project or production process.

Vertical desintegration not only implies a different way of task's assignation, but also the declive of hierarchical organization model, leading to a new culture of business management – heterarchy – where power is moved, in some sense, from managers to workers. Thus, managers focus only in the coordination of worker's autonomous team activities, interdependent between then and also bounden by the successful of the entire project, in a racionalism and efficiecy managerial effort.

External organization form is consequence of stressed internal changes. Thereby, the need of competition at global level implies the establishment of intensive long-term collaboration relationships between economic agents, which give rise to a higher integration degree between enterprises with

the aim to take maximum profit of synergies arising from different member's strategic skills. Hence, a higher reciprocal integration degree in which internal coordination and interrelation dynamics are broadcasted, takes place blurring the boundaries of the firm.

As a result, disgregation and convergence process between independent firms lead to changes in enterprise's structuration and relational forms, giving rise to a new different economic reality, business network as economic organization between ideal models of market and hierarchy, whose characters, from an economic perspective, can be bundled in three main concepts: business feature's interdependence; trust and long-term character of entrepreneurs relationships; and finally, generation and broadcast of industrial knowledge and know-how.

Business network implies then the emergence of a new organizative model whose legal regulation is not efficient from the perspective of traditional law institutions. Besides, these institutions are not capable to offer an adequate answer to specificities required by business networks. As consequence, business network has been qualified how economic reality between market and hierarchy and, from a legal point of view, as a hybrid between contractual and institutional organizative models.

According to that, instead of try to explain and submit business networks inside one of the possible legal institutions used for their legal instrumentation, the study of business networks as a new economic reality with own substantivity is needed to analyse properly their characters and, later on, study existing legal institutions adequacy to the formers, and also their capability to give an efficient answer to needs and challenges raised for business networks.

From a juridical point of view business networks are defined as: "a set of legal and economical independent entrepreneurs but linked juridically – by means of collaborative long-term contracts, multilateral contracts, consortial, grupal or institutional structures – and economically – as consequence of its interdependence arising from its collaborative relationship –,

that underpin a multiple, stable, relational structure which main characteristics are interdependency, stability or long-term character of network, company autonomy and unlimited accountability of its members in the sense that, each one, company or person, is unlimited liable of his own economic activity.

Other own characteristics of networks implies to share exploitation, although not necessarily the direct or indirect ownership, of enterprise's immaterial goods – trademark, technician or commercial know-how, goodwill, clients –; the allocation of I+D+I, productive, distributive or after sales functions; the existence of relationships between network's members independently its written foresee or not; and are based on trust relationships between their members” RUIZ PERIS.

A further detailed analysis of this definition lets us highlight some features and challenges derived from business networks own characters.

Thus, as concerns to stable and long-term character of network, with the aim to give an efficient tool for market conditions changes, is needed to establish revision, modification, management and coordination mechanisms of network's members relationships. In the case of a contractual network, this give rise to challenges from drafting, integration, modification and extinction of contracts.

As refers to member's business autonomy, this is the main network's feature, which enables to distinguish it from company groups, especially subordination company groups. At the same time, freedom of network's configuration lets us to talk about two ideal types of networks: the hegemonic network – where a superiority organization or strategic situation exists on the network's head, who exercises his own influence on the network organization or activity, although he doesn't exercise an effective control on the independent members –, and the parietic network, where a predominant company doesn't exist and network's members, very often entrepreneurs inside the same activity sector and production chain, even though maintaining interdependence relationships, are in a more equity layer,

whereby they could be collaborators for network's activity but competitors in other activities.

Coexistence of contradictory interests in the network is a unique and own feature of business networks because member's relationships diversity between them is the cause of parallel and divergent interests coexistence, both in a dialectical relationship and absolutely legitimal, which can be framed inside two big categories: share and parallel all member's interest in network value creation, namely, interest on its efficiency and exit, and on the other hand, each member's divergent interest in the attribution of created value with exclusion of other members.

The interdependence between the business performances of the network members implies that the result of an individual activity both, depends and conditions the result of other enterprises included in the network. This makes it necessary to foresee different ways of coordination and supervision in the execution of the activity by the network members in order to guarantee and strengthen the efficiency of the whole network as well as to guarantee the achievement of shared interest, while strengthening the links between the parties and raising network exit-costs.

As concerns to *intuitu* character of network's members relationships, information broadcast and intellectual property rights sharing, member's feature integretation, information transmission and supervision inside the network give to the relational sphere a highlight role, enhancing trust as a key element to network functioning, hence, characterizing member's relationships as *uberrima fides*. This trust environment incentives information transmission – even in case of difficult to draw in a material support –, improving synergies between its members and promoting stability between members relationships. Nonetheless it will be necessary to coordinate existing disfunctions between legal protection regime of these rights and the effects extension of actions between network's members.

Once identified and analysed most important characters of the economic-organizational reality which constitutes the object of

our study, it is time to abord its governance – frame where duties derivated from good faith are included –, considering firstly, if it presents a specific requirements respect to company or contractual governance forms and, secondly, if the tools used in this frame could be also applicable to business networks.

Abording the first question, appropriate governance of business networks requires prior identification of where and on what the power of business networks is based. Our point of departure is different from other corporations as it is not enough for the directors of the network to have a power with obligation basis (legal or contractual), but they want this power to be exercised by authority (hegemonic position or established democratically) within the business network. It must be also perceived and accepted by all the members, legitimize the exercise of the power and, at the same time, stimulate voluntary acceptance of the decisions by all members of the network.

As a result of the autonomy, interdependence and lasting and intuitu nature of the relationships among the network members, possible structures of governance must seek a balance between the exercise of authority and the integration of the personal element in the network management. In other words, they should combine the exercise of organizational power with the important relational component typical in business networks. This means that sometimes the exercise of power will be softened by the observance of the relational component. However, other time, an organization and formalization of relational component will be necessary in order to ensure effective management of the network, like, for instance, in the cases of transmission of industrial property among members of the same network, especially, in the case of know-how and information difficult to save in hardware.

Applicability of other governance forms study is focused in the main existing governance models: corporate governance, contractual governance and the arguable “hybrid” form of codes of conduct.

As respect to internal side of corporate governance structures, they are not applicable to business networks because their base

on the common patrimony, inexistent or without importance in the case of business networks. As concerns to the external side, stakeholders phenomena and its consideration in corporate governance states that connectivity and interdependence arising from long-term and stable relationships between legally bounded independent entrepreneurs are well-known by corporate governance theory, exercising a sometimes determinant influence on its production and or organization form, although the role of these actors is still very reduced and not satisfactory at all with the needs of a multilateral governance with subjects in an equity situation.

As concerns to hybrid governance forms, autorregulation as a soft law tool, consists in the exercise of private subject's capability to create a binding set of norms to which parties voluntary decide to submit, whose main form are the codes of conduct. However, the problem of such codes is its effectiveness, its binding character among the entrepreneurs who have or have not assumed it, and its extension to the whole network, in a way that we talk about a code of business network as a whole (remember the vague lines of business network) rather than about a set of codes of conduct of enterprises belonging to network.

Nevertheless, even if we achieved to solve the problem of the codes efficiency we would face even greater problem, the one of determining their context. This means that we would have to repeat, within self-regulation, the same problems that have already been pointed out by the general theory of the governance in business networks.

Finally, addressing the question of contractual governance tools, it is going to be considered certain contractual clauses efficacy used by economic operators faced to business networks problematic, in their aim to give a satisfactory answer to challenges derived from these features.

Nonetheless it is need to take account that, generally speaking, the use of contractual clauses to implement governance in business networks faces the lack of structural adaptation of our right of obligations in long-term inter-

corporate contracts (relational contracts). This means that our system of remedies, in the case of breach or defective performance of the contract, seems to head for extinction of legal relationship and damages without providing any alternative solutions to improve dispute between parties and the continuation of legal relationship, for instance, by modulation of fulfilment, granting of extraordinary, etc. a situation which, in the context of business network, seems to be in accordance with the economics of the contract and the interests of the parties to preserve synergies arising from being a part of the network.

According to that, with the aim to instrumentalize a business networks governance, this book analyses the viability of clauses previewing control activity duties between parts, clauses introducing conditions on the execution of the contract as form to instrumentalize economic interdependence between network's members, exclusivity clauses, non-coopetition agreements, accountability and indemnization clauses with the aim to solve difficulty of non-compliance effect's imputation to each member, bounding clauses on contracts termination, and post-contractual behavior duties clauses. Only some of them will be efficient to business network's governance.

Once described the study object- business networks – annd its frame – governance of business networks – next question is the ground to subject network's members, and specially its head, to fiduciary duties arising from good faith limiting their freedom to secure efficiency and protection of network's interest.

To this aim, firstly a study about the concept, meaning, content and scope of General Principles of Law, between then General Principle of good faith, is made. Aftherthat, and once stated their sutiability as gorund to behavior norms between parties, the study analyses concurrent features in other subjects with the fiduciary condition too – alien interests managers, category in which representants, both contractual and organic, are bundled –, whit the purpose to identify if characters definiying fiduciary position of these subjects is also present in business network's frame and, if it is arguably business networks subjection to these duties.

In this sense, interdependence of business performances as well as the shared use of a particular right of industrial property cause that the result of a member's activity is safe for all other members, but it projects the effects on them and it may influence or condition the exercise of their activity. Thus, acting on behalf of a member of the network whose activity produces impacts on the heritage of a third part can be placed within the scheme of management relationships of outside interests.

Characterized in this manner business network's members' behavior, then it is need to identify in which of the concrete institutions bundled inside this category is included network's members' action: indirect representation or mandate without representation. Such representative dimension of the network members' action is a result of the interdependence of the business network and the ability they have to affect other members by their conduct, without dealing with tacit empowerment in any case. This dimension is intrinsic to its own condition and it is an expression of shared interest of the network that implies a certain management action towards the achievement of such interest

Thus, in all network member's individual performance concurs a management or administration dimension, indirect, of other network member's interests underpinning his consideration as a fiduciary and not as mere representative, which implies the submission to behaviour duties delimiting his performance freedom in warranty of the respect of other network member's interest: the fiduciary duties, being the most important – and concurrent which present in corporate frame – the duty of diligence and the duty of loyalty.

These duties will present a more qualified character around network's head in hegemonic network's frame, because the exercise of a direction and organization function which leads to a specially qualification of representative and management actions, justifying the imposition to more qualified character duties in respect to other network's member.

Underpined in this way fiduciary position of network's members as alien interests' managers, it is time to analyze which

are the duties arising from good faith General Principle that concrete obligations derived from this fiduciary position. To this aim, firstly it is needed to analyze good faith principle content, functions and its inclusion in the Spanish legal order.

After distinguishing between two ruling conceptions of good faith – subjective and objective – and understanding that meaning of General Principle of good faith as a source of parties obligations is referred to the objective conception, it has to be stressed that good faith principle acts as informing principle of all the legal order, independently of its recognition like that because its nature of previous justification cause of all legal norms. Thus, good faith in particular relationships plays different roles: as criteria for rights and duties execution by parties, as criteria for interpretation even integration of parties's willingness securing contract's nature adequation of parties agreements, as far as the protection of third's trust and expectatives.

According with exposed below, principle of good faith has a special influence on the field of business networks as a consequence of the prominent role the trust, as an internal organization parameter of networks, occupies. Thus, the principle of good faith is a source of special duties of conduct for the parties, both within the behaviour and the interpretation and integration of legal relationship, result of appearance or legitimate expectations of the counterparties.

Hence, regarding behaviours duties arising from good faith's study, according with the classical *iter negotialis*, it seems that the achievement of greater efficiency as well as better and faster results in the integration of a new member in the business network, knowing in advance the complex organizational and relational reality to which will belong – economic basis – together with impossibility for the potential new member to self-inform about relevant subjective and objective conditions of the network, like the nature of business relationship (lasting nature, *uberrima fides*, interdependence of performances...) – legal basis – justify the imposition of the duty of pre-contractual information about the network member.

This precontractual information duty has to be adapted to special features of the economical-organizational frame where it takes place, therefore, information about all the network and not only about the counterparty, constitutes the main information to deliver because, on the contrary, a false perception of business object could ensue to the potential new member: it is believed to contract with a single entrepreneur who arranges his own network, perceiving the incorporation agreement as strictly bilateral – this is the reason of the stress on the information about contractual counterparty –, when, really, what is being bargained is the entry in a more wide structure, the network, where the counterparty of the bargaining process is included – whether or not a network head –, thereby, information about the whole network and not only about counterparty is which really leads entrepreneur interested in joining to the network achieve a complete and non-biased conception of the starting legal relationship; secondly, information about network's members should be modalized according with the type of network: thus in an hegemonic network, information about network's head is the most relevant, whereas in a paritary network a general information about all network's members is enough; thirdly, as concerns to the subject of precontractual information duty, this should be the network's head in an hegemonic context and whatever of network's members in a parietic frame.

Once precontractual information is delivered, next step is the writing of contractual terms that will rule the business relationship under good faith principle influence, specific situations such as information asymmetry, greater specialization or situation of hegemony and authority by the head of the network, underline the possibility of carrying out content control of general provisions in the contracts used by the head of the network (strong contractor) in order to incorporate new entrepreneurs (soft contractor), which will help identify provisions that suppose distortion of some of these characteristics and lead to abusive situations that can be qualified as "arrogant".

Following *iter negotialis*, next question to address is the relationship execution where, a negative delimitation duties arising from good faith principle to which network's members are subject is made. In this sense, adequacy of general doctrines that based on good faith principle impose limits to parties' actuation are analyzed from specific network's problems perspective. Thus, these doctrines will help to identify behaviours that, being or not submitted under their grounds, constitute right's exercise situations by network's members contraries to legitimate network's interests consecution, objective to which network's members are bounded as a result of their consideration how alien interests managers.

Thereby, first doctrine analyzed is the abuse of right doctrine, whose application to business networks its not satisfactory, its application premises do not reflect adequately the situation of dialogue between conflicting interests within the network. This situation may generate the risk of consideration of certain forms of exercising of rights by members of the network as "non-abusive", even if they actually harm unjustifiably both legitimate interests of the network. Second is the own acts doctrine, whose application to business networks, highlights how the requirement of a consistent exercise of rights by its members is particularly reinforced as a result of a qualified nature of the context in which is involved- intuitu- and as a result of such acts for all the members – interdependence-. As concerns to unjust enrichment doctrine application to business networks, it leads juridical operator awareness about the constant realization of patrimonial transmissions that, given its own characters, take place inside the network, outside from a possible legal regulation between its parties; secondly, to state that many of these patrimonial transmission supposes enrichment and correlative impoverishment of intervening parties; and, thirdly, existence or not of a justifying cause depend on the range of duties to which network's members are subject, hence, unjust enrichment doctrine will play as a limit to the performance duties content of network's members.

Bellow conclusions state previous doctrine's limited range to cope with network's member's behavior – although they point

out certain aspects to take into account in network's governance –, which give rise to the question about the suitability of social administrator duties to business network's members relying on their condition of alien interests managers in a fiduciary position. Therefore and reducing analysis to duties arising from good faith principle, content of a general diligence duty for all network's members is analyzed, as far as the existence of qualified behaviours duties for the network's head arising from his hegemonic position.

As a result of these analyses it will identify how all network's members are subject on their performance to: a duty of professionalism, this is, behaviour of the member when exercising business performances that corresponds to him/her, according to the level of professionalism and expertise that might be expected from an entrepreneur in the same situation, ensuring in this way expectations and trust of network members and third parties in a consistent behaviour by the entrepreneur integrated in the network; a duty to provide information to the members, especially to the head of the network, about the circumstances, which are detected when exercising activity within the activity of exploitation inside or outside of the network and are likely to affect the development of the performances by the other members of the network or the business strategy of the network as a whole; a duty of transparency, together with the duty of loyalty, which mean an imposition of positive obligation to communicate the members of the network all relevant information for the exercise of the functions of the members, managers of outside interests; a duty of confidentiality, as a result of its status as trust, allows access to the information about other members of the network and the network as a whole. This duty will fall on the whole "confidential" information of the network, depending on the potential of such information to harm any of the legitimate interests of the network. This duty will also extend to pre-contractual and post-contractual phases until the information loses its harmful potential for the interests of the network.

Finally as derived from the special diligence duty of network's head will be identify: A duty of prudence in making decisions that can affect the strategic and commercial development of the network; a special duty of maintaining network strategic goods in ideal conditions, both for individual use and for its use by other members of the network; a duty of prior information to other members of the network obliges the head to have all the relevant information regarding internal (organization, execution) and external aspects (business relationships with the third parties) that allow him/her to make serious strategic decisions; a qualified duty of transparency due his greater involvement in legitimate interests of the network; and finally, duty of joint discussion with other members of the network about the most significant decisions in the development of the network.

La Red Empresarial como realidad económica y jurídica.

I Las redes empresariales (business networks) en el mercado actual: Perspectiva económica.

1.1 Mercado, jerarquía y nuevas tendencias en la organización empresarial.

La actividad productiva se ha organizado tradicionalmente en torno a dos esquemas ideales – *make or buy*, mercado o jerarquía –, que representan la dicotomía a la que el empresario¹ debía enfrentarse a la hora de organizar su actividad productiva: decidir entre la autoproducción de los bienes o servicios requeridos, o bien, recurrir al mercado para proveerse de los mismos.

El modelo de mercado se ha considerado tradicionalmente más adecuado para la adquisición de bienes y servicios no

¹ A cerca el uso del término “empresario”, BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, tecnos, 19ª ed., 2012, pág. 86: “Desde un punto de vista jurídico el empresario puede definirse como la persona física o jurídica que en nombre propio y por sí o por medio de otro ejerce organizada y profesionalmente una actividad económica dirigida a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado”. En el mismo sentido: ILLESCAS ORTIZ, R., “El empresario mercantil individual: reglas generales”, *Derecho mercantil I*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., coord., Ariel, 13ª ed., 2009, págs. 106-107; SANCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 36ª ed., 2013, págs.104 – 105; SANCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 17ª ed., 2012, págs. 73-74; ROJO, A., “Lección 2. El empresario”, *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENÉNDEZ, A., dir., Thomson civitas, 10ª ed., 2012, pág. 42; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 11ª ed., 2010, págs. 184-185; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al derecho mercantil*, vol.1, 23ª ed., Tirant lo Blanch, 2012, págs. 167-169.

complejos, que no requieren de una especialización en su producción que suponga una inversión en conocimiento e intercambio de información entre las partes. Este modelo se desarrolla a través de relaciones obligatorias, generalmente bilaterales², de carácter esporádico y que no implica la creación de ninguna figura organizativa entre las partes³.

Por el contrario, el modelo jerárquico de organización se ha considerado más eficiente cuando el empresario se encontraba ante casos de producción y distribución masiva prolongada en el

² “El término bilateral no hace referencia al número de partes que intervienen en la relación o negocio jurídico, sino al número de obligaciones que nacen y se instrumentan, normalmente a través de un contrato, entre las mismas. En este sentido los contratos se llaman bilaterales cuando crean obligaciones recíprocas, es decir, a cargo de ambas partes... aunque la denominación que mejor les conviene sea la de sinalagmáticos”.DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *El sistema de Derecho civil*, vol.II, Tecnos, Madrid, 9ª ed, 2001, pág. 34.

³ En este sentido y desde la vision de los costes de transacción WILLIAMSON, O.E., “Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2 (Oct., 1979), pp. 234-235. Disponible en <http://www.nek.lu.se/NEKAHA/hemsida/Williamson.pdf>.

WALZER, M., *Spheres of justice*, New york Basic Books, 1983, pág. 83 señala la inadecuación del contrato como instrumento organizativo al afirmar: “El Mercado está abierto a todos los consumidores, pero aunque sirve de conexión entre la gente, no establece fuertes lazos de cooperación altruista Los participante en una transacción de mercado son libres de cualquier otro futuro compromiso. El estereotipo de mercado competitivo es el paradigma de la interacción social en búsqueda del propio interés y el no cooperativismo”.

En la misma línea POWELL, WALTER W., “Neither Market nor hierarchy: network forms of organization”, *Research in Organizational Behavior*, Vol.12, 1990, pág. 302 añade que: “Los mercados ofrecen elección, flexibilidad y oportunidad. Constituyen un destacable mecanismo para la comunicación rápida y sencilla. A causa de que la conducta individual no está dictada por un agente supervisor, no es necesario un órgano de control o gobierno de todo el sistema. Los mercados son una organización no coercitiva, tienen efectos de coordinación pero no de integración”. (La traducción es nuestra).

tiempo, ante transacciones que requerían una inversión específica en conocimiento o bien, de un control y supervisión continuo de la ejecución de la actividad productiva⁴, lo que requiere en uno u otro caso de estructuras de gobernanza específicas⁵.

Jurídicamente, el modelo de mercado se ha instrumentado en nuestro Derecho sobre la base de la relación bilateral de intercambio, en la que dos partes diferenciadas – oferente y adquirente –, con intereses contrapuestos, negocian entre sí con el objetivo de llegar a un acuerdo⁶ para la celebración de un negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral⁷, el contrato⁸,

⁴ “Una estructura jerárquica – claros límites departamentales, claras líneas de autoridad, mecanismos de informe detallado y un procedimiento formal de toma de decisiones – es particularmente adecuada para la producción y distribución masiva. La necesidad de gran volumen y gran velocidad de las operaciones demanda la constante atención de un equipo de gestión. La fuerza de las organizaciones jerárquicas entonces, se encuentra en su fiabilidad – su capacidad para producir gran cantidad de bienes o servicios de una calidad dada de forma repetida – y su responsabilidad – su habilidad para documentar cómo los recursos han sido usados –.” POWELL, WALTER W., “Neither Market nor hierarchy...”, ob.cit., pág. 302.

⁵ Al respecto Vid. CROUCH, C., “The place of networks in governance theory”, *Corporate Governance, networks e innovazione*, CAFAGGI, F., dir., CEDAM, 2005, págs. 10-11 en una breve comparación acerca de la idoneidad del modelo jerárquico o de mercado para generar estructuras de *governance*”.

⁶ Nuestro Código Civil considera la existencia de un acuerdo contractual mediante la concurrencia de una oferta contractual por una parte y su aceptación por la otra. Art. 1262 Código Civil (en adelante, CC): “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”.

Sobre la definición, naturaleza y requisitos de la oferta de contrato y su aceptación Vid. DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, Civitas, Madrid, 6ª ed, 2007, págs. 330-365.

⁷ “El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica. EL efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o una situación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen

con eficacia vinculante entre las partes⁹, previendo asimismo el ordenamiento jurídico una serie de consecuencias para el caso de incumplimiento de la obligación¹⁰.

Por su parte, el modelo jerárquico de organización empresarial se estructura entorno a la figura de la sociedad, la cual, aun partiendo del contrato como elemento fundacional de la misma¹¹, da lugar al nacimiento de una nueva persona

sobre las partes...un negocio jurídico será patrimonial cuando reglamente una relación jurídica patrimonial, es decir, cuando verse acerca de bienes o intereses de naturaleza económica;" Díez Pícazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 91, añadiendo el autor en la pág. 93 que: "El negocio jurídico es bilateral cuando se encuentra formado por dos o más personas que manifiestan conjuntamente su voluntad emitiendo para ello las necesarias declaraciones o realizando el necesario comportamiento".

⁸ De acuerdo con Díez Pícazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 93: "En términos muy generales, el negocio jurídico bilateral ha sido identificado con el contrato. Sin embargo, la doctrina más reciente, buscando seguramente la sumisión de las diferentes figuras a un régimen jurídico unitario, ha restringido el concepto de contrato, considerando como tal exclusivamente aquellos negocios jurídicos que inciden sobre relaciones jurídicas patrimoniales. Desde esta perspectiva el contrato es, pues, el negocio jurídico bilateral de carácter patrimonial...En cambio, el negocio jurídico bilateral que recae sobre relaciones jurídicas de otro tipo no merecería según esta idea el calificativo de contrato, sino que debería englobarse dentro del género de las "convenciones".

⁹ La naturaleza de los contratos como fuente de las obligaciones en nuestro ordenamiento jurídico es clara e incontestable según se deriva de los artículos 1089 y 1091 CC.

Por otra parte la reducción de la eficacia vinculante del negocio jurídico a las partes intervinientes en el mismo es clara de la redacción del art. 1257CC que establece el principio de relatividad de los contratos.

¹⁰ Siguiendo dentro del marco de la relación bilateral de intercambio, el ejemplo clásico y paradigmático es la facultad de resolución de las obligaciones recíprocas en caso de incumplimiento de una de las partes del art. 1124 CC.

¹¹Art. 19 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante TRLSA): "Las sociedades de capital se constituyen por contrato entre dos o más personas o, en caso de sociedades unipersonales, por acto unilateral. 2 Las sociedades anónimas podrán constituirse también en forma sucesiva por suscripción pública de acciones".

jurídica, la sociedad, como centro de imputación de derechos y deberes con voluntad y autonomía propias¹². En este contexto, es la sociedad la que, a través de estructuras jerárquicas definidas y establecidas, por la ley y los estatutos, organiza y dirige el ciclo productivo¹³.

Ambos modelos responden a tipos teóricos o ideales por lo que los mismos no siempre aparecen en su estado puro o primigenio en el mercado y, además, tampoco permanecen inmutables en el tiempo, pues las formas de organización y relación empresarial, se ven influidas por la realidad del contexto histórico, social y cultural en el que se desarrollan, variando con el tiempo¹⁴.

Señala PAZ ARES, C., “Lección 11. Las sociedades mercantiles”, *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENÉNDEZ, A., dir., Thomson civitas, 10 ed., 2012, págs. 341 – 358, que: “Toda sociedad tiene necesariamente un origen voluntario que se manifiesta a través de un negocio jurídico de Derecho privado...cuando se constituye una sociedad entre varias personas, el vínculo jurídico que las une es de naturaleza contractual.” Sobre los elementos del contrato de sociedad págs. 263-267.

¹² Se habla así de eficacia obligatoria y eficacia organizativa del contrato de sociedad. Al respecto PAZ ARES, C., “Lección 11. Las sociedades mercantiles”, ob.cit., págs. 261-263.

¹³ Un análisis más detallado de las diferencias entre el modelo societario y el contractual puede encontrarse en RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 73-79.

¹⁴ En este sentido y a propósito de la aparición de las redes empresariales, resulta interesante el trabajo de historia económica de PUIG RAPOSO, NURIA., “Redes empresariales de oportunidad en la España del siglo XX: El caso de la industria químico-farmacéutica”, *Historia empresarial*, enero 2004, núm. 812, págs. 179-188, en el que se exponen perfectamente los factores histórico-económicos que dieron lugar al desarrollo de las redes empresariales en el campo concreto de la industria químico-farmacéutica. Así, pág. 185: “El concepto de redes parece bastante más apropiado que el de grupos para describir el resultado de la interacción entre actores y oportunidades, pues los grupos sociales de los que surgieron las personas, las capacidades y las empresas más importantes fueron bastante más determinantes que la propia estructura de grupo de empresas ligado a una

A) Factores de cambio en la organización empresarial.

Las empresas, al igual que la sociedad en general, han experimentado las consecuencias derivadas del desarrollo del Estado del Bienestar primero y, después, del fenómeno de la globalización a causa de la revolución operada en las formas de comunicación y organización personal por las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs).

Ambos fenómenos, cuya influencia presenta un alcance transversal sobre las distintas esferas de la organización empresarial, han propiciado cambios tanto en la forma de organización interna de las empresas, como en su forma de relación con otras empresas en el mercado: su organización externa.

a) Cambios en la organización empresarial interna. La desverticalización empresarial.

La mayor calificación profesional de los trabajadores gracias a la posibilidad de acceso a una educación superior propiciada por el Estado del Bienestar, así como la mayor capacidad de interacción, coordinación y supervisión interpersonal brindada por las TIC¹⁵, han propiciado una transformación en la forma de organización del trabajo en las empresas.

institución financiera. Pero, además, la actividad (y la propia composición) de esos grupos respondió más a las oportunidades creadas por el contexto político y económico nacional e internacional, especialmente en los años de la guerra y la posguerra española y mundial, que a sus propias capacidades financieras, técnicas y de gestión, aunque éstas, desde luego, existieron y fueron empleadas. Este hecho tuvo al menos dos consecuencias importantes. La primera es que se exacerbó la tendencia de las empresas españolas a depender de la tecnología de sus socios internacionales. Y la segunda, derivada de la primera, es que el crecimiento de la economía española continuaría respondiendo esencialmente a factores exógenos”.

¹⁵ TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, Routledge, 2006, pág. 5, remarca este aspecto señalando que “La actual teoría social reconoce que vivimos en una sociedad de la información, pero también en una sociedad en red. Las redes contemporáneas de información alteran las relaciones de producción y consumo, de poder y autoridad, de experiencia y práctica, de cultura y significado... La sociedad de la información es global

Dicho cambio supone una evolución en la forma de concepción del puesto de trabajo, que tiene en el caso de Japón su ejemplo más paradigmático¹⁶: el abandono de la cultura de los trabajos mecánicos integrados dentro de la cadena de producción – *fordismo, taylorismo* –, con unas competencias estrictamente delimitadas y sometidos a la supervisión estricta del superior jerárquico, para pasar a la adopción de la cultura de los equipos o grupos de trabajo autónomos, encargados de la gestión de un determinado proyecto/tarea, la cual se inserta a su vez dentro de un proyecto o proceso de producción mayor¹⁷.

en su misma concepción. Las actividades empresariales que la misma apoya también en la medida en que la tecnología de la información nació como una industria global”. (La traducción es nuestra)

¹⁶ Un muy interesante estudio de las particularidades de la organización empresarial japonesa, no sólo en su ámbito interno, cual es el caso aquí comentado, sino en sus relaciones externas con otras empresas, lo constituye el trabajo de WESTNEY, D.E., “Japanese enterprise Faces the Twenty-First Century”, *The Twenty-First-Century Firm, Changing economic organization in international perspective*, DI MAGGIO, P., (ed.), Princeton University Press, 2001, en el que dedica las págs. 111-115, a un estudio de carácter cronológico en el que explica la transformación del sistema fordista de producción en Japón al sistema de grupos de trabajo.

¹⁷ Esta idea es señalada por POWELL, WALTER W., “The Capitalist Firm in the Twenty- First Century: Emerging Patterns in Western Enterprise”, *The Twenty-First-Century Firm, Changing economic organization in international perspective*, DI MAGGIO, P., (ed.), Princeton University Press, 2001, págs. 54-55.

Acerca de la cultura del grupo de trabajo, SABEL, CH., “El aprendizaje a través del monitoreo: los dilemas de la política económica regional en Europa” *Redes de Empresas y Desarrollo Local. Competencia y cooperación en los sistemas productivos locales*, OCDE, 1999, pág. 25: “Las nuevas formas de coordinación del trabajo, derivadas de la experiencia japonesa, fomentan una revisión deliberada y experimental de la definición y distribución de tareas. La unidad básica es el grupo de trabajo, no el individuo. A los miembros del grupo se les presentan metas específicas, incluyendo objetivos para mejorar el desempeño de los bienes y servicios que producen, así como la eficiencia de las técnicas que utilizan para suministrarlos. El grupo decide entonces cómo organizar las tareas, asigna miembros del grupo de manera rotativa a dichas tareas y, en intervalos definidos, con base en la experiencia obtenida, reevalúa el arreglo, incluyendo las relaciones con otros grupos que proveen de insumos o utilizan los productos”.

Esta desintegración vertical de la empresa¹⁸ no implica solamente una diferente asignación de tareas, sino que supone la difuminación o declive del modelo jerárquico de organización empresarial¹⁹, propiciando la instauración en la empresa de una nueva cultura de gestión empresarial²⁰– heterarquía²¹ –, en la

¹⁸ El término es usado por POWELL, WALTER W., “Neither Market nor hierarchy...”, ob.cit., pág. 318.

¹⁹ DI MAGGIO, P., “Conclusion: the futures of Business Organization and Paradoxes of change”, *The Twenty-First-Century Firm, Changing economic organization in international perspective*, DI MAGGIO, P., (ed.), Princenton University Press, 2001, págs. 215-217, sistematiza en torno a dos razones la causa de este declive del sistema jerárquico de organización: el incremento del número de empleados que un supervisor puede controlar eficientemente gracias a las tecnologías de la información y comunicación; el cambio en la propia naturaleza del Management en la medida que cada vez se asignan más tareas a grupos organizados horizontalmente con una substancial discreción para elegir sus procesos de trabajo y alcanzar sus objetivos asignados. Junto a estos factores el autor también se refiere al “declive en la formalización”, esto es, en el número y fuerza de las normas que rigen el nuevo sistema de producción, cada vez menor y de naturaleza más informal. También hace referencia a la “debilitación de los ligámenes entre trabajadores y empresas”, debido a carácter menos permanente del trabajo y a la mayor movilidad y dinamicidad existente en la concepción del mismo. Todos estos factores en conjunto contribuyen al debilitamiento del modelo jerárquico de organización empresarial.

²⁰ MOYA, J., *Managment democratico. Crea valor para tu sociedad*. PreMya Consultores, SRL, 1ª ed. 2008. Disponible en <http://www.eumed.net/libros/2009a/472/index.htm>, se refiere a este cambio en la gestión y organización de la empresa con el nombre de “Management Democrático”, entendiéndolo por el mismo, págs. 27 y 28: “Una integración de todas las capacidades directivas distribuidas en coordinación con todas las personas, tanto internas como externas que actúan en el modelo de negocio... siendo necesario para el desarrollo del Management Democrático la tecnología, porque se articula en la empresa en torno a la organización relacional, cuyos rasgos son la interacción y la interdependencia de la propia organización con las personas que en ella trabajan”.

²¹ En este sentido señala TEUBNER G, *Network as connected contracts*, versión traducida al inglés por M. Everson, Oxford, Hart 2011, pág. 13-14: “las redes son “correlaciones de elementos heterogéneos difícilmente reproducibles”. Cumplen la función de fomento de las interrelaciones entre los sistemas funcionales autónomos o entre las organizaciones formales. Promueven la integración sin límites de la lógica operacional autónoma, que también determina los potenciales y riesgos asociados con las formas organizativas a

que el poder se desplaza en cierta medida de los administradores a los trabajadores, quedando la labor de los primeros centrada en la coordinación de las actividades desarrolladas por equipos de trabajo autónomos²², pero a la vez interdependientes²³ y comprometidos con el éxito del resultado final²⁴, en un esfuerzo por la racionalización y búsqueda de la eficacia de la gestión empresarial²⁵.

las que nos referimos...La evolución de la coordinación heterárquica determina que el principio organizativo ya no está dirigido a un objetivo más alto. Sino que la organización es, en cambio, una un tema estratégico y contextual que ya no distingue entre intereses públicos generales y los privados particularistas”. (La traducción es nuestra).

²² Señala POWELL, WALTER W., “The Capitalist Firm in the Twenty- First Century...”, ob.cit., pág. 58 que: “Los equipos pueden determinar su propia organización interna, comunicarse internamente dentro la organización de forma horizontal en lugar de recurrir al superior jerárquico y establecer relaciones estrechas con proveedores, compartiendo información más que reteniéndola. Los equipos elijen, dentro de amplios parámetros, las herramientas, servicios e inputs necesarios para la tarea ejecutiva. Los equipos controlan intensivamente sus propias actividades de forma que ellos mismos se autoorganizan. Los críticos tienen razón sin embargo cuando argumentan que supervisión, responsabilidad e incluso disciplinan se desplazan a menudo de los supervisores a los compañeros sin ningún incremento o compensación paralela en salario o seguridad. Así en muchas situaciones, a los trabajadores se les pide hacer mucho más sin ningún incremento de salario” (La traducción es nuestra).

²³ WESTNEY, D.E., “Japanese enterprise...”, ob.cit., pág. 112 describiendo los caracteres de la forma de producción de la industria japonesa remarca la existencia de “ densas redes con proveedores involucrados en la logística del “*just-in time*”, así como la eliminación o reducción drástica del inventario para el ensamblaje final, de forma que las partes y subsistemas son requeridos para la línea de producción en la medida en que son necesarios y los proveedores están totalmente integrados en la planificación de la producción y diseño de productos”.(La traducción es nuestra)

²⁴ WESTNEY, D.E., “Japanese enterprise...”, ob.cit., pág. 112 señala como en el caso japonés “Los trabajadores son animados, debido a su íntimo conocimiento del proceso de producción, a hacer y mejorar sugerencias que supongan un aumento de la calidad y la productividad” (la traducción es nuestra).

²⁵ ROSARIA MAUGERI, M., “Reti contrattuali e abuso di dipendenza economica: alla ricerca di nuove discipline?” *Le reti di imprese e i contratti di rete*,

En este escenario, la actuación desempeñada por el *management director*, (MD), no puede circunscribirse a la mera supervisión jerárquica del trabajo. La coordinación, la motivación, la gestión de conflictos, e incluso la negociación entendida como capacidad de integración de las ideas de los grupos de trabajo con la planificación de la dirección, se convierten en competencias indispensables para la gestión de las empresas²⁶.

Desde un punto de vista de estrategia empresarial, esta forma de organización empresarial permite superar las ineficiencias del modelo jerárquico²⁷, facilitando la adopción de formas de producción – *just in time production*, producción en ciclos

IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., Torino, 2009, pág. 295-296, habla de “racionalización” de las grandes estructuras empresariales integradas, debido a: “en primer lugar, la necesidad de reducir los costes y riesgos de la rigidez, en segundo lugar, a la necesidad para las empresas de conseguir economías de escala idóneas para ser competitivas y, en tercer lugar, a la globalización que necesita de plataformas de relaciones siempre más complejas y articuladas, inaccesibles a las empresas singulares de pequeña o mediana dimensión”. (La traducción es nuestra).

²⁶ MOYA, J., *Managment democrático...*, ob.cit., págs. 56-60 realiza una exposición detallada de cuáles deben ser los parámetros que informen la actividad de coordinación de los gestores empresariales ante la nueva forma de organización del trabajo. Destacamos: Estimulación y valoración del rendimiento de los trabajadores, reforzar la integración y la conciencia de cada uno de los trabajadores de su pertenencia no solo a un grupo sino también como parte de una cadena mayor, el contrato psicológico: vincular a los profesionales como agentes creadores de valor para la empresa más que simples trabajadores.

²⁷ MARIOTTI, S., CAINARCA, G.C, “The evolution of transaction governance in the textile-clothing industry”, *Journal of Economic Behaviour and Organization*, núm. 7, 1986, págs. 351-374, ya señalan una tendencia hacia la reducción de las empresas integradas verticalmente, y un crecimiento de lo que ellos llaman “estructuras intermedias de governance”, atribuyendo este cambio a tres fallos que presenta el modelo de integración vertical “Inaptitud para responder rápidamente a los cambios competitivos en los mercados internacionales; resistencia a los procesos innovadores que alteran las relaciones entre los diferentes niveles del proceso de producción; y resistencia sistemática a la introducción de nuevos productos”. (La traducción es nuestra).

cortos – que requieren de un alto grado de especialización y coordinación pero que, a su vez, suponen la introducción de un gran componente de flexibilidad en la producción (especialización flexible²⁸), aumentando la eficiencia de la capacidad de respuesta a los cambios en las condiciones del mercado²⁹.

Ahora bien, la organización y concepción de la empresa en torno a grupos de trabajo autónomos e interdependientes permite a las empresas dar un paso más allá en la organización empresarial, reproduciendo las relaciones de coordinación y

²⁸ El término es usado por LOMI, A., “Markets with Hierarchies and the Network Structure of Organizational communities”, *The Journal of Management and Governance*, núm. 1, 1997, págs. 51-52: “La especialización flexible define una nueva entidad corporativa que es más ligera y abierta que las convencionales empresas integradas verticalmente...Esta forma es más ligera porque retienen dentro de sus propios límites solo las actividades que suponen un valor añadido y que están relacionadas con sus competencias centrales. La nueva forma es también más abierta porque se encentra más profundamente inmersa en redes de intercambio, de forma que es difícil de distinguir su parte interna de la externa”. (La traducción es nuestra).

²⁹ En este sentido, TEUBNER G, en sus obras *Network as connected contracts*, ob.cit., PÁG. 41: “Los estudios empíricos en el contexto de la cooperación intra-empresa han revelado las contradicciones particulares de las que aquí nos ocupamos. Cada vez más, el mercado demanda la "especialización flexible". Después de la desaparición de la producción masiva estandarizada, la palabra de moda del mercado es “producción en masa específica para clientes“. Este objetivo da lugar a una contradicción apenas superable entre la flexibilidad y la eficiencia del negocio. La tendencia en la producción es hacia la "racionalización sistemática“. Esta norma de optimización encubre una contradicción entre la complejidad y la fiabilidad. Del mismo modo, la organización empresarial debe seguir el objetivo de “auto-dirección descentralizada“, por la que se llega a una contradicción entre la autonomía del control simultáneo de las unidades empresariales descentralizadas. La organización empresarial se deja con la pregunta de si se debe elegir sólo una, o si tienen que seguir el difícil camino de la combinación, fusión y el equilibrio entre estas contradicciones. La exigencia es como la cuadratura del círculo”. (La traducción es nuestra).

supervisión que se dan en el interior de la empresa hacia el exterior (desverticalización empresarial)³⁰.

En este sentido, la ejecución autónoma de proyectos, junto a la mayor capacidad de acceso a mercados más distantes, así como el aumento del volumen de operaciones de las empresas³¹,

³⁰ TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, ob.cit., págs.5 y 9, expresa también esta idea de trasladar al exterior los cambios operados en la forma de organización interna de la empresa.

Señalan CONTRACTOR, F.J., LORANGE, P., “Why should firms cooperate? The Strategy and Economic Basis for Cooperative Ventures”, *Joint Ventures and Technology Partnerships between Firms*, CONTRACTOR, F.J., LORANGE, P., dirs., Lexington books, New York, 1988, págs 4-5: “Los acuerdos de cooperación son tan numerosos como para sugerir que nuestro estereotipo de empresa multinacional necesita ser cambiado. Tradicionalmente, ha sido vista como una entidad monolítica, controlando o poseuendo sus inputs y outputs y extendiéndose en mercados extranjeros gracias a su dominio tecnológico, de gestión y de mercado...Hoy en día estamos en un mundo de mayor negociación y competencia por lo que concierne a varias industrias. En muchas situaciones, la empresa internacional se ve mejor como una coalición de relaciones intervinculadas. Su grado de libertad estratégica se ve a la vez incrementado por la globalización de los mercados y disminuido por la necesidad de negociar acuerdos de cooperación con otras empresas y gobiernos” (La traducción es nuestra). A continuación en la pág. 10 los autores exponen en una tabla las principales ventajas de la colaboración interempresarial.

³¹ En relación con la influencia de estos parámetros para la externalización de actividades de las empresas, FERNÁNDEZ NOGALES, A., MARTÍNEZ CASTRO, E., REBOLLO ARÉVALO, A., “La reorganización de los canales de distribución”, *Mediterráneo Económico*, núm.11, pág. 199: “A medida que se incrementa el tamaño de los mercados y el volumen de operación de las empresas, aparece la posibilidad de que algunas se dediquen especialmente a la realización de una sola función en cuya operación alcanzarían un tamaño más cercano al óptimo de producción en la actividad, lo que les permitiría ofrecer a sus clientes precios más bajos de los que ellos podrían alcanzar operando internamente la función. Las empresas encontrarán conveniente *externalizar* las funciones empresariales no estratégicas no sólo por el menor coste, sino porque podrán dedicar más recursos a las funciones que forman el núcleo de actividad en el que la empresa es realmente competente.

De esta forma, a medida que aumenta el tamaño de los mercados se posibilita la externalización de funciones y la consecución de una mayor eficiencia conjunta. En la distribución comercial, este fenómeno explica, por ejemplo,

favorece la externalización³² (*outsourcing*) de ciertas actividades propias hacia otros operadores externos³³, difuminándose de este modo los contornos que delimitan el ámbito interno de la empresa³⁴, adquiriendo cada vez mayor protagonismo en el tejido empresarial las PYMEs especializadas que se encargan de la ejecución de dichas tareas externalizadas³⁵.

el desarrollo de las empresas de logística y de las empresas especializadas en la comercialización que señalábamos en el apartado anterior”.

³² En los últimos años, el número de empresas que han externalizado alguna de las fases de su ciclo de producción en España ha aumentado considerablemente. En cifras de la compañía de outsourcing SCI, el número de compañías españolas que confían sus procesos de producción a empresas externas se ha quintuplicado desde el inicio de la crisis financiera, pasando del 12% de las empresas en 2007 a un 62%. Fuente: <http://www.abc.es/20120525/economia/abci-empresas-espanolas-externalizan-funciones-201205251418.html>.

³³ En este sentido, téngase en cuenta que no toda actividad empresarial puede ser objeto de externalización, ya sea por razones estratégicas (mantenimiento dentro de la empresa las actividades centrales del ciclo de producción, para retener el control del mismo), o por razones técnicas, como ocurre en el caso de productos o servicios muy especializados cuyo know how, no puede ser fácilmente incorporado a un soporte material y, por lo tanto necesita de una especial interacción personal para su transmisión. Al respecto de esta idea Vid. NOOTEBOOM, B., *A cognitive theory of the Firm. Learning, Governance and Dynamic Capabilities*, Edward Elgar, 2009, págs. 145-147.

³⁴ En este sentido POWELL, WALTER W., “The Capitalist Firm in the Twenty-First Century...”, ob.cit., pág. 58: “Al igual que el cambio en la concepción del trabajo organizado en torno a equipos de trabajo encargados de un proyecto, transforma a la empresa internamente, la mayor participación de empresas en una maraña de colaboraciones con “externos”, difumina los límites de la empresa, haciendo difícil distinguir donde una empresa acaba y donde comienza otra o el mercado. El paso anterior redibujaba las líneas internas de autoridad, mientras que el último extiende el núcleo de actividades de la empresa entre un más amplio elenco de participantes, con la correspondiente pérdida de poder centralizado de control”. (La traducción es nuestra).

³⁵ En un artículo dedicado a analizar el cambio de modelo organizativo de las empresas, desde las grandes corporaciones a la estructura de red de PYMEs, ARZENI, S., “Introducción”, *Redes de Empresas y Desarrollo Local. Competencia y cooperación en los sistemas productivos locales*, OCDE, 1999, pág. 16: “El interés creciente en el sector de la pequeña empresa resulta

La externalización de actividades presenta una serie de ventajas para las empresas: ayuda a las mismas a reintroducir cierta disciplina de mercado en la toma de decisiones de producción, reduce los costes que podría suponer el recurso a simples transacciones de mercado para cubrir la demanda de bienes, mitiga los costes que implicaría el recurso a un agente para organizar dichas actividades (asimetría de información, deberes de actuación, comportamiento oportunista) y permite conjugar mejor la estructura empresarial con las características de los activos subyacentes³⁶.

A nivel jurídico, las operaciones de outsourcing se configuran como relaciones de duración³⁷ instrumentadas a través de una serie de contratos entre los que se incluyen, junto al contrato marco que fija los grandes términos del acuerdo de externalización, contratos más pequeños – “contratos de ejecución” –, de carácter técnico³⁸, que precisan con detalle, los

de la estructura cambiante de las empresas industriales a la luz de economías cada vez más abiertas. Las unidades de producción tradicionales, verticalmente integradas cuyo éxito depende de la desagregación de tareas, la especialización de las aptitudes y el trabajo, grandes niveles de producción y economías de escala, han demostrado ser demasiado inflexibles para adaptarse a las circunstancias cambiantes. Por el contrario, las pequeñas empresas basadas en tecnología han probado su capacidad para ser viables, estables, flexibles y adaptables a las cambiantes demandas del mercado, aún al grado de adoptar el carácter transnacional de los mercados”.

³⁶ S. GEIS, G., “The space between markets and hierarchies”, *Virginia Law Review*, Vol. 95:99, págs. 132 - 137.

³⁷ DÍEZ PICAZO, L., en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, ob.cit., págs. 365-366, define la relación obligatoria duradera como “aquellas relaciones obligatorias cuyo desenvolvimiento supone un período de tiempo más o menos prolongado, y por tanto una pervivencia temporal, toda vez que su continuación implica una conducta duradera o bien la realización de una serie de prestaciones periódicas”. Añadiendo que: “Así dentro de una relación obligatoria duradera pueden existir prestaciones momentáneas y pueden existir prestaciones que son también ellas mismas duraderas cuando la conducta de prestación del deudor exige un comportamiento uniforme y continuado.

³⁸ Un estudio de carácter empírico en el que se sistematizan las diferentes variables que pueden influir en cada una de las partes del contenido de un contrato de outsourcing Vid. S. GEIS, G., “An empirical examination of

deberes entre las partes y que son objeto de novación con el tiempo, así como también sistemas de evaluación de la calidad del trabajo ejecutado³⁹.

La existencia de estos “contratos de ejecución”, su contenido y su carácter variable, así como la instauración del sistema de evaluación de calidad, atestiguan la existencia de una especial relación jurídica entre las partes que, por su carácter duradero, la naturaleza sensible o el interés industrial de la información compartida⁴⁰ y el reconocimiento de especiales deberes para las partes⁴¹, excede el ámbito de un simple contrato de prestación de servicios e introduce elementos de carácter organizativos que no son propios de una relación comercial articulada a través de un contrato.

b) Cambios en las relaciones externas de las empresas. La convergencia empresarial.

Los cambios en la organización interna de la empresa tienen también su reflejo en la forma en la que ésta se relaciona con otros sujetos en el mercado, pues la experiencia de la

business outsourcing transactions”, *Virginia Law Review*, Vol. 96:2010, págs. 256 - 266..

³⁹ La división de los contratos de outsourcing en cuatro partes: contrato de confidencialidad, contrato marco, contratos de trabajo y acuerdo de nivel de servicios está tomada de S. GEIS, G., “The space between markets and hierarchies”, ob.cit., págs. 130 – 131.

⁴⁰ Transmisión del know-how referente a la actividad o producto externalizado, así como transmisión también en cierto grado de la estrategia empresarial ante la necesidad de coordinar la actividad externalizada con el resto de la cadena de producción y las demandas del mercado.

⁴¹ En especial por lo que refiere al empresario que lleva a cabo la actividad externalizada: deber de confidencialidad, muchas veces previsto contractualmente, respecto de la información industrial manejada para el desarrollo de la actividad; deber de lealtad que se traduce, entre otros, en la no utilización de dicha información con fines competitivos, así como atender a las instrucciones emanadas del comitente (si es que esta facultad se ha previsto contractualmente); además del general deber de buena fe en la ejecución de las prestaciones contractuales.

organización interna acaba trasladándose también a la forma de estructuración externa de la actividad empresarial⁴².

En un contexto económico marcado por los nuevos desarrollos tecnológicos, la competencia a nivel global y la necesidad de estar presente en un mayor número de mercados, el establecimiento de relaciones de colaboración empresarial estables⁴³, duraderas e intensas con otros agentes económicos⁴⁴, se convierte en fundamental para lograr el éxito empresarial.

⁴² Esta idea aparece perfectamente plasmada en el trabajo de WESTNEY, D.E., "Japanese enterprise...", ob.cit., pág.115 y 142 en el que se puede observar claramente como el modelo interno de red, se extiende a las relaciones de mercado de las empresas japonesas, en este caso a través del *keiretsu* vertical u horizontal, figuras ambas que se identifica con grupos empresariales con participaciones recíprocas de las empresas que los forman en el capital de las otras participantes y que por tanto, no se identifican con el concepto de red empresarial que se estudia en este trabajo.

En el ámbito occidental la figura de las participaciones recíprocas y el *interlocking directorate* en relación con las redes empresariales es analizada por ZORZI, A., "Reti di imprese e modelli societari di coordinamento", *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, CAFAGGI, F., ed., il Mulino, 2004, págs. 179-185.

⁴³ CHAVES, R., "Creadores de redes empresariales: las políticas de promoción de la cooperación", *Economía industrial*, núm. 329, vol.5, 1999 pág. 144, pone en valor las principales ventajas de la cooperación empresarial: ventajas ligadas al tamaño (economías de escala, realización de proyectos de gran envergadura, distribución del riesgo), a la complementariedad de activos (posibilidad de que el conjunto de empresas pueda abordar proyectos más complejos o que requieran productos diversificados), e incremento de la calidad de la información relevante, de la tecnología y su transferencia o intercambio, generando efectos de aprendizaje en la empresa.

⁴⁴ La mayor intensidad de las relaciones de cooperación es reflejada por DEAKING, S., "Contract law, social norms and inter-firm cooperation" *ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, working paper 36*, 1996, págs. 2 y 3: "El concepto de cooperación empresarial no se encuentra bien definido a través de la idea de dos empresas vinculadas simplemente en repetitivas o reiteradas relaciones de intercambio. La cooperación entre empresas implica una tipo de orientación a largo término que es común para ambas partes. La actuación o secuencia de intercambios puede, en sí misma, inducir a una expectativa mutua de continuación de la relación en el futuro... La cooperación empresarial así entendida puede implicar también un cierto grado de distribución del riesgo e intercambio de información y

De esta forma, la búsqueda de un mayor grado de interacción entre empresas con el objetivo de obtener el máximo rendimiento de las sinergias entre las distintas fortalezas estratégicas de los participantes⁴⁵, produce como resultado un

conocimientos técnicos durante el proceso, que puede tomar la forma de la propiedad conjunta o cruzada de maquinaria o patentes, el desarrollo conjunto de productos o procesos, de estrategias de mercado o el intercambio de personal". (La traducción es nuestra).

Por ejemplo, en el caso del *just in time production*, en el que esta forma de producción no puede articularse a través de contratos bilaterales de intercambio instantáneos, sino que requiere de una relación duradera y estrecha entre proveedor y fabricante con el objetivo de poder dar una respuesta eficaz a las demandas del mercado, evitar mantener stocks innecesarios o disponer de la cantidad exacta de productos semielaborados. Para ver con mayor profundidad la importancia de la coordinación empresarial en el *just in time production*, Vid. DEAKING, S., "Cooperation and Trust in inter-firms relations: beyond competition policy?", *ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, working paper 79*, 1997, págs. 24 y 25.

⁴⁵ JACQUEMIN, A., "Cooperation ente les entreprises et droit économique", *Coopération entre entreprises, Entreprises conjointes stratégies industrielles et pouvoirs publics*, JACQUEMIN, A., REMICHE, B., eds., De Boeck Université, Bruxelles, 1988, págs. 19-20, enumera los principales beneficios de la cooperación continuada entre empresas: "En el plano privado, la cooperación aparece como una forma intermedia de organización, permitiendo evitar a la vez una internalización completa de las operaciones en el seno de la empresa y un recurso a las puras relaciones instantáneas de mercado. En lo que concierne a las relaciones de mercado, estas no son favorables a las interacciones prolongadas entre participantes, interacciones que son, por tanto, la fuente de frecuentes sinergias en términos de economías y de innovación. Por lo que respecta al sistema según el cual la empresa se esfuerza en realizar en su seno la totalidad de las actividades que son necesarias, supone la creación de riesgos de inmovilización de capitales importantes y de una peligrosa irreversibilidad...En el plano dinámico, la cooperación puede igualmente acelerar la realización de economías provenientes de procesos de aprendizaje y recortar el tiempo necesario para la puesta a punto de un producto o de un proceso nuevo. Esta ganancia de tiempo es a menudo esencial para tener la ventaja de ser el primero en penetrar en un mercado u ocupar un nicho de actividad especializada. En el nivel de los riesgos, la cooperación permite un mayor reparto: distribuye los costes y beneficios de una actividad cualquiera sobre un mayor número de participantes, o bien, reparte una cantidad dada de recursos entre un conjunto de proyectos distintos. También puede favorecer las operaciones

mayor grado de integración empresarial recíproca⁴⁶ en la que se reproduce, en cierta medida, la dinámica de coordinación e interrelación presente a nivel interno en los grupos de trabajo autónomos e interdependientes⁴⁷.

Se produce así una superación de la concepción tradicional de la empresa⁴⁸, en la que se debilita la consideración de la misma

complementarias asegurando, en el seno del conjunto, una división de trabajo entre relaciones de invención e innovación comercial o entre información tecnológica y destreza dentro de la producción. En fin, la cooperación es susceptible de facilitar la entrada en nuevos mercados, tanto en el plano geográfico como en el de la producción. Es particularmente el caso de los mercados protegidos por importantes barreras tecnológicas, económicas e incluso reglamentarias”. (La traducción es nuestra).

⁴⁶ En este sentido, MOUZAS, F., FORD, D., “The constitution of Networks”, *Industrial Marketing Manager*, núm. 38, 2009, pág. 496 “La idea de las redes de empresas se centra no en la acción individual de un actor en un entorno anónimo, sino en un proceso de interacción entre actores individualmente significativos e interdependientes...La desigual distribución de recursos y habilidades entre actores crea la necesidad de confiar en los recursos y habilidades de otros. Estas interdependencias llevan a continuar y frecuentar complejas relaciones entre actores y redes.”

A todos estos nuevos retos se refiere también IAMICELI, P., “Dalle reti di impresa al contratto di rete: un percorso (in)compiuto”, *Le reti di impresa e i contratti di rete*, IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., 2009, Torino, pág. 6.

⁴⁷ Muy gráficamente señala POWELL, WALTER W., “Neither Market nor hierarchy...”, ob.cit., pág. 301, que “Muchas empresas ya no están estructuradas como reinos medievales, amuralladas y protegidas de fuerzas hostiles exteriores. En su lugar, encontramos compañías involucradas en una intrincada maraña de alianzas de colaboración con otras empresas, muchas de las cuales son manifiestamente competidoras. Los densos lazos que atan a la industria biotecnológica o automovilística no pueden ser fácilmente explicados argumentando que esas empresas están unidas en transacciones comerciales sobre varios factores de producción o sugiriendo que las empresas biotecnológicas están incluidas en la comunidad internacional de la ciencia”. (La traducción es nuestra).

⁴⁸ Son varias las posturas mantenidas en la doctrina española acerca del concepto de empresa, así, BROSETA, M., cuya postura suscribimos en el presente trabajo, aboga por la existencia de un concepto jurídico unitario de empresa coincidente necesariamente con el económico. Así en BROSETA PONT, M., “La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1968, pág. 62 y ss: “Desde un punto de vista

jurídico, la empresa ha de ser necesariamente entendida como la organización de capital y de trabajo para la producción o mediación en el mercado de bienes o servicios"... "no puede pretenderse por el jurista que la empresa sea una cosa para la Economía y otra distinta para el Derecho, y ello, porque el Derecho se nutre de la Economía, a la que le corresponde regular, de modo que difícilmente podrá postularse el Derecho un concepto de empresa distinto del económico".

Id. *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª ed. Madrid, Tecnos, 1991, pág. 102. "opinamos que el concepto jurídico de empresa debe coincidir necesariamente con el concepto económico, es decir, que la Economía y el Derecho con el término empresa deben referirse al mismo fenómeno de la realidad social; que existe por tanto un concepto jurídico unitario de empresa que debe ser válido y aplicable para todas las disciplinas jurídicas y, finalmente, que de este concepto o fenómeno unitario, a cada disciplina jurídica corresponde regular un aspecto, parte, elemento o interés distinto".

Id. *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1965, págs.169-170, que quienes niegan la posibilidad de alcanzar un concepto jurídico unitario de empresa, en nuestra opinión parten de un equívoco. Confunden el concepto con la naturaleza jurídica. Lo que no puede obtenerse de forma unitaria es ésta porque, la empresa no puede encasillarse dentro de ninguna de las categorías elaboradas por la Ciencia del Derecho (persona jurídica, sociedad, patrimonio separado, etc.) para definir su naturaleza jurídica.

En el mismo sentido GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Tratado de derecho mercantil*, T. I, Madrid 1947 pág. 234 y sigs., y 256 y sigs., comenta elogiosamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1943 por formular el concepto de empresa en una forma muy parecida a la de él: la empresa es un conjunto, una verdadera organización de actividades, bienes y de relaciones de muy variada condición que, pese a la muy variada condición de cada una de ellas, puede ser en bloque, objeto de tráfico jurídico.

Igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1960, sigue el criterio de la anterior sentencia reseñada al considerar la empresa como "una entidad dotada de vida con un complejo de elementos de trabajo y de actividad personal, donde la organización de la misma es condición fundamental para su existencia como ente".

En cambio, otros autores como FONT GALÁN, J.I, defienden la existencia de un concepto jurídico patrimonial de la empresa: FONT GALÁN, J.I., "La empresa en el derecho mercantil" *Derecho Mercantil I* (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., coord.), Ariel, 2008, pág. 78 concibe la empresa como una modalidad de riqueza productiva, que es la resultante patrimonial (valor de explotación), de la suma de los de los tres soportes fundamentales en los que se asienta la misma: el empresario (sujeto organizador), el establecimiento (objeto organizado) y la organización.

como unidad organizativa independiente que actúa en el mercado, fortaleciéndose en cambio su concepción como “centro de organización e imputación económica integrado en el mercado”⁴⁹, de forma que la dimensión relacional de la empresa – aunque siempre presente en la concepción tradicional – adquiere ahora un mayor relieve en la propia caracterización de la misma, difuminándose de este modo las fronteras tradicionales que delimitaban a la empresa frente a terceros y al mercado⁵⁰.

Así por ejemplo, en la fabricación de productos técnicos complejos juegan cada vez una importancia estratégica mayor los intermediarios, proveedores y distribuidores, que transmiten información estratégica crucial al empresario acerca de las condiciones de mercado a la vez que resultan vitales para el

Y finalmente otros, como CHULIÁ, F.V., abogaban por un concepto dualista de empresa: VICENT CHULIÁ, F.V., *Introducción al Derecho Mercantil*, ob.cit., pág. 209 y ss, distingue entre la empresa y el establecimiento mercantil, siendo la empresa el modo de actividad y el establecimiento el instrumento al servicio de la actividad.

⁴⁹ IAMICELI, P., “Dalle reti di imprese al contratto di rete...”, ob.cit., pág. 4 se refiere al fenómeno señalando que “...la fuente de mayor innovación organizativa parece ser la práctica, en los diversos niveles en los que toma forma, también en razón de su dimensión y de la apertura internacional de la empresa. Redes de subcontratación, de distribución, *franchising*, *joint ventures*, alianzas estratégicas, acuerdos sobre marcas y distintivos constituye la base de un verdadero y propio “sistema reticular” fundado sobre las relaciones de colaboración de larga duración, sobre la intensidad de las inversiones específicas, particularmente en capital humano y conocimiento, sobre la confianza, sobre la flexibilidad de los instrumentos de gobierno de la relación, en cuanto actos a gestionar la sobrevivencia de relaciones caracterizadas por una elevada incerteza”. (La traducción es nuestra).

⁵⁰ Un ejemplo de la importancia del factor relacional en la configuración de la organización y estrategia empresarial puede verse en el magnífico trabajo de POWELL, WALTER W., WHITE, DOUGLAS R., KOPUT, KENNETH W., OWEN-SMITH, J., “Networks dynamics and field evolution: The growth of interorganizational collaboration in the life Sciences”, *American Journal of Sociology*, vol. 110, núm. 4, 2005, págs. 1132-1205. Disponible en www.personal.umich.edu.

mantenimiento de la calidad y ciclo productivo – proveedores – o la comercialización efectiva del producto – distribuidores –⁵¹.

Igualmente, el éxito de la internacionalización así como de la distribución en general⁵², depende cada vez en mayor medida de

⁵¹ De forma muy gráfica se refiere a la importancia de estos intermediarios, GRUNDMANN, S., “Redes contractuales, ¿Contratos o sociedades personificadas?”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 127; Id. “Contractual Networks in German private law”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, CAFAGGI, F., dir., Edward Elgar, 2011, pág. 112, al señalar que: ¡sin redes contractuales no hay economía de mercado!... Todas las grandes ramas como la producción de vehículos a motor, ordenadores y dispositivos electrónicos más sofisticados, pero también el turismo, están diseñados de tal manera que el “fabricante” está rodeado de cierto número de proveedores... Tradicionalmente, la producción es vista como el corazón de la creación de valor en las economías de mercado –aunque su contribución al grueso de los ingresos netos ya no es mayor que la de su “hermana pequeña”, el *comercio y la distribución*. Cuanto más complejos son los productos, más importante se convierte este segundo sector también desde una perspectiva conceptual, ya que la información sobre el producto y el servicio post-venta son más importantes en estos casos y son típicamente proveídos por este sector.

En general, a propósito del fenómeno de la distribución comercial y de las posibilidades de organización de su actividad económica que la misma proporciona al empresario Vid. el clásico trabajo de PARDOLESI, R., *I contratti di distribuzione*, Editore giovane napoli, Napoli, 1979, págs 6 – 90.

⁵² FERNÁNDEZ NOGALES, A., MARTÍNEZ CASTRO, E., REBOLLO ARÉVALO, A., “La reorganización de los canales de distribución”, ob.cit. págs. 205- 210, recogen una serie de factores que explican el aumento del grado de concentración en la distribución comercial y de la integración de funciones dentro de los canales de distribución y entre productores y distribuidores: La extensión de la marca de distribuidor, el sistema ECR o “Respuesta Eficiente al consumidor”, la exigencia de calidad en la distribución comercial y el papel de las TIC.

A propósito de las redes empresariales en el ámbito del sector de la distribución veáse la reciente obra colectiva de estudio del Proyecto de reforma de la legislación española acerca de contratos de distribución, AA.VV., *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013; en especial dentro de esta obra Vid el trabajo de RUIZ PERIS, J.I., “Las redes empresariales en el proyecto de ley de contratos de distribución español de 2011”, págs. 78-87 de dicha obra colectiva.

la presencia de intermediarios que, conociendo mejor el mercado de referencia aporten su especial conocimiento a la empresa en expansión⁵³. Esta aportación de conocimiento puede llegar a influir en el diseño de la política de producción de la empresa para un determinado país, por lo que el intercambio constante de información entre las empresas se convierte en una pieza clave para el éxito de la operación⁵⁴.

⁵³ Un estudio sobre el creciente uso de las alianzas comerciales entre empresas en procesos de internacionalización puede encontrarse en RASMUSSEN, E., KOE MADSEN, T., SERVAIS, P., “On the foundation and early development of domestic and international new ventures”, *Journal of Management Governance*, DOI 10.1007/s10997-010-9162-1.

Una exposición de las causas que justifican el recurso a la utilización de empresas conjuntas con participación de PYMEs en el proceso de internacionalización de la empresa, puede verse en WHITE, E., “Petites et moyennes entreprises et entreprises conjointes. Une nouvelle forme de coopération productive Nord-sud?”, *Coopération entre entreprises, Entreprises conjointes stratégies industrielles et pouvoirs publics*, JACQUEMIN, A., REMICHE, B., eds., De Boeck Université, Bruxelles, 1988, págs. 64-67. Enumeramos a continuación estas causas: Conocimiento del mercado local y acceso a los recursos locales; posibilidad de integrar en el proyecto la iniciativa local; facilidad para lograr contribuciones financieras por medio de las PYMEs nacionales; facilidad para el cumplimiento de las prescripciones legales; experiencia de relaciones anteriores.

Sobre el papel que juegan las redes de franquicia como instrumento para la internacionalización de las empresas Vid. GONZÁLEZ-DÍAZ, M., LÓPEZ, B., “Internationalizing the governance of networks: The case of franchising”, *Corporate governance, networks e innovazione*, CAFAGGI F., dir., CEDAM, 2005, págs.117-133.

⁵⁴ Al aumento del número de intermediarios como motivante de la aparición de las redes empresariales se refiere TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, ob.cit., pág.7, al afirmar que: “La emergencia de intermediarios transforma las clásicas relaciones bilaterales del mercado en relaciones de red interconectadas, generando así interdependencias dentro del sistema”, añadiendo asimismo que “para reducir el riesgo en su toma de decisiones, los managers internacionales van progresivamente buscando apoyo a través de redes profesionales y compañeros de negocios, a través de alianzas internacionales, estableciendo proyectos entre empresas y equipos internacionales, y a través de contratos de gestión multinivel y gestión de bienes extrafronterizos”. (La traducción es nuestra).

De igual modo, la tecnología se ha convertido en un factor competitivo de primera magnitud, no sólo en las industrias de alta dependencia tecnológica como es el caso de las empresas biotecnológicas⁵⁵, sino en general en el conjunto de las mismas⁵⁶:

La oportunidad de una producción más eficiente, o la posibilidad de mejorar la calidad de los productos y servicios reduciendo su coste, pueden suponer la necesidad de una alta especialización en la producción, de un específico *know-how* por parte de los trabajadores, lo que exige ya no una especialización del grupo de trabajo, sino del ciclo productivo global, debiendo

⁵⁵ Para la comprensión de la especial relevancia de una intensa y prolongada colaboración en el sector biotecnológico entre empresas, pero también empresas y universidades, propiciando la formación de redes de empresas biotecnológicas Vid. el trabajo de POWELL, WALTER W; KOPUT, KENNETH W., SMITH DOER, L., OWEN SMITH, J., "Network position and firm performance: Organizational returns to collaboration in the Biotechnology industry", *Networks in and Around Organizations*, STEVEN, A., KNOKE, D., ed., Greenwich, CT: JAI Press, 1999.

Por lo que respecta a trabajos más centrados en el estudio de la interrelación y comportamiento de los miembros de una red en el sector de la biotecnología Vid especialmente el trabajo de OWEN SMITH, J., POWELL, WALTER W., "Knowledge networks as Channels and Conduits: The Effects of Spillovers in the Boston Biotechnology Community", *Organization Science*, vol.15, núm. 1, 2004, págs. 5-21, Disponible en: www.stanford.edu.

⁵⁶ POWELL, WALTER W., GORDAL, S., "Networks of innovators", *The oxford handbook on innovation*, FAGERBERG, J., MOWERY, DAVID C., NELSON, RICHARD R., ed., Oxford University Press, 2006, págs. 59-60, refiere de forma muy clara la ventaja competitiva que suponen las redes empresariales en el ámbito del desarrollo tecnológico en general "El crecimiento de las industrias basadas en el conocimiento intensivo ha puesto de relieve la importancia de las redes en investigación y desarrollo, así como en desarrollo de productos y distribución. Una conclusión persistente en diversos estudios empíricos es que la intensidad de la investigación y desarrollo internos así como la sofisticación tecnológica se encuentran positivamente ligadas al número e intensidad de las alianzas estratégicas. Para organizaciones en campos de rápido desarrollo, la heterogeneidad en la cartera de colaboradores permite a la empresa aprender de un conjunto más amplio de conocimiento. Organizaciones con amplias redes están expuestas a más experiencias, diferentes competencias y oportunidades añadidas". (La traducción es nuestra).

abandonarse, por tanto, esquemas de producción más generalistas⁵⁷.

Asimismo, la colaboración entre empresas en el ámbito tecnológico permite no sólo maximizar las inversiones en investigación, sino que, la interrelación entre los equipos investigadores y la mayor rapidez y fluidez en el intercambio de conocimientos, genera importantes sinergias y eficiencias que se traducen tanto en una mayor capacidad de desarrollo de productos, como en la posibilidad de asumir proyectos innovativos de mayor complejidad a un menor coste⁵⁸.

⁵⁷ POWELL, WALTER W., “Neither Market nor hierarchy...”, ob.cit., pág. 319 es claro en este aspecto al afirmar: “Cuando el ritmo del cambio tecnológico era relativamente lento, los procesos de producción estaban bien comprendidos y estandarizados y las cadenas de producción lanzaban grandes cantidades de productos similares, la integración vertical era una estrategia enormemente exitosa. Pero las desventajas de una integración vertical a gran escala pueden acuciarse cuando el paso del cambio tecnológico se acelera, la Vida de los ciclos de producción se acorta y los mercados se vuelven más especializados”. (La traducción es nuestra).

⁵⁸ Una visión sobre la extraordinaria relevancia que pueden tener las redes tecnológicas para el desarrollo de las PYMEs puede verse en SUÁREZ-VILLA, L., “Las estructuras de cooperación: reducción de escala, subcontratación y alianzas en redes”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 109, 1996, pág 63: “Las alianzas estratégicas pueden servir de elementos básicos para edificar redes de conocimientos técnicos para diseñar, innovar productos o introducir nuevas técnicas de fabricación. Para las PYMEs con conocimientos técnicos limitados, el unirse a una de estas redes puede ser la base de una mayor estabilidad, e incluso ser necesaria para sobrevivir. En la introducción o desarrollo de invenciones, por ejemplo, una alianza en red de conocimientos técnicos, unida a una institución de investigación como una universidad o un laboratorio importante, puede aumentar su utilidad para las empresas participantes. La aceleración de la difusión de innovaciones probablemente se hará de modo más eficaz mediante una red de empresas aliadas que mediante acuerdos bilaterales o individuales entre la institución y la empresa en cuestión. El establecimiento de una ligazón entre una alianza en red y una institución de investigación puede hacer posible también el intercambio de ideas y descubrimientos que sólo pueden surgir del conocimiento práctico y acumulativo de las diferentes empresas que componen las alianzas”.

En el mismo sentido, sobre las PYME DEAKING, S., “Cooperation and Trust in inter-firms relations: beyond competition policy?”, ob.cit., págs. 25 y 26.

Todos estos ejemplos muestran como las fronteras o límites de las empresas se difuminan a través de la nueva tipología de relaciones de mercado. De esta forma, la actividad de proveedores o distribuidores deja de ser concebida como un negocio externo a la organización empresarial para pasar a integrarse funcionalmente – no en términos de propiedad o control jurídico – en el ciclo de producción y desarrollo, generándose de este modo interdependencias entre la ejecución de la actividad por parte de cada empresa⁵⁹.

De igual manera, el éxito en el desarrollo de proyectos conjuntos de I+D tendrá un indudable reflejo en la capacidad de modernización, de innovación productiva y, por tanto de éxito, de las distintas empresas participantes, por lo que, de nuevo, el resultado de la actividad individual trasciende de la esfera empresarial interna y se refleja recíprocamente en el resultado del resto de empresas participantes en el proyecto⁶⁰.

Acerca de los retos jurídicos/organizativos que plantean estas alianzas entre empresas, adelantando también alguna de las cuestiones que serán tratadas posteriormente, UNGERER, H., “Entreprises conjointes et recherche-développement” *Coopération entre entreprises, Entreprises conjointes stratégies industrielles et pouvoirs publics*, JACQUEMIN, A., REMICHE, B., eds., De Boeck Université, Bruxelles, 1988, pág. 217.

⁵⁹ WINDAHL, CH., LAKEMON, N., “Developing integrated solutions: The importance of relationships within the networks”, *Industrial Marketing Management*, núm. 35, 2006, págs. 806-807, en relación con lo que llaman “soluciones integradas”, esto es integración de productos y servicios como oferta comercial, destaca la necesidad de una cooperación cruzada y funcional entre los distintos departamentos a nivel interno en la empresa pero también entre los miembros de la red, en este sentido “Un antiguo proveedor de productos se convierte ahora en un “proveedor de soluciones”, lo que supone un nuevo grado en relación a su papel en el ciclo de producción”. (La traducción es nuestra).

⁶⁰ Al respecto señala CAFAGGI, F., “Introduzione”, *La crisi dell’impresa nelle reti e nei gruppi*, CAFAGGI, F., GALLETI, D., CEDAM, 2005, pág. XII: “El empleo de las nuevas tecnologías en las relaciones entre empresas propone al menos dos cuestiones que inciden sobre la evolución del modelo organizativo: a) en qué medida las redes ya existentes se han modificado en su estructura y modalidad operativa por la introducción de plataformas tecnológicas o sistemas de comunicación informática. b) en qué hipótesis la reducción de los costes de transacción provoca la constitución de redes que

I.2 La emergencia de la red empresarial.

Los procesos de disgregación o desverticalización organizativa, así como la convergencia entre empresas independientes⁶¹, han ocasionado una serie de cambios en las formas de estructuración y relación empresarial, dando lugar a la aparición de una realidad económica distinta⁶², una forma de

anteriormente no se constituían por razón del nivel excesivamente elevado de éstos”. (La traducción es nuestra).

⁶¹ Acerca del efecto conjunto de estos dos fenómenos, TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, ob.cit., pág. 20: “La crisis en la organización tradicional jerárquicamente centralizada no ha llevado a una verdadera externalización de las actividades en el mercado. En cambio, ha dado lugar a la “semi-externalización” de las actividades en las redes de fabricantes, coproductores y distribuidores que también incluye a los clientes y consumidores en sus cadenas de producción de riqueza... En cambio, un número creciente de empresas independientes se han ido uniendo a las redes. En otras palabras, no hay una verdadera internalización en términos organizacionales formales, sino más bien un proceso de “semi-internalización”... De este modo, la nueva empresa de red deriva, por una parte, de tendencias de desintegración en la empresa tradicional y de tendencias de “semi-integración” en los mercados, por la otra”. (La traducción es nuestra)

⁶² La red empresarial en cuanto entramado de relaciones estables entre empresarios independientes basadas en relaciones de confianza ya existía anteriormente en el tiempo, si bien ahora, su aparición se hace en un contexto histórico distinto y con un carácter mucho más científico desde el punto de vista de la organización de la empresa que en épocas anteriores.

Para una visión sobre estos antecedentes de red empresarial Vid. CAFAGGI, F., “Introduzione”, *Il contratto di rete*, CAFAGGI, F., dir., Bologna. Il Mulino, 2009, págs. 9-10 y el artículo de TILLY, CH., “Welcome to the Seventeenth Century”, *The Twenty-First-Century Firm, Changing economic organization in international perspective*, DI MAGGIO, P., (ed.), Princenton University Press, 2001, págs 200 -209.

De forma más clara TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, ob.cit., pág. 18, citando a Windeler (2001): ““Las relaciones de red [se dan] entre distribuidores, fabricantes, productores de sistemas y componentes, no sólo en la industria automovilística y electrónica, sino también en Mcdonalds, en redes de servicios financieros que abarcan, por ejemplo, aseguradores, agentes y clientes, en redes de transporte y logística, como la Red de Alianza Trans-Europea (TEAM), la Thyssen-Haniel logistics o NDX International, y en las redes de fabricación, como Adidas, o en redes de distribuidores, como

organización empresarial, situada entre los modelos ideales de mercado y jerarquía, cuyos caracteres pueden agruparse en torno a tres grandes conceptos: la interdependencia de las prestaciones empresariales; el carácter estable y duradero y basado en la confianza recíproca (*trust*) de las relaciones mantenidas entre empresarios; y la existencia de una efectiva transmisión y creación de conocimientos industriales y Know-how⁶³.

A) Interdependencia de las prestaciones empresariales.

La especialización y la colaboración empresarial son fundamentales para el desarrollo de nuevos productos y servicios más complejos, con valor añadido y capacidad de diferenciación respecto a la competencia⁶⁴. Además dicha

Marks & Spencers, Benetton o Ikea, así como en “las redes regionales” en regiones industriales como “LA TERCERA ITALIA/centro y nordeste de Italia”, o, incluso, en negocios virtuales”. (La traducción es nuestra).

Para una visión de como la doctrina organizativa va elaborando el modelo de red empresarial Vid. LORENZONI, G., “Genesis of a research field: district, network, strategic network”, *Journal of Management and Governance*, núm. 14, 2010, págs. 221-229.

⁶³ Esta sistematización de factores definitorios de las redes empresariales es apuntada por POWELL, WALTER W., “Neither Market nor hierarchy...”, ob.cit., pág. 324 y también por TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, ob.cit., págs. 14-15.

⁶⁴ Al respecto afirma CASTALDO, S., *Trust in Market Relationships*, Edward Elgar, 2007, pág. 3 que: “Las empresas son incapaces de gestionar de forma independiente el incremento del nivel de complejidad del entorno y, por lo tanto, requieren de una especialización en la producción de conocimiento, así como en el desarrollo de relaciones de mercado. De esta forma surge la necesidad de conectarse en redes e integrar competencias complementarias y desarrollar la especialización para afrontar los nuevos contextos competitivos... Los intercambios instantáneos y unilaterales tendrán que convertirse en relaciones bilaterales de larga duración en las cuales la demanda interactúe activamente con la red de empresas contribuyendo al desarrollo del conocimiento... de hecho, los clientes se transforman en los co-productores de la base de conocimiento de la red”. (La traducción es nuestra).

En el mismo sentido Id. *Fiducia e relazioni di mercato*, Il Mulino, 2002 pág. 15.

colaboración permite la generación e intercambio de competencias complementarias entre los empresarios, lo cual aumenta su eficacia y capacidad competitiva⁶⁵.

Para la consecución de estos fines es necesario que las relaciones entre los empresarios revistan una especial intensidad, en concreto, que presenten un carácter estable y duradero en el tiempo⁶⁶, el cual proporcione a sus miembros un mayor grado de estabilidad⁶⁷ respecto de lo que supone una

⁶⁵ En este sentido, CASTALDO, S., *Trust in Market Relationships*, ob.cit., págs. 7-8 e Id., *Fiducia e relazioni di mercato*, ob.cit., págs. 21-22 en relación con los productos complejos que requieren de un servicio asociado (por ejemplo, servicio post-venta), señala el mayor riesgo que corre el empresario al contratar el mismo, debido a que no puede verificar la calidad de la compra y a la larga duración de la relación. De esta forma “La relevancia del componente inmaterial del aprovisionamiento (servicio contratado), la complejidad del sistema de producto, y la necesidad de personalización asociada con la variedad de requerimientos de la demanda – lo que implica unas intensivas actividades de co-diseño – incrementan el nivel de complejidad e incerteza de la compra. La racionalidad de el intercambio instantáneo no se puede aplicar, por lo tanto, a los mercados industriales, con lo que, consecuentemente es necesaria una relación de larga duración entre proveedor y demandante”. (La traducción es nuestra).

⁶⁶ WINDAHL, CH., LAKEMOND, N., “Developing integrated solutions...”, ob.cit., págs. 808 y 809 en relación con la creación de productos integrados afirman que “La creación de soluciones integradas es, sobre todo, una cuestión de combinar actividades de valor de múltiples actores con el objetivo de formar productos finales “creadores de valor”...Por lo tanto, en lugar de centrarse en la compañía o incluso la industria, se torna importante centrarse en el sistema de creación de valor. donde varios actores (proveedores socios o aliados comerciales, consumidores), trabajan juntos para co-producir valor, los papeles y las relaciones necesitan ser reconfiguradas para crear valor de nuevas formas, siendo crucial un ajuste dinámico entre competencias y consumidores...Tomar en consideración la inclusión de una firma en una red, así como sus conexiones y dependencias directas e indirectas con otras empresas es posible obtener una imagen más completa de los retos que supone el desarrollo de soluciones integradas” (La traducción es nuestra).

⁶⁷ Respecto a la estabilización de las relaciones entre empresarios en este marco, CAFAGGI, F., “Reti di impresi, spazi e silenzi regolativi”, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, CAFAGGI, F., ed., il Mulino, 2004, págs 18 y 19: “La red (empresarial) estabiliza las relaciones, permitiendo reducir los efectos negativos de la

simple relación de intercambio instantánea y esporádica de mercado⁶⁸.

Como consecuencia de esta necesidad de complementación se produce un proceso de integración empresarial entre las actividades – no las empresas – desplegadas por cada uno de los sujetos de la relación. Dicha integración implica que el resultado de la actividad de una empresa singular no dependa en exclusiva de su capacidad de gestión u organización interna, sino también de sus relaciones externas – difuminación de los límites de la empresa –, esto es, de las relaciones mantenidas con el resto de empresas que participan en la elaboración y distribución del bien o servicio⁶⁹. De este modo, la interdependencia en la ejecución

inestabilidad de las relaciones singulares contractuales determinadas, del comportamiento oportunista asociado a las inversiones específicas asimétricas y también de la exigencia de asegurar una movilidad de los recursos que vuelva a la empresa más flexible y reactiva. La estabilización aumenta el coste de salida oportunista y asegurando la imposición de sanciones, reputacionales y no reputacionales también. Al mismo tiempo la estabilidad reduce el coste de salida eficiente de las relaciones contractuales singulares que penden de la red permitiendo una movilidad de recursos relacionales a través de sistemas de cooperación que aseguran un uso tendencialmente óptimo”. (La traducción es nuestra).

⁶⁸ Desde una visión del análisis económico del Derecho, y en sede de la teoría de costes de transacción, CANDANCE, J., HESTERLY, W.S., BORGATTI, S.P., “A General Theory of Network Governance: Exchange Conditions and Social Mechanisms”, *The Academy of Management Review*, Vol. 22, núm.4, Octubre 1997, pág. 917, señalan, analizando los parámetros que componen la teoría de costes de transacción que: “La frecuencia es importante por tres razones: Primera, la frecuencia facilita la transmisión de conocimiento tácito en los intercambios complejos, especialmente en el caso de procesos especializados o conocimiento. Segunda, las interacciones frecuentes establecen las condiciones para una vinculación relacional y estructural, lo que da lugar a la aparición de mecanismos sociales para adaptar, coordinar y salvaguardar la efectividad de los intercambios. Tercera, las interacciones frecuentes provocan una eficiencia de costes en el uso de estructuras de gobernanza específicas”.

⁶⁹ BATT, PETER J., PARCHASE, S., “Managing collaboration within networks and relationships”, *Industrial Marketing Manager*, núm. 33, 2004, pág. 170, reflejan claramente este extremo al afirmar contundentemente que: “La posición de una empresa dentro de la red depende de la naturaleza de las

empresarial, se configura como uno de los factores caracterizadores de la dinámica de este tipo de relaciones empresariales.

Interdependencia implica la idea de conectividad de las prestaciones, esto es, que el resultado de la relación mantenida entre dos sujetos es susceptible de afectar y extenderse al resto de empresarios, aún cuando estos no tengan relación directa con ninguno de los dos primeros. De igual forma, las decisiones y actuaciones de los sujetos incluidos en el proyecto influyen no solo sobre el resultado global del mismo, sino también sobre la libertad de actuación individual del resto de los miembros⁷⁰.

En este contexto de interdependencia y conectividad, la jerarquía como forma de organización empresarial pierde terreno a favor de estructuras organizativas más flexibles en las que prima la dimensión relacional entre los empresarios⁷¹, que adquiere vital importancia para la coordinación y gestión de las tareas entre empresas⁷², para la delimitación de las zonas de

relaciones directas e indirectas que tiene con otros miembros”. (La traducción es nuestra).

⁷⁰ Ambos aparecen delineados con detalle desde una perspectiva relacional por BATT, PETER J., PARCHASE, S., “Managing collaboration within networks and relationships...”, ob.cit., pág. 170.

⁷¹ SABEL, CH., “El aprendizaje a través del monitoreo: los dilemas de la política económica regional en Europa”..., ob.cit., pág. 36: “La discusión continúa de fronteras y obligaciones mutuas que caracteriza al aprendizaje a través del monitoreo transforma a tal grado el escenario de la coordinación económica que los instrumentos normales de gobierno – jerarquía, contratos y relaciones contractuales – pierden su valor. ...Demuestran su inflexibilidad en la regulación de las relaciones a largo plazo como en el caso entre las empresas de producción en serie y sus proveedores, quienes se encuentran sujetos al surgimiento de contingencias imprevistas como alzas en precios de materias primas o cambios en la tecnología. Los contratos relaciones van un paso más allá. Reconocen la imposibilidad de especificar todas las contingencias en esfuerzos conjuntos complejos y proveen de reglas para el arbitraje de disputas que surjan de interpretaciones conflictivas del contrato”.

⁷² La función relacional y de transmisión de conocimientos y estrategias en el ámbito de una red de distribución vertical es destacada por CHEN-WENG, CH., M. CHIANG, D., FAN-YUN, P., “Cooperative strategy in supply chain networks” *Industrial Marketing Manager*, 2012, (en prensa), “Las empresas se apoyan

responsabilidad complementaria y para la transmisión de los conocimientos técnicos, industriales, y estratégicos que permiten el éxito del proceso productivo integrado⁷³.

B) Relaciones duraderas, estables y basadas en la confianza.

La interacción continuada en el tiempo entre operadores económicos independientes genera un proceso de *learning by monitoring* fruto de la experiencia que se acumula como consecuencia de las relaciones negociales mantenidas⁷⁴. Este hecho produce que, a pesar de no existir una relación de confianza inicial entre las partes, la dimensión relacional entre las mismas cobre una especial importancia⁷⁵.

Como consecuencia, surgen entre las partes lazos de carácter informal⁷⁶ basados en la experiencia de las relaciones previas y

en la complementariedad de sus recursos y capacidades para ganar sinergias con los miembros de la red y desarrollar recursos o capacidades cooperativas. En una red de dominación aguas arriba, la empresa principal genera sinergias seleccionando estratégicamente los miembros con recursos complementarios mutuos. Haciendo esto no solo genera sinergias entre la complementariedad mutua de recursos sino que también reduce costes de transacción entre la empresa principal y las situadas aguas abajo.

⁷³ Sobre este aspecto Vid. apartado C) dentro de este mismo subepígrafe.

⁷⁴ Sobre los incentivos económicos de las empresas para colaborar entre sí en relación con el *learning by monitoring*, BOSI, G., “Modelli di autorreglamentazione nelle reti di imprese”, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, CAFAGGI, F., ed., il Mulino, 2004, págs. 249-250, señalando el autor la reducción de los costes de negociación y la transmisión y adquisición del know-how y el modelo de empresa, como los principales incentivos par la colaboración.

⁷⁵ Repasando la teoría del marketing, CASTALDO, S., *Trust in Market Relationships*, ob.cit., págs. 6-7 e Id., *Fiducia e relazioni di mercato*, ob.cit., págs. 20-21, señala el paso de la concepción del mero intercambio como objeto de estudio del marketing, a la inclusión de la dimensión relacional en el mismo, lo que lleva a definir el marketing como “una actividad dirigida a establecer, mantener y potenciar relaciones con consumidores y otros agentes para el beneficio, en la medida en que los objetivos de las partes involucradas se alcancen”. (La traducción es nuestra).

⁷⁶ PERDERSEN, R., “The gateway to successful business relationships in the 21st century”, *Pecnia, Monográfico*, 2010, pág. 168, describe cinco estadios

que generan unas expectativas positivas – expectativas de conducta – de obtener una futura prestación satisfactoria por la contraparte⁷⁷.

Estas expectativas constituyen la base del nacimiento de una relación de confianza (*trust*) entre empresarios, en la cual cada parte confía en la capacidad de la otra para ejecutar la prestación satisfactoriamente, de acuerdo con las especificidades ya conocidas por la contraparte⁷⁸.

Este entorno de confianza propicia la consecución de unas mayores cuotas de colaboración empresarial, lo que se traduce

por los que atraviesa la relación empresarial hasta la formación de los lazos de confianza de carácter informal: la prerrelación, que incluye una investigación de la futura contraparte, el comienzo de las negociaciones entre las partes, que constituye el período de mayor inversión por ambas por lo que refiere a reuniones, discusiones y compartimiento de información y sinergia; el desarrollo de la relación contractual en el que las partes se acercan cada vez más la una a la otra al ir acostumbrándose al estilo de trabajo y liderazgo de la otra; la profundización en la relación como consecuencia de mucho tiempo de conocimiento mutuo, en el que ya no es necesario tanto detalle en la información y coordinación, lo cual puede suponer también un peligro para la relación contractual si aparece un relajamiento en exceso; la última fase es la ruptura de la relación, que se produce cuando el exceso de relajamiento quiebra la confianza.

⁷⁷ La formación de estas expectativas se encuentra en el propio germen de las redes empresariales en las que “las enredosas cuerdas de la reputación, amistad, interdependencia y altruismo se convierten en partes integrales de la relación”. POWELL, WALTER W., “Neither Market nor hierarchy...”, ob.cit., pág. 304 citando a MACNEIL, I., “Relational contract: What we do and do not know?”, *Wisconsin Law Review*, núm. 3, págs. 483-526.

⁷⁸ Si bien es cierto que en teoría el mayor grado de confianza recíproca disminuye el riesgo de oportunismo, no debe obviarse la capacidad de refuerzo mutuo de ambos señalada por GRANDORI, A., “Interfirm Networks: Organizational mechanisms and economic outcomes”, *Interfirm Networks: Organization and Industrial Competitiveness*, Routledge, 1999, pág. 11, donde señala que “Confianza y oportunismo pueden ambos no solo estar presentes en una relación, sino también reforzarse mutuamente como Friedberg y Neuville han demostrado en el caso de las relaciones de abastecimiento. Si una parte ha ganado una reputación de fiable, ello le incentiva a comportarse de forma oportunista ya que, normalmente espera sobre ella menos esfuerzos de control de este tipo de comportamientos” (La traducción es nuestra).

en una mayor integración entre las actividades productivas de las empresas que mantienen una relación continuada⁷⁹.

A su vez, el deseo de mayor integración retroalimenta el *trust* y la estabilidad de la relación entre los empresarios – a mayor duración de la relación, más posibilidades de generación de confianza entre las partes y, a mayor confianza entre las mismas, mayor posibilidad de mantener una relación duradera⁸⁰–, actuando así como agente reductor del riesgo de comportamiento oportunista⁸¹.

⁷⁹ De forma muy gráfica TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, ob.cit., págs. 96-97 organiza en torno a 6 estadios las fases por las que atraviesa una relación comercial hasta llegar al grado de implicación que supone una red empresarial: 1 la relación potencial, en la que existe una co-presencia de los actores en el mismo campo con unos recursos susceptibles de ser puestos en común; 2 pre-relación cuando uno de los actores se dirige al otro para obtener información y abrir un canal de comunicación; 3 la interacción, cuando se produce una respuesta por el segundo actor y las partes se conocen mutuamente; 4 relación diádica de mercado, la interacción a evolucionado en una experiencia compartida repetitiva de intercambio de recursos, 5., relación de larga duración, que implica un acercamiento entre los modelos productivos; 6, relación de red, cuando aparece la interdependencia entre las partes.

⁸⁰ CASTALDO, S., *Trust in Market Relationships*, ob.cit., págs. 29-30 e Id., *Fiducia e relazioni di mercato*, ob.cit., págs. 48-49, en un apartado dedicado al estudio del *trust* como recurso inmaterial de la empresa señala que : “Los recursos inmateriales aumentan porque la empresa tiene éxito convirtiendo sus relaciones con los consumidores (se refiere tanto a proveedores y distribuidores, como a consumidores en sentido estricto)“exclusivas”. A través de la confianza en la empresa, los consumidores son inducidos a perpetuar su elección, reforzando su creencia en la fiabilidad de la empresa y haciendo menos posible una relación alternativa con otros proveedores. En otras palabras, la confianza del consumidor determina un correspondiente incremento de la distancia que separa, dentro del sistema cognitivo individual, la empresa de confianza de sus competidores. Entonces, la confianza en las relaciones vendedor- comprador representa un tipo cognitivo efectivo de barrera de entrada para nuevos competidores. Cuanto mayor sea el nivel de confianza que la empresa ha obtenido exitosamente con sus consumidores, menor serán las posibilidades de otro sujeto de entrar en la relación”. (La traducción es nuestra).

⁸¹ Analizando la confianza como carácter de las redes empresariales POWELL, WALTER W., “Neither Market nor hierarchy...”, ob.cit., pág. 326 señala

De acuerdo con lo anterior, el nacimiento del *trust* o confianza en las relaciones empresariales aparece, en la concepción occidental, íntimamente ligado al resultado de las relaciones personales previas mantenidas entre las partes⁸², de forma que su contenido es similar al del valor “confianza” propio de las relaciones personales⁸³.

Esta caracterización del *trust* empresarial aparece, en cambio, contrapuesta a la concepción oriental de la confianza empresarial, la cual se entiende en términos de “credibilidad”, asociando, en el caso japonés, el término *shinyo* a la confianza en las relaciones empresariales⁸⁴ y utilizando los términos *shingi* o *shinrai* para referirse a la confianza en las relaciones

“Cuando hay una alta probabilidad de una futura asociación, las personas no solo muestran una mayor disposición a colaborar con los demás, sino que también se incrementa el ánimo de castigar a quien no lo hace...como resultado hay una necesidad limitada de supervisión jerárquica porque el deseo de una exitosa participación continuada, desanima el oportunismo” (La traducción es nuestra).

⁸² En este sentido Vid. el apartado dedicado a la formación de la confianza en el artículo de NOOTEBOOM, B., “Methodological interactionism: theory and application to the firm and to the building of trust”, *Discussion paper, núm. 2007-05*, cEnter, Tilburg university, octubre 2006.

⁸³ “Trust en las redes empresariales ha sido definida en relación a varias de las benevolentes y autoprotectivas características de la confianza mutua y confidencia compartida propias de la confianza en las relaciones interpersonales” (La traducción es nuestra), SCHER, MARK.J., “Japanese interfirm networks, “high-trust” or relational access?” *Interfirm Networks: Organization and Industrial Competitiveness*, Routledge, 1999, pág. 304.

⁸⁴ Resulta también interesante resaltar el significado de la palabra “relación” en la cultura japonesa: *Kankei* es la palabra usada para “relación”, compuesta de dos partículas “*kan*”, que significa barrera y “*kei*”, que significa deber del grupo familiar. Estas dos palabras capturan perfectamente el juego de los conceptos básicos contenidos dentro del significado de relación, esto es, el acceso está determinado por la naturaleza de la relación. “Acceso”, en primer lugar, tal y como es usado en Japón refleja un proceso no tanto de apertura de puertas como de controlar la entrada, determinando quién está autorizado a pasar la barrera de acceso, donde el paso esta determinado por las características de la relación. SCHER, MARK.J., “Japanese interfirm networks, “high-trust” or relational access?... ob.cit., pág. 313, (La traducción es nuestra).

personales⁸⁵. De esta forma, en el mundo oriental, las relaciones entre particulares no alteran las relaciones entre empresas, las cuales descansan sobre la base de la propia eficiencia de las relaciones empresariales duraderas.

A pesar de las diferencias, una y otra concepción del *trust* parten del mismo axioma, a saber, el carácter duradero y estable de la relación negocial previa, y, en todo caso también, la presencia de este elemento de confianza determina, en ambas concepciones, una especial tipología en los modos de formalización y organización de la integración empresarial⁸⁶, entre otros: convivencia de relaciones formales e informales entre empresarios⁸⁷, ausencia de instrumentos coercitivos entre

⁸⁵ La diferenciación terminológica es ampliamente expuesta por SCHER, MARK.J., "Japanese interfirm networks, "high-trust" or relational access?... ob.cit., pág. 307.

⁸⁶ En este sentido, TEUBNER, G., *Network as connected contracts*, ob.cit., pág. 16: "Las redes de confianza" son mucho más relevantes para nuestro objetivo. Aquí, el concepto "red" denota una relación social típica, en la que la confianza estructurada forma/comprende la base para la cooperación. En este sentido, las redes se diferencian tanto de una sociedad/comunidad organizacional formal como de las relaciones de intercambio recíproco ya que implica una forma específica de relación de confianza que está constituida por intereses manifiestos, interacciones repetidas en el tiempo y la observancia de terceros. Las redes de confianza son normalmente estructuras muy fluidas, pero se pueden dar también en forma de un sistema social institucionalizado. Este tipo de expectativas de las redes se deducen de una variedad de fuentes localizadas fuera de las relaciones formalmente constituidas: derivan de las relaciones personales, lazos familiares, parentesco, amistad, sentimientos de vecindad, solidaridad, profesión, poder, influencia y otro tipo de interdependencias sociales. La variedad de estas redes, es de este modo, tan amplia que requiere una limitación. Las redes de confianza van desde las formas tradicionales de patrocinio, hasta las relaciones de clientela, pasando por amici degli amici (amigos de amigos), alianzas semi-feudales, redes "old boy"/hermandades y estructuras de tipo mafia, hasta redes de caridad, relaciones tradicionales empresariales y redes basadas en la "cordialidad" hasta abarcar incluso las formas más modernas de cooperación en la economía". (La traducción es nuestra).

⁸⁷ Este aspecto es destacado por GRANDORI, A., "Interfirm Networks: Organizational mechanisms and economic outcomes...", ob.cit., págs. 11 y 12, al criticar la tradicional oposición existente entre modos de organización formales e informales y defender que los mecanismos de gobernanza

las partes⁸⁸ y existencia de mecanismos y procesos de autocomposición de intereses⁸⁹.

C) Transmisión de *Know-how*.

En un ámbito de negocio que exige un elevado grado de integración entre empresarios independientes para el desarrollo de productos y servicios complejos y competitivos, y en el que existe una interdependencia y conectividad efectivas entre las prestaciones ejecutadas por cada empresa, la transmisión de conocimientos entre los empresarios participantes resulta vital para la coordinación, organización y planificación de la actividad de cada ejecutante en aras a asegurar el éxito de la operación en su conjunto⁹⁰.

formales e informales se complementan unos a otros y se encuentran incluidos unos dentro de otros.

⁸⁸ En relación con el papel de la noción de “poder” en las redes, BATT, PETER J., PARCHASE, S., “Managing collaboration within networks and relationships..”, ob.cit., pág. 171, apuntan que: “cuanto más relacional sea el intercambio, menos probable es que las empresas puedan ejercer poder coercitivo. El tipo de poder que se corresponde con la influencia interorganizativa de las redes es el que se construye alrededor de lazos sociales y relaciones de confianza”. (La traducción es nuestra).

⁸⁹ WILKINSON, I., YOUNG, L., “On cooperating: Firms, relationships, networks”. *Journal of Business Research*, núm.55, 2002, pág. 125 señalan que. “En una red de empresas, las mismas participan en un proceso de auto-organización de la interacción que tiene lugar entre las empresas involucradas. Como todas las empresas están simultáneamente involucradas en el resultado de la gestión de la red, ésta no puede ser controlada nunca directamente por una sola empresa. Más que intentar gestionar la red, las empresas deberían aprender a gestionar las interacciones que tienen lugar entre ellas a nivel interno y externo” (La traducción es nuestra).

⁹⁰ En el trabajo de CHEN-WENG, CH., M. CHIANG, D., FAN-YUN, P., “Cooperative strategy in supply chain Networks...”, ob.cit., págs. 6 y 8 se refleja la importancia del intercambio de información en las diversas tipologías de redes., siendo especialmente ilustrativo el ejemplo usado con la empresa Toyota: “Toyota necesita que sus proveedores y distribuidores le proporcionen información como previsiones de demanda, planes de producción y estados de inventario para facilitar una capacidad de respuesta y planificación más reticular. Estas rutinas de compartimiento de información resultan en un incremento de la eficiencia de todos los miembros, reducción

Asimismo, el intercambio de información no solo permite mejorar la capacidad competitiva del conjunto de empresas al reforzar sus sinergias recíprocas (complementariedad dinámica)⁹¹, si no también abordar la ejecución de proyectos

de costes, mejora en la transparencia de la información y desarrollo de ventajas cooperativas. En consecuencia Toyota desarrolla sistemas de información que incluyan sistemas de planificación avanzada, de gestión de información de la cadena de aprovisionamiento y sistemas de gestión de la información de la logística global. Estos integran las actividades de información de todos los miembros. Al mismo tiempo, Toyota mejora la capacidad de toda la cadena, a través de, por ejemplo, entrenar a los distribuidores o solucionando problemas para los distribuidores”. (La traducción es nuestra).

Sobre este proceso de integración desde la perspectiva de la teoría de costes de transacción, CANDANCE, J., HESTERLY, W.S., BORGATTI, S.P., “A General Theory of Network Governance...”, ob. cit, pág. 923: “Las condiciones de transacción complejas, las tareas personalizadas con interacción recurrente generan vinculación estructural. Las tareas complejas requieren que varias partes interactúen para completar el producto o servicio, lo que aumenta la vinculación entre los contratos, evolucionando de estrictamente bilateral a intercambios exclusivos. Los procesos personalizados y el conocimiento intensifican la necesidad de intercambios de coordinación y salvaguarda entre las partes y aumentan la frecuencia de la interacción de forma que el conocimiento tácito puede ser compartido. Estas condiciones de intercambio generan el impulso para la emergencia de la vinculación estructural, la que, a su vez, establece las bases para que los mecanismos sociales, adapten, coordinen y salvaguarden los intercambios especializados de forma eficiente”.

⁹¹ El término es usado por NOOTEBOOM, B., *A cognitive theory of the Firm*, ob.cit., págs. 135-136, refiriéndose a la conveniencia en el ámbito de la innovación de unir las fortalezas y debilidades opuestas de pequeñas y grandes empresas, así: “Las empresas pequeñas tienen ventajas de comportamiento: motivación para aceptar riesgos y poca inversión en las primeras etapas de la investigación, contacto cercano con consumidores y empleados, flexibilidad de pequeñas empresas emergentes que todavía no han consolidado formas organizativas para ajustarse a las prácticas dominantes. Las grandes compañías tienen ventajas en los recursos: beneficios de las actividades establecidas para financiar la innovación, un espectro más amplio de actividades para compartir riesgos y subsidios cruzados para nuevos proyectos, recursos humanos y otros especializados, acceso al mercado (canales de distribución y nombres de marcas) y capital social y político establecido.

complejos que resultarían inviables para las empresas consideradas singularmente⁹².

De igual modo, el intercambio de información entre las empresas integradas permite abordar tareas de investigación y desarrollo tecnológico cuyo sostenimiento, de otro modo, sería excesivamente gravoso para cada uno de ellos individualmente⁹³.

En vista de la complementariedad dinámica, uno podría esperar que las grandes empresas típicamente produzcan las invenciones que requieren grandes equipos de investigación y desarrollo con muchos especialistas, mientras que las empresas pequeñas serán más rápidas en llevar las invenciones a la práctica, en la exploración de nuevos productos y las grandes empresas llevarán los nuevos productos a una explotación a gran escala más eficiente”. (La traducción es nuestra).

⁹² Al respecto, de nuevo, POWELL, WALTER W., “Neither Market nor hierarchy...”, ob.cit., pág. 304: “Las redes están particularmente adaptadas para las circunstancias en las que es necesaria una información eficiente y de calidad. La información más útil rara vez es la que fluye hacia abajo de la cadena de mando en una organización, o la que puede ser inferida por señales en los cambios de precio. Más bien es la que se obtiene de alguien con quien tú has tratado en el pasado y lo encuentras de fiar. La verdadera mayor información es la que viene de alguien que tú conoces bien... El carácter abierto de las redes con su relativa ausencia de conducta *quid pro quo*, incrementan en gran medida la habilidad para transmitir y aprender nuevos conocimientos y habilidades.”. (La traducción es nuestra).

⁹³ NOOTEBOOM, B., “The dynamic efficiency of networks”, *Interfirm Networks: Organization and Industrial Competitiveness*, GRANDORI, A., ed., Routledge, 1999, en un interesante estudio dedicado a analizar las eficiencias de las redes empresariales, señala, cuando analiza el factor de la investigación y desarrollo, págs. 105-106 que: “Debido a la falta de investigadores especializados y como consecuencia de la orientación en el corto plazo, las pequeñas empresas tienden a ser débiles en la investigación sistemática fundamental, siendo mejores aplicando y comercializando los resultados de esta investigación que las grandes empresas... Las pequeñas empresas en estructuras desintegradas suelen tener un menor compromiso con la investigación y desarrollo, pero cuando lo tienen, éste suele ser más intenso y eficaz. Hay una complementariedad dinámica: Las grandes empresas integradas tienden a ser mejor en la investigación fundamental sistemática mientras que las pequeñas empresas son mejores en la combinación, aplicación y comercialización de las novedades”. (La traducción es nuestra).

Además, en muchas ocasiones la complejidad y especialidad de este tipo de procesos de producción o de prestación de servicios ocasiona que, la información industrial – en especial el *know-how* – al aparecer concentrada en los especiales caracteres de los recursos humanos de la empresa, no resulte fácilmente traducible y transmisible en un soporte físico. En este sentido, para que su difusión se realice de forma satisfactoria, será necesaria la interacción personal prolongada en el tiempo entre los sujetos poseedores de la misma – aprendizaje mediante la interacción⁹⁴ –, dentro de un entorno de confianza, libre de formalismos de seguridad, para poder ser transmitida de forma eficiente⁹⁵.

⁹⁴ MORGAN, K., “El aprendizaje mediante la interacción: redes interempresariales y apoyo empresarial”, *Redes de Empresas y Desarrollo Local. Competencia y cooperación en los sistemas productivos locales*, OCDE, 1999, pág. 63, dentro de un artículo en el que critica los enfoques estáticos e ideales de la teoría económica neoclásica y aboga por la teoría de “la economía de la evolución” que parte de supuestos realistas acerca de cómo las empresas se comportan en el mercado y sitúa el aprendizaje, ante un entorno económicamente incierto en el centro de la teoría sobre la empresa, el autor habla del “aprendizaje mediante la interacción”, tanto dentro de la empresa como en las relaciones de ésta con terceros en el mercado, señalando en este último caso que: “ A través de una serie de innovaciones organizacionales – como ubicar a los ingenieros del proveedor en la planta del cliente, situación ideal para retroalimentar información acerca del uso de sus productos; como el uso de asociaciones de proveedores, que difunden las “mejores prácticas” entre sus miembros; así como convenciones conjuntamente acordadas, como la contabilidad a libro abierto, para compartir los frutos de la colaboración empresarial – , las principales empresas japonesas fueron capaces de cosechar los beneficios de la integración vertical *de facto* sin asumir los costos”.

En el mismo sentido, CANDANCE, J., HESTERLY, W.S., BORGATTI, S.P., “A General Theory of Network Governance...”, *ob. cit.*, pág. 920.

⁹⁵ En este sentido, POWELL, WALTER W., “Neither Market nor hierarchy...”, *ob.cit.*, pág. 324. “El know-how se típicamente se refiere a un tipo tácito de conocimiento que es difícil de codificar. Existe en las mentes de personas talentosas cuya pericia no puede ser fácilmente comprada o apropiada y que comúnmente prefieren ejercer su intercambio en un entorno que no les haya sido impuesto por los superiores o dictado por una autoridad exterior. De hecho los mercados o las estructuras jerárquicas pueden entorpecer el desarrollo de esas facultades porque los recursos más críticos – las personas

En este contexto, la relación de confianza entre empresarios independientes propia de las relaciones duraderas comentadas en el apartado anterior, constituye el marco idóneo para la transmisión de la información industrial requerida por las empresas integradas⁹⁶, permitiendo asimismo adoptar, entre sus

mismas – y pueden decidir simplemente marcharse,,, pág. 304: Las redes son especialmente útiles para el intercambio de materias primas cuyo valor no es fácilmente cuantificable: bienes cualitativos como know-how, capacidad tecnológica, una particular aproximación o estilo de producción, un espíritu de innovación o experimentación, una filosofía de cero defectos, todos son muy difíciles de fijar un precio. Tampoco son fácilmente canjeables en mercados ni en un entorno organizativo de jerarquía.”. (La traducción es nuestra).

⁹⁶ En este sentido TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, ob.cit., págs. 19 – 20: “La comunicación de conocimiento no comercializable está relacionado más estrechamente con las relaciones interpersonales de cooperación interpersonales a largo plazo y depende menos de los actos individuales de intercambio impersonal (la última característica para la producción y la distribución de bienes materiales o tangibles). Como consecuencia directa de esto, las empresas se han visto obligadas a reestructurarse como acuerdos de tipo red, en los cuales la cooperación basada en la confianza es la base para relaciones de intercambio de información duraderas, reinterpretación recurrente de acontecimientos y para la construcción colectiva de conocimiento. A primera vista, una organización formal puede parecer más apropiada para alcanzar estos objetivos. Sin embargo, una organización firmemente establecida no se halla en una posición que le permita desarrollar y cultivar a largo plazo el conocimiento necesario disperso en el mercado. En consecuencia, la exigencia actual consiste en estructuras flexibles, descentralizadas - más allá tanto del mercado como de la organización - que puedan peinar (de peinar la zona. Frase hecha) el mercado en busca de fuentes de información y unir tales fuentes con relaciones de cooperación”. (La traducción es nuestra).

CASTALDO, S., *Trust in Market Relationships*, ob.cit., págs. 29-30 e Id., *Fiducia e relazioni di mercato*, ob.cit., págs. 48-49, analizando el papel de la confianza como elemento para mejorar la capacidad competitiva de los recursos señala “Las relaciones consolidadas de confianza hacen más fácil y menos sujeta a incertidumbre la transmisión de conocimiento proveniente de fuentes externas debido a los mecanismos relacionales y de colaboración basados, entre otras cosas, en la experimentación conjunta”. (La traducción es nuestra).

NOOTEBOOM, B., “Learning and innovation in inter-organizational relationships and networks”, *Discussion paper, núm. 2006 39 -05*, Center, Tilburg University, marzo 2006, defiende esta conclusión y señala como,

miembros mecanismos, de seguridad que no entorpezcan la transmisión de información y a la vez eviten su excesiva difusión⁹⁷.

1.3 Noción económica de red empresarial.

Los caracteres presentados en el apartado anterior de las relaciones empresariales mantenidas dentro del contexto actual de desarrollo tecnológico, internacionalización y competencia en el mercado global, ponen de manifiesto la existencia de una forma de organización e integración empresarial distinta a los tipos ideales de mercado y jerarquía.

Esta forma de organización empresarial supone la superación de los límites internos de la empresa en su concepción tradicional, mediante un proceso relacional de integración con otros sujetos independientes en el mercado, dando lugar a una realidad económica que combina, tanto elementos propios de las relaciones contractuales de intercambio, como elementos organizativos propios de las relaciones jerárquicas⁹⁸.

Esta realidad económica que lleva siendo observada por economistas y sociólogos de las relaciones empresariales desde finales de los años ochenta y con especial intensidad desde la

pág. 13: “desde el momento que está claro cuál es el conocimiento relevante y quién lo posee y la relación de red es más estable, hay menos necesidad de creación de vínculos redundantes para su transmisión”. (La traducción es nuestra).

⁹⁷ Un mecanismo de seguridad es el sugerido por DE LAAT, PAUL.B., “Dangerous liasons: sharing knowledge whitin research and development alliances”, *Interfirm Networks: Organization and Industrial Competitiveness*, Routledge, 1999, págs. 220-223, cual es el uso de lo que el llama “rehenes” como una forma de intercambio dentro de la concepción de una *joint venture* como una tercera parte de depósito y garantía. En este sentido el autor propone una estructura organizativa de dos caras: por un lado una total integración organizativa dentro de la *joint venture* y, por otro una total ralentización de la transmisión de información de la *joint venture* hacia las empresas madre.

⁹⁸ Sobre este punto puede verse la recopilación de trabajos que desde distintas perspectivas califican a la empresa como híbrido entre mercado y jerarquía en CAFAGGI, F., “Reti di impresi, spazi e silenzi regolativi...”, ob.cit., págs. 13-17.

toma de conciencia de la globalización económica y el desarrollo de las redes de intercomunicación personal⁹⁹, recibe el nombre de red empresarial.

La red empresarial se define, desde una perspectiva estrictamente económico/organizativa como: “Un conjunto de transacciones repetitivas basadas en formaciones relaciones y estructurales con fronteras dinámicas comprendiendo elementos interconectados (actores, recursos y actividades). Las redes dan acomodo a los intereses contradictorios y complementarios perseguidos por cada miembro y facilitan las actividades conjuntas y los intercambios repetitivos que tienen una específica direccionalidad y flujo de información, materias primas, recursos heterogéneos, afección individual, compromiso y confianza entre los miembros de la red”¹⁰⁰.

⁹⁹ Un buen compendio de estos trabajos multidisciplinares acerca de la concepción de la red empresarial puede encontrarse en los artículos de HERNÁN GONZÁLEZ-CAMPO, C., “Interacción teórica para la caracterización de las redes empresariales”, *Innovar Journal*, núm. 20 (37), 2010, págs. 117-132, y por TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, ob.cit., págs. 13-15.

¹⁰⁰ La definición es de TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, ob.cit., pág. 15, añadiendo la autora que: “Cada red tiene recursos limitados y los diferentes miembros tienen diferente acceso a esos recursos. Uso el término “recursos” en un sentido amplio, incluyendo información, financiación, capital humano, capacidades organizativas, tecnología, conocimiento y otros intangibles. Cada miembro de la red tiene diversas capacidades para acumular y utilizar los recursos de la red. Esta desigualdad se agudiza todavía más por la división del trabajo y la especialización perseguida por cada empresa individual en la red de empresas. La especialización dentro de las redes es similar a la especialización dentro de las organizaciones jerárquicas, la diferencia entre ambas radica en la naturaleza de los mecanismos de coordinación empleados en cada caso”. (La traducción es nuestra).

Otra definición que recoge también los elementos esenciales y distintivos de la red frente a mercado y jerarquía es la proporcionada por CANDANCE, J., HESTERLY, W.S., BORGATTI, S.P., “A General Theory of Network Governance...”, ob. cit, pág. 914, con objeto de la definición de la gobernanza de la red empresarial: “La gobernanza de la red empresarial incluye un conjunto específico, persistente y estructurado de empresas autónomas (así como agencias sin ánimo de lucro), comprometidas en crear

Esta definición atestigua la existencia de una realidad económica especial entre las empresas que mantienen relaciones en las que se dan los caracteres antes expuestos¹⁰¹, a la vez que ofrece una visión general de las características organizativas propias de las redes empresariales, del papel preponderante que juegan en la misma sus miembros individuales – empresarios independientes –, y de la especial situación que ocupan los valores fiduciarios como elemento aglutinador, de control y coordinación frente a la ausencia de estructuras de control propietarias¹⁰².

productos o servicios basados en contratos implícitos y abiertos para adaptarse a las contingencias del entorno y coordinar y salvaguardar los intercambios”.

¹⁰¹ Una definición de red desde una perspectiva más centrada en el aspecto económico/competitivo de la misma puede encontrarse en CUERDO MIR, M., “Economía de red y defensa de la competencia en España”, *Anuario de la competencia*, 2006, pág. 62: “... se podría decir que una red es un conjunto de infraestructuras, productos y conexiones, gestionado por una o varias empresas, que no se puede explicar sin el concurso simultáneo de todos ellos, y en el que ha mediado algún proceso de compatibilización o de estandarización, que está orientado a la producción de un servicio básico que permite el suministro o el traslado de bienes, servicios, capitales o personas a cualquier lugar que disponga de la conexión correspondiente con la red. Es decir, de forma general, los elementos que componen la red están sometidos a un principio de complementariedad y a un principio de compatibilidad, a partir de la existencia de una infraestructura común y un conjunto de conexiones, de manera que el producto objeto de utilización puede obtenerse en cualquiera de las conexiones y puede suministrarse a todas esas conexiones a través de esa infraestructura.”

¹⁰² Al respecto CAFAGGI, F., “Reti di impresi, spazi e silenzi regolativi...”, ob.cit., pág. 25: “La red una vez constituida favorece el desarrollo de relaciones fiduciarias en modo diverso según el modelo organizativo elegido...La especificidad de la red de empresas respecto al mercado reside en la capacidad de gobierno de la interdependencia a través de las relaciones fiduciarias. Esta interdependencia, en ausencia de un modelo idóneo para generar confianza (fiducia), puede constituir riesgo de comportamiento oportunista que desincentive la financiación de la inversión inicial”. (La traducción es nuestra)

II. Las redes empresariales desde la perspectiva jurídica: definición y caracteres.

II.1 El concepto jurídico de red empresarial.

El Derecho, como disciplina encargada de regular las relaciones sociales y económicas de la sociedad, no ha permanecido ajeno a los cambios acontecidos en las formas de organización empresarial antes comentados, si no que ha tratado de dar una respuesta adecuada a dichos fenómenos a través de sus instituciones tradicionales¹⁰³.

Sin embargo, en la construcción de estos nuevos modelos organizativos, los operadores económicos actuando en el plano jurídico mediante el empleo de la autonomía de la voluntad que les es propia¹⁰⁴, han terminado por conformar realidades económicas que requieren nuevas realidades jurídicas¹⁰⁵.

¹⁰³ ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., “Los grupos por coordinación como instrumento de red”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 249-250, señala que “Como bien señala el profesor Cafaggi, el concepto de red es eminentemente económico. Este préstamo de conceptos económicos para su uso en la literatura jurídica es habitual en los estudios sobre el Derecho de la empresa o en el ramo de la distribución, donde abunda el uso de términos económicos como conceptos jurídicos indeterminados, que se usan de una forma flexible, sin atender a las diversas categorías jurídicas que pueden englobarse en el mismo...Aquí sencillamente el Derecho ha ido por detrás de la economía intentando poner nombre a los sucesivos fenómenos de colaboración, integración económica o concentración, que han ido diluyendo el tradicional esquema empresarial en el que se compete y se contrata en lucha y oposición cerrada por la mejor obtención de costes marginales, o se colabora en una estructura societaria única dotada de fin común y estructura corporativa”.

¹⁰⁴ Acerca del contenido y significado de la autonomía de la voluntad, DÍEZ PICAZO, L., en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, ob.cit., pág. 143: “La idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto a la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad”... (pág. 155) “La autonomía de la voluntad en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación...significa, además, la libertad de elección del tipo

Este hecho, si bien no es desconocido por el Derecho – recuérdese la máxima latina *ex facto obitor ius* –, obliga en cambio a plantearse cuál es la naturaleza jurídica de dichas nuevas realidades económicas, así como su calificación jurídica para su correcto encuadramiento dentro de alguna de las categorías propias del Derecho, o bien la creación de un Derecho específico para las mismas¹⁰⁶.

contractual (*Typenfreiheit*). Los individuos no necesitan acogerse a los tipos contractuales regulados por las leyes, sino que pueden construir libremente otros distintos”.

¹⁰⁵ DÍEZ PICAZO, L., en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, ob.cit., págs. 487-488: “La regla o principio general de la libertad contractual engendra la posibilidad de que las partes celebren contratos sin necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley y, al mismo tiempo, la posibilidad de modificar o de sustituir la disciplina normativa correspondiente a un tipo de contrato, según los concretos intereses que en cada caso traten de encontrar cauce por medio de la relación contractual que las partes crean...La importancia económico –social de los contratos atípicos es muy grande. Son un instrumento para que la vida social y económica, siempre varia y cambiante, pueda desarrollarse. El desarrollo económico – el paso de la sociedad preindustrial a la sociedad industrial y el de esta última a la sociedad posindustrial – se realizan casi siempre por la vía de lo contratos atípicos, que se multiplican incesantemente”.

¹⁰⁶ Respecto a la actividad creadora de las partes en el ejercicio de su autonomía privada, GARRIGUES, DÍAZ-CAÑABATE, J., *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 11: “El ordenamiento jurídico ofrece a los particulares un repertorio cada día más amplio de tipos contractuales formados inductivamente en contemplación de ciertas finalidades del tráfico constantemente reiteradas. Mas la insuficiencia de los repertorios legales de contratos es un fenómeno permanente a lo largo de la historia, desde el antiguo Derecho romano rígido y formalista, hasta el Derecho moderno, inspirado en el principio de libertad en la elección de forma. Al amparo de este principio, los contratantes se alejan muchas veces de los tipos legales, sea para crear nuevas figuras desconocidas por el legislador (contratos innominados), sea para combinar estos tipos entre sí (contratos mixtos)”:

En el mismo sentido DÍEZ PICAZO, L., en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, ob.cit., pág. 92: “Los individuos son libres para celebrar los negocios que tengan por conveniente y establecer a través de ellos cauces idóneos para la realización y consecución de sus fines e intereses, siempre que estos fines e intereses por ellos perseguidos sean dignos de la tutela jurídica por ser conformes con la ley y con la moral social. Del mismo modo,

Sin embargo, lo que sucede es que los operadores económicos llegan a crear realidades económicas cuya regulación jurídica no resulta eficiente desde la perspectiva de las instituciones tradicionales del Derecho. Además, dichas instituciones, no son capaces tampoco de ofrecer una respuesta adecuada a las especificidades que presenta dicha realidad.

Esto es lo que ocurre con la red empresarial, una realidad económica que ha sido calificada como intermedia entre mercado y jerarquía, y que desde el punto de vista jurídico presenta un carácter híbrido, que se sitúa entre el modelo contractual y el organizativo/societario¹⁰⁷, si bien algún autor ha

los individuos son libres para asignar a los negocios jurídicos que celebran el contenido que tengan por conveniente, con las mismas limitaciones. Ello significa que no es necesario que las partes se ajusten a los moldes o tipos de negocios disciplinados por la ley, sino que por el contrario, pueden celebrar negocios atípicos o no reglamentados legalmente. Pueden también dar a un negocio típico un contenido diverso del previsto como normal por las disposiciones legales”.

También, SCOGNAMILIO, C., “Dal collegamento negoziale alla causa di coordinamento nei contratti tra imprese”, *Le reti di imprese e i contratti di rete*, IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., Torino, 2009, pág. 64 destaca que: “... la iniciativa comercial privada se caracteriza por lo que respecta a la relación de intereses propia de aquellos de la cual emana, se inclina naturalmente por así decirlo, a modular y combinar de forma diversa los esquemas predispuestos por el ordenamiento, dentro de una valoración basada en los criterios de normalidad y razonabilidad del actuar económico que, considerada de forma aislada, puede parecer inadecuada para asegurar el logro de los resultados previstos”. (La traducción es nuestra).

¹⁰⁷ Esta calificación en la doctrina española es realizada por RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 83 - 86; Id. *Intromisión en clientela ajena y redes de distribución*, Cizur Menor (Thomson – Aranzadi), 2007, págs. 15-18; Id. “Business networks as a legal explanatory framework” en *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010*. Vol.2. De Gruyter, págs. 2902-2904; Id, “Del contrato bilateral a la relación de red” en *Hacia un Derecho para las redes empresariales.*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 10-13;

En el ámbito jurídico comparado se mantiene también esta calificación jurídica de la red en, por todos: CAFAGGI, F., “Introduction”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, CAFAGGI, F., dir., Edward Elgar, 2011, págs. 2-4 10-11; Id. “Redes contractuales y teoría

ido más lejos y ha sostenido que la red empresarial supone un modelo de organización económica “más allá” de los modelos de contrato y sociedad¹⁰⁸.

contractual: una agenda de investigación para un derecho contractual europeo”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 30-31; Id. “Introduzione”, *Il contratto di...*, ob.cit., pág. 13; Id., “Redes contractuales y Small Business Act”, en AA.VV *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 22; Id. “Introduzione”, *Finanziamento delle PMI: crescere innovando*, CAFAGGI, F., VELLA, F., dirs., CEDAM, 2008, págs. 13-14; Id. “Introduzione. Modelli di regolazione e sistemi produttivi: un itinerario di ricerca” *Corporate Governance, networks ed innovazione*, Padova, CEDAM, 2005, págs. VII; Id. “Reti di impresi, spazi e silenzi regolativi...”, ob.cit., págs. 14-15 y 26-31; CAFAGGI, F.; IAMICELLI, P.; *Reti di impresi tra crescita ed innovazione organizzativa*, Bologna, Il Mulino, 2007; IAMICELI, P., “Dalle reti di imprese al contratto di rete, ob.cit., págs.4 y 8-15; Id. “Le reti di imprese: modelli contrattuali di cordinamento”, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, CAFAGGI, F., ed., il Mulino, 2004, pág. 128; MACARIO, F., “Reti di imprese, contratto di rete e indiViduaZIONE delle tutele. Appunti per una riflessione metodologica”, *Le reti di imprese e i contratti di rete*, IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., Torino, 2009, pág. 276; TEUBNER, G., *Network as connected contracts*, ob.cit., págs. 9, 32-33; Id. “Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks Beyond contract and Organisation”, *Networks, Legal Issues of Multilateral Co-operation*, AMSTUTZ, M., TEUBNER, G., ed., Oxford and Portland, Oregon, 2009, págs. 3-4.

¹⁰⁸ Es el caso de TEUBNER, G., *Network as connected contracts*, ob.cit., pág. 47: “Las redes no buscan un compromiso entre los objetivos contradictorios - entre competencia y cooperación, independencia y jerarquía, perspectivas individuales y colectivas- con estas formas mixtas de reconciliación. Sino que más bien tratan de mantener la tensión entre objetivos distintos, de forma que ni la orientación individual ni la colectiva está en peligro, sino que se intensifican mutuamente. Las redes se diferencian en múltiples aspectos de las formas empresariales más habituales: la dedicación contradictoria de las transacciones a la maximización del beneficio, tanto a favor de la organización y como en beneficio de “centros de aprovechamiento” descentralizados; la paradójica re-individualización de la colectividad, el choque lleno de orientación operacional doble hacia colectivos y la identidad individual. Estas son las razones por las que las redes no son una punto a mitad camino entre el contrato y la organización, sino que representan una forma intensificada de individualización y colectivización. Las redes no se ubican "entre", sino más bien "más allá" del contrato y la organización. Deben encontrar continuamente "acuerdos que se adapten a sus intereses

Por este, motivo, en lugar de intentar explicar y encuadrar el fenómeno de las redes empresariales en el ámbito de los posibles institutos utilizados para su instrumentación jurídica¹⁰⁹ – opción escogida por el legislador italiano al utilizar el contrato de red como instrumento de regulación del fenómeno de las redes empresariales¹¹⁰ – es necesario abordar el estudio de la red empresarial como una realidad económica nueva con sustantividad propia, analizando en primer lugar sus caracteres para, a continuación, enjuiciar la adecuación de las instituciones jurídicas existentes a los mismos, así como enjuiciar su capacidad para proporcionar una respuesta eficaz a los retos y necesidades que plantean las redes empresariales¹¹¹.

particulares -es decir, no simplemente como partes integrantes de la organización, sino que simultáneamente también deben ser considerados “actores” autónomos de la cadena de creación de valor”. (La traducción es nuestra).

¹⁰⁹ En la práctica podemos encontrar redes empresariales tanto de base contractual como de base asociativa, sin embargo, el modo de su instrumentación jurídica resulta indiferente desde el punto de vista de su identificación pues “El cumplimiento de la finalidad económica compartida que se encuentra en el núcleo de la conformación de la red puede realizarse tanto por medio de instrumentos contractuales como societarios, consorciales o de grupo” RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 84. Id., “Business networks as a legal explanatory framework”, ob.cit., págs. 2902-2903.

Una enumeración de las posibles formas de instrumentación jurídica de una red empresarial puede encontrarse en CAFAGGI. F; “Redes contractuales y Small...”,ob.cit., págs. 37-40, en las que el autor distingue entre contrato multilateral, conjunto de contratos bilaterales y una forma intermedia combinación de las dos anteriores.

Destaca también el análisis y crítica de la clasificación en cuatro categorías que hace Martinek de los sistemas contractuales de franquicia en virtud de la intensidad de la cooperación, situando estos sistemas en el ámbito contractual o corporativo, realizada por TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, ob.cit., págs. 35 – 36.

¹¹⁰ Para una visión de la regulación italiana del contrato de red Vid. Epígrafe 3º apartado 1º de este capítulo.

¹¹¹ Señala DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 23 y 24 que: “Todo fenómeno jurídico, en sí mismo considerado no es en rigor otra cosa que una serie de problemas sociales

Al igual que sucedía en el ámbito económico, existen en el ámbito jurídico múltiples definiciones de diversos autores de lo que debe entenderse por red empresarial¹¹². En nuestro caso, asumimos la definición de RUIZ PERIS¹¹³, según la cual:

típicos –típicos por su constancia y por su repetición y típicos también por la configuración o por la conformación que adoptan-, junto con una serie de soluciones que a estos problemas da en un determinado momento histórico una determinada comunidad o grupo humano. Como ha puesto de relieve FRITZ VON HIPPEL, todo ordenamiento jurídico no hace rigor otra cosa que dar una respuesta o una solución a una serie de conflictos. Es lo que el autor citado denomina la *Antwortfunktion* del ordenamiento jurídico...La *Antwortfunktion* no es, sin embargo, nada más que el punto de partida. Cuando un conjunto de problemas que son, como hemos dicho, sustancialmente típicos, aparecen establemente regulados por normas jurídicas, la realidad socio-económica se institucionaliza. La institución, en cuanto realidad social típica establemente regulada por normas jurídicas, se convierte entonces en lo que podríamos llamar un instrumento de dinamización de la vida jurídica y de apertura de nuevas posibilidades”.

¹¹² Entre las sucesivas definiciones de red empresarial aportadas por el autor destacamos aquí: CAFAGGI, F., “Introduzione”, *Il contratto di...*, ob.cit., págs. 13 – 14: “Las redes de empresa constituyen un modelo organizativo de crecimiento, complementario al del grupo. En el ámbito neo-institucional se califican como híbridos entre mercado y jerarquía. Se encuadran en el fenómeno más general de la unión o agregación de empresas anteriormente estudiado desde el inicio de siglo. En el plano jurídico, a diferencia del grupo, conservan la plena autonomía e independencia de las empresas participantes y admiten formas jerárquicas solo relativas al poder contractual, no al control propietario...la función de las redes reside principalmente en dar lugar a formas de colaboración entre actividades complementarias que se desarrollan en una sola fase o que comprenden más fases de la hilera productiva. Las redes se constituyen cuando las relaciones de mercado se revelan inadecuadas para organizar la complementariedad y la empresa verticalmente integrada requiere costes excesivos y reduce la flexibilidad.” (La traducción es nuestra).

TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, ob.cit., pág. 17: “Las redes empresariales se definen como: “*modos de organización de actividades económicas que unen empresas formalmente independientes que son más o menos dependientes económicamente las unas de las otras a través de relaciones estables y de una compleja reciprocidad que es más cooperativa que competitiva...*En una caracterización/descripción preliminar: las redes empresariales persiguen proyectos comunes a través de la cooperación entre empresas autónomas. Éstas se basan en relaciones de confianza, pero, a la vez- y esto las distingue de las simples redes de confianza descritas

Se entiende por red empresarial: “un conjunto de empresarios jurídica y económicamente independientes, pero vinculados jurídicamente – a través de contratos de colaboración de larga duración, de contratos plurilaterales, estructuras consorciales, grupales o societarias – y económicamente – como consecuencia de su interdependencia fruto de su colaboración empresarial –, que sostienen generalmente una estructura relacional estable y múltiple, que presenta como principales características, la interdependencia, la estabilidad o carácter duradero de la red, la autonomía empresarial y la responsabilidad ilimitada de sus miembros, en el sentido de que cada uno de sus miembros,

anteriormente- constituyen una única mezcla de rasgos organizacionales y contractuales, con todas sus ventajas cooperativas. Son redes inter-sistémicas, es decir, vinculan unidades autónomas de sistemas sociales diferentes unas con otras”. (La traducción es nuestra).

IAMICELI, P., “Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento”..., ob.cit., pág. 128 define la red contractual como: “Aquel conjunto de relaciones de tipo cooperativo y tendencialmente estable entre dos o más empresas formalmente y jurídicamente distintas, aunque concurrentes, entre cuya actividad exista o se genere cualquier interdependencia y emerja por lo tanto una exigencia de coordinamiento, a la cual la red responda recurriendo a sistemas de gobierno diversos, formales e informales, contractuales y no contractuales”. (La traducción es nuestra).

CAMARDI, C., “I contratti di distribuzione come contratti di “rete”, *Le reti di imprese e i contratti di rete*, IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., Torino, 2009, pág. 227: “... un modelo de disciplina que haga emerger positivamente los vínculos de interdependencia y, al mismo tiempo, de integración y, tal vez, coordinación, mediante los cuales una pluralidad de empresas autónomas realizan cada una de las fases o momento de un mismo proyecto, industrial o comercial, dirigido a la consecución de un objetivo que no sería posible obtener si cada empresa actuase separadamente de la otra. Estas organizaciones o constelaciones de empresas no toman la forma jurídica de la sociedad, pero conservan mecanismos de coordinación de naturaleza negocial, que pueden presentar diversos niveles de articulación según el contenido y complejidad de la estrategia productiva o comercial perseguida, pero que, normalmente expresan una relación diversa y más intensa que el mero intercambio: lo que por el momento se define como interdependencia”. (La traducción es nuestra).

¹¹³ RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 87.

sociedad o persona, es responsable ilimitadamente de la propia actividad económica que realiza.

Otras características propias de las redes estriban en que implican compartir la explotación, aunque no necesariamente la titularidad directa o indirectamente de elementos inmateriales de la empresa – marca, *know-how* técnico o comercial, reputación o clientela/fondo de comercio –; implican el reparto de las funciones de *I+D+i*, productivas, distributivas o post venta, entre los miembros de la red; determinan la existencia de relaciones entre los miembros de la red con independencia de que estén reguladas por escrito o no; y se fundan en relaciones de confianza entre sus miembros”.

II.2 Caracteres de las redes empresariales.

De acuerdo con la definición recogida en el apartado anterior, las redes empresariales presentan, desde un punto de vista jurídico, los siguientes caracteres:

A) Carácter estable y duradero de la red.

La duración y estabilidad de la red son dos caracteres que constituyen las condiciones *sine qua non* para poder hablar de la existencia de una red empresarial. En este sentido, como ya se apuntó en el estudio económico, son la estabilidad y la duración de las relaciones negociales entre empresarios¹¹⁴, las que determinan la integración de sus ciclos productivos¹¹⁵. Cuando esto se produce, comienza a surgir una nueva forma de organización inter-empresarial, la red, que se consolida como estructura económica con sustantividad propia en la medida en

¹¹⁴Acerca del concepto jurídico de relación obligatoria duradera o de duración, Vid. nota 35.

¹¹⁵ IAMICELI, P., “Le reti di imprese: modelli contrattuali di cordinamento”..., ob.cit., pá. 135: “La estabilidad se torna sinónimo de control de las relaciones mediante las reglas del contrato, resistencia del vínculo respecto a la posibilidad de verse incluido en discusiones por eventos o comportamientos sobrevenidos. Solo sobre esta base las partes pueden desarrollar un serio convencimiento para efectuar inversiones específicas, buscando en el contrato un incentivo, pero también un instrumento de salvaguarda estable”. (La traducción es nuestra).

que perdura en el tiempo¹¹⁶, aún cuando cambie la identidad de los empresarios que la conforman¹¹⁷.

Así por ejemplo, una red de distribución puede tener su origen en la celebración de contratos del mismo tipo, cuyo carácter duradero¹¹⁸, acaba por generar la red como forma

¹¹⁶ Un ejemplo del tratamiento de las redes como estructuras económicas con sustantividad propia puede verse en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia, en lo que respecta al ámbito de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia como en el del control de concentraciones empresariales, aspectos ambos ampliamente comentados por VICIANO PASTOR, J., “La tutela de intereses públicos y las redes contractuales. Especial referencia al control de las concentraciones y las redes empresariales”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales.*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 223-240; Id., “El principio de eficiencia (defensa de la competencia) en el Derecho contractual. Los límites a la política comercial de las redes de distribución ¿eficiencia o ineficiencia?”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 479-506.

¹¹⁷ Tal y como indica CAFAGGI, F., “Redes contractuales y Small...”, ob.cit., pág. 23: “Estabilidad de la red, referida a su conjunto, no necesariamente a las relaciones individuales (del cabeza de red con sus miembros) que pueden ser más o menos numerosas. Una red puede ser estable aunque exista un elevado grado de entradas y salidas de sus miembros.

¹¹⁸ La doctrina es unánime al considerar a los contratos de distribución como contratos de duración, así se manifiestan BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., en *Manual de Derecho Mercantil*, ob.cit., pág.120; SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, ob.cit., pág. 564, por referencia al contrato de concesión mercantil, ALONSO SOTO, R., PÉREZ DE LA CRUZ, A., SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Lección 27. Los contratos de colaboración”, *Lecciones de Derecho mercantil*, MENÉNDEZ, A., dir, Civitas, 10ªed., Madrid, 2012, pág. 615.

Tal es la importancia de la duración que la doctrina la considera también como integrante de la causa de los contratos de distribución, así ENCISO ALONSO-MUÑUNER, M., señala en “Duración de los contratos de distribución comercial”, *Los contratos de Distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A., JORGE VIERA GONZÁLEZ, A., dirs, ed. La Ley, monografía núm. 3, 2010, pág. 546 que, “Las partes al concluir estos contratos (contratos de distribución), lo que buscan es establecer un vínculo de colaboración empresarial estable y duradero para la promoción de la comercialización de los productos del fabricante por parte del distribuidor... Se configuran como contratos de duración, y sólo a través

autónoma/modelo empresarial de organización que, debido a su posición adquirida en el mercado, se mantiene con independencia de que cambien la identidad de los sujetos de cada una de las relaciones particulares.

Al mismo tiempo la red empresarial en sí misma actúa como factor de estabilización de las relaciones entre empresarios, tanto en lo que se refiere al ámbito externo – capacidad de respuesta más eficiente de las empresas en red a las fluctuaciones de la demanda –, como al ámbito interno: la mayor integración empresarial provoca una movilidad de los recursos más flexible y eficaz y, al mismo tiempo, genera un mayor coste de salida de la red para el empresario, lo cual se traduce en una reducción del riesgo de comportamientos oportunistas¹¹⁹.

No obstante lo anterior, el carácter de larga duración de las relaciones mantenidas entre los miembros de la red, determina que, con el objetivo de dar una respuesta eficaz a los cambios en las condiciones del mercado, sea necesario establecer

del tiempo tienen lugar los efectos que las partes pretenden en contraposición con los contratos de ejecución instantánea”.

Para MORALEJO MENÉNDEZ, I., en *El contrato Mercantil de Concesión*, Thomson Aranzadi, 2010, pág. 56, lo que posibilita hablar de una categoría amplia de contratos de distribución es “la identidad de la causa de los contratos que la integran, que no es otra que la de procurar una relación de coordinación estable y duradera entre empresarios, productor y distribuidor, tendente a hacer llegar los productos del primero a sus destinatarios finales”.

Concretamente sobre la duración como integrante de la causa del contrato de distribución exclusiva Vid. GARCÍA HERRERA, A., *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 358-363.

¹¹⁹ La caracterización de la red como factor de estabilización de las relaciones entre empresarios incluidos en su seno está tomada de CAFAGGI. F., “Reti di impresi, spazi e silenzi regolativi...”, ob.cit., págs. 18-20, el cual en relación con la salida oportunista de un miembro de la red aboga por una valoración negativa de este comportamiento en lugar de una simple valoración de oportunidad, de forma que su posterior reincorporación a la red sea más dificultosa, lo cual reduce también el ánimo de la salida oportunista, señalando que “La productividad de la empresa singular resulta por lo tanto aumentada por su participación en la red también en razón de la mayor estabilidad ambiental de la cual esta disfruta”. (La traducción es nuestra).

mecanismos de revisión, modificación, gestión y coordinación de las relaciones entre los miembros de la red¹²⁰.

En el caso de una red empresarial de carácter contractual, esto plantea retos desde la perspectiva de la redacción de los contratos¹²¹, su integración¹²², su modificación/novación¹²³, y su extinción¹²⁴.

¹²⁰ RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, ob.cit., págs. 13 – 14: “(Los contratos de red), se trata de contratos de larga duración que implican una relación empresarial duradera entre sus miembros, lo cual plantea un conjunto de cuestiones derivadas de la ejecución diferida de prestaciones a lo largo de la vida del contrato, la mutación contractual a lo largo del tiempo, debido a la necesidad de integración del mismo – por ejemplo, en cuanto a los modelos o *stocks* de cada temporada y sus precios –, identificación de quién determina los términos de la mutación contractual y garantías de la contraparte, necesidad de adaptación de la relación contractual a las nuevas condiciones de mercado surgidas durante su vida”.

¹²¹ Desde una visión económica, HART, O., *Firms, contracts and Financial Structure*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pág. 23 señala que: “En realidad, los contratos no son omnicomprendidos y son revisados y renegociados todo el tiempo. De acuerdo con la literatura de la transacción de costes (*transaction costs literature*) esto es consecuencia de tres factores. Primero en un mundo complejo y altamente impredecible es muy difícil para las partes pensar mucho más allá y prever todas las diversas contingencias que pueden surgir. Segundo, incluso cuando se han hecho previsiones individuales, es difícil para las partes contractuales negociar sobre dichas previsiones, sobre todo porque tienen que encontrar un lenguaje común para describir situaciones y acciones de la realidad respecto las cuales sus propias experiencias previas no pueden servir de guía. Tercero, incluso si las partes pueden prever y negociar sobre el futuro, puede ser muy difícil para ellas escribir sus previsiones en una forma que, en caso de disputa, una autoridad exterior- un tribunal – pueda figurarse que significan esos planes y ejecutarlos. En otras palabras, las partes tienen que ser capaces de comunicarse no solo recíprocamente, sino con los agentes externos que pueden tener muy poco conocimiento acerca del entorno en el que las partes contractuales operan” (La traducción es nuestra).

Sobre la cuestión de la forma de redacción de los contratos de larga duración en relación con la concreción de los términos empleados y la capacidad para prever situaciones posteriores de conflicto, Vid. CHOI, A., TRIANTIS, G., “Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions”, *The Yale Law Journal*, vol.119, 2010, págs. 848-924; E. SCOTT, R., G. TRIANTIS, G., “Anticipating Litigation in Contract Design” *The*

Yale Law Journal, vol.115, issue 4, January 2006, págs. 816 – 879; GÓMEZ POMAR, F., “Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, CAFAGGI, F., dir., Edward Elgar, 2011, págs. 21-38;

En profundidad sobre el problema de los contratos incompletos: BELLANTUONO, G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, CEDAM, Padova, 2000; MONTAVINI, M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Libro Moderno, 1995.

Una visión sobre el papel que los sistemas alternativos de resolución de conflictos (en inglés *Alternative Disputes Resolution*, ADR) pueden jugar en el contexto de los contratos incompletos puede encontrarse en GONZÁLEZ DE COSSIO, F., “Contratos incompletos y solución de controversias”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 7, 2010, págs. 59-66.

¹²² Integración de acuerdo con las reglas generales de la buena fe de la actividad desarrollada por la red y de las relaciones de sus miembros. Para una muy interesante, amplia y comparativa visión sobre este tema Vid. KORNET, N., *Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives*, Intersentia, Oxford, 2006.

¹²³ “El cambio en las condiciones de actividad implica generalmente el consentimiento de todos los miembros de una red organizativa...la decisión de someter algunas o todas las decisiones sobre el cambio de condiciones a la mayoría – en el consejo de administración o la asamblea general – concierne a todos los miembros. En el caso de las redes contractuales el cambio de las condiciones puede estar atribuido por contrato a una de las partes – el cabeza de red, por ejemplo en redes de contratos paralelos como la franquicia. En este caso, el *ius variandi* concierne solo a uno de los miembros de la red, limitado por la doctrina del abuso de derecho – no globalmente aceptada – y la doctrina de la novación objetiva”. RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as...”, ob.cit., pág. 2909.

Sobre este aspecto GAMBINO, F., *Problemi del rinegoziare*, Giufrè, ed, Milán, 2004.

En este ámbito resulta interesante la idea mantenida por GRANDORI, A., “Contracts as organizational documents: designing flexible formalization”, *CROMA Working Paper*, núm. 11, 2002 en la que defiende un grado de “formalización constitucional” a la hora de adoptar los contratos de red, lo que permite, fijar un marco de acuerdo fijo entre las partes y dotar de gran estabilidad al resto de contenido del contrato al posibilitar su renegociación dentro de un marco establecido.

Desde un punto de vista más general y con carácter comparativo MOMBERG URIBE, R., *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, Intersentia, Cambridge, 2011.

¹²⁴ En relación con la extensión de los efectos de la nulidad en el caso de contratos vinculados, CAUFFFMAN, C., “The impact of voidness for infringement of article 101 TFEU on linked contracts”. AA.VV *Linked contracts*, SAMOY, I., B.M. LOOS, M., (eds), Intersentia, Cambridge, 2012, págs. 29 – 54.

A nivel contractual, nos referimos a las cláusulas contractuales que coordinan la terminación contractual de los contratos de los miembros de la red, la extinción como causa de la vinculación de los contratos, la forma y efectos de la extinción contractual, en especial por lo que respecta al preaviso e indemnizaciones, así como las obligaciones post-contractuales de los miembros de la red.

Corresponde analizar también en esta sede la problemática relativa a la forma de adopción y efectos de la decisión de exclusión de un miembro de la red.

Vid, entre otros, BREL PEDREÑO, A., “Criterios jurisprudenciales de indemnización por clientela en la extinción del contrato de distribución”, *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, VIERA GONZÁLEZ, JORGE. A., ECHEBARRÍA SÁENZ, JOSEBA. A., dirs., La ley, 2011, págs. 321-334; GÓMEZ POMAR, F., “La complejidad del incumplimiento contractual en los contratos de distribución”, *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, VIERA GONZÁLEZ, JORGE. A., ECHEBARRÍA SÁENZ, JOSEBA. A., dirs., La ley, 2011, págs. 167-196; Id., “Compensation after long-term Distribution Contracts: An Economic Perspective of EU Law”, *InDret*, 4/2006; MERCADAL VIDAL, F., “La reciente sentencia del TJCE de 26 de marzo de 2009 (Turgay Semen contra Deutsche Tamoil GMBH) en materia de cálculo de la indemnización por clientela” *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, VIERA GONZÁLEZ, JORGE. A., ECHEBARRÍA SÁENZ, JOSEBA. A., dirs., La ley, 2011, págs., 289-302., MARTÍ MIRAVALLS, J., “Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 285/2012, págs. 95-136; *El contrato de master franquicia*, Aranzadi, Thomson-Reuters, Pamplona, 2009, en relación con la extinción del contrato y sus efectos para los franquiciados págs. 469-581; Id. *Redes de distribución: régimen jurídico de las inversiones*, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 191- 227; MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato Mercantil de Concesión*, ob.cit, págs. 109-114; TAPIA SÁNCHEZ, PARDOLESI, R., *I contratti di distribuzione*, ob.cit., págs 339 – 350; MARÍA R., “Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución”, *Distribución comercial y Derecho*

B) Autonomía empresarial y multiplicidad de relaciones y formas de las mismas.

Las redes empresariales aparecen conformadas por empresarios jurídicamente independientes que, voluntariamente, deciden integrar dentro de una estructura reticular, parte o la totalidad de su actividad empresarial¹²⁵. Esta integración, sin embargo, no supone la creación de un nuevo sujeto de derecho, diferenciándose así la red de las sociedades de capital, constituidas mediante aportaciones de los socios¹²⁶.

de la competencia, VIERA GONZÁLEZ, JORGE. A., ECHEBARRÍA SÁENZ, JOSEBA. A., dirs., La ley, 2011, págs. 303-320.

¹²⁵ Una clasificación de las empresas en función de su grado de integración en la red empresarial puede encontrarse en RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 89-90: “La determinación del ámbito de la interdependencia nos permite realizar una clasificación de las redes que facilite un tratamiento jurídico diferenciado de situaciones que presentan características distintas desde la perspectiva económica.

Así, podemos distinguir entre empresas miembros de la red cuya total o cuasi total actividad principal es interdependiente, empresas en situación de interdependencia respecto a la mayoría de su actividad, empresas en situación de interdependencia respecto a una parte significativa de su actividad principal y empresas que se encuentran en situación de interdependencia tan solo respecto a una o varias actividades accesorias”.

¹²⁶ En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, ob.cit., pág. 11, señalando como factores de diferenciación con la sociedad, la existencia en la red de un interés compartido frente al interés común de la sociedad; el distinto régimen de admisión y exclusión de miembros, focalizado en el caso de las redes hegemónicas en el cabeza de red; el régimen de la distribución de beneficios ante la ausencia de un patrimonio común. En el mismo sentido Id. “Business networks as...”, ob.cit., págs. 2902-2903.

La no constitución en las redes de un ente con personalidad jurídica diferenciada se traduce, en lo que respecta a la financiación de las mismas, de acuerdo con CAFAGGI, F., FERRARI, CH., IAMICELI, P., “Modelli di finanziamento per le reti di imprese: problema e prospective”, *Finanziamento delle PMI: crescere innovando*, CAFAGGI, F., VELLA, F., dirs., CEDAM, 2008, pág. 22, en que: “Ante la falta de personalidad o también de subjetividad, la financiación de la red contractual se configura como una financiación de una pluralidad de sujetos ligados entre sí por relaciones contractuales”. (La

La independencia jurídica de los empresarios se traduce en una autonomía jurídica y empresarial de los mismos frente al resto de participantes y frente a la red, de forma que cada uno de ellos mantiene su propia estrategia empresarial – intereses individuales divergentes¹²⁷ –, con independencia de la del resto de los miembros, si bien sus decisiones empresariales se ven influidas– interdependencia¹²⁸ – como consecuencia de su pertenencia a la red¹²⁹.

traducción es nuestra). Tomando esta aseveración como punto de partida, el artículo explora las posibilidades de financiación de la red empresarial a través de varias vías: financiar una asociación temporal de empresas, financiar a las empresas singulares dentro del marco de la realización de un proyecto empresarial común o la posibilidad de constituir un patrimonio separado por parte de las empresas miembro de la red.

Acerca de esta distinción con la sociedad TEUBNER G, en sus obras *Network as connected contracts*, ob.cit, pág. 44: “Las redes no crean una persona jurídica en sí misma, sino que, más bien, están formadas a partir de conexiones entre los centros descentralizados de toma de decisiones. Los contactos externos con la red no tienen lugar como un contrato con una persona jurídica, sino que más bien surgen de la conexión bilateral de las unidades descentralizadas. Las disposiciones habituales de dirección y normas de la agencia no son apropiadas, ya que, en su apariencia como empresas autónomas, los miembros de la red son responsables de las consecuencias de sus propias decisiones. no está previsto que haya una propiedad común, ya que los recursos de la red no se ponen en común, sino que permanecen dentro del ámbito de los nodos individuales de la red. Estas diferencias estructurales entre las redes y las sociedades excluyen la caracterización de las redes como sociedades, independientemente de su grado de centralización. En consecuencia, el derecho debe prescindir de la caracterización tradicional del derecho de sociedades y encontrar una nueva forma de clasificar adecuadamente la naturaleza incontrovertida de las redes”. (La traducción es nuestra).

¹²⁷ Vid. el siguiente apartado dentro de este subepígrafe.

¹²⁸ Vid. apartado D), dentro de este subepígrafe.

¹²⁹ Al respecto RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 90: “Las decisiones empresariales de los miembros de la red – cuya ejecución determina su actividad – son autónomas y no conjuntas. Estos deciden su propia estrategia empresarial en el mercado de modo autónomo, si bien, modalizada por la coordinación inherente a la red y por los límites pactados contractual o societariamente respecto a su propia actuación.

La autonomía conlleva aparejada, sin embargo, una mayor carga obligacional para los miembros de la red respecto a la situación de los socios de una sociedad capitalista. En esta última la participación de los socios se limita a la aportación de un determinado capital para el desarrollo del interés común o interés social¹³⁰ y más allá de compartir respecto al capital aportado la ventura del resultado del ejercicio social, los socios no tienen un mayor componente obligacional para con la sociedad¹³¹.

En el caso de la red empresarial, los empresarios, sujetos autónomos de Derecho, son también las partes de las relaciones jurídicas obligatorias que se establecen entre los miembros de la red, con lo que quedan igualmente sujetos a la disciplina y

Los miembros de la red obtienen sus beneficios derivados de la actividad que realizan en el ámbito de la red como consecuencia del ejercicio de su propia actividad individual para el mercado, cuyos resultados están modalizados por las sinergias derivadas de la pertenencia a la red y, fundamentalmente, mantienen su responsabilidad ilimitada respecto al resultado de su actividad”.

¹³⁰ En el caso español este interés social viene recogido en los arts. 29 y 234 del Texto Refundido de la Ley de sociedades de Capital (en adelante TRLS).C).

Para una distinción entre los diferentes tipos de intereses que concurren en una sociedad Vid. MAUGERI, M., “Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo”, *Giurisprudenza commerciale*, núm. 39.1, Gennaio-Febraio 2012, págs. 66-89.

La clásica revisión de las diferentes concepciones respecto al interés social puede encontrarse en el trabajo de JAEGER, P. G., *L' interesse sociale*, Milano, Giufre, 1964.

¹³¹ Esta diferenciación es realizada por RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, ob.cit., pág.12, señalando el autor que: “En el caso de las sociedades, sus miembros con carácter típico, tan solo comparten el aleas de la actividad que constituye el objeto social y que la sociedad efectivamente desarrolla, pero no esta incluido entre sus derechos y deberes ni constituye el sentido de su participación en la sociedad, con carácter general, esto es independientemente de que en casos particulares así suceda, la creación de relaciones de intercambio entre ellos. Es más, cuando tales relaciones existen y la estructura societaria ha sido buscada expresamente para organizar la colaboración empresarial estable entre empresas y existe interdependencia entre ellas estamos precisamente ante la presencia de una red”.

responsabilidades que comportan dichas relaciones, cosa que no sucede entre los socios de las sociedades capitalistas¹³².

Como consecuencia, la autonomía jurídica se traduce paradójicamente en un mayor grado de implicación de los miembros de la red en el diseño organizativo y gestión de la misma, actuando como *stakeholders* involucrados en el éxito del proyecto que soportan y no como meros *shareholders*¹³³.

a) Delimitación de la red frente al grupo societario.

El grupo ha sido definido como “un agregado empresarial integrado por diversos sujetos de Derecho (normalmente sociedades) que, sin perjuicio de su personalidad jurídica propia, quedan sometidos en su actuación en el mercado a *una dirección económica unificada*, ejercida por la entidad cabecera del

¹³² Delimitando los conceptos de obligación y relación obligatoria, DÍEZ PICAZO, L., en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...* vol.II, ob.cit., pág. 152: “Obligación puede llamarse a la simple correlación que existe entre un derecho de crédito y un deber de prestación o deuda como situaciones jurídicas coincidentes pero de signo contrario. La relación obligatoria en cambio es una relación jurídica compleja que liga a los sujetos que en ella se encuentran y que constituye un cauce de realización de finalidades sociales o económicas en torno a determinados intereses lícitos y tutelados por el ordenamiento jurídico. Es la total relación jurídica que liga a los sujetos para la realización de una determinada función económico-social entorno al interés protegido... De este carácter de totalidad que se asigna a la relación obligatoria deriva el que todos los derechos, deberes, facultades, titularidades o cargas de los sujetos se encuentren, en cada momento, orgánicamente agrupados en torno a la relación”.

¹³³ El papel más intenso que juegan los *stakeholders* en la organización empresarial respecto a los *shareholders* es destacado por CAFAGGI, F., “Reti di impresi, spazi e silenzi regolativi...”, ob.cit., págs. 29-30: “Las reflexiones de una parte de los economistas y sociólogos reflejan que la ventaja comparativa de las redes respecto de otros modelos de organización de empresa deriva de un mayor compromiso de estos sujetos (*stakeholders*) en el proceso decisional, dirigido a aumentar la cooperación, reducir los costes de transacción y el oportunismo. Visto desde la perspectiva de la alternativa *stakeholder-shareholder*, este perfil señalaría la necesidad de considerar con mayor atención el papel de los *stakeholders* distintos de los propietarios o *managers* en la definición del proceso decisional y de los efectos de la localización de la responsabilidad”. (La traducción es nuestra).

grupo”¹³⁴, de forma que, siguiendo con la doctrina alemana, el carácter definitorio del grupo es, precisamente, la existencia de dicha “dirección unitaria”¹³⁵.

¹³⁴La definición está tomada de EMBID IRUJO, J.M, FUMÁS ALAS, V., “El gobierno de los grupos de sociedades”, *Fundación Alternativas*, Documento de trabajo 64/2005, pág. 23.

En el mismo sentido, EMBID IRUJO, J.M., “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”, *Ekonomiaz*, núm. 68, 2008, pág. 86, añadiendo el autor que: “Se advertirá, por ello, que el grupo, en cuanto tal, carece de personalidad jurídica o, dicho de otra manera, no es formalmente, al menos, un sujeto de Derecho...Frente al modelo clásico de empresa que sólo tiene un titular jurídico, la unidad empresarial del grupo se descompone, desde el punto de vista del Derecho, en una pluralidad de titulares. Esa dialéctica unidad empresarial-pluralidad jurídica caracteriza esencialmente al grupo y es la fuente de la complejidad de la figura y de la dificultad de su tratamiento normativo”.

¹³⁵ A este respecto señala EMBID IRUJO, J.M., “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284, 2012, pág. 36 que: “...asentar el concepto del grupo en la noción de control no permite eliminar el relieve de la dirección unitaria como elemento de su delimitación sustantiva, con todo el alcance que supone para la aplicación de un hipotético régimen jurídico del grupo, ya que la posibilidad de influir, directa o indirectamente, en la adopción de decisiones por la sociedad supuestamente controlada -que a tal cosa viene a reducirse el control-funda una mera presunción iuris tantum del grupo. Para escapar a tal consecuencia, la única vía disponible para la sociedad controlante consistirá en probar que, sin perjuicio de la existencia del control -auténtica cuestión de hecho-, no ejerce dirección unitaria alguna sobre la sociedad controlada”.

En el mismo sentido GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Comares, Granada, 2001, págs. 200-201 : “Es postura generalizada en la doctrina mercantilista, tanto nacional como comparada, destacar el papel jugado por la dirección unitaria en la formación del grupo, ya que no se puede olvidar que la noción de dependencia ni es necesaria – así, en los grupos por coordinación – ni suficiente para la existencia de un grupo, porque se exige un « elemento adicional » : la dirección unitaria. Dicho elemento tiene un papel predominante en la formación del grupo ya que, como hemos visto al hablar de grupos por coordinación, su existencia sí es suficiente para la del grupo, sin ulterior requisito de dependencia, control o dominio, que, si existiera, se vería absorbido por la unidad de dirección ; y además es necesaria, ya que sin dirección nos encontraríamos en procesos previos al grupo, pero no propiamente en él, por faltar en ellos la unidad esencial a toda organización, a toda empresa”.

Dentro de la categoría jurídica del grupo societario generalmente se distingue entre dos especies distintas: por un lado, el grupo jerárquico o por subordinación – el más habitual en el tráfico – que se caracteriza por la presencia de una “dirección unitaria” y unas relaciones de “control” de unos sujetos sobre otros; y por otro lado, se encuentra el grupo paritario o por coordinación, definido únicamente por la nota de “dirección unitaria” y coordinación voluntaria¹³⁶.

Tomando en consideración el significado y distinto contenido de los conceptos de control y dirección unitaria¹³⁷, no es posible,

¹³⁶ La distinción entre un concepto amplio de grupo empresarial sobre la base únicamente de la nota de la “dirección unitaria”, y un concepto estricto de grupo empresarial que por comprender la nota de control incluye únicamente a los grupos por subordinación, está tomada de EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003, pág.7.

Una clasificación de los grupos partiendo de los instrumentos utilizados para la configuración del mismo (contractual y real) es realizada por GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, ob.cit., págs. 139-144, ubicando la distinción entre grupo por subordinación y por coordinación dentro de la institución contractual, así pág. 145: “En el análisis de tales grupos, llamados por ello contractuales, distinguiremos dos modalidades en cuanto al régimen de impartir instrucciones: si se realiza de una forma coordinada entre todas las sociedades a través de una decisión común de someter sus intereses al interés común de todas como unidad (el grupo por coordinación) o es, en cambio, a través del sometimiento de tales sociedades al criterio de una de ellas, que ocuparía, en tal caso, el papel de sociedad madre o dominante (el grupo por subordinación), la cual actúa conforme a un criterio no propio sino del grupo como unidad” .

¹³⁷ Acerca de esta distinción, de forma muy clara, EMBID IRUJO, J.M., “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España”, ob.cit., pág. 37: “...el control se sitúa en una dimensión esencialmente societaria y otorga a su titular una posición de predominio para influir en la adopción de las decisiones y acuerdos de los órganos competentes de la sociedad controlada. No supone, en cambio, un medio para articular el comportamiento empresarial de la controlada con el de la controlante (y, en su caso, con el de otras sociedades controladas), de acuerdo con unas pautas sustancialmente unificadas que permitan distinguir a ambas, con motivo de su actuación en el mercado, como elementos integrantes de la singular organización empresarial que es el grupo. Esta es la misión, precisamente, de la dirección unitaria, cuyo alcance o extensión, más allá de un mínimo común para todos los grupos, dependerá, no obstante, de la estructura o configuración interna que

habida cuenta del carácter autónomo de los empresarios que conforman la red empresarial, predicar respecto de la misma la existencia de relaciones de “control” de unos miembros de la red sobre otros, de forma que dicha noción, definitoria de los grupos societarios por subordinación, se erige como parámetro diferenciador entre dicha institución jurídica y la red empresarial¹³⁸.

en cada caso se adopte”. Con mayor profundidad, Id. *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, ob.cit., págs. 8-14.

¹³⁸ Todas estas cuestiones son analizadas por CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...”, ob.cit. págs. 78 – 82, señalando el autor que: “La diferencia principal entre el grupo y la red puede encontrarse, tal vez, en la circunstancia que, mientras en el grupo el poder de dirección y coordinación permanece, al menos de forma prevalente, confiado en una empresa singular, salvo la hipótesis de control conjunto, en la red el poder decisorio aparece tendencialmente co-dividido, si bien no de forma simétrica, entre las distintas empresas...En la red, por tanto, no hay una empresa controlante y una pluralidad de empresas controladas, si no, un sujeto colectivo más o menos formalizado, que gestiona una parte del poder directivo, en origen perteneciente a las empresas individuales, de acuerdo con los principios de gestión ordenada, transparencia e imparcialidad”.

Respecto a las distintas formas de coordinación de la actividad empresarial destaca que: “Para que pueda hablarse de grupo, la empresa dominante debe tener atribuidas, al menos, todas las funciones estratégicas...La noción de red, en cambio, es compatible con formas de coordinamiento parcial o por ámbitos, en las cuales las empresas conservan su propia autonomía decisional respecto a la función estratégica y asumen vínculos y delegan poderes decisionales solo con respecto a algunas específicas, aunque estratégicas, funciones de la empresa”.

Finalmente, respecto de la relación entre propiedad y control: “La controlante, en el caso de vínculos contractuales, no detiene de facto ninguna fracción de propiedad de la controlada pero, se encuentra en situación de incidir sobre la decisión empresarial de esta última de modo significativo, por razón del vínculo contractual. En el caso de un control propietario, la propiedad de la controlante, sin embargo, constituye un incentivo a una gestión eficiente de los recursos de la controlada... En la red, la forma de separación entre propiedad y control son diversas. De hecho, esa diversidad se manifiesta en la red paritaria, donde no existe separación entre propiedad y control sino que, más bien, la propiedad de los recursos es compartida”. (La traducción es nuestra).

Por su parte la “dirección unitaria” existiría “cuando se constata que una persona o entidad dispone de un mecanismo de atribución de competencias que le ha de permitir la *adopción, realización y ejecución de medidas de planificación, organización y gestión empresarial*¹³⁹”.

En base a la “dirección unitaria”, es posible la coordinación de la actividad desarrollada por varios sujetos autónomos e independientes entre sí en el mercado¹⁴⁰, como sucede en el caso

¹³⁹ La definición es aportada por ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., “Los grupos por coordinación como instrumento de red”, ob.cit., pág. 262, detallando cada uno de los caracteres en cursiva de la definición anterior: “La *planificación* consiste en determinar las estrategias empresariales del grupo colectiva e individualizadamente. Esto puede implicar libertad para determinar los fines del grupo o bien dichos fines pueden haber sido fijados en la constitución y a la dirección le compete ajustarse a ellos.

La *organización* supone implementar una estructura apta para desarrollar esas estrategias y alcanzar los fines establecidos en los campos comercial, financiero, organizativo, laboral. Aquí se podría discutir si es poder de dirección la admisión de nuevos socios o miembros de la red o si esta es una facultad del conjunto del grupo.

La *gestión* implica determinar las prioridades, distribuir los recursos, seleccionar inversiones, seguir el desarrollo de las ejecuciones por los diversos miembros del grupo”.

¹⁴⁰ En este sentido, MARTÍNEZ CHURIAQUE, J.I., RODRÍGUEZ MOLINUEVO, J.M., ÁLVAREZ ETXEBARRÍA, I., IPIÑAZAR PETRALANDA, IZASKUN., “Grupos de coordinación y reforma contable. Evolución de la regulación nacional e internacional”, *Ekonomiaz*, núm. 68, pág. 34: “Ahora bien, es posible el ejercicio del control político de otra entidad, sin tener presencia en el capital de la misma. Cuando eso se produce las sociedades actúan en coordinación y el grupo al que todas están vinculadas se le ha venido a llamar «grupo horizontal de empresas». Éste tipo de grupo no fundamenta la unidad económica por la relación directa de capital sino por otros fenómenos más difíciles de visualizar: contratos, normas estatutarias, pactos y alianzas entre personas, etc. En estos casos existe, junto al problema básico de identificar a las empresas que actúan como una unidad económica, una dificultad adicional, identificar a la empresa o entidad que ejerce la dirección de ese conjunto de negocios”.

del grupo por coordinación¹⁴¹, modelo organizativo al que se aproximan las redes empresariales¹⁴².

Con todo, debe tenerse en cuenta que el grupo societario por coordinación es sólo una de las opciones para la articulación

¹⁴¹ Así, EMBID IRUJO, J.M., “El significado jurídico de los grupos de sociedades...”, ob.cit., pág. 87-88: “...los grupos horizontales, en cambio, la entidad cabecera del grupo ejerce la dirección unitaria sobre la base del acuerdo libremente establecido de las sociedades que se agrupan, que se mantienen independientes unas de otras, desde el punto de vista económico. Id. *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, ob.cit., pág. 7: “Por lo que se refiere a los grupos por coordinación, el modo de establecimiento de la dirección unitaria será justamente el inverso: desde las sociedades o entidades constituyentes del grupo se efectuará una distribución de tareas empresariales entre ellas basadas en el acuerdo, en principio paritario, y libre que adopten”.

¹⁴² Una muy interesante delimitación entre el grupo societario por subordinación y el grupo por coordinación como forma de instrumentación de la red empresarial es llevada a cabo por ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., “Los grupos por coordinación como instrumento de red”, ob.cit., págs. 252-269; señalando el autor en la pág.263 que en el caso de los grupos societarios por coordinación “Resulta necesario insistir nuevamente en que tratamos con una *situación distinta de la entendida como control*, situación propia de los grupos por subordinación o jerárquicos. Las técnicas de control permiten ejercer una influencia decisiva sobre una empresa, sobre sus derechos de propiedad, el uso de los activos, las deliberaciones y acuerdos de sus órganos.... Si hablamos de grupos de estructura paritaria hablamos de relaciones de interdependencia. Aquí el ejercicio de la dirección única se fundamenta en el acuerdo previo de voluntades de los integrantes del grupo. Las facultades de control son el resultado de una atribución de competencias y no de una dependencia o subordinación económica.

Cuestión distinta será, y aquí manifiesto mis dudas, si el ejercicio de dichas competencias no habrá de derivar necesariamente o al menos en muchos casos, hacia dicha dependencia y subordinación económica. Pero al menos, teóricamente, en una dirección unitaria de un grupo por coordinación, la toma de decisiones de la política del grupo se lleva a cabo con la colaboración de todas las empresas (normalmente de forma proporcional a su participación, pero también ocasionalmente mediante sistemas de voto por cabeza, unanimidad o por sistemas de consenso”.

Una delimitación entre ambas figuras puede verse también en CANO ORTEGA, C., “Los grupos cooperativos como estructuras de redes empresariales”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

jurídica de la red empresarial – aparte queda la red de contratos bilaterales o multilaterales – y, aún en el caso del grupo por coordinación, se observan diferencias con las redes en lo que respecta a la localización del poder de dirección, la forma de coordinación de la actividad de las empresas y la forma de tratamiento de la propiedad del patrimonio empresarial en uno y otro caso¹⁴³.

b) Tipología de las redes empresariales: Redes hegemónicas y redes paritarias.

Por lo que respecta al modo de organización de las relaciones entre los distintos miembros de la red, la multiplicidad¹⁴⁴,

¹⁴³ Acerca de esta distinción TEUBNER G, en sus obras *Network as connected contracts*, ob.cit, pág. 51: “Las redes contractuales se diferencian de los grupos de sociedades en la forma de la vuelta de la distinción entre mercado- jerarquía. las redes contractuales son formas de coordinación del mercado integrado en las cuales a las jerarquías incorporadas se les otorga sólo un lugar secundario. Los grupos de sociedades son figuras de derecho corporativo, que incorporan elementos secundarios del estilo de los del mercado. Esta es la distinción esencial en las lógicas de la acción. Las redes de mercado se rigen en primer lugar por la lógica del mercado. La principal preocupación es el intercambio, la competencia, los intereses individuales y las rentas de los actores individuales. En contraposición, el grupo empresarial se rige en primer lugar por la orientación organizacional: cooperación, jerarquía, objetivo colectivo, ganancias corporativas. En cada caso, la orientación opuesta (mercado/jerarquía) es sólo secundaria, y debe adaptarse a las exigencias de la orientación dominante. Del mismo modo, surgen diferencias con respecto de los instrumentos de dirección: en las redes de mercado, la influencia se ejerce, en primer lugar, por medio del contrato, la negociación, el poder opuesto, el poder de mercado y posición de intercambio, mientras que la propiedad, la influencia del derecho de sociedades, los derechos de dirección y las competencias organizativas juegan el papel más importante en las redes organizacionales. (La traducción es nuestra).

¹⁴⁴ RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, ob.cit., pág.14; CAFAGGI, F., “Redes contractuales y Small...”, ob.cit., pág. 24;

Una enumeración de los diversos tipos de redes por sector de actividad es apuntada por GAUDIN, JACQUES-H., “Structures internes des entreprises conjointes et intérêts privés”, *Coopération entre entreprises, Entreprises conjointes stratégies industrielles et pouvoirs publics*, JACQUEMIN, A., REMICHE, B., éds., De Boeck Université, Bruxelles, 1988, pág. 32, distinguiendo 3 tipos de empresas conjuntas: “La empresa conjunta en

referida tanto al número de relaciones existente en su seno, así como a su grado de formalización, es la principal característica¹⁴⁵.

Es posible distinguir, a nivel conceptual entre dos modelos teóricos o dos tipos ideales de organización de la red empresarial: la red jerárquica o vertical y la red horizontal o paritaria¹⁴⁶:

El modelo jerárquico se caracteriza por la existencia de un cabeza o nodo principal de la red que se identifica con el empresario que aporta la mayor cantidad de recursos a la red: modelo de empresa, *know how*, propiedad industrial, etc., y que ejerce su influencia sobre la organización de la misma¹⁴⁷.

investigación y desarrollo, que puede dejar a cada uno de los participantes, al menos en teoría, su independencia industrial y comercial; la empresa conjunta en fabricación industrial en la que más allá de las fabricaciones que le corresponden, puede dejar a cada uno de los participantes una cierta independencia comercial o, al contrario, constituir una cuasifusión; la empresa conjunta en comercialización en la que la posición exacta entre los polos “fusión” y “simplecooperación”, depende de las respectivas actividades de las empresas fundadoras”. (La traducción es nuestra).

¹⁴⁵ Respecto al grado de formalización e intensidad de las relaciones Vid. la distinción que realiza MARTÍ MIRAVALLS, J., “Redes de distribución: régimen jurídico de las inversiones”, ob.cit., págs. 192 – 197, entre redes de distribución integrada y no integrada.

¹⁴⁶ Esta distinción es apuntada tempranamente por CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento inter-imprenditoriale”, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, CAFAGGI, F., ed., il Mulino, 2004, págs. 63 y 64, quien más tarde insiste en la idea en Id. “Product safety, private standard –setting information and Networks”, *The Regulatory function of European Private Law*, CAFAGGI, F., MUIR WATT, H., eds., Edward Elgar, 2009, págs. 236-241; a propósito de los distintos modos de transmisión de información dentro de una red.

En el mismo sentido RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, ob.cit., pág. 2902.

¹⁴⁷ BAUDRY B., CHASSAGNON, V., “The vertical network organization as a specific governance structure: what are the challenges for incomplete contracts theories and what are the theoretical implications for the boundaries of the hub-firm?”, *Journal of Management Journal*, núm. 16, 2012, págs. 289-290, en un apartado dedicado a señalar los caracteres de la red empresarial

Sin embargo, consideramos más acertado el empleo del término “red hegemónica” para referirnos a esta categoría de red empresarial. La preferencia del término se debe a que el uso del adjetivo “jerárquico” refiere a una graduación de sujetos atendiendo a relaciones de poder entre ellos¹⁴⁸, aspecto que trasladado a los grupos de empresas nos acercaría al ámbito de los grupos por subordinación en los que la empresa líder se encuentra en una efectiva posición jerárquica respecto al resto de miembros del grupo por ejercer sobre ellos un poder efectivo derivado de un control sobre las mismas¹⁴⁹.

En cambio, en el caso de las redes empresariales, la autonomía jurídica de las empresas que las conforman hace que sea imposible hablar de relaciones jerárquicas entre las mismas basadas en el ejercicio de un poder a través del control. Ello no obstante, la realidad económica y organizativa muestra la existencia, como se ha apuntado anteriormente, de empresarios que, por razón de su tamaño o mayor cantidad de recursos – materiales o inmateriales – que aportan a la red, se encuentran en una situación de mayor prevalencia estratégica para la red que el resto¹⁵⁰.

vertical, define a la misma como: “Una entidad productiva que unifica un conjunto de de empresas legalmente independientes pero verticalmente integradas y coordinadas por una empresa principal llamada la “empresa eje”, que es la empresa que, de hecho, lanza la red empresarial y tiene una actitud proactiva de cuidado hacia ella”. (La traducción es nuestra).

¹⁴⁸ El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define jerarquía como: “graduación de personas, valores o dignidades”

¹⁴⁹ ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., “Los grupos por coordinación como instrumento de red”, ob.cit., págs. 252-269; Vid. Nota 114.

¹⁵⁰ Más allá de las formas de jerarquía con origen contractual o propietario (es decir, basada en la propiedad de unos bienes concretos frente al resto de miembros), CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...”, ob.cit. pág. 67, llama la atención sobre una tercera fuente de nacimiento de la jerarquía - si bien nosotros consideramos que se trata en realidad de un factor de “hegemonía” o “prevalencia” ante la imposibilidad de su traducción en derechos de propiedad o de contenido obligacional – que es el conocimiento. Así señala el autor que: “Cuando el recurso del conocimiento es relevante y todavía no se ha traducido en derechos apropiables de propiedad intelectual. Cuando este recurso viene formal o

Por ello, utilizamos el término “red hegemónica”¹⁵¹ para referirnos a esta situación de superioridad organizativa o estratégica en la que un cabeza de red, ejerce su influencia sobre la organización y actividad de la red, si bien no ejerce un control efectivo sobre ninguno de los miembros independientes de la misma¹⁵².

La instrumentación jurídica de estas redes se realiza a través de la constitución de redes de contratos bilaterales vinculados¹⁵³

informalmente conferido, circula con la persona del socio, del administrador o del trabajador que lo detenta, que viene por ello a colocarse en la posición de ejercer un poder muy relevante, tal vez un control verdadero y propio, aún no teniendo la mayoría de las acciones o no siendo contractualmente configurable como sujeto dominante”. (La traducción es nuestra).

¹⁵¹ El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define hegemonía como: “Supremacía de cualquier tipo”.

¹⁵² En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, ob.cit., pág. 2906: “En toda red hay un centro de dirección – dirección de la red – que puede residir en la empresa cabeza de red, un productor – outsourcing – o un proveedor de servicios – franquicia o tarjetas de crédito. (La traducción es nuestra).

La dirección de la red puede también residir en la entidad que estructura la red – joint ventures, cooperativas, consorcios o AIE –, o en un comité estable, personificado o no, representativo de todos o alguno de los miembros de la red”.

¹⁵³ Sobre la definición de este tipo de redes CAFAGGI, F., “Redes contractuales y Small...”, ob.cit., pág. 47: “Una red contractual existe donde hay dos o más contratos vinculados entre tres o más partes contratantes (heterogeneidad). Varios contratos vinculados entre las mismas dos partes (homogeneidad), no constituyen una red contractual, sino más bien, desde mi perspectiva, una cadena”. Señalando en la pág. 49 tres tipos de redes de contratos vinculados, a saber: modelo de hilera, modelo de halo, modelo de distribución o franquicia.

Igualmente señala el autor en “Introduzione”, *Il contratto di...*, ob.cit., pág. 16: “Que no da lugar a una red cualquier tipo de vínculo negocial entre una pluralidad de contratos. Para que exista una red es necesario una relación instrumental de complementariedad entre la actividad de las empresas de las cuales el vínculo contractual definido en el contrato de red deviene expresión. No es, por tanto suficiente la mera referencia a una operación económica unitaria, es necesario que existan elementos de vinculación entre los contratos coligdos en red bajo el perfil causal del objeto que hagan eVidente la

que otorgan al cabeza de red un poder y una influencia de facto muy importante en la dirección y coordinación de la misma¹⁵⁴.

Por su parte, el modelo de red horizontal o paritaria, refiere a un escenario en el que no existe ninguna empresa predominante y los miembros de la red, a menudo empresarios que se encuentran dentro de un mismo sector de actividad y nivel de la cadena de producción, pese a mantener relaciones de interdependencia, se encuentran en un plano de mayor igualdad, pudiendo de hecho ser colaboradores en lo que la actividad objeto de la red se refiere y competidores para el resto de actividades que ejercen.

interdependencia entre la actividad y como consecuencia del riesgo de empresa”. (la traducción es nuestra)

Sobre las situaciones que dan lugar a la constitución d una red de este tipo, CAFAGGI. F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, págs. 55-56: “Las redes de contratos bilaterales son generalmente empleadas cuando hay inicialmente un menor grado de interdependencia, menor incertidumbre y las partes desean disfrutar de un mayor grado de autonomía y libertad para salir de la red. Surgen cuando se requiere un menor grado de coordinación, pero implican unos costes más elevados de coordinación que los contratos multilaterales. Estructuralmente es un modelo relativamente descentralizado, a menudo usado en la cadena de suministro donde el poder de coordinación se ejerce de facto por el principal contratista, que subcontrata las diferentes tareas con otras partes no vinculadas contractualmente entre sí. Las redes de contratos bilaterales a menudo incluyen una cláusula común, que impone un deber de coordinar las prestaciones, incluyendo la supervisión y presentación de informes. La supervisión está descentralizada y, a menudo, los deberes recíprocos de informar al contratista principal están concebidos para facilitar la coordinación”:

¹⁵⁴Acerca de la configuración de este poder de origen contractual en las redes RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, ob.cit., págs. 2906 – 2907: “El fundamento del poder de dirección en las redes de contratos descansa en los contratos bilaterales. Estos contratos, generalmente paralelos, de adhesión y con una gran homogeneidad, limitan la autonomía comercial del miembro...Estos contratos también proveen de poderes de supervisión, para definir en un mayor o menor grado la organización de la empresa del miembro de la red, para permitir al cabeza de red el ejercicio del *ius variandi*, para dar instrucciones a los miembros de la red y para fundamentar el poder de moderación entre los miembros de la red por referencia a documentos organizativos internos de la red”. (La traducción es nuestra).

Este tipo de redes se da en circunstancias en las que existe un elevado grado de colaboración entre las partes en el desarrollo de un proyecto común, en el que el grado de integración y complementariedad de las prestaciones de cada una de ellas es tan elevado, que resulta difícil individualizarlas en el resultado final. Son comunes en el campo de la investigación y desarrollo tecnológico, pero también en el caso de existencia de complementariedad entre los recursos fabricados por cada una de ellas, dando lugar a alianzas estratégicas o consorcios¹⁵⁵.

Estas redes pueden instrumentarse a través de contratos multilaterales¹⁵⁶ o estructuras de tipo societario¹⁵⁷ debido a la

¹⁵⁵ CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, págs. 30-31.

¹⁵⁶ Una definición de contrato plurilateral en la doctrina española puede encontrarse en DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág 168, señalando el autor que: “Se trata de una categoría acuñada por la doctrina italiana (ASCARELLI, MESSINEO) y recogida por el Código civil de aquél país...Se caracterizan por el hecho de que la pluralidad de los sujetos trata de conseguir un fin que es común a todos ellos. La consecuencia más importante que se quiere extraer de la singularidad de esta categoría radica en la posibilidad de limitar la nulidad o la ineficacia sobrevinida (p.ej. Resolución por incumplimiento o por imposibilidad sobrevinida). Se entiende que si la causa de la nulidad o el interés en la resolución afecta a sujeto o sujetos cuya participación no es esencial para la consecución del fin propuesto, la nulidad y la resolución pueden limitarse al vínculo de los demandados, sin extenderse al resto de los participantes en el contrato”.

A nivel comparado, una definición de contratos multilaterales puede encontrarse en CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, págs. 41-42: “Los contratos multilaterales son aquellos en los que tres o más partes acuerdan hacer o restringir algo...A diferencia de las sociedades y otras personas jurídicas, donde las obligaciones son debidas hacia la nueva persona creada y sus miembros, los contratos multilaterales generalmente no implican la creación de una persona jurídica independiente y caracterizada por la completa responsabilidad de cada miembro...En orden a tener una red, las relaciones entre las partes deben estar caracterizadas por un cierto grado de estabilidad...y por la complementariedad e interdependencia, también relativa a las decisiones estratégicas que afectan a la red empresarial en su conjunto”. Señalando a continuación el autor, como caracteres definitorios de este tipo de contratos: la existencia de mecanismos de entrada y salida de los miembros individuales de la red, la existencia de estructuras de gobierno, de procedimientos para la adopción de decisiones, de responsabilidad de unos

necesidad de un nivel de coordinación más elevado entre los miembros de la red que promueva la cooperación entre las partes, así como la inclusión de sistemas especiales de gobierno y control de las prestaciones desarrolladas por cada miembro.

Ahora bien, esta clasificación fija tipos ideales de organización de las redes empresariales, pues, con frecuencia, dentro de una red hegemónica pueden encontrarse tanto relaciones hegemónicas como paritarias. Así por ejemplo, en una red de franquicia el franquiciador mantiene una relación hegemónica respecto los franquiciados y estos mantienen entre sí una relación de carácter más paritario.

- c) Grado de formalización de las relaciones entre los miembros de la red.

El grado de formalización de las relaciones entre los miembros de la red, es una cuestión íntimamente entrelazada con el carácter *intuitu* de las relaciones entre los mismos y la transmisión de información entre ellos, en especial, por lo que respecta a actividades de innovación y desarrollo¹⁵⁸.

Dentro de este contexto, las redes presentan una variedad de relaciones de muy diversa índole con sus miembros, lo que determina que, en aras a la eficiencia de la red exista heterogeneidad en el grado de formalización de las relaciones entre los partícipes¹⁵⁹, de forma que, en algunos casos, se opte

miembros hacia otros y hacia la colectividad, así como una responsabilidad de la organización hacia sus miembros, así como un régimen para la decisión acerca de la disolución o terminación del contrato”

¹⁵⁷ En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as a legal explanatory framework”, *ob.cit.*, pág. 2907: “En el caso de redes organizativas o societarias, el poder de dirección se fundamenta en las regulaciones societarias – cooperativas –, o resulta del consenso – cooperativas de segundo grado, grupos horizontales, consorcios, o AIE, incluso cuando los estatutos establecen las decisiones por mayoría, desde el momento en que los miembros poseen medios extraordinariamente sencillos de ejercer el derecho de separación”. (La traducción es nuestra).

¹⁵⁸ Sobre estas cuestiones véanse el apartado E) dentro de este subepígrafe.

¹⁵⁹ CAFAGGI, F, Introduction”, *Contractual networks, inter-firm cooperation...*, *ob.cit.*, págs. 12-13 señala dos factores como los principales causantes del

por la formalización de las mismas, por ejemplo cuando se trata de prevenir conductas oportunistas, y, en otros, sea más aconsejable no proceder a su formalización, por ejemplo en el caso de operaciones complementarias repetidas en el tiempo¹⁶⁰.

C) Coexistencia de intereses contradictorios.

Como consecuencia de la autonomía jurídica de los miembros de la red, puede ocurrir que éstos cooperen en la red en algunos proyectos y a su vez, compitan con sus miembros en otras dimensiones, especialmente en el caso de redes horizontales¹⁶¹. Existe pues en la red empresarial, como fenómeno propio y distintivo de la misma, una combinación de relaciones de cooperación y competencia entre sus miembros, algo que no sucede en el ámbito societario donde prima el

grado de informalización de las relaciones en la red: a) la necesidad de flexibilidad, lo que requiere coordinación y está a menudo en conflicto con los formalismos legales; b) que el actual derecho de contratos hace la coordinación entre contratos vinculados bastante compleja” (La traducción es nuestra).

¹⁶⁰ Esta es la conclusión sostenida por NOOTEBOOM, B., *A cognitive theory of the Firm*, ob.cit., págs. 156, 157, quien después de esgrimir los argumentos en contra y a favor de la formalización de las relaciones entre los miembros de la red empresarial, adopta una postura ecléctica: “Las dos posturas contrapuestas concernientes a la densidad y fuerza de los lazos, pueden ser ambas ciertas... Yo propongo aquí que, simplemente, representan diferentes aspectos de la colaboración: por un lado desde una visión de competencias, en términos de acceso a nuevo conocimiento, de combinación de competencias complementarias, producción conjunta de nuevo conocimiento y de creación de nuevas combinaciones; y, por el otro lado, una dimensión de gobernanza relativa a la gestión de los riesgos relacionales del oportunismo y dispersión, pérdida o apropiabilidad o retornos de innovación”. (La traducción es nuestra).

¹⁶¹ CAFAGGI, F., “Redes contractuales y Small...”,ob.cit., pág. 30 nos ofrece una definición de redes horizontales: “Cuando las redes operan dentro de una misma fase (empresas que se sitúan en el mismo o los mismos niveles de mercado), pueden llamarse redes horizontales. Las redes horizontales tienden a ser compuestas principalmente por competidores y, consecuentemente, requieren de una normativa de competencia y cooperación diferente a la de las redes verticales”.

interés común en la consecución del fin social¹⁶² y que resulta también de difícil acomodo dentro del marco contractual¹⁶³.

¹⁶² RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 115 -116; Id., “Business networks as...”, ob.cit., pág. 2904. Id., “Del contrato bilateral a la relación de red”, ob.cit., pág. 11; CAFAGGI, F., “Redes contractuales y Small...”, ob.cit., pág. 24; Id. “Introduzione”, *Il contratto di...*, ob.cit., pág. 18. En el mismo sentido, CANDANCE, J., HESTERLY, W.S., BORGATTI, S.P., “A General Theory of Network Governance...”, ob. cit, pág. 916.

Señala TEUBNER G, en sus obras *Network as connected contracts*, ob.cit, págs. 38 – 39: “De hecho, todas las redes empresariales persiguen un “objetivo común”. Sin embargo, está claro que no deberían ser clasificados como sociedades ¿Por qué? La razón no es una distinción ficticia entre objetivo unitario y común, sino la presencia simultánea de una búsqueda del interés individual y el común. Esta presencia simultánea es, por definición, contraria al derecho de sociedades, pero, sorprendentemente, es también la característica creativa de las redes. El Derecho debe responder a la contradicción como tal, no haciendo desaparecer la contradicción con distinciones artificiales, sino desarrollando clasificaciones jurídicas más complejas que proporcionen tensiones creativas internas en redes cuyo eje central es de empresa”. Añadiendo el autor en la págs. 43-44: “No es casualidad, sino que se trata de una cuestión inherente a la estructura de la red, que la cuestión del “objetivo común” puede sólo se explicada con una contradicción. Los participantes en la red deben adaptarse a un desafío contradictorio doble: buscar sus propios intereses individuales y el del conjunto de la red en una misma operación. En cambio, el derecho de sociedades tradicional contiene una importante presunción de que las operaciones dentro de la esfera de acción colectiva (por ejemplo, dirección, derecho de voto) deben perseguirse únicamente teniendo en cuenta el “objetivo común”. Los miembros de la red sólo podrán desarrollar sus intereses individuales en el ámbito de acción no colectivo (por ejemplo, derechos de disfrute, derecho individual de revisión). “Tertium non datur. En del derecho societario, las funciones de dirección no deben ejercerse en interés individual, sino sólo en beneficio del objetivo común. “Sin duda, los intereses colectivos no tendrán prioridad absoluta, hay espacio para la persecución del interés individual, pero sólo en la medida en que esto no contrarié el interés social.” (La traducción es nuestra).

¹⁶³ En un contexto en el que el autor critica la excesiva relevancia que se le da al principio de relatividad de los contratos en la disciplina jurídica lo que provoca una reducción o un impedimento del reconocimiento de los efectos causados por el contrato sobre terceros, CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...”, ob.cit., pág. 62 argumenta en relación con los intereses de red que: “la emersión de intereses del grupo y de

La diversidad de relaciones mantenidas por los miembros de la red entre sí es la causa de la coexistencia de intereses paralelos y divergentes entre los mismos, ambos en relación dialéctica y ambos absolutamente legítimos¹⁶⁴, que pueden ser encuadrados dentro de dos grandes categorías: por un lado, el interés compartido y paralelo de todos los miembros respecto a la creación de valor para la red (en alemán interés de la red, *netzweck*), es decir, el interés en el éxito y eficacia de la misma; y, por otro lado, el interés divergente de cada uno de ellos, respecto a la atribución o reparto del valor creado con exclusión de los demás, que es el interés que en realidad motiva la entrada del empresario individual en la red¹⁶⁵.

red constriñen a revisar el derecho contractual, en especial, su dimensión organizativa, para incorporar valores y tutela de intereses solo indirectamente reconducibles a los contrayentes pero que influyen sensiblemente sobre la naturaleza y estructura de las mismas”. (La traducción es nuestra).

¹⁶⁴ Esta idea del diálogo de intereses es apuntada por RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 115 -116; Id., “Business networks as...”, ob.cit., pág. 2904. Id., “Del contrato bilateral a la relación de red”, ob.cit., pág. 11; CAFAGGI, F., “Introduction”, *Contractual networks, inter-firm cooperation...*, ob.cit., pág. 7; Id., “Redes contractuales y teoría contractual...”, ob.cit., págs. 65 a 68, “Introduzione”, *Il contratto di...*, ob.cit., pág. 18; Id. “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...”, ob.cit. págs. 74-78.

A nivel jurisprudencial puede reseñarse como, bien que sea de forma indirecta, se reconoce la existencia de esta dualidad de intereses, así por ejemplo, en el marco del contrato de concesión, STS (Sala Primera), núm. núm. 755/2005 de 6 octubre de 2005, RJ\2005\8571, F.D 4º: “...como el de concesión mercantil, dentro de la categoría jurídica de los contratos de colaboración, que tiene como particularidad el que el concesionario actúa en su nombre y por cuenta propia, en la zona geográfica asignada, asumiendo para sí los riesgos de las operaciones comerciales que realiza con los clientes, desde la idea de **que actúa con capital propio e independencia negocial del concedente, sin perjuicio de que las actividades se lleven a cabo en interés de aquél y también en el propio** (SS. 12-VII-99; 31-X-2001). (La negrita es nuestra).

¹⁶⁵ Esta tipología de intereses guarda relación con los diversos tipos de interés que también concurren en el ámbito de los grupos de empresas, de esta forma, según MORO VISCONTI, R., *La governance nei gruppi e nelle reti di imprese, Conflitti fra stakeholders e diffusione di valore*, Etas, 2011, pág. 83: “ La dirección unitaria en el grupo de empresas proviene de la existencia de

Ambos intereses deben estar, por tanto, en una relación de equilibrio¹⁶⁶, si bien puede admitirse una eventual preponderancia de uno de los dos intereses siempre que resulte proporcional, imprescindible y vaya acompañada de la oportuna compensación¹⁶⁷.

un único sujeto económico que se contrapone formalmente a diversos sujetos jurídicos, que se corresponden con cada una de las sociedades que componen el grupo. En el grupo existen tres intereses diversos: el interés de la holding controlante, el interés de las sociedades controladas y el interés del grupo. Éste último es el punto de equilibrio, el centro de convergencia o el eje de coordinación entre la controlante y los intereses de la sociedad del grupo”. (La traducción es nuestra).

¹⁶⁶ En este sentido y a propósito de la *governance* de las redes empresariales, RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as...”, *ob.cit.*, pág. 2907: “El ejercicio del poder de dirección en la red requiere que el mismo sea ejercido para el beneficio de la red, tal y como en el caso de las sociedades y grupos societarios, en los que debe ser ejercido para el beneficio de la sociedad o del grupo. A diferencia del interés común societario, el interés de la red incluye no solo los intereses paralelos compartidos por todos sus miembros, sino también sus intereses divergentes. La consecución del interés compartido debe respetar los intereses contradictorios divergentes”. En el mismo sentido, *Id.*, “Del contrato bilateral a la relación...”, *ob.cit.*, pág. 18

¹⁶⁷ Así por ejemplo, señala RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *ob.cit.*, págs. 115-116: “La actuación del interés compartido por parte de la dirección de la red no debe, por regla general, lesionar innecesariamente los intereses divergentes —a la apropiación del valor— de sus miembros, tal y como están contractualmente definidos, o se desprende de la interpretación o integración del contrato de acuerdo con las reglas de la buena fe.

Una eventual lesión del interés divergente solo queda justificada si resulta imprescindible —ausencia de alternativas menos o no lesivas— para tutelar el interés compartido y obtener una finalidad económica legítima propia de la red. La lesión debe además ser proporcional respecto del beneficio obtenido para la red por medio de la actuación del interés compartido.

En ningún caso puede darse un tratamiento desigual, no justificado, que determine la lesión del interés divergente de un miembro de la red frente a otro.

El miembro de la red cuyo interés divergente resulta lesionado debe de ser compensado adecuadamente a cargo del beneficio obtenido para la red con la actuación del interés compartido que genera la lesión del interés divergente”.

En el mismo sentido *Id.* “Business networks as...”, *ob.cit.*, pág. 2907.

D) Interdependencia.

La toma de decisiones de inversión conjuntas, la protección de un bien común compartido, o la complementariedad entre los recursos aportados por los miembros de la red¹⁶⁸ – sea en régimen de separación o de condisión¹⁶⁹–, que crea un

CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...”, ob.cit. pág. 75: “Un primer aspecto del conflicto de intereses se refiere a cuando el interés de la empresa o sociedad singular pueda ser sacrificado a favor del de la red y, en este caso, que instrumentos de compensación deben predisponerse. Desde esta perspectiva, alguna de las elaboraciones realizadas en materia de grupos pueden aplicarse en vía analógica también a las redes. Un sacrificio impuesto ilícitamente se compensa, un sacrificio sobre el cual puede prestarse un consentimiento, se indemniza. Es evidente, sin embargo, que el diverso peso de la variable jerárquica puede influir sobre el *an* y el *quantum* de la compensación, especialmente en la perspectiva de que la distribución de los costes y beneficios de la pertenencia a la red sean distribuidos de forma más simétrica, que respecto a la pertenencia al grupo”. (La traducción es nuestra).

¹⁶⁸ Para CAFAGGI, F., “Introduction”, *Contractual networks, inter-firm cooperation...*, ob.cit., págs. 4-5, por lo que respecta a los *inputs*, las redes emergen cuando se requiere una complementariedad de recursos, una participación de varios actores, de forma que el producto es revisado e integrado mientras se desarrolla, siendo difícil individualizar la responsabilidad de cada parte. Por lo que respecta a los *outputs*, las redes emergen cuando éstos son indivisibles, cuando el nuevo conocimiento generado no puede ser incorporado a través de un derecho de propiedad intelectual.

¹⁶⁹ “El primer caso se ilustra a través del concepto de complementariedad. Dos empresas pueden producir bienes empleando recursos o procesos complementarios y, por lo tanto, operando en un contexto de fuerte dependencia recíproca pero conservando la propiedad separada de los recursos. En esta hipótesis, la red contractual es perfectamente idónea para gestionar la complementariedad y la eventual elección de la forma societaria puede producirse por razones diversas de las emergentes de una propiedad colectiva. Cuando los recursos empleados en el proceso productivo de ambas empresas sea indivisible o difícilmente indivisible, la forma organizativa elegida será la que permita la condisión, la cual puede estar limitada a un recurso específico o referirse a más recursos, hasta formas de integración muy intensas en las que exista una condisión de gran parte de los derechos de propiedad. Bajo este perfil, la red se sitúa como un modelo potencialmente alternativo a un sistema productivo de derechos sobre recursos bien definidos

condicionamiento significativo de las estructuras productivas y organizativas, son algunos de los factores¹⁷⁰ que dan lugar al nacimiento de la interdependencia económica entre las prestaciones empresariales de los miembros de la red¹⁷¹.

En este sentido, interdependencia supone que el resultado de la actividad individual de los miembros de la red dependa, y a la vez condicione¹⁷², el resultado del resto de empresas incluidas en la misma.

Así por ejemplo, en el ámbito del outsourcing, la autonomía de la que gozan los miembros de la red, lo que trae, como

e intercambiables en el mercado”. CAFAGGI. F., “Reti di impresi, spazi e silenzi regolativi...”, ob.cit., págs. 20-21. (La traducción es nuestra).

¹⁷⁰ La enumeración de fuentes de la interdependencia aparece recogida por CAFAGGI. F., “Redes contractuales y Small Business Act”..., ob.cit., pág. 35.

¹⁷¹ En general, sobre la interdependencia como característica propia de las redes empresariales, RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, ob.cit., pág. 14; Business networks as...”, ob.cit., pág. 2905 “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 88-89, destacando en la pág. 88: “A nuestro juicio, debe realizarse una nítida delimitación conceptual entre la noción general de red, como redes-contacto, y la de redes empresariales fundadas en la interdependencia. Es precisamente la interdependencia la característica principal, de entre las que diferencian las redes empresariales y los otros tipos de redes, además del hecho, obviamente, de estar constituidas por empresarios —empresas, de acuerdo con otros ordenamientos como el alemán— u otros operadores económicos para el ejercicio de actividades empresariales o económicas para el mercado.

De hecho, el ámbito y extensión de la interdependencia, puede y debe ser tomado en cuenta, como delimitador del ámbito de la red, esto es, de la parte de la actividad de sus miembros que queda coordinada por la red y se beneficia de las sinergias producidas en ella”.

¹⁷² En este punto es interesante distinguir entre interdependencia unilateral y multilateral. En la primera la prestación de un miembro de la red depende del resultado de la actividad de los otros miembros, pero el resultado de su propia actividad no condiciona el de los demás miembros. En la interdependencia multilateral, por el contrario, la actividad de un miembro de la red no solo depende del resultado de las prestaciones de otros miembros, sino que además ejerce una influencia decisiva sobre éstas: las condiciona. Al respecto Vid CAFAGGI. F., “Redes contractuales y teoría contractual...”, ob.cit, págs. 61 – 62.

primera consecuencia, que resulte difícil individualizar dentro de la cadena de producción la prestación desarrollada por cada parte, lo que conlleva a su vez un problema respecto de la localización y atribución de responsabilidades a los miembros de la red¹⁷³.

En cambio, en este caso, a la hora de valorar la solvencia patrimonial de la empresa singular, deberá prestarse atención a dichas relaciones de interdependencia que presenta con otras empresas, y que pueden resultar en una mayor capacidad financiera¹⁷⁴.

Asimismo, el porcentaje de actividad empresarial que se encuentra en situación de interdependencia no tiene por qué ser homogéneo entre los distintos miembros de la red, pudiendo variar de un sujeto a otro¹⁷⁵.

¹⁷³ En relación con todo lo señalado anteriormente interesa de nuevo la aportación de CAFAGGI, F., “Introduzione”, *Il contratto di...*, ob.cit., págs. 14-15, al señalar que: “El venir a existencia de la red y su forma jurídica depende, en modo significativo, de la posibilidad de emplear derechos de propiedad en la definición de la atribución o contribución de cada empresa a la red, pero también a la divisibilidad y apropiabilidad del producto final de la actividad de la red”. (La traducción es nuestra).

¹⁷⁴ Sobre esta idea, CAFAGGI, F., FERRARI, CH., IAMICELI, P., “Modelli di finanziamento per le reti di imprese: problema e prospettive”, ob.cit., pág. 19: “La valoración de la solvencia de la empresa singular debe, por tanto, reflejar el nivel de interdependencia desde el momento en que la eficacia de la inversión realizada así como la capacidad de responder a shock externos, relativos, por ejemplo a variaciones en el mercado real o financiero de referencia, depende en gran medida de la calidad de las relaciones con las otras empresas pertenecientes a la red. Debe por tanto distinguirse el riesgo de *default* valorado sobre la base de las relaciones de mercado y el valorado con referencia a la relación de red, diferenciándose los parámetros de valoración de solvencia...Es evidente que cuanto mayor es la estabilidad más importante deviene la interdependencia en la valoración del riesgo del crédito. Por ello debe ponderarse el peso de las relaciones de red respecto del conjunto de la actividad de la empresa singularmente considerada”. (La traducción es nuestra).

¹⁷⁵ Al respecto RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 89-90: “La determinación del ámbito de la interdependencia nos permite realizar una clasificación de las redes que

En definitiva, las distintas implicaciones que conlleva la interdependencia empresarial obligan a prever diversos modos de coordinación y supervisión de la ejecución de la actividad por los miembros de la red, que permitan garantizar y fortalecer la eficacia de la red en su conjunto, así como la consecución del interés compartido. A su vez, el refuerzo de la interdependencia fortalece los vínculos entre las partes y dificulta la salida de la red, evitando por tanto conductas disruptivas por parte de los miembros de la red, como son el parasitismo y el oportunismo¹⁷⁶.

Ahora bien, el distinto grado de participación de los miembros en la red impide la existencia de un modelo de organización de la red que pudiéramos calificar como *típico*. En consecuencia, en cada caso se produce una adopción de diferentes formas organizativas de red, con distintos niveles de

facilite un tratamiento jurídico diferenciado de situaciones que presentan características distintas desde la perspectiva económica.

Así, podemos distinguir entre empresas miembros de la red cuya total o cuasi total actividad principal es interdependiente, empresas en situación de interdependencia respecto a la mayoría de su actividad, empresas en situación de interdependencia respecto a una parte significativa de su actividad principal y empresas que se encuentran en situación de interdependencia tan solo respecto a una o varias actividades accesorias”.

¹⁷⁶ CAFAGGI. F., “Redes contractuales y Small Business Act”..., ob.cit., pág. 32: “Cuando las redes contractuales combinan la coordinación y el intercambio entre sus miembros demuestran un mayor nivel de complejidad. En este caso las redes suelen incluir alguna forma de gobierno y requieren de mayores gastos administrativos que en los contratos bilaterales. Este gobierno suele estar asociado con funciones de supervisión y de regulación...La interdependencia contractual implica la necesidad de una supervisión colectiva de la ejecución de los miembros de la red para garantizar que se consiga el resultado final...La supervisión jerárquica, típica de los grupos piramidales no es adecuada. Las redes contractuales requieren de un marco jurídico diferente para la efectiva supervisión. Esta supervisión puede ser regulada ya sea por la obligación de cooperar y comportamiento leal hacia otros miembros, o a través de unas estructuras de gobierno más específicas, tales como comité u otros dispositivos organizativos”.

En profundidad sobre las formas de organización y gobierno de la red, Vid. el capítulo 2º de este libro.

integración de sus miembros¹⁷⁷, tal y como se refleja, por ejemplo, en las diversas tipologías de red que recoge la regulación del contrato de red italiano¹⁷⁸.

La trascendencia jurídica de esta interdependencia económica y organizativa, se refleja, en sede contractual, en supuestos en los que un rendimiento contractual se hace dependiente de otros unilateral o recíprocamente. Este fenómeno se enmarca dentro de los caracteres definitorios de la categoría de los llamados contratos coligados, vinculados o conexos¹⁷⁹ o, en el caso francés “*l’interdependance*”¹⁸⁰, en los cuales el cumplimiento

¹⁷⁷ Esta idea es presentada por CAFAGGI. F., “Reti di impresi, spazi e silenzi regolativi...”, ob.cit., pág. 23

¹⁷⁸ Vid. epígrafe 2.3 de este libro.

¹⁷⁹ Según, LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, Bosch, 1994, pág. 282: “habrá conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinen, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico-jurídica que a través de ellos quiere articularse”.

Para TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, ob.cit., pág. 58: “Nosotros aplicamos el término “contratos conexos” a todas las relaciones contractuales que se influyen mutuamente, ya sean de carácter bilateral o multilateral, cuya interconexión da lugar directamente a consecuencias jurídicas (de tipo genético, funcional o condicional), o sea que una relación contractual influya en otra (u otras), o se trate de que se observen influencias mutuas”. (La traducción es nuestra).

¹⁸⁰ Article 13 *Avant-project Catala and Avant-project de l Chancellerie*, define *Contrats interdépendants* como : «contrats concomitants ou successifs dont l’execution est nécessaire à la réalisation de l’opération d’ensemble à laquelle ils appartiennent » y art. 100 project de réforme du droit des obligations, se ocupa del impacto de la nulidad de uno de los contratos interdépendants del art 13, señalando que : « Lorsque l’un des contrats interdépendants est atteint de nullité, les parties aux autres contrats du même ensemble peuvent se prévaloir de leur caducité si la nullité rend leur exécution impossible ou prive le contrat de tout intérêt pour les parties ».

Sobre este concepto que aparece en el borrador sobre la reforma de la regulación contractual francesa, AUBERT DE VINCELLES, C., “Linked contracts under French law”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, CAFAGGI. F., dir., Edward Elgar, 2011, págs.169-170:

de las prestaciones contractuales de cada uno de ellos, se ve afectado en mayor o menor medida, por la ejecución de las propias de otros contratos, por constituir unos y otros, instrumentos de formalización jurídica de una operación económica compleja y multilateral¹⁸¹.

En todo caso, debe destacarse que no cualquier vinculación negocial entre una pluralidad de contratos vinculados da lugar al nacimiento de una red. Por el contrario, la vinculación contractual es la expresión de la relación de complementariedad existente entre la actividad económica de las empresas que da lugar al nacimiento de la red. En todo caso, para que exista una red deben confluír, en primer lugar, una búsqueda de un fuerte interés colectivo, en segundo lugar un objetivo común, y, en tercer lugar, un alto nivel de interdependencia entre los contratos y las actividades desarrolladas a través de los mismos¹⁸².

“Existe una interdependencia cuando la ejecución de cada contrato es necesaria dentro del contexto de una transacción global. La originalidad de esta noción, lo que la hace interesante es que considera tanto los vínculos entre los contratos en sentido recíproco como los vínculos entre cada contrato y el conjunto de la transacción. La transacción completa es presentada como una unidad y cada contrato está vinculado a ella, cada contrato es necesario para el conjunto, pero también es insuficiente, aisladamente considerado para la realización del conjunto de la transacción” (La traducción es nuestra).

¹⁸¹ Para VAN DONGEN, S., “Groups of contracts. An exploration of types and the archetype from a dutch legal perspective”, AA.VV *Linked contracts*, SAMOY, I., B.M. LOOS, M., (eds), Intersentia, Cambridge, 2012, pág. 10: “En un sentido amplio, la noción de “grupo de contratos” incluye todas las situaciones en las cuales varios contratos no son independientes sino que forman parte de un “todo más grande”. Los contratos dentro de este “todo más grande” – el grupo –, están fáctica y económicamente conectados. Esta conexión puede estar explícitamente prevista en los contratos. A tal fin, pueden usarse las llamadas cláusulas de incumplimiento cruzado, las cuales señalan que el incumplimiento del deudor bajo un contrato, automáticamente conduce al incumplimiento bajo uno o varios otros contratos, como resultado de lo cual las deudas se tornan automáticamente vencidas y exigibles y todos los contratos pueden ser finalizados por la parte no incumplidora”.

¹⁸² Señala CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual...”, ob.cit., pág. 32 y 35 que: “Los contratos bilaterales vinculados constituyen la forma más común de las redes contractuales. Es una red de contratos concluidos por empresas individuales. Representan una forma de colaboración flexible entre

Es precisamente esta idea de interdependencia de las prestaciones contractuales la que ha llevado a plantear los problemas, por un lado, de la pertenencia a la red en su conjunto, como factor de influencia sobre el ejercicio los derechos y deberes de las partes en el marco de un contrato bilateral concreto, así como, por otro lado, de la eficacia de las relaciones de los miembros de la red con terceros, tanto dentro como fuera de la red¹⁸³.

varias empresas sin la creación de una entidad organizativa separada. Ciertamente no todos los contratos vinculados constituyen una red contractual. El nivel de interdependencia entre los contratos individuales debe ser elevado y el ámbito general debe ser unitario...No es suficiente la existencia de una multiplicidad de contratos vinculados para que surja una red contractual. Como se ha señalado previamente, debe haber (1) una búsqueda de un fuerte interés colectivo, (2) un objetivo común, y (3) un alto nivel de interdependencia entre los contratos y las actividades desarrolladas a través de los mismo”.

Id. “Introduzione”, *Il contratto di...*, ob.cit., pág. 16 y 17.

¹⁸³ Al respecto señala CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual...”, ob.cit., pág. 28 que: “La interdependencia contractual contrasta con un régimen de relatividad contractual que impone claros límites a los efectos positivos y negativos que los contratos pueden producir sobre otros contratos y sobre terceros. Los límites de las empresas no son rígidos: la flexibilidad incrementa la eficiencia pero requiere un marco legal sólido. La producción de bienes y servicios complejos a menudo requiere la contribución de varias partes, con prestaciones interdependientes, dirigidas todas a la consecución del objetivo común. Esto implica que el tradicional reparto de riesgos sobre la base de uno o de varios mecanismos, no se ajusta al objetivo de la distribución de riesgos dentro de la red contractual: en este contexto, el incumplimiento de cada parte puede afectar a la plausibilidad del proyecto común y esa distribución de riesgos debe ser acordada entre varias partes que no están siempre ligadas por la misma relación contractual. El ámbito del riesgo común va más allá de los límites de las relaciones contractuales”.

Vid. a también el trabajo de naturaleza teórica y especulativa de MOMNBERG URIBE, R., “Linked Contracts: elements for a General Regulation”, AA.VV *Linked contracts*, SAMOY, I., B.M. LOOS, M., (eds), Intersentia, Cambridge, 2012, págs. 153 a 163, que plasma perfectamente toda la problemática de la vinculación contractual como consecuencia de la inclusión de los contratos en una estructura negocial más amplia que la relación bilateral de intercambio.

En el primer caso se trata de dilucidar si la ejecución del contrato singular en el contexto de la red, obliga a las partes a tomar en consideración el interés compartido en creación de valor para la misma, de forma que el ejercicio de sus derechos y deberes deba modularse, como manifestación del principio de buena fe, en el respeto e integración de dicho interés compartido como causa y finalidad del contrato¹⁸⁴.

En el segundo caso, la cuestión estriba en dilucidar si, como consecuencia de la interdependencia entre las prestaciones empresariales, un contrato suscrito entre dos miembros de la red es capaz de producir ciertos efectos sobre otros miembros de la misma que no son parte del mencionado contrato, o incluso, si dicho contrato es susceptible de producir efectos sobre sujetos no pertenecientes a la red, permitiéndoles en todo caso a uno u otro sujeto, ejercitar una acción de reclamación en caso de resultar perjudicados como consecuencia de la extensión de efectos del contrato inicial¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Acerca de esta idea y con un ejemplo en sede de remedios ante el incumplimiento contractual, CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...”, ob.cit. pág. 77 : “Darle relevancia jurídica a la pertenencia a la red significa, por ejemplo, consentir que la elección de los remedios por incumplimiento pueda ser explícitamente influenciada también de una valoración del interés de la red co-envuelto y de los costes que la red misma puede sufrir aún cuando carezca de una legitimación activa”. (La traducción es nuestra).

¹⁸⁵ Sobre esta cuestión y partiendo de dos casos acontecidos en alemana arrancan las reflexiones de TEUBNER G, en sus obras *Network as connected contracts*, ob.cit., pág.6 y “Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks...”, ob.cit., pág. 5 citamos uno de los casos recogidos en la misma a modo de ilustración de la problemática:

“Un importador japonés de coches creó un sistema de distribución en Alemania. El importador sólo había conseguido entrar en el mercado alemán relativamente tarde y consecuentemente había tenido dificultades para encontrar distribuidores/concesionarios responsables. Consiguientemente, el importador había depositado su confianza en distribuidores cuyas credenciales comerciales y solvencia no eran evidentes a primera vista.

El contrato de distribución estipulaba que los vehículos permanecerían en propiedad del importador hasta el pago total del precio de la venta. Un cliente entró en posesión de un vehículo de un distribuidor, haciendo un pago inicial

En definitiva, se trata en esta sede de una cuestión que obliga a repasar los límites del principio de relatividad de los contratos en las relaciones de red, ante situaciones en las que dichos instrumentos jurídicos despliegan una “eficacia refleja frente a terceros”¹⁸⁶, pudiendo dar lugar a relaciones de dependencia o

de una parte del precio. Al cliente se le entregó el vehículo, las llaves y la licencia del mismo, pero no los papeles de propiedad ya que, de acuerdo con el contrato de distribución del importador, éstos permanecieron en su poder hasta el pago total del precio de venta. Bajo presión del distribuidor y su incorrecta reclamación del pago que según él era necesario para la terminación del proceso interno de venta, el cliente pagó el resto del precio a pesar de lo cual no recibió los papeles de propiedad del vehículo. Debido a la insolvencia del distribuidor, el importador pidió la devolución del vehículo del cliente. El cliente reclamó al importador, en calidad de nodo central en el sistema de distribución, responsabilidades por la imposibilidad directa del distribuidor para llevar a cabo sus obligaciones legales.

El tribunal, en un primer momento, confirmó la petición del importador respecto de la devolución de la y rechazó la demanda del cliente que defendía la recepción de la propiedad basada la buena fe argumentando que la ingenuidad del cliente constituye una importante negligencia. Sin embargo, permitió más tarde al cliente interponer una demanda de responsabilidad contra el importador, que fue limitada por el tribunal a la responsabilidad del importador por contribuir a la negligencia. Así, el tribunal impuso la responsabilidad compartida al centro de distribución en la cual el incumplimiento del distribuidor de las obligaciones contractuales se atribuía al nodo central de distribución”.

Sobre la posibilidad de la superación del principio de relatividad contractual mediante el ejercicio de una acción directa contra un tercero que no es parte del contrato, en el ámbito del Derecho del consumo Vid. HOSTENS, M., “Chains of sales contracts: towards a European system of direct producer’s liability?”, AA.VV *Linked contracts*, SAMOY, I., B.M. LOOS, M., (eds), Intersentia, Cambridge, 2012, págs. 79 – 113.

¹⁸⁶ De acuerdo con DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 530: “Puede hablarse de una eficacia refleja del contrato en la esfera de los terceros cuando un contrato repercute en la órbita ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas. La eficacia refleja no es una “incidencia”, sino una “repercusión”...La repercusión nace de la conexión entre diversas relaciones jurídicas preexistentes. Una conexión entre relaciones jurídicas puede existir en tres casos:...en primer lugar, cuando tales relaciones jurídicas se encuentran entre sí respectivamente *supra* y subordinadas en un orden jerárquico de valoración (por ejemplo, el fiador respecto a la relación entre acreedor y deudor); **en segundo lugar, cuando las diferentes relaciones**

conexión entre contratos¹⁸⁷, a priori independientes, como consecuencia de su ejecución en situación de interdependencia¹⁸⁸.

jurídicas coexisten entre sí y se condicionan recíprocamente (por ejemplo, la concurrencia de acreedores en la liquidación concursal); en tercer lugar, cuando una de las relaciones deriva y descansa en otra que la sirve de base (por ejemplo, el subarriendo respecto del arrendamiento)". (La negrita es nuestra).

¹⁸⁷ Sobre la vertiente de la calificación de los contratos derivada de la repercusión de unos sobre otros como consecuencia de la conexión entre las relaciones jurídicas DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 441: "Una relación de conexión o de dependencia entre varios contratos puede existir en dos hipótesis concretas: 1) Por constituir uno de dichos contratos un presupuesto o una *conditio iuris* para que el otro realice plenamente su función práctica. Por ejemplo, la eficacia del contrato de constitución de un gravamen sobre una cosa depende de la eficacia del contrato por el cual el constituyente del gravamen haya adquirido el dominio o el poder de disposición sobre la cosa gravada. 2) Ambos contratos cooperan simultáneamente a la consecución del resultado económico o económico-social buscado por las partes. Nos encontramos entonces ante un supuesto de negocio complejo o de negocios coligados. Por ejemplo, se pacta la transmisión del dominio de un solar, la obligación del adquirente de construir un edificio, la obligación de transmitir al cedente determinados pisos y una serie de garantías reales para asegurar la obligación".

Sobre los contratos complejos o coligados, señala el propio autor en *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 73: "Se denominan contratos coligados aquellos que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen. En cambio, en los contratos complejos, aunque las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos, aisladamente considerados, pertenezcan a un tipo contractual preexistente, se aíslan de él para introducirse en un negocio único, de manera que no hay yuxtaposición, sino fusión de prestaciones en un solo contrato... En los "contratos coligados" existe entre los diferentes contratos un nexo causal y funcional, pero cada uno de ellos, conserva su autonomía, está sometido a sus propias vicisitudes y posee su propio régimen jurídico. La identidad causal y funcional no deja de ejercer alguna repercusión. Por ejemplo: en materia de la aplicación de la idea de base del negocio o de la cláusula *rebus sic stantibus*. Ahora bien, esta repercusión debe considerarse como excepcional y la autonomía e independencia como normal. Piénsese, además, que al redactar documentos distintos son las partes mismas las que

E) Propiedad industrial compartida.

En muchas ocasiones uno de los motivos que incentivan la formación de una red empresarial es la adquisición de un derecho a un uso compartido como miembro de la red sobre un determinado bien inmaterial, por ejemplo una marca o una patente. En otros ocasiones, el uso compartido de determinados

han producido la independización, al menos formal, de los contratos, de suerte que no parece que puedan después ir contra ella.

Para LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos.*, ob.cit., pág 273: “Se está ante el fenómeno de la conexión contractual cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante”.

¹⁸⁸ Sobre la cuestión de la superación del principio de relatividad de los contratos, Vid. al respecto, BROWNSWORD, R., “Network contracts Revisited”, *Networks, Legal Issues of Multilateral Co-operation*, AMSTUTZ, M., TEUBNER, G., ed., Oxford and Portland, Oregon, 2009, págs. 31-52; GONZÁLEZ CASTILLA, F., “En torno a las consecuencias de la conexión contractual en el crédito al consumo: la superación jurisprudencial de las exigencias de la Ley 7/1995”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 279, págs. 286 -298. Id. “La aplicación del principio de relatividad de los contratos a las redes de distribución”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 97-133; Id. *Leasing financiero inmobiliario*, Civitas, 2003; GRUNDMANN, S., “Contractual Networks in German private law...”, ob.cit., págs. 116-161; HEERMAN, PETER W., “The Status of Multilateral Synallagmas in the Law of Connected Contracts”, *Networks, Legal Issues of Multilateral Co-operation*, AMSTUTZ, M., TEUBNER, G., ed., Oxford and Portland, Oregon, 2009, págs. 103-118; HIDALGO GARCÍA, S., *EL contrato y los terceros. Seguro, edificación, crédito al consumo, pactos de exclusiva y subcontratación*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2012; SAMOY, I., LOOS, M., *Linked contracts*, Intersentia, Cambridge, 2012; MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit., págs. 469-581., TEUBNER G, *Network as connected contracts*, ob.cit., págs. 57-85; Id. “Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks...”, ob.cit., págs.3-29., WELLWNOFER, M., “Third Party Effects of Bilateral Contracts within the Network”, *Networks, Legal Issues of Multilateral Co-operation*, AMSTUTZ, M., TEUBNER, G., ed., Oxford and Portland, Oregon, 2009, págs. 119-136., WHITTAKER, S., “Contract networks, freedom of contract and the restructuring of privacy of contract”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, CAFAGGI, F., dir., Edward Elgar, 2011, págs. 179-197.

derechos de propiedad industrial es solo una más de las actividades que conlleva la integración de las prestaciones empresariales de los miembros de la red¹⁸⁹.

En uno y otro caso, dicho bien actúa a su vez como creador de interdependencia económica entre los miembros de la red que lo utilizan, reproduciéndose también sobre el mismo la dialéctica de intereses propia de la red: todos los miembros tienen un interés compartido en que el bien inmaterial otorgue la mayor ventaja competitiva posible pero, a su vez, con el objetivo de atribuirse individualmente un mayor beneficio derivado del uso que realizan de este bien¹⁹⁰.

Los principales problemas que se plantean con la utilización compartida por los miembros de la red de derechos de propiedad industrial tienen que ver con la coordinación entre la duración de estos derechos y la de las relaciones de red, así como la adecuación del régimen jurídico de los mismos a la dinámica de la red.

En el primer caso el reto es evitar el comportamiento oportunista de aquellos que entran en la red con la única finalidad de obtener un derecho de utilización del bien antes de que se extinga el derecho de exclusiva a favor de su titular¹⁹¹.

¹⁸⁹ En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, ob.cit., pág. 14; Id. Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 88.

¹⁹⁰ Esta descripción sobre el papel de los bienes inmateriales en las redes empresariales es realizada, en sede de signos distintivos por MARTÍN ARESTI, P., “Signos distintivos y redes de distribución”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 547-572.

¹⁹¹ IAMICELI, P., “Le reti di imprese: modelli contrattuali di cordinamento”..., ob.cit., págs. 171-172, señalando la autora que: “Cuanto más se aproxima la duración de las relaciones a la del mencionado derecho, más relieve adquiere la dimensión cooperativa de la relación. Igualmente, en el transcurso de la relación, la distancia temporal respecto al término de extinción del derecho aumenta el valor de la opción de salida del licenciador, respecto de la relación, incidiendo sobre los incentivos a invertir en la relación y su credibilidad a causa de la amenaza que supone una confrontación con los licenciatarios”. (La traducción es nuestra).

En el segundo caso, se trata de analizar, especialmente en el caso de las redes de segundo grado (master franquicia por ejemplo), cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan para los miembros de la red y licenciatarios del derecho de propiedad industrial, cuando se produce una modificación de la persona que se los otorgó (el master) por parte del eslabón superior de la cadena (franquiciador); o si los licenciatarios se encuentran legitimados para el ejercicio de acciones por infracción del derecho de marca contra otros licenciatarios¹⁹².

Ambas cuestiones constituyen en realidad un reflejo de la problemática que la interdependencia entre las prestaciones de las partes trae respecto el principio de relatividad contractual pero analizadas desde la perspectiva del derecho de la propiedad industrial y su régimen jurídico.

F) Carácter de *intuitu* de las relaciones entre los miembros de la red y transmisión de información.

El carácter duradero de las relaciones contractuales mantenidas por los miembros de la red y la interdependencia existente entre las actividades empresariales desarrolladas dentro de la misma, determinan, tal como se ha señalado en el estudio económico, el nacimiento de una relación de confianza entre las partes¹⁹³.

¹⁹² Para un análisis en profundidad de estas cuestiones desde una perspectiva comunitaria y española Vid. MARTÍN ARESTI, P., “Signos distintivos y redes de distribución”... ob.cit., págs. 547-572; GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Caracterización de la relación comercial entre los integrantes de la red secundaria y la marca”, *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, VIERA GONZÁLEZ, JORGE. A., ECHEBARRÍA SÁENZ, JOSEBA. A., dirs., La ley, 2011, págs. 321-334; y más específicamente, MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit., págs. 295-357.

¹⁹³ RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena(encroachment) y redes de distribución*, ob.cit. pág. 101: “Los contratos por medio de los cuales se constituyen redes son contratos de larga duración que dan lugar a relaciones continuadas entre las partes a lo largo del tiempo y tienen por finalidad conseguir un fin común perseguido por todos los miembros de la red – vender determinados productos o prestar ciertos servicios –, para lo que las partes colaboran entre ellas – contrato de colaboración –.

Las relaciones entre los miembros de la red se caracterizan de esta forma por un marcado *carácter intuitu*, en el que no solo se valora las cualidades técnicas y productivas de la empresa miembro de la red (*intuitu instrumenti*), sino también las personales (*intuitu personae*), pues la coordinación, supervisión y la transmisión de información que se producen dentro de la red otorgan a la esfera relacional un papel destacado en la misma¹⁹⁴.

El carácter *intuitu personae* no implica, sin embargo, una dependencia de cada uno de las posiciones (nodos) de la red, como tales, respecto a la persona que los ocupa. Al contrario, anteriormente se ha especificado que el carácter estable de la red refiere a la estructura de la misma, con independencia que los miembros que ocupen las distintas posiciones puedan ir variando a lo largo del tiempo¹⁹⁵.

Por ello el carácter *intuitu* de las relaciones entre los miembros de la red no significa que las partes mantengan entre sí obligaciones personalísimas, – aunque es común que, por razón de la información sensible compartida, en los contratos se incluyan condiciones extintivas o pactos resolutorios para el

Consecuentemente, en este tipo de contratos es extraordinariamente relevante la identidad de la contraparte contractual – contratos estipulados *intuitu personae* – y se generan especiales relaciones de confianza – contratos regidos por el principio de confianza –, lo que da lugar, tal y como hemos visto, a una razonable expectativa por parte de cada una de ellas a que la otra actuará sin motivos ocultos y tomando en consideración los intereses de la otra – *uberrima bona fidae* –“.

¹⁹⁴ Una distinción entre ambos tipos de caracteres, a propósito de la calificación de las relaciones jurídicas mantenidas entre las partes en el ámbito del contrato de master franquicia puede encontrarse en MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit., págs. 164-169, donde concluye el autor a propósito del carácter de confianza de las relaciones en este contrato que: “...el contrato de master franquicia ha de encuadrarse en los contratos de confianza denominados *intuitu personae*, sin que ello sea óbice para reconocer que, a la hora de contratar, el franquiciador tenga en cuenta – o muy en cuenta –, además de la confianza que le suscite el master persona física o los dirigentes del master persona jurídica, las cualidades objetivas de la empresa, como, por ejemplo, infraestructuras o logística”.

¹⁹⁵ Vid subepígrafe 2.2, apartado A) de este capítulo.

caso de cambio de la titularidad de la empresa¹⁹⁶ –, sino que dada la dimensión integradora y organizativa que implica la participación en la red, las partes mantienen entre sí unas relaciones especialmente cualificadas por razón de la confianza, relaciones regidas por el principio de *uberrima fides*¹⁹⁷.

Esta confianza reforzada determina un modo especial de organización y gobierno de la red, que se traduce tanto en la coexistencia de relaciones formales e informales entre sus miembros¹⁹⁸, como en el especial papel que juegan los deberes fiduciarios en la reglamentación de su conducta¹⁹⁹.

¹⁹⁶ En este sentido, RUIZ PERIS, J., “Del contrato bilateral a la relación de red”, ob.cit., pág. 14, califica a los contratos de red como “contratos *intuitu personae*, pese a ser estipulados en la mayoría de los casos por sociedades, que establecen como motivo de resolución, según los casos, la alteración de la titularidad de las acciones o de control sobre la sociedad, o el cese como administrador de la persona en atención a la cual se ha estipulado el contrato”.

¹⁹⁷ RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena(encroachment) y redes de distribución*, ob.cit. págs. 94-95: “Los contratos a través de los cuales se conforman las redes y entre ellas las redes de distribución, son contratos de colaboración en los que prima el *intuitu personae* del que deriva el reconocimiento por nuestra jurisprudencia de específicos deberes de lealtad entre las partes y del sometimiento de dichos contratos al principio de confianza. De ello deriva que la exigencia de que las partes actúen de buena fe en este tipo de contratos es especialmente intensa, por lo que pueden ser calificados de *uberrima bona fide*, puesto que la relación de confianza existente entre las partes y la existencia de un fin común principal compartido derivado del ejercicio de la actividad empresarial compartida por los miembros de la red para cuya consecución las partes colaboran, con independencia de la persistencia de confrontación de intereses respecto a otros aspectos, refuerza la confianza de cada una de las partes de que la otra actúa de buena fe, esto es, de acuerdo con los estándares exigibles a quién dirige – organiza y coordina – una red de empresarios con la que se encuentra unido por un conjunto de contratos tipo de carácter bilateral y sin motivos ocultos distintos de los de la colaboración en la consecución de la finalidad común compartida que expresa en el proceso de negociación”.

¹⁹⁸ Vid. apartado B) dentro de este subepígrafe.

¹⁹⁹ CAFAGGI, F., *Reti di impresi, spazi e silenzi regolativi...*, ob.cit., págs. 24-25: “La especificidad de las redes de empresas respecto al mercado reside en la capacidad de gobernar la interdependencia a través de relaciones fiduciarias. Esta interdependencia, en ausencia de un modelo organizativo

Igualmente, de acuerdo con los factores señalados en el estudio económico, el entorno de confianza e implicación individual que supone la red motiva que la información industrial sea transmitida y compartida, lo que genera innovación y permite mejorar la capacidad competitiva y eficacia de la red²⁰⁰.

A su vez, el carácter más o menos crítico de la información industrial, su papel como fuente de interdependencia, su localización (centralizada o dispersa), su grado de transmisibilidad y su capacidad para ser objeto de complementación, son elementos que influyen de manera notable en el modo en que se establecen las relaciones de interdependencia en la red y, por tanto, en la elección de su modelo organizativo²⁰¹.

idóneo que genere fiducia, puede producir riesgo de comportamientos oportunistas así como llegar hasta a desincentivar las inversiones iniciales”. (la traducción es nuestra)

Para más detalle sobre este aspecto Vid. apartado G) dentro de este subepígrafe

²⁰⁰ Al respecto de la capacidad de las redes para compartir y transmitir información CAFAGGI, F., “Product safety, private standard –setting information and Networks...”, ob.cit., págs. 238-241. Id. “Redes contractuales y Small Business Act”..., ob.cit., pág. 24: “Desde una perspectiva cognitiva las redes contractuales parecen particularmente adecuadas para generar innovación. La densidad de las relaciones permite una mayor intensidad en la producción y transferencia de conocimiento entre sus componentes porque la estructura de red proporcional, al mismo tiempo, más incentivos para producir conocimiento innovador y más garantías de oportunismo (por ejemplo, uso privado de los bienes colectivos)”.

RUIZ PERIS, J., “Del contrato bilateral a la relación de red”, ob.cit., pág. 14, señala que los contratos de red “Son contratos que implican compartir directa o indirectamente elementos inmateriales de la empresa (marca, know-how técnico o comercial, reputación y clientela – fondo de comercio –), así por ejemplo en los casos de redes de distribución, subcontratación”.

²⁰¹ Al respecto IAMICELI, P., “Le reti di imprese: modelli contrattuali di cordinamento”..., ob.cit., págs. 167 – 171, en las que la autora contrapone el modelo de red en hilera y el de red de contratos plurilaterales según la presencia o no de alguno de los factores señalados en el texto. Asimismo la

Sin embargo, la dimensión relacional de la red presenta también sus propios peligros²⁰², y en el caso de las redes jerárquicas existen riesgos, tanto de apropiación por parte del cabeza de red de la información industrial o ideas generadas por los demás miembros, como riesgo de dispersión de la información fuera de la red, especialmente si se trata de una red horizontal en la que los miembros son competidores de la misma franja de mercado²⁰³.

Del mismo modo, si bien el entorno de confianza de la red propicia la transmisión de conocimiento no fácilmente aprehensible a través de un soporte material, esta ventaja competitiva encuentra su contrapartida en el problema que supone para los miembros de la red la protección de este bien inmaterial, debido a su dificultad para ser objeto de protección, siquiera a nivel contractual²⁰⁴.

autora señala estos factores como determinantes a la hora de la selección del nuevo miembro de red y del contenido del contrato a celebrar con el mismo.

²⁰² Esos riesgos son apuntados por NOOTEBOOM, B., *A cognitive theory of the Firm*, ob.cit., págs 149-150: “Riesgo de atraco, que implica que el compañero puede de forma oportunista explotar la dependencia asimétrica para exigir una mayor parte del valor añadido producido conjuntamente, bajo la amenaza de salir de la relación...el riesgo de derrame se refiere que el conocimiento que constituye una ventaja competitiva, como parte de una competencia central, llega a los competidores y es usado por ellos para la imitación y competencia. El riesgo puede ser directo si el socio se transforma en un competidor, e indirecto en las redes cuando el conocimiento llega a un competidor vía un miembro de la red... Finalmente el tercer riesgo relacional es el concerniente a equivocación, como accidentas, malas interpretaciones o errores. Esto es más un asunto de competencia que de intenciones”. (La traducción es nuestra).

²⁰³ A ambos riesgos se refiere con ocasión del estudio sobre la transmisión de información en las redes de subcontratos IAMICELI, P., “Le reti di imprese: modelli contrattuali di cordinamento”..., ob.cit., págs. 156-158. En esta sede la autora aboga por un acuerdo de transmisión o licencia de uso como remedio ante el primer riesgo y el establecimiento de cláusulas de confidencialidad que se prolonguen más allá de la finalización de la relación contractual entre las partes

²⁰⁴ Problemas apuntados por IAMICELI, P., “Le reti di imprese: modelli contrattuali di cordinamento”..., ob.cit., págs. 163-165, añadiendo la autora que: “Cuanto el objeto del contrato sea más escasamente definible más

Finalmente debe tenerse en cuenta el papel que juega el Derecho *antitrust* en estos intercambios, fijando límites respecto a la forma y finalidad de estas transmisiones de información²⁰⁵.

G) Existencia de especiales deberes de conducta para las partes.

Cuando las relaciones entre los miembros de la red vienen caracterizadas por la duración y estabilidad, la interdependencia, el carácter *intuitu personae* y *ubérrima fide*, el compartimiento de información y derechos de propiedad industrial, junto también con el carácter jurídicamente autónomo de sus miembros y la existencia de un diálogo de intereses contrapuestos en el seno de la red, no cabe duda que los miembros de la red se encuentran sometidos a unos deberes de comportamiento cualificados respecto a la situación de las partes en una mera relación bilateral de intercambio²⁰⁶.

incompleto será el contrato y más difícil será para las partes controlar adecuadamente la adopción de comportamientos oportunistas...La debilidad del derecho de propiedad intelectual medida por su capacidad para definir el objeto del contrato y controlar el uso del conocimiento a través de este vehículo, incide sobre la elección del socio contractual, y sobre la exigencia de establecer relaciones en términos de confianza, así como la propensión de las partes a concluir contratos que tienen por objeto invenciones futuras". (La traducción es nuestra).

Acerca del régimen para la transmisión del *know-how* y la información de carácter técnico en un contrato de red como es el contrato de master franquicia Vid. MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit., págs 357 a 402.

²⁰⁵ Para un estudio detallado sobre el tema Vid. ESTEVAN DE QUESADA, C., "Intercambios de información en las redes empresariales: problemática *antitrust*", *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs 507-530.

²⁰⁶ "El carácter de contratos de colaboración de los contratos de red, de larga duración en tanto prevén una colaboración empresarial continuada, a veces durante décadas, que en ocasiones, como es el caso de la franquicia, la concesión o del outsourcing, determina la íntegra estructura de nuestra organización empresarial o una gran parte de ella, su carácter *intuitu personae*, la existencia de elementos inmateriales compartidos, entre ellos reputación y clientela, trae como consecuencia ineludible que juegan con gran intensidad en la regulación de las relaciones verticales y horizontales entre sus miembros, y en consecuencia, que dichos principios juegan

En este sentido, resultan de especial trascendencia los deberes que pesan sobre el cabeza de red como consecuencia de su papel central en la organización y gestión de la misma, modelando su actuación atendiendo al respeto por el interés compartido en la creación de valor para la red, y evitando situaciones de abuso sobre otros miembros de la misma²⁰⁷.

Entre estos deberes encontramos el deber de actuar de buena fe, que afecta tanto al cabeza de red como a sus miembros y que comprende los deberes de información – información precontractual y durante la vigencia del contrato, deber de deliberación de las decisiones trascendentales para la red y de consulta con los miembros al respecto de las mismas –, el deber de confidencialidad, el deber de diligencia y el deber de abstenerse de comportamientos torticeros o abusivos sobre otros miembros de la red²⁰⁸.

igualmente con una intensidad mayor en la interpretación e integración de los contratos de red que en otros contratos bilaterales”. RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, ob.cit., pág. 15.

²⁰⁷ Al respecto RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as...”, ob.cit., pág. 2908: “Un eficiente ejercicio del poder directivo requiere de una gobernanza apropiada para la red. Esto implica el reconocimiento de la existencia de especiales deberes de comportamiento y lealtad que afectan a la dirección de la red en el ejercicio de su poder directivo y el establecimiento de un marco para el diálogo dentro de la red, permitiendo una búsqueda eficiente y no conflictiva del ejercicio del poder. Una adecuada definición de la gobernanza de la red requiere la identificación de los deberes del cabeza de red, la definición de un marco para el diálogo en la red y el establecimiento de un marco interno de moderación y resolución de disputas a través de la mediación y el arbitraje”. (La traducción es nuestra).

²⁰⁸ La enunciación de estos deberes es realizada por RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, ob.cit., págs. 16-19; Id. “Business networks as...”, ob.cit., pág. 2908; Id. “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs., 116-118. CAFAGGI, F., “Organizational Loyalties and Models of Firms: Governance Design and Standard of Duties”, *Theoretical Inquires in Law*, vol.6, 2005, págs. 463-526; Id. Organizational Loyalties and Models of Firms: Governance Design and Standard of Duties”, *EUI Working Paper, Law*, núm. 5, 2005.

En especial sobre los deberes derivados de la Buena fe a raíz del estudio sobre el *encroachment*, RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena(encroachment) y redes de distribución*, ob.cit. págs. 101-127.

Junto a este deber se encuentra el deber de lealtad, que implica la armonización entre los intereses compartidos y divergentes incluidos en el seno de la red; el deber de actuación en “interés de la red”, realizando una adecuada ponderación entre interés compartido e interés divergente; el deber de abstenerse de la realización de conductas que puedan perjudicar el interés de la red en beneficio propio, prohibición de sustitución arbitraria de un miembro de la red con la finalidad de absorber su negocio y también aquí, la prohibición de *encroachment* e interferencia torticera²⁰⁹.

III. La positivización del concepto de red empresarial.

Más allá de la definición y caracterización doctrinal de la realidad económica que suponen las redes empresariales, resulta de interés comentar si se quiere de forma breve, de la noción de red empresarial incorporada al ordenamiento jurídico de dos países: Italia y España²¹⁰.

III.1 El contrato de red italiano.

En Italia, no se ha producido una positivización del concepto de red empresarial propiamente dicho, sino que la introducción en el ordenamiento de la realidad económica que suponen las

Sobre el abuso de dependencia económica en las redes empresariales ESTEVAN DE QUESADA, C., “El abuso de dependencia económica en las redes de distribución”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 187-221.

²⁰⁹ Esta enumeración y clasificación de los deberes es realizada por RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 116-118.

A nivel general, acerca del deber de lealtad en las redes empresariales CAFAGGI, F., “Introduzione”, *Il contratto di...*, ob.cit., pág. 19. “A nivel general se puede sostener la existencia de un deber de lealtad recíproco entre los participantes de la red y un deber de cada uno de los participantes hacia la red en su conjunto”.

²¹⁰ Un análisis y comentario de estos dos conceptos jurídicos de red puede encontrarse también en RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 91 – 100.

redes empresariales se ha realizado a través de la regulación jurídica de uno de los institutos que pueden ser utilizados para instrumentar una red, el contrato, lo que provoca, en el terreno del Derecho positivo, una reducción teleológica del concepto de red empresarial, al quedar limitada la misma al concepto “contrato de red”²¹¹.

Dicho contrato fue introducido en el ordenamiento italiano por el artículo 3 del D.L. 10 febbraio 2009, n. 5 (*il “Decreto Incentivi”*), convertido con modificación de la L. 9 aprile 2009, n. 33, modificado por el art. 42 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificación de la L. 30 luglio 2010, n. 122 (*la Manovra Economica*)²¹².

²¹¹ En el ámbito italiano destacan las críticas vertidas a esta positivización del contrato de red, entre otros por MACARIO, F., “Reti di imprese, contratto di rete e individuazione delle tutele...”, *ob.cit.*, págs.289 y 292-293, defendiendo que, en el tema de las redes “la cuestión central para el jurista es la reconstrucción de los enlaces entre “el contrato” y “la red”, esta última como conjunto de hecho y relación no necesariamente reconducible a un contrato en sentido propio (si no también a varios contratos ligados entre sí que, en ningún caso podrán agotar la complejidad de la red)...Una consecuencia sin duda aberrante de la nueva normativa podría ser que la red no tuviera ninguna forma de tutela específica en el ordenamiento jurídico cuando no se presente con la forma y los requisitos sustanciales del “contrato de red”, o sea, en los precisos términos de la configuración legislativa. En el esfuerzo de desvincularla del modelo normativo se dirá, probablemente que se está en presencia de un contrato de red “irregular”. (La traducción es nuestra).

²¹² Reproducimos solo, por ser este el objeto de nuestro estudio, la parte del decreto dedicada a la regulación jurídica del contrato de red. A parte queda la parte dedicada a la regulación de los incentivos fiscales que se asocian a este contrato. Para una consulta general del régimen completo del contrato de red tras la modificación Vid: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=11271>

4-ter. “Con il contratto di rete piu' imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacita' innovativa e la propria competitivita' sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o piu' attivita' rientranti nell'oggetto della propria impresa. Il contratto puo' anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un

organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso.

Ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-quater, il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e deve indicare:

a) il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva;

b) l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacita' competitiva dei partecipanti e le modalita' concordate tra gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi;

c) la definizione di un programma di rete, che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante, le modalita' di realizzazione dello scopo comune e, qualora sia prevista l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonche' le regole di gestione del fondo medesimo; se consentito dal programma, l'esecuzione del conferimento puo' avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'articolo 2447-bis, primo comma, lettera a), del codice civile. Al fondo patrimoniale comune costituito ai sensi della presente lettera si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615 del codice civile;

d) la durata del contratto, le modalita' di adesione di altri imprenditori e, se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto, ferma restando in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo;

e) se il contratto ne prevede l'istituzione, il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune per l'esecuzione del contratto o di una o piu' parti o fasi di esso, i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto come mandatario comune nonche' le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto. Salvo che sia diversamente disposto nel contratto, l'organo comune agisce in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento nonche' all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualita' o di cui sia adeguatamente garantita la genuinita' della provenienza;

Sin proceder a un estudio en profundidad del contenido de la regulación jurídica del contrato de red²¹³, lo cual excedería con mucho el ámbito de este trabajo, se señalarán a continuación algunos de los aspectos más sobresalientes de su régimen jurídico:

El contrato de red aparece configurado como un contrato que tiene por objeto la mejora de la capacidad técnica, innovativa y competitiva de los empresarios sobre la base de una red común, a través de la colaboración en el ejercicio de sus propios negocios o para el intercambio de información y servicios o para participar en común en el ejercicio de una actividad incluido en su ámbito de negocio²¹⁴.

f) le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri, quando e' stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo, nonche', se il contratto prevede la modificabilita' a maggioranza del programma di rete, le regole relative alle modalita' di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo.

4-quater: Il contratto di rete e' soggetto a iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso cui e' iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando e' stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari”

²¹³ Un estudio completo de la regulación puede verse en el trabajo monográfico sobre el tema *Il contratto di rete*. CAFAGGI, F., dir., Bologna. Il Mulino.2009, y también en la obra colectiva *Le reti di imprese e i contratti di rete*, IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., Torino, 2009.

Sobre los cambios operados por las sucesivas reformas legislativas y la situación final en la que ha quedado la regulación del contrato Vid CAFAGGI, F., “Il nuovo contratto di rete: “Learning by doing”, *I Contratti* 12/2010, págs. 1 -13. Una versión en castellano de este trabajo puede verse en CAFAGGI, F., “El nuevo contrato de red: learning by doing?”, GÓMEZ ASENSIO,C., trad., *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012, págs. 25-46

²¹⁴ De acuerdo con esta caracterización señala CAMARDI, C., “I contratti di distribuzione come contratti di “rete”, ob.cit., pág. 248 que, el concepto “operación económica unitaria”, puede adquirir “una nueva consistencia dogmática y constituir el presupuesto jurídico de la aplicación de la disciplina “de red”, a través de un renovado uso del instrumento técnico de la vinculación contractual”...El legislador individualiza positivamente una medida imperativa de vinculación contractual a través de la cual, contratos

Esta definición ha llevado a la doctrina a hablar de una triple tipología del contrato de red²¹⁵: Una forma ligera de red, dirigida al intercambio de información o servicios; una forma más intensa que tiene por objeto la colaboración; y, una tercera forma que se refiere al ejercicio en común de la actividad por parte de las empresas pertenecientes a la red.

Por lo que respecta al contenido del contrato, aparece como elemento necesario del mismo, el programa de red, un documento dedicado a precisar las obligaciones y derecho de las partes, los términos del funcionamiento de la actividad en red y donde debe recogerse, en caso de pactarse²¹⁶, la constitución y composición de fondo patrimonial y órgano común.

El fondo patrimonial, como su propio nombre indica es un fondo presupuestario aportado por los distintos miembros de la red para afrontar los gastos derivados del ejercicio de la actividad por la red. La presencia de esta institución ha sido criticada por la doctrina²¹⁷, ya que, por un lado, la actividad de los miembros de la red es individual (autonomía de los miembros), por lo que ellos mismos afrontan los beneficios y pérdidas de su participación en la misma y, por otro lado, instituir un patrimonio común entre los miembros acerca mucho la red a la forma societaria, lo cual carece de sentido habida cuenta de los caracteres definitorios de la red antes comentados.

independientes pueden ser considerados también interdependientes, sobre la base de algunos parámetros cuya concurrencia haga tomar a los contrayentes ciertas obligaciones recíprocas – y la consiguiente responsabilidad por su eventual violación –, necesarias para el funcionamiento de la red y la satisfacción de los intereses que se tutelan”. (La traducción es nuestra).

²¹⁵ CAFAGGI, F., “Il nuovo contratto di rete:...” , ob.cit., pág. 28, Id. “El nuevo contrato de red...” , ob. cit., pág.

²¹⁶ La naturaleza facultativa del fondo patrimonial y el órgano común es una novedad de la última reforma operada sobre la regulación del contrato de red, superando el carácter necesario que presentaban anteriormente dichas instituciones.

²¹⁷ RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 94-95.

Por lo que respecta al órgano común, en caso de acordar las partes su constitución²¹⁸, ésta sería la institución sobre la que recaería el peso de la governance de la red. Dicho órgano aparece configurado como el mandatario común de los contratantes partícipes de la red y es el encargado de ejecutar las obligaciones insertas en el programa de red de acuerdo con las instrucciones allí predispuestas, pero gozando de discrecionalidad en todo aquello no previsto en el programa. En cuanto a la eficacia de sus decisiones, es aconsejable, para evitar controversias, establecer en el programa de red el carácter vinculante de las mismas para los miembros de la red.

III.2 El concepto español de red empresarial.

A) El concepto de red en la Ley de Auditoría.

En España la introducción en el ordenamiento jurídico del concepto de red empresarial se ha realizado por vía indirecta a través de la normativa que se ocupa, en sede de auditoría de cuentas, de regular el deber de independencia del auditor respecto la sociedad auditada.

En este sentido y a los efectos que a este trabajo nos interesan, el concepto de red empresarial en el ordenamiento jurídico español no ofrece ninguna utilidad como instrumento organizativo de la actividad empresarial – como sí ocurre en el caso italiano –, sino que cumple simplemente una función testimonial de positivización de una realidad económica

²¹⁸ Señala CAFAGGI, F., “Il nuovo contratto di rete:...”, ob.cit., pág. 33, Id. “El nuevo contrato de red...”, ob. cit., pág. que: “El modelo de red sin órgano común confía esencialmente a los participantes la gestión colegiada con la posibilidad de nombrar un sujeto participante o externo a la red para el desarrollo de las competencias específicas a través del empleo del mandato, que podrá ser general o específico para un asunto. Esta estructura parece adecuada para las redes simples compuestas de un número limitado de empresarios y con componentes relativamente simples. El modelo de toma de decisión sobre la gestión debe ser definido en el programa de la red, pero, obviamente, puede haber normas específicas determinadas por los contratantes unánimemente. No está excluida en esta hipótesis la atribución de la actividad administrativa y contable en *outsourcing*”.

presente en el tráfico pero no incorporada al ordenamiento jurídico.

Así las cosas, la definición española de red empresarial es tomada del art. 2.7 de la Directiva 2006/43/CE de 17 de mayo de 2006, “relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y las cuentas consolidadas”, e incorporada al ordenamiento jurídico español, con algunas modificaciones, en el art. 8 ter apartado d), de la Ley de Auditoría, por reforma operada por la Ley 12/2010, de 30 de junio, de trasposición de la citada Directiva²¹⁹.

Señala el art. 8 ter apartado d) que: *“Se entiende por red: la estructura más amplia que tiene por objetivo la cooperación y a la que pertenece un auditor o una sociedad de auditoría, que tiene claramente por objetivo compartir beneficios o costes, o que comparte propiedad, control o gestión comunes, políticas y procedimientos de control de la calidad comunes, una estrategia empresarial común, el uso de un nombre comercial común, o una parte significativa de sus recursos profesionales.*

En todo caso, se entenderán que forman parte de una misma red, las entidades vinculadas a las que se refiere el artículo 42 Cco, o las entidades que formen parte de una misma unidad de decisión al estar controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, o que estén vinculadas mediante la existencia de influencia significativa en los términos previstos en el artículo 47 del Código de Comercio.”

El primer párrafo es copia literal del art. 2.7 de la Directiva 2006/43, mientras que el segundo es añadido por la Ley 12/2010 al trasponer dicha normativa.

²¹⁹ Para una visión completa de los antecedentes del concepto de red en la Directiva Comunitaria y su proceso de trasposición al ordenamiento jurídico español Vid. GÓMEZ ASENSIO, C., “El concepto de red en la reforma de la ley de auditoría”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 319 – 341.

Si se procede a un breve análisis del concepto²²⁰ puede observarse como la definición del concepto de red con el término impreciso y ambiguo de “estructura más amplia”, pone de manifiesto una falta de voluntad por parte del legislador para definir con precisión la figura de red empresarial y deslindarla de otras estructuras empresariales complejas afines. Esta imprecisión obliga en el contexto de la norma a realizar un esfuerzo interpretativo de carácter integrador por el que se concluye que la expresión “estructura más amplia” refiere a una sociedad, con lo que se conceptúa la red exclusivamente en el aspecto societario, obviando la existencia de redes contractuales y restringiendo el concepto de red a un ámbito estrictamente institucional que no le es propio.

En segundo lugar, la fijación de la cooperación – que incluye la comunitarización de beneficios y costes – como único objetivo de la red, supone una visión sesgada del contenido complejo de interrelaciones que se conjugan en el interior de la red. Los miembros de la red tienen una relación de interdependencia a causa de la existencia de un fin común o un conjunto de objetivos comunes a realizar por todos ellos, lo cual provoca que un contrato o rendimiento contractual individual se haga dependiente de los otros unilateral o recíprocamente.

Por el contrario, una relación de cooperación entre dos operadores económicos no conlleva *per se* una interdependencia entre sus prestaciones empresariales que se extienda más allá del ámbito estricto de su cooperación. Sin embargo, en una red empresarial, la cooperación, al igual que la coordinación, es una consecuencia de la interdependencia que liga a sus miembros a causa del interés común económico compartido.

En tercer lugar, destaca la deficiente construcción del segundo párrafo de la definición de red, pues, por un lado, la mención de la comunitarización de beneficios y costes como objetivo de la red resulta incorrecta, y por otro, la enumeración, – a título ejemplificativo, debe entenderse – de bienes o

²²⁰ Para un estudio en profundidad del concepto Vid. GÓMEZ ASENSIO, C., “El concepto de red en la reforma de la ley de auditoría”, ob. cit., págs. 319 - 341.

estrategias que de facto pueden compartir los miembros de una red y que señalan su existencia se encuentra redactada de forma deficiente: primeramente parece contraponerse a la definición de red por los objetivos antes comentados y, posteriormente, parece que cada uno de los elementos excluya a los demás, lo cual daría lugar a figuras jurídicas que nada tienen que ver con la red. Por ello su tratamiento como lista simplemente ejemplificativa de alguno de los caracteres de la red parece la interpretación más razonable.

Por lo que atañe al párrafo añadido por el legislador español mediante la norma de transposición debe señalarse, en primer lugar, la inutilidad de la inclusión de las entidades a las que se refiere el art. 42 Cco en el apartado dedicado a la extensión de las incompatibilidades del auditor de cuentas por vulnerar su deber de independencia en relación con las sociedades que formen parte de la red en que está incluida su propia sociedad de auditoría. El legislador ya extiende esta incompatibilidad a los grupos societarios en un apartado dedicado exclusivamente a los mismos: el apartado a) del artículo 8 ter.

Y finalmente, el error más grave que comete el legislador español es la confusión de los grupos por subordinación con las redes empresariales, desconociendo por un lado, que los denominados grupos fundados en el control establecen relaciones jerárquicas y no de coordinación y que los denominados grupos por coordinación – si existieran se considerarían incluidos en la definición del artículo 42 Cco²²¹ – son sólo una de las formas posibles de articulación de la red (resta la forma contractual), y que, en una red, las empresas integrantes de la misma son completamente independientes unas

²²¹ La normativa mercantil española reguladora de los grupos societarios se construye en el art. 42 Cco, sobre el modelo del grupo por subordinación, sin embargo, por lo que respecta a la normativa contable si prevé la existencia de estos grupos por coordinación, tanto en la ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, como en la circular 2/2004 del Banco de España. Para un estudio más detallado de esta cuestión Vid. MARTÍNEZ CHURIAQUE, J.I., RODRÍGUEZ MOLINUEVO, J.M., ÁLVAREZ ETXEBARRÍA, I., IPIÑAZAR PETRALANDA, IZASKUN., “Grupos de coordinación y reforma contable...”, ob.cit., págs. 37 – 39.

de otras en su aspecto jurídico, siendo precisamente dicha independencia la que las distingue de los grupos societarios.

B) El concepto de red en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución.

El Proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 29 de junio de 2011 (PLCD), aunque finalmente no llegara a ver la luz, significó un reconocimiento legal de carácter más explícito a las redes empresariales respecto a la noción contenida en la Ley de Auditoría.

En este sentido, el art. 1.2 d) primera parte, del PLCD define las redes de distribución como aquellas “en las que un organizador dirige o coordina el reparto de las funciones comerciales entre varios distribuidores repartidos territorial o sectorialmente”, definiendo en su segunda parte las redes de distribución integradas como “en las que un proveedor ejerce un *poder de dirección comercial* sobre una pluralidad de distribuidores, caracterizada por una marca o método operativo propio”.

La definición de red empresarial, si bien en esta ocasión se ubica en un contexto que le es más propio – contratos de distribución, como instrumento a partir del cual conformar la estructura económica de la red empresarial –, presenta un carácter todavía más escueto y restringido que la anterior definición prevista en la ley de auditoría. Esto es así porque en el texto del proyecto no se hace referencia – y muchos menos se explica con la amplitud necesaria – a ninguno de los caracteres definitorios de las redes empresariales y, por otro lado, la definición aparece exclusivamente centrada en el ámbito de la distribución con lo que no es extrapolable a las redes presentes en otros sectores: construcción, innovación, *just in time production*, etc²²².

²²² Una crítica amplia y argumentada a esta definición puede encontrarse en los trabajos de RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs 102-103 e Id. “Las redes empresariales en el proyecto de ley de contratos de distribución español...”, ob.cit., págs. 78-79: “No aparece, por tanto, mención alguna a características propias de las redes

Por su parte, en la definición de red de distribución integrada, sí podía encontrarse alguno de los caracteres propios de las redes empresariales: la presencia de un cabeza de red – aunque esto no es un carácter propio de todas las redes empresariales, sino de las redes de tipo hegemónico en particular – y la existencia de un *know how* compartido²²³.

empresariales como la interdependencia y la estabilidad, aunque sí a la que considera que una de las funcionalidades típicas de la red es el reparto de funciones empresariales entre sus miembros, en este caso, de las funciones comerciales que obviamente no solo corresponden a los distribuidores sino también al fabricante, con independencia de que este solo ejerza labores de impulso, organización o supervisión de la red comercial, o realice por sí mismo ventas directas. Tampoco se indica cual será la naturaleza de la dirección de la red, que debe estar integrada por una pluralidad de distribuidores, lo que abre la posibilidad de que la dirección y organización de la red esté encomendada al fabricante, o a un comité dotado o no de personalidad jurídica que reúna a éste con algunos de los miembros de la red.

De otra parte, se define a los distribuidores pertenecientes a la red como titulares de territorios o grupos de clientes separados, lo que es difícilmente compatible con redes de distribución tales como la distribución selectiva o incluso la franquicia, en la que sus miembros no ven reconocido un territorio o grupo de clientes propios —distribución selectiva—, o tal reconocimiento no constituye un elemento esencial del contrato —franquicia—, cuando uno y otro tipo de redes son indudablemente redes de distribución.

Se trata, en este sentido, de una noción creada sobre la forma de un tipo de redes de distribución, la de los concesionarios, y que carece de la debida generalidad, cuestión que en una futura ley de contratos de distribución debería ser tomada en consideración”.

²²³ De nuevo RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs 103-104 e Id. “Las redes empresariales en el proyecto de ley de contratos de distribución español...”, ob.cit., pág. 79: “ En este caso sí se identifica al cabeza de red como proveedor —sea fabricante, seleccionador/prescriptor o mayorista— a diferencia de la noción general de red de distribución. Se indica además que la red debe estar caracterizada por una marca o método operativo propio. Respecto a la marca propia, parece que quiere indicarse que la red distribuya una única marca, cuya titularidad corresponderá generalmente al fabricante, o a una de las sociedades pertenecientes a su grupo, pero que es usada por los distribuidores miembros de la red y es, asimismo, vínculo de obtención de los beneficios empresariales propios por cada uno de ellos”.

Interesa en este ámbito destacar el concepto *poder de dirección comercial* antes resaltado, término que la doctrina interpretó como “la posibilidad de influir de modo determinante en la dirección de las actividades comerciales de los miembros de la red, o más sencillamente, la dirección de dichas actividades²²⁴”, posibilidad que según el propio art. 4.3 PLCD podía producirse “por atribución contractual o situación de hecho”. Sobre este concepto y su relevancia de cara al diseño de la *governance* de las redes empresariales se tratará en el capítulo siguiente²²⁵.

Precisamente, interesa destacar aquí también el contenido del art. 4.3 PLCD, en virtud del cual: “Cuando el diseño de una red de distribución, por atribución contractual o situación de hecho, implique la atribución a un proveedor de un poder de dirección comercial sobre una pluralidad de distribuidores coordinados, dicho poder deberá ejercerse bajo *los principios de responsabilidad, desarrollo en interés común e información a los partícipes*”.

Nótese como la parte final del precepto hace referencia a una serie de “principios” que deben inspirar la actuación del cabeza de red. Estos “principios” refieren en realidad a deberes que se prevé deben disciplinar la forma de actuación del cabeza de red en atención al interés de la misma²²⁶.

²²⁴ RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 105 e Id. “Las redes empresariales en el proyecto de ley de contratos de distribución español...”, ob.cit., pág. 80.

²²⁵ Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 1, subepígrafe 1, en especial, apartado A)

²²⁶ En este sentido RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 106 e Id. “Las redes empresariales en el proyecto de ley de contratos de distribución español...”, ob.cit., pág. 81: “ El artículo 4.3 PLCD incluye algunas referencias en el marco de los denominados «Principios rectores» que establece a la *Governance* de las redes de distribución, que limita exclusivamente, con opción que no compartimos, a las redes de distribución integradas. El precepto pretende someter la actuación del proveedor investido del poder de dirección comercial, respecto de los distribuidores miembros de la red, a dos «principios», que constituyen más deberes de actuación derivados del respeto al interés de la red: al

El contenido de estos principios/deberes aquí enunciados será objeto de referencia en sede de estudio de los deberes generales a los que en esta obra concluimos que se encuentra sometido el cabeza de red en su actuación.

C) Las redes empresariales ante la Propuesta de Código Mercantil.

Con fecha de 17 de junio de 2013, el Presidente de la Sección Segunda de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación, entregó al Ministro de Justicia la Propuesta de Código Mercantil elaborada por dicha Sección, en cumplimiento de la anterior Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006, que concedía un plazo de 4 años para la elaboración de la citada propuesta²²⁷.

Del análisis del texto desde la perspectiva del reconocimiento de la figura de la red empresarial, una primera conclusión es clara: no aparece en su articulado ninguna mención específica a la noción de red empresarial y, mucho menos, ninguna tentativa de regulación jurídica de dicha forma de organización económica.

Lo que en cambio sí aparece en este texto, como novedad, es el hecho de que se refunda y desarrolle dentro del articulado de la Propuesta de Código de Comercio, la regulación de algunos contratos a través de los cuales es posible instrumentar una red empresarial. Así, dentro del Libro Quinto – “De los contratos mercantiles en particular” –, el Título IV – “De los contratos de colaboración” –, refunde en su Capítulo II la actual regulación especial del contrato de agencia²²⁸ y en su Capítulo III “De los

principio de correspondencia entre poder y responsabilidad, y el respeto a la buena fe o a la corrección en el tráfico, acrecentado en estos contratos de colaboración fundados en relaciones de confianza mutua, de larga duración y con una imbricada interconexión de intereses entre los contratantes.

²²⁷ Orden de 7 de noviembre de 2006, del Ministerio de Justicia, por la que se encarga a la Sección Segunda, de Derecho mercantil, de la Comisión General de Codificación, la elaboración de un nuevo Código Mercantil.

²²⁸ La regulación actual vigente del Contrato de Agencia es la prevista en la 12/1992 de 27 de mayo, sobre contrato de agencia.

contratos de distribución”, se lleva a cabo por primera vez en el Derecho español, una regulación detallada y sistemática del contenido de dichos contratos²²⁹.

Sin entrar al estudio del contenido de dicha regulación proyectada, así como de la adecuación de la misma tanto a la legislación especial ya existente, como a los elementos y caracteres de dichos contratos que han sido establecidos a lo largo del tiempo tanto por la jurisprudencia y doctrina – lo cual está con mucho fuera del ámbito del presente trabajo –, a los efectos que aquí nos interesan baste con señalar que, en la regulación de estas formas contractuales, tampoco aparece mención explícita o implícita a la figura de las redes empresariales, por lo que no parece que las mismas, al menos de momento, vayan a ser objeto de un reconocimiento positivo expreso en la futura normativa mercantil de referencia en el ámbito español.

Creemos sin embargo que no deja de ser, cuanto menos paradójico, que se aborde en la proyectada legislación mercantil una regulación de algunos de los contratos que sirven como cauce para la instrumentación de la estructura económico-organizativa que suponen las redes empresariales, sin que, sin embargo, previamente se produzca un reconocimiento positivo expreso de dicha figura.

En este sentido, la falta de aprehensión por el legislador de la supraestructura económico-organizativa subyacente y a la que atienden todos estos tipos contractuales cuya regulación ahora se propone, ocasiona al operador jurídico, por un lado, una falsa – cuando no inapreciable –, percepción de la figura de la red empresarial al circunscribir la misma dentro de los límites de las relaciones negociales bilaterales que se proyectan, y por otro lado, además, creemos que esta falta de comprensión de la

²²⁹ Anteriormente existía alguna regulación dispersa y centrada en alguno – no la totalidad – de los aspectos concretos de estos contratos. La más destacada es la regulación de información precontractual en materia de franquicia prevista en el RD201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

estructura económico-organizativa subyacente puede dar lugar a deficiencias en el contenido de la regulación de cada uno de los contratos previstos, en especial y a los efectos de este trabajo, por lo que respecta a la tutela de las partes y los deberes que deben regir la actuación de cada una de ellas, que por los caracteres propios de la red empresarial, y tal y como se señalará más adelante en esta obra, exceden los estándares de los contratos bilaterales proyectados.

Una Governance específica para las redes empresariales.

I. Necesidades específicas de una *governance* para las redes empresariales.

La configuración de la red empresarial como un conjunto de empresarios jurídicamente independientes pero económicamente interdependientes y vinculados, así como los caracteres que de dicha definición se derivan, resulta en una inadecuación de los instrumentos tradicionales de organización de la actividad económica – contrato y sociedad –, al enfrentarse a la tarea de organización y gobierno de una realidad económica más compleja que los tipos ideales a los que responden²³⁰.

²³⁰ Al respecto, RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 83 - 86; Id. *Intromisión en clientela ajena y redes de distribución*, Cizur Menor (Thomson – Aranzadi), 2007, págs. 15-18; Id. “Business networks as a legal explanatory framework” en *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010*. Vol.2. De Gruyter, págs. 2902-2904; Id, “Del contrato bilateral a la relación de red” en *Hacia un Derecho para las redes empresariales.*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 10-13; CAFAGGI, F, “Introduction”, *Contractual networks, inter-firm cooperation...*, ob.cit., pág. 9: “Las redes contractuales desafían la partición entre contrato y sociedad porque requieren instrumentos de gobierno que reflejen un mayor nivel de complejidad que los convencionales contratos bilaterales sin crear una nueva entidad. Las redes capturan las interdependencias contractuales más allá del principio de relatividad y se refieren a la creación de derechos y la imposición de responsabilidades a terceras partes yendo más allá del campo tradicional del derecho contractual, fundamentado en el tipo ideal de la contratación bilateral...El reto para la división tradicional se torna particularmente fuerte en el caso de los contratos multilaterales. Los límites entre los contratos multilaterales y las sociedades no están bien establecidos y la literatura sobre redes contractuales se centra de forma primaria en los contratos vinculados

De este modo, un modelo de gobernanza efectivo para las redes empresariales, deberá ser capaz de armonizar los caracteres contrapuestos que presentan las relaciones sostenidas entre los miembros de la red: autonomía individual e interdependencia económica, el carácter duradero de la relación y la necesidad de interacción y modificación constante de las condiciones contractuales así como la heterogeneidad en las formas y grado de formalización de las relaciones interempresariales²³¹.

Todos estos caracteres presentan además una naturaleza distinta, según la tipología de red empresarial que se trate: hegemónica o paritaria, debiendo resolverse los problemas organizativos derivados de los mismos, también desde una perspectiva distinta en uno y otro caso.

1.1 La delimitación de la autoridad y poder en las redes empresariales.

Abordar el estudio de una forma de organización interpersonal – revista o no naturaleza económica las actividades llevadas a cabo por los sujetos que la conforman –, supone enfrentarse siempre a la cuestión de determinar quiénes son los sujetos encargados de ejercer el poder directivo u organizador frente a los demás miembros de la organización y cuáles son los fundamentos que legitiman el ejercicio de ese poder.

De esta forma, en el ámbito societario, los administradores sociales ejercen su función directiva sobre la base de un *poder*

sin dedicar suficiente atención a los contratos multilaterales y como los mismos difieren de las entidades de base social”. (La traducción es nuestra).

²³¹ Sobre el aspecto dinámico de las redes empresariales, AHUJA, G., SODA, G., ZAHEER, A., “The Genesis and Dynamics of Networks”, *Organization Science*, vol.23, núm. 2, 2012, págs. 435-437, analizan desde una perspectiva organizativa cuales son las principales dimensiones de cambio en las redes empresariales, tanto en lo que respecta a las relaciones singulares entre los miembros de la red, como a la arquitectura de todo el conjunto de la misma.

que la ley y los estatutos sociales les confiere para ello²³², es decir, sus decisiones tienen efecto directo sobre la sociedad y carácter vinculante porque así lo estipula la ley o los estatutos, de forma que constituyen, en última instancia, obligaciones nacidas de ellos²³³. En definitiva la legitimidad del ejercicio de su *poder* y su carácter vinculante para terceros descansa en la ley o en los estatutos.

En todo caso, la función representativa de los administradores sociales descansa, en el caso de las sociedades capitalistas, sobre la propia organización y composición de la sociedad: un conjunto de socios identificados o anónimos independientes entre sí (no tiene por qué existir ningún tipo de relación personal o empresarial entre ellos), que ponen en común un capital (se excluye el trabajo) para ayudar a la realización del fin social, participando únicamente dicho capital del *aleas* de la sociedad, y sin que los socios tengan la obligación de intervenir directamente en la administración de la sociedad, a salvo de la posibilidad de ejercicio de los derechos que como socio le corresponden, en especial, en el ámbito de la Junta General²³⁴.

Sin embargo, en las redes empresariales, como se ha comentado anteriormente, el elemento relacional juega un papel

²³² Así por ejemplo, en el caso español art. 209 TRLSC: “Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta Ley”.

²³³ Ex. Art. 1089 CC: “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

²³⁴ Estas notas son las propias de una sociedad capitalista, al respecto BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., en *Manual de Derecho Mercantil*, ob.cit., pág. 332- 333;

Para la distinción entre sociedad y red Vid. RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación de red”, ob.cit., págs. 10-13; “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 84. Id., “Business networks as a legal explanatory framework”, ob.cit., págs. 2902-2903.

trascendental en las mismas ya que en estas estructuras organizativas, el papel desempeñado por cada miembro produce unos efectos trascendentales sobre el resultado de los demás y sobre el de la red en su conjunto, lo que da lugar a un grado de integración personal más intenso entre los miembros de la red que con respecto a los socios de una sociedad²³⁵.

En consecuencia, este mayor componente relacional determina que, a la hora de abordar la cuestión de donde reside y en qué se fundamenta el *poder* en el gobierno de las redes empresariales, debe partirse de una premisa distinta a la del caso de las sociedades, y es que a los “directores” de la red no les basta con que su *poder* tenga un fundamento obligacional – legal o contractual –, sino que es necesario que dicho *poder* se ejerza por quien verdaderamente ostenta una *autoridad* (posición hegemónica o atribuida democráticamente) dentro de la red empresarial, que sea percibido y aceptado por los demás miembros y que, por tanto, legitime el ejercicio de su *poder* e incentive el acatamiento voluntario de sus decisiones por el resto de miembros de la red.²³⁶

Como consecuencia y como paso previo al estudio de las diferentes formas de gobierno que pueden ser adoptadas por las redes empresariales, debe identificarse cuáles son los sujetos que ostentan una posición de *autoridad* en la red empresarial y por tanto, son susceptibles de ejercer con eficacia el poder frente a los demás miembros de la red realizando las funciones directivas, de coordinación y supervisión.

²³⁵ Vid. en este capítulo, Epígrafe 2 subepígrafe 1.

²³⁶ Esta dicotomía entre autoridad y poder es señalada por BAUDRY B., CHASSAGNON, V., “The vertical network organization as a specific governance structure...”, ob.cit., págs. 298-300, en las que identifica la *autoridad* como el principio que rige las relaciones dentro de los límites de la propia empresa, pero el *poder* como el principio que gobierna las relaciones entre las empresas que conforman la red en cuanto sujetos independientes.

Sin embargo, la fundamentación de una posición autorizada en las redes empresariales que legitime el ejercicio del poder de dirección en la misma, no puede descansar, como sucede en el caso de las sociedades capitalistas²³⁷, sobre la base de la propiedad de la mayor parte del patrimonio común, debido a que en las redes empresariales, los miembros, empresarios independientes, no instituyen un patrimonio común, y si lo hacen tiene un carácter meramente instrumental y resulta escasamente relevante, pues lo que se comparte es un modelo de empresa, información, investigación, bienes o servicios o el uso de un determinado derecho de propiedad industrial²³⁸.

²³⁷ Señala BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., en *Manual de Derecho Mercantil*, ob.cit., pág. 332: "...el carácter capitalista de la sociedad se traduce en que la intensidad en el ejercicio de los derechos sociales depende de la participación en el capital que ostente cada uno de sus accionistas: la sociedad anónima se encuentra sometida al régimen de mayoría de capital".

Un ejemplo de este régimen lo constituye el sistema de representación proporcional para la designación de los miembros del consejo de administración de una sociedad capitalista: art. 243TRLSC: "En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción".

²³⁸ A este respecto CAFAGGI, F., "Introduction", *Contractual networks, inter-firm cooperation...*, ob.cit., pág. 6: "En la práctica, el poder de toma de decisiones dentro de la red puede estar distribuido de forma altamente asimétrica y seguir siendo compatible con la forma de red, donde la interdependencia económica no se traduce en una integración jurídica. Así, observamos redes con formas de distribución de poder incluso desiguales...La independencia jurídica puede ser relacionada con la dependencia económica traduciéndose en redes jerárquicas en las que la empresa dominante dicte los términos de cooperación entre los demás participantes entre sí y entre éstos y la empresa dominante. El distinto poder contractual dentro de la red puede influenciar la forma de operar de la *governance*, así como la forma de regular la entrada y salida de las partes individuales. Las diferencias en poder pueden verse reflejadas en intereses

Por otro lado, tampoco el modelo contractual de organización ofrece una respuesta adecuada a esta cuestión, pues aunque dicho modelo puede utilizarse para focalizar las responsabilidades organizativas de la red en un determinado sujeto a través de cláusulas al efecto contenidas en los contratos celebrados con las partes, esta práctica puede sin embargo resultar arbitraria e ineficiente si, dicha atribución, no se realiza respetando la propia estructura de *autoridad* ya existente en el seno de la red empresarial como consecuencia de las relaciones establecidas entre sus miembros²³⁹.

Por ello, para conseguir aproximarnos a un modelo de gobernanza para las redes empresariales, resulta fundamental identificar, atendiendo a los caracteres propios de los dos grandes tipos ideales de redes empresariales antes expuestos²⁴⁰ –

divergentes entre los participantes de la red que pueden requerir un efectivo diseño de *governance* para proteger los incentivos de las partes débiles para entrar, así como su libertad para salir”. (La traducción es nuestra).

²³⁹ A esta atribución del poder mediante cláusulas contractuales hemos hecho antes referencia con ocasión del estudio del PLCD. Así RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 105 e Id. “Las redes empresariales en el proyecto de ley de contratos de distribución español...”, ob.cit., pág. 80: “Este poder puede ser conferido expresamente en cada uno de los contratos bilaterales que unen a los distribuidores miembros de la red con el proveedor o, por el contrario, no estarlo y ser consecuencia de la fisiología de la relación —necesidad de mantener una política comercial uniforme respecto al producto que se distribuye—, sea o no reconocida por eventuales códigos de conducta o reglamentos internos de funcionamiento de la red empresarial existentes en muchos casos”.

Sobre la inadecuación de las teorías económicas y organizativas para señalar los individuos sobre los que recae la legitimidad para el ejercicio de funciones jerárquicas en la red empresarial Vid. CASANUEVA ROCHA, C., “Relaciones estratégicas entre pymes: contraste de hipótesis empresariales mediante ARS”, *REDES, Revista Hispánica para el análisis de redes sociales*, vol.4, 2003, capt. 4, págs. 3-6.

Disponible en http://revista-redes.rediris.es/pdf-vol4/vol4_4.pdf.

²⁴⁰ Vid. Capítulo Primero de este trabajo, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado B).

red hegemónica y red paritaria –, cuáles son las fuentes que otorgan/legitiman una posición de *autoridad* de un miembro de la red en uno y otro contexto:

A) Caracteres de la red hegemónica.

La red de tipo hegemónico aparece caracterizada por la existencia de una situación asimétrica respecto de la posición que ocupa cada miembro en la organización de la red. Así las cosas, suele ser común la existencia de un miembro destacado respecto del resto, ya sea por razón de la titularidad de un determinado bien o derecho – normalmente de carácter inmaterial – cuya importancia estratégica resulta primordial para el funcionamiento de la red, (por ejemplo, un derecho de propiedad industrial, un modelo de empresa, etc.); o bien, porque se trata del empresario con mayores recursos y capacidad financiera²⁴¹.

²⁴¹ La titularidad del modelo de empresa o derecho de propiedad industrial sobre el que se conforma la red otorga a su titular una capacidad de control tanto de la entrada (concesión de licencia para la explotación del derecho), como de salida (extinción de la licencia o retirada de la misma).

A este respecto RUIZ PERIS, JI., “Del contrato bilateral a la relación de red”, ob.cit., pág. 11, en sede de crítica a la adopción del modelo societario como forma de organización del gobierno de las redes empresariales: “La admisión en la sociedad depende de los socios, en decisión adoptada por unanimidad o por mayoría, según los casos, o es abierta –sociedad cotizadas, cooperativa – a todos aquellos que cumplen las condiciones establecidas por los estatutos sociales, en tanto que en las redes de contratos paralelos depende de la libre decisión del cabeza de red.

Igualmente la exclusión de la red depende del cabeza de red – por no renovación o por resolución justificada o abusiva, ya que en este segundo caso la duración del procedimiento hace ilusoria cualquier pretensión de cumplimiento in natura – a diferencia de lo que ocurre en el ámbito societario que depende de la mayoría de los socios y es siempre por causa justificada.”

BAUDRY B., CHASSAGNON, V., “The vertical network organization as a specific governance structure...”, ob.cit., pág. 290, añadiendo en la página 295: “En una red vertical el poder de la “empresa eje” no proviene de la propiedad. Los miembros de la red no están integrados en una misma

En el primer supuesto, la titularidad del recurso crítico o modelo de empresa, coloca al miembro de la red en una posición de superioridad estratégica con respecto al resto de miembros, los cuales simplemente hacen uso de dicho recurso (lo comparten), gracias a la autorización del titular del recurso. Esto coloca al propietario en una situación hegemónica respecto al resto de miembros de la red: aunque las empresas son jurídicamente independientes, su dependencia económica sobre el recurso crítico, otorga a la empresa que lo posee una situación de superioridad estratégica de facto, sobre el resto de miembros de la red – acceso, supervisión y exclusión del uso del recurso –, que puede derivar en situaciones de abuso de dependencia económica²⁴².

estructura legal, pero su autonomía contractual no implica que las distintas partes tengan el mismo poder económico o que actúen sin restricciones. El poder es el concepto central en un análisis de red y el fenómeno más común es la interdependencia entre empresas. En el análisis de las redes verticales, el poder de la “empresa eje”, se deriva de la dependencia económica de sus proveedores subcontratados”. (La traducción es nuestra).

²⁴² A esta situación se refiere ESTEVAN DE QUESADA, C., “El abuso de dependencia económica en las redes de distribución...”, ob.cit., calificando, por un lado, la dependencia económica por razón del bien o recurso crítico como *dependencia económica por razón del muestrario* de la empresa dependiente, págs. 190-199 señalando que (190): “Los casos típicos que se enmarcan en esta modalidad de dependencia económica se refieren a situaciones en las que un distribuidor tiene que tener en su muestrario un producto o servicio de un determinado proveedor. Mas concretamente, estos casos suelen referir a productos de marcas con un elevado renombre en el mercado, y que por ello los clientes esperan encontrar en el muestrario de un distribuidor de calidad; y por otro lado, la dependencia respecto al modelo de empresa como *dependencia por razón de la estructura y/u organización de la empresa dependiente*, págs. 189-204, señalando que: “Se suele definir esta modalidad de dependencia económica como aquella situación en la que una empresa, por haber orientado su actividad empresarial de manera muy concentrada hacia otra empresa, se ve abocada a continuar sus relaciones contractuales con ésta ya que no puede reorientar su actividad hacia otras empresas más que a costa de graves perjuicios para su capacidad competitiva... Los casos encuadrados en esta modalidad de dependencia suelen darse entre contrapartes vinculadas por contratos de larga duración.

Este hecho provoca la existencia de una inicial subordinación de unos miembros hacia otro, lo que constituye la primera muestra de *autoridad* dentro de la red empresarial, legitimando por ello al miembro titular del recurso crítico/ventaja estratégica frente al resto de miembros para el ejercicio de funciones directivas u organizativas de la red²⁴³.

Como consecuencia de una relación contractual que se mantiene un largo tiempo, se suele producir una concentración de las ventas o de las compras del bien o servicio objeto del contrato...Esta modalidad de dependencia tiene especial relevancia en el marco de las redes de concesionarios que concentran su actividad en la venta de bienes o la prestación de servicios de su proveedor exclusivo, algo que sucede con relativa frecuencia en sectores económicos como el de la industria automovilística...también sucede en el caso de las redes de franquicia”.

En el ámbito italiano es especialmente notable el estudio realizado por NERVIA., *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associative*, Edizione Scientifiche Italiane, Roma, 2011, págs. 147 -226, sobre la regulación italiana del abuso de dependencia económica en el art. 9 de la ley 192/1998 (legge sulla subfornitura), que plantea la cuestión desde una perspectiva del Derecho antitrust, entendiendo que la situación de dependencia económica supone una alteración de la posición de las partes en una situación de mercado de competencia efectiva, lo que determina una alteración arbitraria de su poder de negociación contractual, lo cual puede llevar a declarar como abusivas determinadas cláusulas que, en un contexto de competencia perfecta nunca hubieran sido admitidas por el “contratante débil.

²⁴³ Sobre el carácter estratégico/ de gobierno del conocimiento en la red, señala a CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...”, ob.cit. pág. 67 que: “Cuando el recurso viene formal o informalmente conferido, circula con la persona del socio, del administrador o del trabajador que la detenta, por lo que se encuentra en la posición de ejercitar un poder muy relevante, tal vez un verdadero y propio control, a pesar de no tener la mayoría o alguna de las acciones o no siendo contractualmente configurable como sujeto dominante. En este caso, la amenaza de abandono del socio detentor del conocimiento o la dimisión del administrador o del trabajador, puede constituir ejercicio de poder de gobierno mucho más efectivo del que ejercita el socio que formalmente tiene el control de la sociedad pero no de la empresa porque no posee los recursos crítico”. (La traducción es nuestra).

Hablamos por ello en este contexto, de la existencia de un cabeza de red – el propietario del recurso crítico – que ostenta una posición de *autoridad* dentro de la red que legitima el ejercicio de un *poder* director de facto sobre el resto de miembros de la red y sobre la estructura de la misma en su conjunto, la cual, en muchas ocasiones se ha conformado alrededor del recurso crítico que el cabeza detenta, por ejemplo en el caso de un contrato de franquicia, en el modelo de empresa diseñado por el franquiciador ²⁴⁴.

²⁴⁴ Acerca de la atribución del poder por la propiedad del recurso crítico, así, RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 105 e Id. “Las redes empresariales en el proyecto de ley de contratos de distribución español...”, ob.cit., pág. 81: “Este «poder de dirección comercial» no debe confundirse en modo alguno con el «control empresarial» ya sea de hecho o de derecho. Para que exista control, será preciso que se cumplan los correspondientes requisitos de generalidad e inevitabilidad propios del instituto. Cuestión distinta será que el distribuidor pueda encontrarse, en el caso particular, en una situación de dependencia económica por falta de alternativa equivalente que haga que dicho poder de dirección comercial —de menor intensidad que el poder de control—, vaya adquiriendo los tintes de inevitabilidad propios de éste y extendiéndose a otras facetas de la actividad empresarial del distribuidor distintas del ámbito comercial, alcanzando una cierta generalidad respecto de la gestión de la empresa del distribuidor, en cuyo caso podrá reconocerse efectivamente, cumplidos sus requisitos, la existencia de control empresarial. En todo caso, sería conveniente para clarificar estas cuestiones, suprimir el uso del término «poder» y utilizar simplemente el término «dirección comercial» para definir las facultades que se confieren por vía contractual, o como consecuencia fisiológica de la relación de distribución que continuamente sostienen el proveedor y los distribuidores en el marco de las redes de distribución”.

Acerca de la atribución de un poder de dirección al cabeza de red, reconocido por la jurisprudencia, STS (Sala Primera), núm. 754/2005, de 21 octubre de 2005, RJ\2005\8274, F.D 2º: “La sentencia de 27 de septiembre de 1996, cuya doctrina es reproducida en lo fundamental en la Sentencia de 30 de abril de 1998, califica el contrato de franquicia de atípico; recoge una definición de la doctrina (como "aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas – franquiciador– otorga a la otra –franquiciado– el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados,

La *governance* de una red empresarial hegemónica presenta, por tanto, un carácter centralizado alrededor de la figura del cabeza de red, el cual ejercerá la función directiva de la red, pero también, como contrapartida soportará la carga de que sus acciones deban sujetarse a unos deberes de conducta especiales respecto del resto de miembros de la red.

Dichos deberes, responden a la necesidad de evitar dos riesgos diferenciados: por un lado, el riesgo de que la actuación del cabeza de red aparezca dirigida en exclusiva a la satisfacción del interés propio (recuérdese que el cabeza de red también ostenta su propio interés divergente legítimo dentro de la relación dialéctica de intereses de la red), de forma que haga un uso instrumental de la red, lesionando de esta forma el interés compartido en creación de valor para la red; y, por otro lado, el riesgo de que el cabeza de red, aun respetando el interés propio de la misma, lleve a cabo, con el objetivo de maximizar su beneficio individual, conductas abusivas sobre los demás miembros de la red, prevaleciendo de la posición hegemónica que ocupa en la misma²⁴⁵ y de la situación de dependencia económica de los demás miembros²⁴⁶.

una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica"... Y, por último, la Sentencia de 4 de marzo de 1997 (sobre resolución contractual por incumplimiento) dice que la característica fundamental de la modalidad de contrato denominada de franquicia o «franchising» es que, «una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje”:

²⁴⁵ En este sentido, CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...”, ob.cit. pág. 65 : “La emersión de las relaciones de red

El contenido de estos deberes, su actuación como límites al poder de dirección del cabeza de red y sus implicaciones en la *governance* de las redes empresariales, serán objeto de estudio detallado en los siguientes capítulos.

B) Caracteres de la red paritaria.

La red de carácter paritario se diferencia respecto a la red hegemónica por la inexistencia en la misma de un miembro que ocupe una posición de superioridad frente al resto²⁴⁷. En este

entre subcontratistas..., devala la necesidad de considerar las implicaciones del gobierno (o de los perfiles organizativos) derivados de la dependencia económica para realinear la localización del riesgo de empresa y el sistema de gobierno de la misma, evitando que la empresa dominante transfiera sobre la empresa dependiente algunos costes propios”. (La traducción es nuestra).

Al respecto y en profundidad, Vid. ESTEVAN DE QUESADA, C., “El abuso de dependencia económica en las redes de distribución”, *ob.cit.*

²⁴⁶ NERVIA., *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associative*, *ob.cit.*, págs. 149 -151 define esta situación de dependencia económica en el seno de las redes empresariales como: “El estado de dependencia económica no es, por tanto, una situación jurídica subjetiva, como se podría haber inducido a pensar vista su aproximación al término “abuso”. Se trata más bien de un estado de hecho y, más precisamente, de una situación de mercado en la cual la actividad de una empresa está ligada a la de otra empresa, por ejemplo, en términos de aprovechamiento del producto que se ofrece en el mercado o en términos de inversiones específicamente mantenidas para un determinado mercado y no fácilmente reembolsables. El ligamen es tal que la empresa dependiente no se encuentra en grado de encontrar en el mercado sustituto por cuanto se refiere, por ejemplo, al aprovisionamiento. Esta situación de hecho puede acarrear el surgimiento de una relación de inferioridad de la empresa dependiente respecto a la dominante en el sentido que las decisiones de esta última, se encuentran en grado de incidir también, profundamente, en la actividad de la primera cuya autonomía comercial resulta condicionada de manera relevante. Es evidente la pertenencia de este discurso a los fines del análisis que se desarrolla sobre el ámbito de los contratos de la distribución comercial; en efecto, una de las manifestaciones más frecuentes de la situación de dependencia económica ha sido delimitada en las relaciones de integración vertical entre empresas que son formalmente distintas”. (La traducción es nuestra).

²⁴⁷ En este sentido afirma TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, *ob.cit.*, pág. 23 que: “Como sistemas policéntricos, se asume que las redes promueven estructuras sociales de toma de decisiones descentralizadas,

caso, la red presenta un carácter marcadamente horizontal al no existir una empresa que ejerza de facto un poder hegemónico sobre los demás empresarios, así como por la existencia de un grado de interdependencia más homogéneo entre las prestaciones de cada uno de los miembros de la red, lo que exige una interacción más estrecha entre los mismos²⁴⁸.

En este contexto, existen varios modelos posibles para organización del gobierno y coordinación de este tipo de redes: actuación individual coordinada por medio de reuniones periódicas de miembros de la red que adoptan las decisiones de gobierno por consenso o mayoría, elección de un miembro para que realice de modo permanente las tareas de coordinación o constitución de un órgano común especial al efecto²⁴⁹.

En los casos de ejercicio del poder de dirección/organización de la red, por uno o varios miembros de la misma o de atribución a un órgano común especial, éste no encuentra otro fundamento, otra fuente de legitimación, que no sea la atribución democrática entre los miembros de la red, de dichas facultades a uno de los empresarios incluidos en la misma para

disipación de poder y la democratización de la economía”. (La traducción es nuestra).

²⁴⁸ Identificando las situaciones en las que las partes deciden la celebración de un contrato multilateral, como forma a través de la cual suelen instrumentarse jurídicamente las redes paritarias, CAFAGGI. F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, págs. 56-57: Los contratos multilaterales suelen escogerse cuando inicialmente es necesario un nivel de coordinación más elevado, cuando el intercambio de información debe estar centralizado y la supervisión se lleva a cabo a través de plataformas tecnológicas comunes. Estos contratos se suelen usar en contratos de investigación y desarrollo donde las complementariedades de las prestaciones contractuales son fuertes y toman la forma de una joint-venture u otras formas de acuerdos multilaterales”.

²⁴⁹ CAFAGGI. F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, pág. 57.

que actúe como su representante, o bien al órgano común especial al efecto²⁵⁰.

La adopción de un órgano común como órgano de gobierno de la red presenta unos caracteres y problemáticas diferenciados respecto a las otras dos alternativas de gobierno²⁵¹.

Así, en el órgano común, la representación de los miembros de la red debe presentar, necesariamente, un carácter personal, pues no existe un parámetro de referencia – como sucede en el caso de las sociedades capitalistas con el patrimonio común – que sirva para la distinción entre los miembros de la red²⁵². Ahora bien, la determinación de la concreta formación del mismo, número de miembros, funcionamiento, forma de

²⁵⁰ CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...”, ob.cit. págs.72 – 73 defiende esta idea: “La decisión en la red paritaria se alcanza no sobre la base del ejercicio del poder de gobierno del cabeza de red, si no del organismo constituido para su gobierno, tendencialmente operante sobre una base democrática y comúnmente vinculado a la representación en modo igualitario de los intereses conjuntos de los sujetos pertenecientes a la red”. (La traducción es nuestra).

²⁵¹ Una visión de todas estas cuestiones es arrojada por CAFAGGI, F., “Introduzione”, *Il contratto di...*, ob.cit., págs. 37 - 40.

²⁵² En este sentido RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 113 -114. “En las redes empresariales o no existe capital común —caso de aquellas que se organizan utilizando instrumentos contractuales—, o éste tiene carácter marginal —caso en los que se utilizan instrumentos dotados de personalidad jurídica como las cooperativas o las agrupaciones de interés económico o las *joint ventures* societarias— en relación con la dimensión de la actividad de sus miembros... El capital no actúa tampoco como instrumento de reparto de derechos y delimitación de cuotas de poder en el seno de las redes. El poder en una UTE o en una *joint venture* paritaria no deriva de la cuantía de la participación en la entidad creada *ad hoc* para personalizar la coordinación empresarial entre sus miembros, sino del poder intrínseco de cada uno de ellos en la relación derivada de factores tales como su poder de mercado o su poder financiero entre otros”.

adopción de acuerdos²⁵³, queda sometida a la libre configuración por parte de los miembros de la red²⁵⁴.

La figura del Órgano Común, con o sin representación de la red, plantea el problema de la armonización en su actuación entre, por un lado, los intereses legítimos individuales y divergentes de cada uno de los miembros de la red y, por otro lado, el interés compartido de los mismos en la creación de valor para la red²⁵⁵.

Esto plantea la cuestión de la determinación de los concretos deberes fiduciarios a los que se encuentran sujetos los miembros del órgano común en su actuación en el gobierno de la red y en el respeto a los intereses compartidos y divergentes antes

²⁵³ De nuevo en el contexto de la *governance* de los contratos multilaterales, CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, pág. 48: “La estructura de *governance* a menudo incluye equipos con funciones estratégicas y de implementación. Operan más en base al consenso que a la mayoría. Cada parte tiene un voto igual, independientemente del tamaño de la empresa o de su poder contractual *de facto*”.

²⁵⁴CAFAGGI, F.; IAMICELLI, P; “La *governance* del contratto di rete”, ob.cit., pág. 49, se hace eco de esta circunstancia: “Las partes serán por tanto libres de escoger órganos comunes ampliamente representativos (compuestos por ejemplo, por todos los miembros de la red) o bien, órganos comunes compuestos solo de una parte de los miembros, ya sea de una minoría de ellos o de solo un componente (tal vez con un sistema de turnos), así como también serán libres de incluir sujetos externos a la red como componentes exclusivos o concurrentes del órgano”. (La traducción es nuestra).

²⁵⁵ En este sentido CAFAGGI, F.; IAMICELLI, P; “La *governance* del contratto di rete”, ob.cit., CAFAGGI, F., dir., Bologna. Il Mulino.2009, pág. 49: “El órgano común tiene por objeto la persecución del interés colectivo de la red por cuenta de los participantes. La actividad ejecutiva, se concrete en actos jurídicos o materiales, debe, por tanto, desarrollarse de forma que se privilegie el interés colectivo de la red sobre el singular de los participante, y, a tal fin viene asegurado por el respeto del deber de lealtad hacia la colectividad de los participantes. La discrecionalidad del órgano común está por tanto limitada ya sea por la imposibilidad de modificar el contrato o por reglar procedimentales internas puestas para la tutela de los participantes en la red”. (La traducción es nuestra).

comentados, por lo que respecta al deber de actuación de buena fe y sus derivados, así como respecto al deber de lealtad²⁵⁶.

Estos deberes suponen no sólo la imposición de límites a la capacidad de actuación de los miembros del órgano común, sino también de responsabilidades, como por ejemplo, en cumplimiento del deber de lealtad, el ejercicio de acciones contra aquellos miembros de la red cuya actividad lesione el interés compartido de creación de valor para la red²⁵⁷. El contenido de ambos deberes y sus repercusiones en la governance de las redes empresariales será analizado en detalle en los capítulos siguientes.

Por último, para el cumplimiento efectivo de las funciones de gobierno/coordinación de la red, es necesario que tanto las decisiones de un eventual representante de la red, órgano común o de la reunión de los miembros, sean percibidas como vinculantes por los participantes de la red y, en tal sentido, sean acatadas por los mismos. A tal fin, es posible plantear la

²⁵⁶ Con respecto al deber de lealtad, CAFAGGI. F; IAMICELLI. P; “La governance del contratto di rete”, ob.cit., pág. 60: “El órgano común tiene, por tanto, un deber de lealtad respecto a las partes. En concreto, este deber tendrá una dimensión procedimental y sustantiva.

En el perfil procedimental el deber de lealtad se traduce en un deber de tomar en consideración los conflictos no solo entre el órgano y los participantes singulares, sino también entre estos. El deber de lealtad puede traducirse como un deber de definir procedimientos decisionales que representen adecuadamente los intereses y en un deber de informar las partes contratantes acerca de las decisiones que afectan a su esfera.

En el perfil sustantivo, el órgano común deberá favorecer la adopción de decisiones que estén equilibradas entre los intereses de las partes y de la red, de acuerdo con criterios que privilegien la persecución de los objetivos estratégicos originariamente compartidos y, en particular, el alcance común”. (La traducción es nuestra).

²⁵⁷ La idea es apuntada por CAFAGGI. F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, págs. 49-50, fundamentando este deber de lealtad en la existencia de una relación de agencia de cada uno de los miembros de la red, respecto de los demás, en la tutela del interés compartido de red.

instauración, para los miembros de la red, de un mecanismo de responsabilidad por incumplimiento de las resoluciones de dichos órganos²⁵⁸.

1.2 Autonomía e interdependencia.

En una red empresarial, los comportamientos de los miembros de la red se producen dentro de un contexto relacional²⁵⁹. Este hecho determina la existencia, a nivel económico, de una adaptación mutua de las distintas actividades empresariales interconectadas, lo que genera valor añadido a la red y se sitúa en la base de la interdependencia económica.

De esta forma, el comportamiento de cada empresario, pese a ser independiente en cuanto a la libertad de adopción de una determinada conducta se refiere (autonomía empresarial, inexistencia de relación de control), tiene lugar en el contexto relacional de la red, de forma que, en realidad, la adopción de un comportamiento, así como las consecuencias que de él se

²⁵⁸ Al respecto CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...”, ob.cit. pág. 73: “Las empresas pertenecientes a la red están obligadas a cumplir las decisiones tomadas en sede del órgano dedicado al gobierno de la red misma. Esa ejecución, por lo tanto, no es discrecional, ni no en cierta medida análoga a la que acontece en el grupo y, el incumplimiento de la obligación de acatar la decisión da lugar a responsabilidad frente a la red así como frente a la empresa individual perteneciente a la misma y en algunos casos incluso frente a la sociedad misma”. (La traducción es nuestra).

²⁵⁹ “La esencia de las comunicaciones entre las empresa reside en procesos relacionales e interactivos que comprenden múltiples componentes sociales como: el desarrollo de un marco compartido de referencia, el intercambio de información dentro de ese marco, aprendizaje, apoyo al intercambio de otros recursos, control conjunto y evaluación de la relación, así como la precisión y transparencia en la información” TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, ob.cit., pág. 91. (La traducción es nuestra).

derivan, se ven influidos por la relación de interdependencia económica existente en la red²⁶⁰.

La acción inicial de un miembro de la red producirá unos efectos en el resto de miembros, lo cual condiciona en cierto grado su libertad de actuación. Pero a su vez, el comportamiento adoptado por estos sujetos, puede influir sobre el resultado de la acción inicial o bien sobre toda la estructura de red²⁶¹. De este modo puede verse como la interdependencia de prestaciones empresariales actúa como condicionante recíproco de la actividad de los miembros de la red, produciendo efectos en las relaciones entre los miembros, como en la dinámica de la red²⁶².

Por ello, una alteración de estas expectativas, puede alterar el clima de confianza propio de las relaciones empresariales en la

²⁶⁰ Un estudio sobre los diferentes tipos de interdependencia y su grado de condicionamiento del comportamiento de los empresarios puede encontrarse en GRANDORI, A., "An Organizational Assesment of Interfirm Coordination Modes", *Organization Studies*, núm.18, 1997, págs.901 y ss, en la que parte de una definición más general de interdependencia "interdependencia agrupada" (*pooled interdependence*) como "una relación en la que cada parte rinde una discreta contribución al resultado final y cada una es apoyada por el conjunto", añadiendo que "por esta razón se supone que la configuración de las actividades y comportamientos de las unidades debe alinearse en cierto grado y que existen límites de su libertad de acción bajo condiciones de efectividad"; para ir centrándose después en los distintos grados de interdependencia que se dan en relación con el flujo de los bienes, "interdependencia secuencial, "interdependencia transaccional" y finalmente, interdependencia recíproca"

²⁶¹ Estos comportamientos y consecuencias son propios de la teoría de juegos, al respecto y en relación a las redes empresariales TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, ob.cit., págs. 58-60.

²⁶² A este efecto se refiere CAFAGGI, F., "Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...", ob.cit., págs. 71-72, cuando distinguiendo entre grupo y red se refiere al distinto nivel de autonomía que gozan las partes en una y otra forma organizativa, señalando que la interdependencia en las redes puede conducir a una reducción de la autonomía, entendida como poder de dirección de la empresa, igual o mayor que la asociada a la relación de dependencia.

red, afectando por un lado al resultado de la actividad integrada²⁶³, y por otro, dando lugar a remedios para compensar los perjuicios causados por la falta del comportamiento que legítimamente cabía esperar²⁶⁴.

Como consecuencia de lo anterior, cada sujeto dentro de la red conoce la posición estructural que ocupan los demás miembros, así como el rol o función dentro de la estructura organizativa que lleva aparejada dicha posición. Esto provoca, junto con la experiencia derivada del contenido relacional acumulado, que se cree entre los miembros de la red expectativas de comportamiento recíprocas entre las partes, expectativas que integran también el contenido la relación jurídica existente entre ellas²⁶⁵.

²⁶³ En un trabajo dedicado a poner de relieve el valor de la confianza como base de las estructuras organizativas, LAMPEL, J., “The Benefit of Doubt: Shadow Norms and Governance in Trust-based Organizations”, *Corporate Governance and Firm Organization: Microfoundations and Structural forms*, GRANDORI, A., ed, Oxford, 2004, págs. 233, sostiene que: “las organizaciones basadas en la confianza emergen directamente del imperativo estratégico de alcanzar rapidez y flexibilidad en un entorno altamente variable... en términos organizativos, una confianza sostenible depende de la existencia de normas, mientras que la fidelidad depende de la conformidad con esas normas... Las *shadow norms* regulan nuestra capacidad para tener sensación de una violación a la luz de los comportamientos previos... Dichas normas tienen también un significado moral. El significado deriva del hecho de que esas normas no son solo medios para una eficiente coordinación sino que tienen un contenido moral (violación de la confianza)”. (la traducción es nuestra).

²⁶⁴ Esta cuestión será tratada con profundidad en el Capítulo 4º de este trabajo.

²⁶⁵ En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución...*, ob.cit., pág. 101: “Consecuentemente, en este tipo de contratos (contratos de red), es extremadamente relevante la identidad de la contraparte contractual – contratos estipulados *intuitus personae* – y se generan especiales relaciones de confianza – contrato regido por el principio de confianza –, lo que da lugar, tal y como hemos visto, a una razonable expectativa por parte de cada

A) Retos específicos para las redes hegemónicas.

La autonomía empresarial propia de los miembros de la red determina que los empresarios ocupen posiciones distintas dentro de la misma, lo cual genera asimetrías en el contenido de las relaciones mantenidas entre sí.

Una primera asimetría se refiere a la posición estratégica que ocupa cada miembro en la red²⁶⁶. En este sentido, debe partirse del hecho de que no todos los miembros de una red empresarial ocupan una posición de igual relevancia en la misma – piénsese por ejemplo en una red de distribución vertical, la diferencia de roles existente entre el franquiciador o distribuidor, un multifranquiciado, un plurifranquiciado un master franchising y los miembros situados aguas debajo de la cadena –, lo que determina que, en ocasiones, hayan miembros que, por razón de la posición que ocupan o los atributos que ostentan, tengan una capacidad de influencia mayor sobre el resto de miembros y sobre la red en su conjunto, al igual que puede suceder de forma inversa²⁶⁷.

una de ellas de que la otra actuará sin motivos ocultos y tomando en consideración los intereses de la otra - *ubérrima bona fidae* -.”

²⁶⁶ MORO VISCONTI, R., *La governance nei gruppi e nelle reti di imprese...*, ob.cit., pág. 89, considera a los grupos de empresas como estructuras tendencialmente articuladas a favorecer la asimetría de información entre sus miembros a causa de sus especiales características. Dichas características, pueden ser extrapoladas al modelo de las redes empresariales. De forma sintética: la supremacía del cabeza de red como agente que controla el flujo de información inter-empresarial, decidiendo qué información es comunicada a todos los miembros de la red; la superioridad cuantitativa y cualitativa del flujo de información desde los miembros al cabeza de red que a la inversa; y si la red es internacional, los flujos de información se articulan a través de software especialmente elaborados con diverso grado de accesibilidad.

²⁶⁷ Sobre la problemática de la distinta posición ocupada por el tercero NOOTEBOOM, B., *A cognitive theory of the Firm*, ob.cit, págs. 154-156: “Si los individuales o comunidades A y B están conectadas solo por C, entonces C puede sacar ventaja de su posición híbrida accediendo a recursos que otros no pueden acceder y haciendo jugar a A y B uno contra el otro. Como resultado,

Estrechamente relacionada con la anterior se encuentra la asimetría de información²⁶⁸. En este caso, la posesión de un especial conocimiento técnico determina una ventaja competitiva de un miembro de la red sobre los demás, mientras que, el control de un mayor flujo de la información generada por la actividad de la red – por ejemplo, listados de clientes de varios miembros –, determina una ventaja estratégica respecto al resto de empresarios de la red.

A estas asimetrías debe unirse el juego de otro carácter propio de las redes empresariales, relacionado con la autonomía empresarial: la legítima búsqueda de la satisfacción del interés individual divergente de cada miembro de la red²⁶⁹. La satisfacción de este interés puede llevar a los miembros de la red a aprovechar alguna de las situaciones de asimetría antes descritas derivando en comportamientos abusivos y/u oportunistas que lesionan el interés compartido de creación de valor para la red.

Como consecuencia de todo lo anterior, una adecuada gobernanza de las redes empresariales de tipo hegemónico debe tomar en consideración las diferentes posiciones que ocupan cada uno de los miembros dentro de la red, su relevancia estratégica, su posibilidad de afectación e influencia sobre y por el comportamiento del resto de miembros, su legítimo interés divergente, así como su sensibilidad a comportamientos

la tercera parte está máximamente potenciada y mínimamente constreñida por sus acciones...pero bajo determinadas condiciones la tercera parte puede estar máximamente constreñida en lugar de mínimamente. Esto ocurre cuando la parte une dos partes diferentes, con fuertes y densos lazos internos, que encarnan diferentes valores y normas y ambas pueden observar las acciones de la tercera parte. La tercera parte tiene que observar las normas de ambos y por tanto está constreñida en sus actos". (La traducción es nuestra).

²⁶⁸ Al respecto Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado F).

²⁶⁹ Al respecto Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado C).

contrarios al interés de red por parte de otros miembros de la misma.

Surge así la necesidad de un trato diferenciado para los miembros de la red atendiendo a la posición que ocupan dentro de la misma y su capacidad de influencia tanto sobre los demás miembros considerados individualmente, como también sobre la red en su conjunto²⁷⁰.

De esta forma, será necesario anudar a los sujetos que tienen una mayor capacidad de influencia sobre la red, unos deberes de comportamiento de carácter especial o más cualificado respecto al resto de miembros que no reúnen dichos caracteres, en tutela del interés compartido en creación de valor para la red, así como en salvaguarda de los intereses individuales divergentes del resto de miembros de la red, previendo además mecanismos de tutela adecuados para el interés de estos miembros, caso que pueda verse lesionado.

B) Retos específicos para las redes paritarias.

Dado que en este contexto la red está conformada por una pluralidad de miembros autónomos, con ausencia de un empresario hegemónico, debe abordarse la posibilidad de que, con el objetivo de obtener una posición estratégica conjunta y aumentar de este modo su capacidad de influencia en el diseño de organización y gobierno de la red empresarial, varios

²⁷⁰ En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Business networks as...”, ob.cit., pág. 2908: “Un ejercicio eficiente de los poderes de dirección requiere de una *governance* específica para las redes empresariales. Esto incluye el reconocimiento de la existencia de especiales deberes de cuidado y lealtad que afectan a la dirección de la red en el ejercicio de su poder de dirección y en el establecimiento de un marco de diálogo dentro de la red, procurando una búsqueda eficiente y un ejercicio no conflictivo del poder de dirección”.

Una apropiada definición de la *governance* de las redes requiere la identificación de los deberes del cabeza de red, la definición del marco para el diálogo en la red y el establecimiento de un marco interno de moderación y resolución interna de disputas a través de la mediación y el arbitraje”.

empresarios decidan voluntariamente celebrar acuerdos, alianzas o pactos (cliqués)²⁷¹, entre ellos.

El fenómeno, que se asemeja a los llamados “sindicatos de voto” en el ámbito de las sociedades de capital²⁷², reviste una especial importancia en el ámbito de las redes empresariales, pues no se trata sólo de imponer la propia visión al desarrollo de la red, sino que tiene una incidencia directa no solo sobre el funcionamiento de la red en su conjunto, sino también, como consecuencia de la interdependencia económica, sobre la propia organización y funcionamiento de las empresas individuales de los miembros de la red, cosa que no sucede con las empresas – si las tuvieran – propiedad de los socios en el ámbito de las sociedades de capital, ya que la participación en la sociedad y el control de ésta, no afectan al patrimonio de los socios más allá de su aportación social.

Esto conlleva, por tanto, que una *governance* para las redes empresariales de carácter paritario deba prestar una especial atención al papel jugado por estos cliqués de miembros, que pueden alterar la racionalidad económica de la estructura de la red, provocando de esta forma la ineficiencia de la misma o

²⁷¹ El término es usado por TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, ob.cit., pág. 70: “Formar una coalición en un análisis de red es conocido también como la formación de “cliqués” y se le atribuye un impacto negativo en la igualdad en la distribución de los recursos, información y poder”. (La traducción es nuestra).

²⁷² Vid., por todos, y a los efectos comparativos que aquí nos interesan: VICENT CHULIÀ F., “Licitud eficacia y organización de los sindicatos de voto”, *Derecho mercantil de la Comunidad Europea: estudios homenaje a José Girón Tena*, Civitas, 1991, págs. 1205-1252; Id. “Licitud eficacia y organización de los sindicatos de voto”, *Revista General de Derecho*, núm. 559, 1991, págs. 2995-3045; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La transparencia de los sindicatos de voto entre accionistas: su publicidad”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 12, núm. 45, 1992, págs. 83-128; PEREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la junta general de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, 1996, GALEOTE MUÑOZ, M.P., “Los sindicatos de voto en una sociedad conjunta”, *Diario la Ley*, núm. 6993-6995.

primando ciertos intereses individuales divergentes concurrentes respecto al interés compartido en creación de valor para la red, otorgándole a esta una función meramente instrumental.

Por el contrario, debe tenerse también en cuenta el papel que estos cliques pueden desempeñar en el caso de las redes hegemónicas, al servir de contrapeso a comportamientos abusivos por parte de los miembros de la red que ocupan una posición de especial relevancia estratégica en la misma.

1.3 Carácter duradero y heterogeneidad de las relaciones entre los miembros de la red.

A) Carácter duradero.

Como consecuencia del carácter de larga duración de las relaciones mantenidas entre los miembros de la red resulta imposible, como ya se ha señalado anteriormente²⁷³, prever de antemano todas las vicisitudes por las que pueden atravesar las relaciones negociales mantenidas entre los empresarios en el seno de la red.

Este hecho provoca que las partes deban estar en constante interacción con el fin de mantener una adecuada coordinación de sus actividades, lo que se traduce, a nivel organizativo, en un constante ajuste y renegociación de los términos de la relación comercial mantenida entre las mismas²⁷⁴.

Para dar una respuesta adecuada a esta realidad desde la perspectiva organizativa, es necesario que los instrumentos a través de los cuales se materializa la participación de los empresarios en la red – normalmente contratos – den cabida a

²⁷³ Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado A).

²⁷⁴ Sobre las ventajas y desventajas que presenta la formalización de los contratos en el contexto de una relación multilateral de larga duración Vid. GRANDORI, A., “Contracts as Organizational Documents: Designing Flexible Formalization...”, ob.cit., págs. 6-11.

esta necesidad de flexibilidad y favorezcan la renegociación entre los empresarios²⁷⁵.

Se habla en este sentido de “contratos relacionales”²⁷⁶ por oposición a los contratos tradicionales de tracto instantáneo²⁷⁷,

²⁷⁵ Sobre esta idea señala CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual...”, ob.cit., pág. 28 que: “Cuando la incertidumbre no solo caracteriza el estado inicial del entorno sino que constituye una condición permanente de la contratación, las técnicas tradicionales para completarlos contratos no resultan adecuadas, y las partes deben diseñar contratos capaces de adaptarse a los constantes cambios sin organizar los rendimientos contractuales en relación con el aumento de la disponibilidad de la información”.

²⁷⁶ “Los contratos relacionales comprenden no solo términos y condiciones inconcretos en contratos complejos y abiertos, sino también estrategias colectivas de interorganización que emplean coordinación tácita. Perseguir una estrategia colectiva normalmente depende de condiciones futuras impredecibles que no se pueden escribir explícitamente en contratos formales entre partes negociales. Por lo tanto, estrategias exitosas requieren de confianza básica, entendimiento mutuo, compartir conocimiento entre las empresas de forma no restringida para alcanzar un elevado nivel de decisión conjunta a nivel estratégico y operativo...alcanzar un consenso puede servir de base en la que las empresas relacionadas contractualmente puedan a continuación celebrar e implementar contratos formales, como alianzas o acuerdos de colaboración... sobre todo, los contratos relacionales son uno de los marcos conceptuales más apropiados para analizar el comportamiento en las redes empresariales y requiere mucha más atención por los analistas de redes”. TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, ob.cit., pág. 63.

²⁷⁷ Los contratos relaciones son definidos por oposición a los de tracto instantáneo por EISENBERG, MELVIN.A., “Relational contracts” *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMANN, D., eds., Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 296: “Todo acuerdo implica un intercambio. Sin embargo, no todo acuerdo contractual necesariamente incluye una relación entre las partes contratantes. Por lo tanto, la más obvia y directa definición de contratos relacionales es la de un contrato que incluye no sólo el mero intercambio de prestaciones sino también una relación entre las partes contratantes”. Añadiendo el autor en la pág. 297 que: “Lo que hizo infinitamente peor al Derecho clásico contractual fue que su premisa empírica tácita era del todo incorrecta. Los contratos aislados son los inusuales no los relacionales. La gran mayoría de los contratos o bien crean o bien reflejan relaciones”. (La traducción es nuestra).

los cuales revisten un grado de “formalización constitucional”²⁷⁸, es decir recogen una serie de reglas marco que van a servir para regir el comportamiento de las partes a lo largo del tiempo en que se desarrolle la relación negocial²⁷⁹.

Sobre la distinción entre uno y otro tipo de contratos, MCKENDRIC, E., “The Regulation of Long-term contracts in English Law”, *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMAN, D., eds., Oxford University Press, 1997, págs 308-309, recoge una lista de caracteres de los contratos aislados que los distinguen de los relacionales: (1) tienen un principio, duración y terminación claramente definidos. (2) Tienen una clara definición del objeto de la transacción, su cantidad y precio. (3) La sustancia del intercambio está planificada en el momento de formación del contrato. (4) Los beneficios y cargas del contrato están claramente asignados en el momento de su formación. (5) **Hay poco énfasis sobre la interdependencia, futura cooperación y solidaridad entre las partes.** (6) La relación personal creada por el contrato es extraordinariamente reducida. (7) El contrato es creado por un singular ejercicio de poder bilateral. (La negrita y la traducción son nuestras).

²⁷⁸ El término es usado por GRANDORI, A., “Contracts as Organizational Documents: Designing Flexible Formalization...”, ob.cit., págs. 15 y ss, si bien se encuentran antecedentes de este modelo muy tempranamente en otros trabajos de la autora como “An Organizational Assesment of Interfirm Coordination Modes”, ob.cit., págs. 912-916 en el que la autora señala (pág. 913) que: “Los contratos pueden incorporar reglas procedimentales sobre como alcanzar decisiones, a través de reglas o programas típicamente no sustantivos, o bien qué decisiones tomar” (La traducción es nuestra)

²⁷⁹ Una recopilación de las reglas propuestas en la literatura acerca de contratos relacionales aparece en el trabajo de EISENBERG, MELVIN.A., “Relational contracts” *Good Faith and Fault in Contract Law*, págs. 298 - 299: “(1) Reglas que suavizarían o anularían el rígido régimen de oferta y aceptación del Derecho clásico contractual, así como la correspondiente intolerancia del Derecho clásico contractual a la indefinición, los acuerdos para contratar, y los acuerdos para **negociar de buena fe**, para el caso de los contratos relacionales. (2) **Reglas que impondrían a las partes de un contrato relacional una amplia obligación de ejecución del mismo de buena fe.** (3) Reglas que ampliarían los tipos de cambio de circunstancias (imposibilidad, impracticabilidad y frustración) que constituye una justificación para la no-ejecución del contrato relacional. (4) Reglas que podrían dar contenido a tipos particulares de cláusulas que pueden ser expresas o implícitas en los contratos relacionales como las cláusulas de máximos esfuerzos o de desistimiento unilateral a la libre voluntad de uno de los contratantes. (5) Reglas que tratarían los contratos relacionales como

De esta forma, los “contratos relacionales”, pueden servir satisfactoriamente como cauce para la modificación de las relaciones negociales duraderas entre las partes contratantes, teniendo en cuenta que lo fundamental no es tanto el asegurar el mantenimiento de la relación entre las partes, sino permitir de salida de las partes, en otras palabras, garantizar su libertad, su autonomía²⁸⁰.

Sin embargo, y desde una perspectiva de governance de las redes empresariales, estos contratos pueden resultar no aptos para el gobierno de la red en su conjunto, ya que la interacción de forma simultánea de todos sus miembros con independencia de los ligámenes contractuales que ostenten entre ellos, ocasiona que lo que puede ser un mecanismo adecuado para la

sociedades en el sentido que dichos contratos incumben una empresa común y deben ser construidos desde esa óptica. (6) Reglas que mantendrían un acuerdo relacional conjunto. (7) **Reglas que impondrían a las partes de un contrato relacional el deber de negociar de buena fe** para alcanzar precios equitativos y ajustes cuando ocurran cambios en las circunstancias y que quizás impusiera a la parte fuerte un deber de aceptar un ajuste equitativo propuesto de buena fe por la parte débil. (8) Reglas que permitirían a los tribunales adaptar o revisar los términos de las relaciones en ejecución, incluso la modificación de precios, en base a un cambio de circunstancias de tal modo que una pérdida que recaería en caso contrario sobre una parte, sea compartida, reduciendo las ganancias de la otra parte”. (La negrita y traducción son nuestras).

Desde una perspectiva más organizativa y revistiendo la forma de un modelo de clausulado contractual, destacamos la “check-list” elaborada por GAUDIN, JACQUES-H., *Stratégie et négociation des transferts de techniques*, Editions du Moniteur, Bruxelles, 1982, págs. 145 a 147, sobre los puntos que debería incluir un acuerdo de cooperación conjunta entre varias empresas. Referenciamos a continuación las cuatro categorías entorno a las cuales propone una serie de cláusulas: objetivos, programa y duración de la cooperación; instrumentos de dirección, de ejecución y de control de la cooperación; reglas de explotación de los resultados de la cooperación; reglas de liquidación de la cooperación tanto para el caso de finalización de la misma como de ruptura.

²⁸⁰ La idea es también apuntada por EISENBERG, MELVIN.A., “Relational contracts” *Good Faith and Fault in Contract Law*, pág. 302.

organización de una relación bilateral, no lo sea en el marco de las red, en el que la modificación bilateral puede tener un notable efecto sobre el comportamiento del resto de miembros de la red.

En todo caso, este modelo de estructuración de la red empresarial aparece reflejado en la regulación italiana del contrato de red, concretamente en la distinción que recoge dicha normativa entre el “programa de red”, que se identificaría con el “contrato relacional” con grado de “formalización constitucional”, y el órgano común como órgano de gobierno de la red en su conjunto a lo largo del tiempo, encargado de desarrollar y concretar cada uno de los objetivos y directrices del programa de red²⁸¹.

Sin embargo debe tenerse presente que, este modelo de estructuración de la red empresarial – aparte de su inutilidad para la organización de las relaciones entre miembros no contratantes –, solo sería posible para el caso de las redes paritarias y no en el caso de las redes hegemónicas en las que la posición de autoridad del cabeza de red y hegemonía sobre el resto de miembros de la misma, elimina la posibilidad de un órgano común de gobierno de la red con fijación consensuada entre las partes de objetivos y direcciones estratégicas a seguir.

En el caso de la red hegemónica, debido al carácter marcadamente más bilateral de la misma por la posición que

²⁸¹ A esta doble caracterización se refieren CAFAGGI. F; IAMICELLI. P; “La governance del contratto di rete”, ob.cit., pág. 46 al afirmar que: “La separación entre programa y actuación refleja probablemente la convicción que la complejidad de la red está determinada por niveles relativamente altos de concreción contractual, que deben definirse después de la constitución de la red en sede de realización del programa. Será la autonomía privada, dentro del marco establecido por el contenido mínimo del contrato, la que decidirá el nivel de detalle de la programación y la modalidad de decisión y ejercicio del poder de integración por parte del órgano común”. (La traducción es nuestra).

ocupa el cabeza de red, el empleo de “contratos relacionales” con grado de “formalización constitucional”, constituye en realidad un arma de doble filo: por un lado, es cierto que estos contratos introducen el elemento de flexibilidad necesario para afrontar las vicisitudes derivadas del paso del tiempo en una relación, pero por el otro lado, es también cierto que, el sometimiento del contrato a un proceso continuo de renegociación, propicia el terreno para que se den situaciones de abuso tanto del cabeza de red sobre sus miembros como de algún cliqué sobre el cabeza de red.

B) El componente relacional.

El carácter duradero de la relación negocial entre la partes de la red provoca que la dimensión relacional entre las mismas revista una mayor relevancia que con respecto al modelo societario de organización, en el que los socios – especialmente en las grandes sociedades capitalistas –, no mantienen más relación entre sí que la derivada de compartir el *aleas* de la sociedad, y, en el caso de llegar a intervenir en la administración de la misma, la relación entre los mismos se circunscribe al ámbito puramente económico: propiciar la buena marcha del negocio social con el objetivo de satisfacer así los intereses capitalistas individuales.

Por el contrario, el componente relacional en las redes empresariales, reviste una mayor trascendencia, tanto en las relaciones directas, como en las relaciones indirectas mantenidas entre los miembros de la red. En el caso de las relaciones directas, nos encontramos ante sujetos que son partes de relaciones negociales continuadas a través de las cuales se integran en la red y en las cuales el componente relacional se manifiesta de forma clara y en toda su intensidad. Sin embargo también, y aún de forma más pura – desprendida de intereses económicos directos – se manifiesta el aspecto relacional en las

relaciones “indirectas”, es decir, las relaciones mantenidas por los miembros con otros empresarios que son también miembros de la red pero con los cuales no tienen una relación comercial directa, si bien, económicamente se encuentran también intervinculados por razón de su pertenencia a la red, por ejemplo las relaciones entre franquiciados en el seno de una red de franquicia.

Asimismo, el carácter duradero de la relación comercial entre los miembros de la red determina²⁸² que estos acaben manteniendo también, junto a las relaciones económicas propias de un contexto de integración empresarial, unas importantísimas relaciones sociales interpersonales, que atienden a una lógica y a un comportamiento distinto respecto a las primeras²⁸³ – acuerdos implícitos²⁸⁴ –, y que constituyen el germen del marco de confianza en el que se desarrolla la red empresarial²⁸⁵.

²⁸² En ocasiones las partes ya poseen una fuerte relación previa que es la que determina precisamente su integración en la red. En todo caso, lo que sí es claro es que el mantenimiento de una relación comercial durante largo tiempo es un claro factor estimulador del desarrollo de relaciones sociales entre los empresarios.

²⁸³ “Las relaciones sociales están dirigidas por la necesidad básica de comunicarse, aprender, integrarse con la sociedad o la economía, de expresarse uno mismo... las relaciones empresariales están generalmente más orientadas por la necesidad de los actores de acceder a ciertos recursos, de comprometerse en la relación de mercado de productos o servicios, de generar ingresos o solo de hacer negocios con otro actor” TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, ob.cit., pág. 99. (La traducción es nuestra). Para una breve recapitulación de las principales teorías económicas acerca del comportamiento de las empresas y administradores, Vid. en este mismo trabajo págs. 49-55. Para una breve visión de las teorías que explican el comportamiento de los sujetos en un entorno comercial desde un punto de vista meramente relacional Vid. págs. 98-123.

²⁸⁴ De acuerdo con LAMPEL, J., “The Benefit of Doubt: Shadow Norms and Governance...”, ob.cit., págs. 235-236: “Un *acuerdo implícito* es un compromiso entre las partes con el explícito conocimiento de que dicho compromiso no está respaldado por ninguna sanción de tipo formal como una reclamación judicial de daños, o la activación de quejas formales ante paneles

Ambos factores determinan la coexistencia en el seno de la red de una multiplicidad de relaciones de diversa índole que presentan además distintos grados de formalización. En general, da la impresión de que el grado de intensidad de las relaciones sociales entre los empresarios es inversamente proporcional al grado de formalización de los contratos, de forma que cuando aumenta la primera disminuye el segundo y viceversa²⁸⁶, o lo que es lo mismo, que a mayor formalización contractual, menor nivel de confianza entre las partes y viceversa.

En resumen, la conjunción de ambos tipos de relaciones – económicas y personales – en el seno de la red, es lo que determina una forma de comportamiento y actuación de sus miembros que difiere sustancialmente de los modelos o patrones de relación presentes en el ámbito societario o contractual²⁸⁷.

o comités encargados de velar por el cumplimiento de las normas. Estos acuerdos pueden funcionar razonablemente bien cuando las acciones estipuladas son específicas y claras...un acuerdo implícito solo puede alcanzarse estableciendo confianza: confianza en la buena fe de las partes involucradas y confianza en los compromisos asumidos”.

²⁸⁵ Sobre la importancia del *trust* en las redes empresariales Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 1, subepígrafe 2, apartado B) y Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado F).

²⁸⁶ La coexistencia de relaciones formales e informales dentro de la red plantea una serie de ventajas desde el punto de vista organizativo, así SODA, G., ZAHEER, A., “A network perspective on organizational architecture: performance effects of the interplay of formal and informal organization”, *Strategic Management Journal*, núm. 33, 2012, págs.756-757, hacen referencia a la diversidad de fuentes de información que se traduce en una diversidad de ideas y puntos de vista, en el papel complementario respecto a la organización e imagen empresarial que ambos tipos de relaciones suponen, así como la mayor flexibilidad organizativa que otorga el poder recurrir a dos canales de comunicación distintos en la gestión empresarial.

²⁸⁷ Entorno a esta idea CAFAGGI, F., “Introduction”, *Contractual networks, inter-firm cooperation...*, ob.cit., pág. 9: “La existencia de las redes se ha asociado a menudo con las relaciones informales, lo que señala que la flexibilidad en la adaptación requiere de informalidad. Esta relación ha sido descrita empíricamente y a veces incluso teorizada, señalando que

Como consecuencia de esta especial caracterización del componente relacional en las redes empresariales, los principios e instrumentos que rigen la gobernanza societaria no pueden ser aplicados a la gobernanza de la red empresarial, pues responden a una lógica de funcionamiento distinta a la que presentan las redes empresariales: desarrollo del objeto social y maximización de beneficios como forma de satisfacción de los intereses de los socios inversores en el caso de las sociedades de capital, frente a desarrollo complementario y un modelo de organización económica con un interés compartido, basado en la autonomía de las partes y la interdependencia de sus prestaciones, dentro de un entorno de confianza, en el caso de las redes empresariales.

Por ello, es necesario que un adecuado gobierno de la red tome en consideración la naturaleza bifronte (económica y relacional) de las relaciones de los miembros de la red entre sí y con respecto a la red en general, diseñando instrumentos organizativos que permitan dar cabida a la expresión de ambos aspectos.

1.4 Recapitulación y punto de partida.

De acuerdo con todo lo señalado anteriormente, las redes empresariales precisan de una forma de gobierno flexible y dinámica, que se adapte a las circunstancias propias de cada tipología de red empresarial, pero con el poder y la autoridad necesarias para instar a los miembros a la realización y observancia de determinadas conductas y que, a su vez, dichos miembros, empresarios autónomos e independientes, se comprometan a la ejecución de los mismos, logrando así una adecuada organización y funcionamiento. Se trata por tanto de la

reciprocidad y confianza deben asegurar la auto-ejecutabilidad o enfatizar el papel de las normas sociales e instituciones no jurídicas... En un marco de contratos formalizados de red que es legalmente ejecutable, la cuestión relevante refiere a cuál es la combinación existente entre elementos formales e informales” (La traducción es nuestra).

introducción de un cierto elemento de poder en la red²⁸⁸, que permita coordinar los distintos miembros y sus múltiples caracteres²⁸⁹.

Este elemento de poder debe no obstante conjugarse con el importantísimo componente relacional antes expuesto propio de las redes empresariales. En consecuencia, al igual que sucede con la caracterización general de las mismas, la gobernanza de las redes empresariales requiere del empleo de instrumentos también de naturaleza híbrida²⁹⁰ y carácter amplio²⁹¹, que

²⁸⁸ A esta idea se refiere ya tempranamente desde una perspectiva organizativa, LOMI, A., “Markets with Hierarchies and the Network Structure ...”, ob.cit., págs. 53 y 54: “Conjuntamente consideradas, la desverticalización de la producción en redes de empresas con un ámbito de especialización más reducido y la necesidad de promover aprendizaje organizacional en entornos donde el conocimiento está fragmentado introduce la necesidad de un cierto grado de relación jerárquica para mantener la división interempresarial del trabajo”. (La traducción es nuestra).

²⁸⁹ En este sentido, CANDANCE, J., HESTERLY, W.S., BORGATTI, S.P., “A General Theory of Network Governance...”, ob. cit, pág. 923: “Las simples condiciones de intercambio no impulsan la emergencia de la governance de las redes, sino que se requiere una combinación específica de condiciones para que emerja la governance de la red y para prosperar como una forma organizativa ofreciendo ventajas comparativas respecto a mercado y jerarquías. Estas condiciones incluyen, altas necesidades de adaptación debido a la cambiante demanda de producto; altas necesidades de coordinación, debido a la necesidad de integrar diversos especialistas en tareas complejas, altas necesidades de seguridad, debido a monitorizar e integrar los intereses de las partes en intercambios personalizados. La necesidad de salvaguardar y coordinar intercambios inhibe a las partes de usar mecanismos de mercado para tareas personalizadas y complejas, y la necesidad de adoptar intercambios inhibe a las partes del uso de jerarquías, incluso a través de jerarquías que facilitan los intercambios complejos y personalizados”. (La traducción es nuestra).

²⁹⁰ GRANDORI, A., “Governance Structures, Coordination Mechanisms and...”, ob.cit., págs. 32-33: “tomando todas en su conjunto en una gran categoría, las redes pueden ser distinguidas de las empresas (jerarquía), sobre la base de la localización de los derechos de propiedad y no sobre la base de los mecanismos de coordinación empleados... Por el otro lado, las redes se diferencian del mercado no sobre la base de la localización de los derechos de propiedad, sino sobre la base del tipo de mecanismos de coordinación

combinen aspectos o facetas de tipo más relacional con otras de tipo más jerárquico, dando así respuesta a las necesidades de las diversas tipologías de red empresarial y al diálogo de intereses existentes dentro de cada una de ellas²⁹².

II. Adecuación de los instrumentos de organización existentes a la configuración y necesidades propias de las redes empresariales.

II.1 Modelos de organización.

La adopción de una determinada forma de *organización* para una estructura o realidad económica implica la elección entre las distintas opciones que pueden emplearse para organizar dicha

empleados...lo que no puede definirse como contratos de mercado son contratos regulando no solo los términos del intercambio, sino la estructura de *governance* de las relaciones existente entre los miembros” (La traducción es nuestra)

²⁹¹ A propósito de la necesidad de instrumentos que sean aplicables a la diversidad de necesidades presentes en los contratos relacionales EISENBERG, MELVIN.A., “Relational contracts” *Good Faith and Fault in Contract Law*, pág. 304 señala que: “Aunque los diversos tipos de contratos relaciones presentan diversos problemas legales, estos problemas derivan no del hecho de que los contratos sean relacionales, sino de sus propios atributos...Algunos de estos problemas, como **la cuestión de qué constituye una ejecución de buena fe, pueden ser resueltos mediante la adecuada aplicación en cada contexto, de los Principios Generales del Derecho contractual**...los Principios Generales de Derecho contractual pueden y deben ser formulados para ser eficaces tanto para los contratos instantáneos como relacionales”. (La traducción y la negrita son nuestras)

²⁹² Acerca de un modelo de *governance* que tenga presente dicho diálogo de intereses, TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, ob.cit., pág. 65: “Cada operación en el híbrido simultáneamente debe cumplir con las exigencias de la normativa demandas de la relación social bilateral establecida entre los actores individuales, así como las exigencias generales de la red. El resultado es una notable forma de auto-regulación/heteroregulacion de la red basada en la doble orientación de cada operación”. (La traducción es nuestra).

realidad: recurrir a medios de organización endógenos o exógenos, formalidad o informalidad, señalización o diálogo, verticalidad u horizontalidad, etc.²⁹³.

Con carácter general, al igual que la actividad económica se organiza en torno a dos grandes modelos – mercado y sociedad²⁹⁴ –, el gobierno de las estructuras económicas se organiza también entorno a los anteriores dos modelos ideales – jerarquía y coordinación²⁹⁵ –, modelos que, a su vez, también se repiten en lo que respecta a las instituciones jurídicas a través de las cuales se instrumenta su gobierno: sistemas basados en la toma de decisiones descentralizada por un lado, y sistemas planificados desde el centralismo por el otro, o lo que es lo mismo, mercados y planes, mercados y jerarquías o jerarquías y polijerarquías²⁹⁶, en fin, contrato y sociedad²⁹⁷.

²⁹³ A todas estas alternativas se refiere, de forma más detallada CROUCH, C., “The place of networks in governance theory”, ob.cit., págs. 1 – 4.

²⁹⁴ Al respecto Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 1º, subepígrafe 1.

²⁹⁵ Al respecto CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...”, ob.cit., pág. 59: “El análisis económico y organizativo distinguen los modelos de coordinación que emplean instrumentos jerárquicos de aquello que, en su lugar, utilizan instrumentos cooperativos. Tendencialmente, este análisis distingue entre la empresa verticalmente integrada y las Networks configurando a estas como formas intermedias entre mercado y jerarquía o como modelo caracterizado por su propia especificidad.” (La traducción es nuestra).

²⁹⁶ A esta dualidad, así como a la pluralidad de términos usados para expresarla se refiere GRANDORI, A., “Governance Structures, Coordination Mechanisms and Cognitive Models”, *The Journal of Management and Governance*, núm.1 1997, pág. 30.

²⁹⁷ Sobre esta cuestión, de nuevo, CAFAGGI, F., “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento...”, ob.cit. pág. 60-61: “Para los fines de la coordinación interempresarial pueden considerarse diversos instrumentos: de un lado el contrato, del otro la organización, particularmente aquellos que adoptan el modelo societario. Técnicamente se trata en ambos casos de contratos que, todavía del punto de vista funcional y disciplinario difieren sensiblemente...La diferencia entre las dos familias no se refiere simplemente a la contraposición entre el modelo de mayoría (identificado con

Sin embargo, como se ha comentado antes, estos tipos ideales no se corresponden con la situación real, pues en la práctica, ambos modelos suelen aparecer entremezclados, de forma que cada vez son más frecuentes las estructuras organizativas de tipo híbrido, como es el caso de las redes empresariales²⁹⁸.

Por ello, es necesario revisar cuáles han sido los avances más destacados que se han producido en uno y otro modelo de gobierno para comprobar su adecuación a las necesidades específicas que plantean las redes empresariales.

II.2 Corporate Governance.

La teoría de la *corporate governance* se centra en el estudio de los diversos sistemas a través de los cuales las compañías se dirigen y controlan. Para comprender el alcance del término resulta crucial tomar en consideración que la *corporate governance* abarca un gran y diverso elenco de aspectos de la gestión y gobierno empresarial, entre los que se encuentran: la búsqueda de la prosperidad económica, la rendición de cuentas a

el modelo societario o asociativo) y el de unanimidad (identificado con el contractual), pudiendo existir también en el contrato bilateral una asimetría del poder decisional que se traduce en un sistema análogo al de la decisión por mayoría con atribución del poder unilateral de decisión incluso en un contexto en el que opera formalmente el principio consensual, así como puede adoptarse el sistema de decisión por unanimidad en el modelo asociativo o societario” (La traducción es nuestra).

²⁹⁸ GRANDORI, A., “Governance Structures, Coordination Mechanisms and...”, ob.cit., págs. 31-33, señalando la autora que: “La estructura de gobernanza de un clan es un tipo real construido post hoc, sobre la base de la observación empírica de diversas soluciones organizativas difundidas en Japón y, aparentemente, diferente tanto de mercado como de jerarquía. ... si esta estructura se torna como un híbrido de mecanismos, este es más el caso del modo de coordinación definido como una “red”. Si el mercado se define como el mecanismo puro descrito por los economistas y la jerarquía se define como el tipo ideal de burocracia Weberiana, entonces casi toda estructura de *governance* puede ser observada como una red, y todas las condiciones que no sean favorables a la pura competencia o a la pura autoridad son asumidas como favorables para las redes”. (La traducción es nuestra).

agentes internos y externos, la reforma de las estructuras organizativas, así como los debates acerca de la regulación, desregulación o autorregulación empresarial²⁹⁹.

A) Dimensión interna.

Por lo que respecta al aspecto puramente organizativo interno, la *corporate governance* se ocupa del estudio de los comportamientos llevados a cabo por los actores involucrados en el funcionamiento de una empresa societaria, de la forma y contenido de las relaciones entre dichos actores, del reflejo de esta interacción en la forma organizativa de la sociedad y en un plano más general, de cómo esta forma organizativa influye en la eficiencia económica de la empresa³⁰⁰.

²⁹⁹ La definición está tomada de PROCTOR G., MILES, L., *Corporate Governance*, Cavendish Publishing, London, 2002, pág. 3. (La traducción es nuestra).

En el ámbito español sobre teoría general de gobierno corporativo véase, por todos: OLCESE SANTONJA, A., *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*, Marical Pons, Barcelona, 2005; PÉREZ CARRILLO, E., FERNÁNDEZ ALBOR-BALTAR, A., *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Marcial Pons, Barcelona, 2009; PAZ-ARES, C., “Gobierno corporativo: presentación”, *Cuadernos de derecho para ingenieros*, AGÚNDEZ, M.A., MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J., coords., Vol. 3, 2009 (Gobierno corporativo / PAZ-ARES, C., coord. págs. 13-16; GARNICA DE LA ESPRIELLA, L., “Implicaciones del gobierno corporativo en las economías emergentes”, *Revista Finanzas y Política Económica*, Vol. 1, núm. 2, 2009, págs. 109-124

³⁰⁰ En este sentido, llama la atención la definición de *corporate governance* proporcionada por MONKS, ROBERT A.G., MINOW, N., *Corporate governance*, Blacwell Business, 1995, pág. 1: “*Corporate governance* es la relación entre varios participantes en la determinación de la dirección y funcionamiento de las corporaciones/sociedades. Los participantes primarios son (1) los accionistas, (2) los gestores (dirigidos por el director gerente), y (3) el consejo de administración”. (La traducción es nuestra).

En profundidad sobre estos temas: PAZ ARES, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, Centro de Estudios, 2007; Id. “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Working Paper núm. 182, Barcelona, enero 2004; Id. “El gobierno corporativo como estrategia de creación de

El aspecto relacional ocupa por tanto, un plano central en la disciplina de la *corporate governance*. Ahora bien, tradicionalmente el estudio de las relaciones entre los miembros de la empresa se ha realizado desde una perspectiva estática, es decir, analizando las posibilidades de actuación que competen a cada miembro, por razón de la posición organizativa que ocupa en la sociedad respecto del resto de socios, pero concibiendo dicha posición organizativa como un tipo ideal fijo, una realidad estática de estudio en la que no se incluye la variable del cambio de las circunstancias.

Esta aproximación resulta poco realista pues, al igual que sucede con las relaciones humanas, el comportamiento de los miembros dentro de una sociedad mercantil se ve influido por muy diversos factores, tanto genéricos – entorno social, situación económica, etc. –, como propios – modificaciones legislativas o cambios en la composición interna (accionariado, participaciones) de la sociedad –, a los que se añaden las influencias recíprocas propias de una comunidad de individuos.

De esta forma en la sociedad, la posición que ocupa cada uno de sus miembros puede verse influida o alterada como consecuencia de las acciones llevadas a cabo por otros socios por razón de la posición que ocupan dentro de la estructura organizativa social: así por ejemplo, un cambio en la propiedad del accionariado social puede traducirse en un cambio en la composición de los órganos directivos de la sociedad, lo cual

valor” *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 251, 2004, págs. 7 – 60.; Id. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 20, 2003, págs. 67 – 109.; Id. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2003; GIMÉNEZ ZURIAGA, I., “El gobierno corporativo, el control de las empresas y la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios”, *Revista valenciana de economía y hacienda*, núm.9, págs. 123-148

puede alterar los intereses de los socios ya presentes en el mismo. De esta forma, puede hablarse de una capacidad de influencia recíproca de unos socios sobre otros por razón de la posición que ocupan en la organización interna de la sociedad³⁰¹.

Esta perspectiva que sitúa la dimensión relacional entre los miembros de la sociedad en el centro de los estudios sobre *corporate governance*, recibe el nombre de “teoría de la complejidad” y se ocupa del estudio de cómo los distintos actores dentro de una sociedad se condicionan recíprocamente a través de su comportamiento³⁰².

La “teoría de la complejidad” implica por tanto, la percepción del elemento relacional como un instrumento y factor condicionante de la *governance* societaria, lo cual supone a su vez, un punto en común con uno de los caracteres que deben tomarse en consideración para la *governance* de las redes

³⁰¹ Al respecto GOERGEN, M., MALLIN, CH., MITLETON-KELLY, E., AL-HAWAMDEH, A., YU CHIU, I., *Corporate Governance and Complexity Theory*, Edward Elgar, 2010, pág. 5 desarrollan esta idea: “Reguladores, inversores institucionales, sociedades cotizadas y sus empleados, consumidores y proveedores, prensa financiera y analistas, y otros como los actores de la *corporate governance* están íntimamente interconectados a través de procesos positivos y negativos de retroalimentación. Se influyen mutuamente a través de relaciones formales e informales en tal modo que cambian su comportamiento – en lenguaje de complejidad, co-evolucionan. Es por ello fundamental considerar todos los actores relacionados dentro del completo ecosistema social de *corporate governance*”. (La traducción es nuestra).

³⁰² El término es acuñado por GOERGEN, M., MALLIN, CH., MITLETON-KELLY, E., AL-HAWAMDEH, A., YU CHIU, I., *Corporate Governance and Complexity Theory*, ob.cit., págs. 4-5: “La teoría de la complejidad se fija en todas las entidades relacionadas, o en este caso, en todos los actores de *corporate governance*, que interactúan con y se influyen unos a otros, dentro del completo entorno de *corporate governance* o del ecosistema social de *corporate governance*”.(La traducción es nuestra).

empresariales: la dimensión relacional de los miembros que las integran.

Ahora bien, no debe olvidarse que estas relaciones se dan en dos contextos completamente distintos: en el caso societario, los socios desarrollan su acción dentro del marco de las sociedades, las cuales son sujetos autónomos de derecho, con personalidad jurídica propia y con una legislación especial que determina su forma de organización interna; mientras que, en las redes, los empresarios son sujetos autónomos y no existe un reconocimiento legal de la red empresarial como institución jurídica diferenciada, menos aún una regulación que determine la forma de organización interna de la misma.

En todo caso, la teoría de la complejidad significa una toma en consideración desde la propia disciplina de la organización societaria, de un factor organizativo común con la *governance* de las redes empresariales: la valoración de la dimensión relacional entre los miembros de ambas como característica integrante de su forma de organización.

B) Dimensión Externa.

De igual forma que en el Capítulo Primero se abordaba cómo los cambios en la forma de organización interna de la empresa (desverticalización) se reproducían también en la forma de organización externa de la empresa (convergencia empresarial)³⁰³, una adecuada *governance* empresarial requiere de una toma de conciencia acerca de la existencia de relaciones de conectividad e interdependencia respecto de las prestaciones empresariales, no solo a nivel interno entre los tradicionales actores de la *corporate governance*, sino también a nivel

³⁰³ Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 1, Subepígrafe 1, apartado A), subapartado b)

externo³⁰⁴, pues determinados agentes externos a la organización empresarial interna pueden llegar a condicionar el ejercicio de la actividad empresarial y, por tanto influir en su estructura organizativa³⁰⁵.

Dichos agentes externos, que no son unos desconocidos para la teoría de la gobernanza empresarial³⁰⁶, se agrupan en una misma categoría identificada bajo el término *stakeholders*.

³⁰⁴ “Cada organización tendrá un conjunto de dimensiones endógenas como su cultura, su estructura organizacional y de poder y normas organizativas que se influyen mutuamente. Cada organización, a la vez, se ve influida por condiciones exógenas...Ambas condiciones, las endógenas y exógenas están en continuo cambio, de forma que se influyen mutuamente y colaboran el ecosistema social de la *corporate governance*”. GOERGEN, M., MALLIN, CH., MITLETON-KELLY, E., AL-HAWAMDEH, A., YU CHIU, I., *Corporate Governance and Complexity Theory*, ob.cit., pág. 6. (La traducción es nuestra).

³⁰⁵ “Una perspectiva tradicional de la *corporate governance* es probable que se centre en la conectividad entre la compañía (en particular los administradores y gerentes) y sus accionistas. Los reguladores, la prensa financiera y los analistas deberían entrar en el dibujo...Existen otras conexiones y relaciones entre la compañía y sus soportadores (*stakeholders*)... otras relaciones se dan con sus competidores y por supuesto una compañía tratará de influenciar en el público en los medios a través de agencias de publicidad, anuncios en los periódicos, especialmente sobre sus actividades de responsabilidad social como un compromiso en el Tercer Mundo. Hay por tanto una intrincada telaraña de interconectividad e interdependencia a diferentes niveles dentro del ecosistema de *corporate governance*”. GOERGEN, M., MALLIN, CH., MITLETON-KELLY, E., AL-HAWAMDEH, A., YU CHIU, I., *Corporate Governance and Complexity Theory*, ob.cit., pág. 11. (La traducción es nuestra).

³⁰⁶ CHÉRCOLES BLÁZQUEZ, J., “La cadena de proveedores y la responsabilidad social de la empresa”, *Partida Doble*, núm. 119, 2001 págs. 104 – 109, en un artículo dedicado a analizar el papel que desempeñan los Códigos de Conducta en la organización de la responsabilidad social de la empresa, hace referencia a los datos recogidos por la “Encuesta del Milenio sobre Responsabilidad Social Corporativa”, celebrada en 1999 y que consistió en un estudio realizado a más de 22.000 consumidores de 23 países de 6 continentes. Según palabras del autor, comentando dicho estudio: “En la actualidad, la sociedad considera que las empresas son responsables del

Según la definición clásica, se entiende por *stakeholder* “cualquier grupo o individuo que puede afectar o ser afectado por el logro de los objetivos de la empresa”³⁰⁷. Esta definición presenta un carácter excesivamente amplio, lo que causa problemas respecto la identificación de todos los *stakeholders* que se relacionan con una determinada empresa³⁰⁸. A título meramente ejemplificativo, la categoría incluye, entre otros: clientes, proveedores, socios de negocios, empleados, gobierno y agentes reguladores, comunidades locales, competidores, etc.

Sin embargo, no basta con la mera identificación de todos los *stakeholders* que rodean a la empresa, sino que es necesario determinar el distinto grado de influencia que cada uno de ellos ejerce sobre el resultado empresarial. De esta forma, se distingue aquellos actores cuyos intereses y actividades afectan de forma relevante al ejercicio empresarial, respecto de aquellos que, aunque se encuentran dentro de la órbita de acción y efectos de

impacto que causan en cualquiera de sus *stakeholders*, término que incluye a los empleados, clientes, accionistas, socios y a la comunidad local.”

³⁰⁷ FREEMAN, R.E., *Strategic Management. A Stakeholder Approach*, Pitman, London, 1984, pág. 24. El autor, sin embargo ha ido perfilando y matizando su definición de *stakeholder* en sus sucesivos trabajos, si bien se mantiene como sustrato principal la definición aquí recogida.

Para un breve estudio que analiza comparativamente las diversas definiciones de *stakeholder* que utiliza Freeman en sus diversas obras Vid. “La Evolución del concepto de Stakeholders en los escritos de Ed Freeman”, *Newsletter*, núm. 5, noviembre de 2009. Disponible en:

http://www.iese.edu/es/files/La%20evaluaci%C3%B3n%20del%20concepto%20de%20stakeholders%20seg%C3%BAn%20Freeman_tcm5-39688.pdf

³⁰⁸ Una serie de parámetros para identificar los posibles *stakeholders* de una empresa puede encontrarse en KRICK, T., FOSTATER, M., MONAGHAN, P., SILAMPÄÄ, M., *De las palabras a la acción: El compromiso con los stakeholders, manual para la práctica de las relaciones con los grupos de interés*, Accountability, 2006, pág. 25.

la empresa, su influencia es menos trascendente para la estrategia y organización empresarial³⁰⁹.

Para llevar a cabo dicha diferenciación utiliza un análisis de los caracteres de las relaciones mantenidas con cada *stakeholder*, de esta forma, se consideran relaciones cualificadas de influencia significativa sobre la empresa aquellas en las que concurren las notas de poder – entendido como control o capacidad de influencia decisiva a través de la propiedad de recursos críticos³¹⁰ –, legitimidad – presencia de intereses legítimos de los *stakeholders* en el buen funcionamiento de la empresa –, urgencia – necesidad de coordinación de las acciones – y durabilidad de la relación³¹¹.

Como resultado de esta influencia cualificada, las relaciones con estos *stakeholders* deben ser tomadas en consideración en el marco de una *corporate governance* relacional, lo que obliga a cuestionarse si y hasta qué punto, el órgano de dirección de una compañía que toma en consideración de forma primaria los

³⁰⁹ GRANDORI, A., “Introduction”, *Corporate Governance and Firm Organization: Microfoundations and Structural forms*, GRANDORI, A., ed, Oxford, 2004, págs. 3 y 4: “Todos los actores que tengan un interés en la empresa deberían “participar” en su gobernanza. Consecuentemente la visión de los *stakeholders* es una visión alternativa a la de los accionistas pero no a la teoría de la agencia. El principal problema con la visión de los *stakeholders* es la necesidad de un desarrollo de una teoría alternativa capaz de especificar quién de los *stakeholders* debería estar y porqué, y qué tipos y grados de participación son efectivos” (La traducción es nuestra).

³¹⁰ Al respecto, Vid. el trabajo de AOKI, M., “Comparative Institutional analysis of Corporate Governance”, *Corporate Governance and Firm Organization: Microfoundations and Structural forms*, GRANDORI, A., ed, Oxford, 2004, págs. 31-44.

³¹¹ Sobre la definición y contenido de cada uno de estos parámetros con mayor detalle Vid. CABALLERO FERNÁNDEZ, G., GARCÍA VÁZQUEZ, J.M., QUINTÁS CORREDOIRA, M.A., “La importancia de los *stakeholders* de la organización: un análisis empírico aplicado a la empleabilidad del alumnado de la universidad española”, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 13, núm. 2, 2007, págs. 14-19.

intereses de sus socios (*shareholders*), debe tomar también en consideración los intereses de los *stakeholders* en la medida que éstos, al igual que los socios tienen un interés cualificado en el buen funcionamiento de la empresa o llegan incluso a condicionarlo³¹².

Esta cuestión, que ha sido abordada tradicionalmente desde la perspectiva de la ética empresarial y la responsabilidad social corporativa³¹³, sirve sin embargo a los propósitos de este trabajo para dar muestra de cómo, la teoría de la *corporate governance* no ha permanecido ajena al fenómeno de la conectividad e interdependencia que surgen como consecuencia de las relaciones duraderas y estables entre empresarios jurídicamente independientes, si no que ha tomado conciencia de la dimensión relacional de la empresa³¹⁴ y de la existencia de sujetos que

³¹² La cuestión acerca de la incorporación del interés de los *stakeholders* al de los *shareholders* en la actividad del órgano de administración es apuntada por PROCTOR G., MILES, L., *Corporate Governance*, ob.cit., págs. 9-10..

³¹³ Vid. al respecto en relación con el papel de los *stakeholders* en la *governance* empresarial GONZÁLEZ ESTEBAN, E., “La teoría de los *stakeholders*. Un puente para el desarrollo práctico de la ética empresarial y de la responsabilidad social corporativa”, *Veritas*, vol. 2, núm. 17, 2007, págs. 205-224. En la misma línea, PROCTOR G., MILES, L., *Corporate Governance*, ob.cit., págs. 187-189.

Respecto del propio concepto de responsabilidad social corporativa, LÓPEZ QUESADA MARTÍN, E., “Códigos de gobierno corporativo ¿suficiente para afrontar la crisis?, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 237, 2011, pág. 47: “El GC se encuentra enmarcado dentro del área de la ética empresarial, ética empresarial que constituye la “ética aplicada” al ámbito organizativo, que hace referencia a la calidad humana, a la excelencia, de las personas y de sus acciones, en el marco de su trabajo en las organizaciones... responsabilidad social corporativa” (RSC), entendida como “el compromiso voluntario por parte de las empresas para incorporar las preocupaciones sociales y medioambientales como objetivos en sus relaciones con todas las partes interesadas o *stakeholders* con quienes interactúa (AECA 2003).”

³¹⁴ Señala por ejemplo, BOSI, G., *Autoregolazione societaria*, Giuffrè, Milano, 2009, en sede de revisión de la estructura y organización de los distritos

fuera del ámbito interno de la misma, ejercen una influencia en ocasiones determinante sobre su producción y/u organización³¹⁵.

Ahora bien, el problema estriba en que las teorías tradicionales de la *corporate governance* carecen de mecanismos apropiados que reflejen, dentro de la estructura de gobernanza de la empresa, los cambios que supone en la organización interna, la participación de la empresa en estructuras multilaterales de colaboración e integración empresarial como son las redes empresariales³¹⁶.

Menos respuesta ofrece la *corporate governance* en lo que se refiere a cuáles deben ser los principios, órganos y mecanismos que permitan el gobierno de la red empresarial en sí misma

industriales con el ánimo de aislar los componentes organizativos que permiten el desarrollo de códigos de conducta en esta sede que, pág. 40: “La relevancia de las *communities of practice* y de los entes colectivos correlativos es tal que motiva la revisión de la noción misma de *stakeholders* (sujetos pasivamente co -involucrados en la estrategia de empresa a sujetos en los que la empresa se apoya) y la calificación del ligamen que los une: no solo cooperativo, si no más bien colaborativo”.

³¹⁵ De forma explícita, MORO VISCONTI, R., *La governance nei gruppi e nelle reti di imprese...*, ob.cit., pág págs. 46-47: “en un sentido todavía más amplio, la *corporate governance* se ocupa de buscar una composición entre las diferentes perspectivas e intereses naturalmente concluyentes de los diversos *stakeholders* que ruedan en torno a la empresa...la interrelación y las relaciones de fuerza entre los diversos *stakeholders* tienen su centro de gravedad en el sistema de *corporate governance* en los países en los que la sociedad o el grupo tienen su sede operativa”. (La traducción es nuestra).

³¹⁶ Cuando la literatura sobre *corporate governance* habla sobre redes lo hace refiriéndose a un concepto de red caracterizado por la presencia cruzada de directivos (*director interlock*) en los órganos de administración de varias empresas. Este concepto, más próximo al de grupo societario por subordinación como consecuencia de relaciones de control gracias a la presencia cruzada de directivos, no es el que nosotros identificamos por red empresarial de acuerdo con lo expuesto en el capítulo primero de este trabajo.

Sobre las cuestiones que plantea desde la perspectiva de la *corporate governance* los directores cruzados Vid., GOERGEN, M., MALLIN, CH., MITLETON-KELLY, E., AL-HAWAMDEH, A., YU CHIU, I., *Corporate Governance and Complexity Theory*, ob.cit., págs. 82-88.

considerada, pues la ausencia de un capital compartido entre los miembros de la red, así como también de relaciones de control de unas empresas sobre otras, imposibilitan la aplicación de los principios e instrumentos de *governance* previstos en los grupos societarios para disciplinar la actuación de los miembros de la red³¹⁷.

II.3 Los Códigos de conducta como instrumento de governance.

En el entorno económico actual, la globalización económica y las posibilidades de comunicación interpersonal brindadas por las TICs, han revolucionado las formas de interacción de los operadores económicos en el mercado, compitiendo ahora en un mercado global, donde diferenciarse respecto de la competencia y adaptarse a los rápidos cambios tecnológicos y de consumo es sinónimo de supervivencia. Este contexto tan dinámico requiere de un entorno normativo que combine, la función tradicional de ordenación y garantía de seguridad jurídica en las operaciones económicas, con la adaptación de los procesos de elaboración, así como el contenido de las normas, a las demandas de efectividad y flexibilidad del mercado: capacidad institucional³¹⁸.

Estas demandas acerca de la adecuación del marco normativo a la realidad económica actual aparecen encuadradas dentro de

³¹⁷ A favor de una *governance* específica para las redes empresariales, desde una perspectiva organizativa STEEN, J., COOPMANS, C., WHYTE J., “Structure and agency? Actor-network theory and strategic organization”, *Strategic Organization*, núm.4, 2006, págs. 303-312.

³¹⁸ La capacidad institucional refiere a la capacidad de las instituciones públicas para, en un entorno de rápido crecimiento y evolución económica ejercer con garantía y eficiencia sus potestades públicas como agentes reguladores del mercado, todo ello, sin generar ineficiencias derivadas de restricciones innecesarias a la competencia, fruto de una inadecuada previsión del impacto competitivo de las normas sobre el mercado. GÓMEZ ASENSIO, C., *La mejora regulatoria (Better Regulation). Aplicaciones en materia de contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 22.

un proceso más amplio de mejora regulatoria conocido como Better Regulation, entre cuyos objetivos, aparte de mejorar la calidad y la adecuación de la normativa para favorecer el desarrollo económico y la promoción de la competencia³¹⁹, se encuentran también los de incrementar la transparencia y participación de los destinatarios de la norma en su proceso de elaboración, lo que redundará en una mayor disposición al cumplimiento de la misma, generando a su vez, mayor seguridad jurídica, lo que actúa de nuevo como revulsivo para las operaciones económicas³²⁰.

³¹⁹ GÓMEZ ASENSIO, C., *La mejora regulatoria (Better Regulation). Aplicaciones...*, ob.cit., págs. 29 – 30, define la *Better Regulation* como: “...una herramienta de control y promoción de la calidad de la regulación que, partiendo de un adecuado marco político e institucional, y mediante el empleo de los instrumentos que le son propios, trata de garantizar que la normativa de un Estado sea respetuosa con los principios de racionalidad, proporcionalidad, transparencia, accesibilidad y claridad con el objetivo de favorecer el desarrollo económico y la promoción de la competencia”.

³²⁰ “Asimismo, en la medida en que se mejora la calidad normativa a través de su simplificación y se abre decididamente el proceso de creación de las normas a la consulta de los actores implicados, la mayor transparencia resultante de dicho proceso, así como la mayor eficacia de la norma, mejora la disposición de los particulares a su cumplimiento. Por ello, la aplicación generalizada de las políticas de Better Regulation conlleva indudablemente un importantísimo efecto de regeneración democrática, recuperación del prestigio de las instituciones y respeto por el cuerpo normativo”, GÓMEZ ASENSIO, C., *La mejora regulatoria (Better Regulation). Aplicaciones...*, ob.cit., pág. 31.

Desde una perspectiva más sociológica RODEAN, N., “Participatory Democracy: Mechanism of Better Regulation in Europe”, *Acta U. DanubiusJur.* 31, (2011), págs. 35-42, recoge el problema de la capacidad institucional y afirma que: “El incremento de la demanda por regulación de carácter social en áreas claves para la sociedad civil (economía, medios de comunicación, relaciones internacionales), caracterizada en esta era por el fenómeno de la globalización, ha producido una ruptura entre la demanda social y la habilidad de los gobernantes para responder con políticas efectivas...”

Es precisamente en este punto donde aparecen los instrumentos de *soft law*, los cuales contienen reglas que, por su flexibilidad o su carácter más genérico, muchas veces basado en principios generales³²¹, tienen una mayor capacidad de adaptación a las necesidades específicas de un sector económico

Durante el siglo XX, los gobiernos habían alcanzado resultados significativos en la protección de múltiples valores sociales y económicos debido a la expansión regulatoria...Sin embargo, actualmente, las formas tradicionales de elaboración normativa no parecen apropiadas para garantizar que los crecientes poderes reguladores son usados de forma efectiva en términos de costes para alcanzar dichos resultados.

Para hacer frente a esta necesidad, se requieren, por tanto, medidas de Better Regulation dirigidas a la “administración legal” simplificando los procedimientos y elevando la “calidad normativa” con un análisis más sistemático de sus efectos desde un punto de vista económico”. (La traducción es nuestra).

En el mismo sentido ALBÍN IZUIBEJERES, F., “Hacia una mejora de la calidad en la producción normativa (better regulation)”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 721, 2011, pág. 2255: “La función que se le asigna al Estado hoy, más que abarcador de todas las tareas, es la de estructurador, mediante normas que permitan garantizar el funcionamiento real del sistema y el control de su ejecución, monitoreándola con el entorno de forma permanente para realizar los ajustes que sea menester, eliminando aquellos controles que desnaturalizan su verdadera esencia.

Existe en los países desarrollados un interés cada vez más creciente por los efectos económicos y sociales de las normas jurídicas. El análisis del entorno regulatorio es sustancial en aquellos que se encuentran inmersos en proyectos de integración regional”.

³²¹ Según RODOTÀ S., “Códigos de conducta: entre hard law y soft law”, *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales “Códigos de Conducta y Mercado”*, REAL PÉREZ, A., coord., Marcial Pons, 2010, pág. 21: “Las cláusulas generales encuentran un lugar cada vez más amplio en la legislación ordinaria, no sólo gracias a referencias tradicionales como las relativas a la buena fe, el respeto a la palabra dada, las buenas costumbres o el orden público; sino incluso, recurriendo a referencias más modernas, como pueden ser las relativas a los intereses del menor o de la familia, la integridad física y psíquica, la tutela de la competencia o el bienestar económico del pueblo”.

concreto³²², así como sobre todo, al paso del tiempo³²³, si se les compara con los instrumentos legislativos tradicionales que constituyen el *hard law*: leyes, reglamentos, etc.

La anterior afirmación no debe llevar a pensar que las normas de *soft law* se encuentren en una relación de oposición a las de *hard law*, todo lo contrario, ambos tipos de normas se encuentran en una relación de complementariedad³²⁴: el *soft law*, dentro de los márgenes establecidos por el *hard law*³²⁵, dando participación a los destinatarios de la norma en el proceso

³²² En este sentido, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Los códigos de conducta en las redes de franquicia: El modelo americano versus el europeo”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm.269, 2008, págs. 949-950: “La complejidad del tráfico y la incapacidad del Estado para abarcar todas las exigencias y los ricos matices de los distintos sectores de la actividad económica trae una suerte de necesidad y complementariedad: cada vez con mayor urgencia se reclama la opinión y participación de los sujetos a los que les van a aplicar las normas y que, en la mayoría de las ocasiones, ya se han elaborado al sistema, elaborando una serie de reglas básicas que gobernarán las actividades de quienes participando en un mismo sector, se comprometan a respetarlas”.

³²³ RODOTÀ S., “Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*”, pág. 21: “Pese a que no se pueda decir que el sistema jurídico en su totalidad se haya “flexibilizado”, sí es cierto que se manifiesta una fuerte tendencia hacia un Derecho “homeostático”, capaz de adaptarse al variar de las situaciones sin necesidad de ulteriores intervenciones legislativas, ya sea en la dimensión diacrónica (cambios producidos en el transcurrir del tiempo), ya sea en la sincrónica (aplicación de la norma en contextos distintos dentro del mismo Estado, motivados por la necesidad de tener en cuenta, por ejemplo, factores de diversidad y de exigencia de pluralismo)”.

³²⁴ Acerca de esta complementariedad señala RODOTÀ S., “Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*”, pág. 22: “Hoy, cada vez más a menudo nos encontramos frente a una complementariedad en el uso de ambos instrumentos, con una visión funcional del sistema jurídico que mira más al resultado que se pretende alcanzar que a la forma de los instrumentos empleados”.

³²⁵ Estamos hablando de creación de normas jurídicas de origen privado y por tanto sometido a los mismos límites a los que se encuentra sometida la autonomía de la voluntad, en nuestro ordenamiento jurídico dichos límites aparecen delimitados por el art. 1255CC: ley, moral y orden público.

de elaboración de la misma³²⁶, responde a las necesidades actuales de especialización y flexibilidad de la normativa, de forma que el éxito de la norma, o su mayor grado de aceptación o disposición al cumplimiento entre el sector destinatario de la misma, puede constituir el génesis de una futura normativa de *hard law*³²⁷.

Dentro de este contexto, y como herramienta del *soft law*, surge la autorregulación empresarial como el ejercicio de la capacidad que poseen los sujetos privados para elaborar un conjunto de normas de naturaleza vinculante, a las cuales deciden someterse voluntariamente en el ejercicio de su actividad empresarial³²⁸. Una de las manifestaciones más

³²⁶ RODOTÀ S., “Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*”, pág. 22: “Se ha hecho evidente, con carácter general, que la regla jurídica flexible, experimental, homeostática, es realmente necesaria. A esto se añade la imprescindible adecuación y el necesario consenso... Cuando hablamos de adecuación, queremos decir que la regla jurídica debe de estar en sintonía con las exigencias del sector regulado, porque sólo de esta manera consigue ser concretamente eficaz. Y, para alcanzar este resultado es necesaria una participación de los representantes del mismo sector regulado, cuya conformidad se asegura así con carácter preventivo”.

³²⁷ A favor de esta conversión del *soft law* en *hard law*, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Los códigos de conducta en las redes de franquicia, ob.cit., pág. 950: “...se está asistiendo a un endurecimiento progresivo del “*soft law*” que cada vez tiene más de “*law*” y menos de “*soft*”...(fenómeno) que no debe ser repudiado, pues el tránsito del “*soft law*” al “*hard law*” parece que deba quedar siempre abierto para el correcto funcionamiento del sistema económico, en tanto esta travesía permite o contribuye a adaptar y adecuar la norma a la realidad y necesidad de cada sector”.

³²⁸ La definición de autorregulación es utilizada por FERNANDO MAGARZO, M. DEL R., “Códigos de conducta”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, pág. 91, añadiendo la autora que: “Como la doctrina ha señalado, junto a la citada acepción, que incide en el proceso autónomo de creación normativa, se han utilizado otros sinónimos como autocontrol o autodisciplina que ponen el acento en el control del cumplimiento de tales normas. Así considerado, el sistema de autorregulación, autocontrol o autodisciplina, se caracteriza por ser un sistema en virtud del cual, quienes se adhieren al mismo se someten

importantes de la autorregulación la constituyen, precisamente, los códigos de conducta.

A los efectos de esta exposición entendemos por Código de Conducta una declaración de voluntad, que puede ser unilateral o multilateral, por parte de uno o varios sujetos de Derecho – públicos o privados –, por la que, con fundamento en su autonomía privada³²⁹, deciden voluntariamente la observancia de unas determinadas directrices o pautas de conducta³³⁰, tanto

voluntariamente a unas normas de conducta cuyo cumplimiento es encomendado a un órgano independiente de control.

Por tanto, podemos enunciar como requisitos constitutivos de la autorregulación los siguientes: la agrupación voluntaria de sus miembros; la existencia de un código de conducta aplicable a esos miembros; la existencia de un órgano que controle su aplicación y, a su vez, el establecimiento de medidas tendentes a garantizar el cumplimiento de las decisiones de ese órgano”.

³²⁹ Señala DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 143: “La idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad”.

Analizando la relación de la autonomía de la voluntad con los códigos de conducta, MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., “Los códigos de conducta como fuente de Derecho”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 17, Enero-Diciembre 2003, pág. 373, señala que la autonomía de la voluntad se diversifica y realiza tres funciones específicas: creadora, reguladora y normativa, situándose los códigos de conducta en esta última función en cuanto : “La autonomía de la voluntad no es fuente del Derecho pero, en la medida en que constituye una regla de aplicación y cumplimiento específico para las personas intervinientes, puede ser considerada como norma con fuerza de ley, y así es contemplada por el Código al expresar que: “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes” art. 1091CC”.

³³⁰ “En este sentido, los códigos de conducta se basan en principios o reglas de carácter no legal, sino más bien éticas que constituyen expresiones de los propios actores económicos sobre aquello que entienden que son pautas o comportamientos que les son exigibles. Se trata de una suerte de “buenas prácticas” que expresan estándares de conducta por las que se mide la

en su organización interna, como en las relaciones mantenidas frente a terceros, con el fin de alcanzar unos mayores estándares de calidad, eficacia o responsabilidad social en el desempeño de su actividad.

En la medida en que aumenta el ámbito de aplicación de un Código de Conducta, éste va adquiriendo una mayor vocación normativa y comienza a percibirse por sus destinatarios como la norma reguladora de un sector de actividad concreto, de forma que su contenido, por consolidarse en el tiempo y ser generalmente admitido en el sector al que pertenece, puede acabar convirtiéndose en uso o costumbre del sector³³¹, rebasando de esta forma los límites del principio de relatividad del contrato que su remisión contractual generaba, y convirtiéndose así en auténtica Fuente del Derecho – en el

responsabilidad. Esto es, una serie de reglas de lealtad y buena fe que pueden, incluso, calificarse de necesarias, dadas la complejidad del tráfico económico actual y que, vienen a medir “patrones de diligencia.” MARTÍ MIRAVALLS, J., “Los códigos de conducta en las redes de franquicia, ob.cit., págs. 951-952.

³³¹ Esta calificación es defendida por MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., “Los códigos de conducta como fuente de Derecho”, ob.cit., pág. 372: “Los códigos de conducta son costumbre, son un estilo, son usos normativos o legislativos. Son una forma de hacer que se crean en el marco de una comunidad de empresas, o en una asociación de éstas, o en un sector de actividad determinado. Y, en la medida en que los asumen, es obligatorio para todos sus miembros. Como no atenta a la libertad, ni a la moral ni al orden público, puede decirse que constituyen una norma originaria creada por un conjunto de personas o entidades y a la que se someten sus propios creadores de forma absolutamente voluntaria”.

En el mismo sentido DÍAZ RUIZ, E., “Códigos de conducta y mercados financieros: cuestiones generales”, *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales “Códigos de Conducta y Mercado”*, REAL PÉREZ, A., coord., Marcial Pons, 2010, pág. 266: “El cumplimiento de un código de conducta de forma generalizada y con la convicción aceptada poco a poco de que su contenido es la forma apropiada de conducirse necesariamente, puede convertirlos en costumbres mercantiles y, en nuestro ordenamiento jurídico al menos, por tanto obligatorias”:

ordenamiento jurídico español, subordinada a la Ley³³² –, cuyo contenido puede acabar finalmente positivizándose, a través de su inclusión en una norma de rango legal. Por ello se dice que los códigos de conducta ocupan una posición intermedia entre el *soft law* y el *hard law*³³³.

A continuación se analizará la configuración y funciones de los códigos de conductas adoptados, por un lado, en el ámbito corporativo o societario y, por otro lado, los códigos de conducta propios del ámbito contractual, todo ello con el ánimo de estudiar si, unos y otros, son susceptibles de constituir vehículos aptos para la *governance* de las redes empresariales.

A) Códigos de conducta corporativos.

En el ámbito corporativo, los códigos de conducta, conocidos como códigos de buen gobierno corporativo, surgen en la década de los noventa³³⁴, dirigidos a establecer una serie de

³³² Art. 1.3 CC: “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o el orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre”.

³³³ En este sentido, RODOTÀ S., “Códigos de conducta: entre *hard law* y *soft law*”, pág. 26: (Los Códigos de Conducta) Asumen una inmediata fuerza vinculante cuando tienen una base contractual y, de esta manera, contribuyen también a la construcción de un Derecho consuetudinario: sus reglas pueden así penetrar en el ordenamiento jurídico estatal, que resulta enriquecido con la experiencia derivada de la contribución de las categorías implicadas. Y la experimentación realizada a través de la autodisciplina puede constituir el punto de partida para la introducción de normas jurídicas vinculantes. Estamos así frente a un proceso de *hardening of soft law*, de progresiva atracción de la regla espontánea hacia el orden estatal”.

³³⁴ “Desde los años noventa se viene observando una importante tendencia en el desarrollo de los denominados Códigos de conducta o de buenas prácticas, tanto a nivel nacional como internacional. El Informe Cadbury, 1992, Greenbury, 1995, Hampel, 1998, en Reino Unido; los Informes Viénot, 1995 y 1999 en Francia o los Principios de Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de 2004, etcétera, son algunos de los numerosos ejemplos de dichas

pautas de comportamiento tendentes a asegurar que el gobierno societario no quedara supeditado a intereses especuladores, sino que se protegiera la consecución del interés social mediante una gestión empresarial eficaz y responsable, respetuosa tanto en la persecución de su objeto social, como con la esfera de la responsabilidad social de la empresa,³³⁵ así como a través del compromiso con los *stakeholders*, como agentes creadores de valor para la empresa³³⁶.

De acuerdo con los anteriores principios los códigos de buen gobierno corporativo se han desarrollado muy especialmente en el campo de las sociedades cotizadas,³³⁷ destacando en España la

recomendaciones, que reflejan el gran interés que ha suscitado este tema en la actualidad". FERRUZ AGUDO, L., MARCO SANJUÁN, I., ACERO FRAILE, I., "Evolución temporal de los códigos de buen gobierno en España", *Boletín Económico de ICE* nº 2948, 2008, pág. 20.

³³⁵ Desde esta perspectiva señala CHÉRCOLES BLÁZQUEZ, J., "La cadena de proveedores y la responsabilidad social de la empresa", ob.cit., págs. 105-106: "Uno de los puntos fuertes de actuación de las campañas de las ONGs es la mejora de las condiciones laborales y la eliminación del empleo de mano de obra infantil. Como respuesta, y ante el riesgo que corrían la reputación corporativa de numerosas multinacionales, comenzaron a elaborar códigos de conducta. La pionera fue Levis & Co en 1991. Otras siguieron su ejemplo y pronto hubo una plétora de códigos de conducta".

³³⁶ ESTEBAN DE VELASCO, G., "Una aproximación a los códigos de buen gobierno en el marco del complejo y heterogéneo fenómeno de los códigos de conducta", *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales "Códigos de Conducta y Mercado"*, REAL PÉREZ, A., coord., Marcial Pons, 2010, págs. 286-287

³³⁷ En España ha habido tres informes dedicados a esta materia: El Informe Olivencia de 1998, el Informe Aldama de 2003 y en 2006 el Código Unificado de Buen Gobierno de Manuel Conthe.

Sobre esta cuestión en profundidad OLIVENCIA, M., "El buen gobierno de las sociedades y su evolución", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 108, 2007, págs. 209 - 234; Id. "Los llamados Códigos de Buen Gobierno", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 37, 2007 págs. 133-152; Id, "Los llamados Códigos de Buen Gobierno (continuación)", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 38, 2008, págs. 185-194.

presencia, desde 2006 del Código de Buen Gobierno³³⁸, cuyo grado de cumplimiento, por mandato del art. 116 de la Ley del Mercado de Valores (LMV), debía quedar reflejado en el Informe Anual de Gobierno Corporativo de cada sociedad, hasta que dicho mandato quedó derogado, curiosamente por la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible, fijando ahora un mandato mucho más laxo en el art. 61 bis de la LMV acerca del cumplimiento de las “recomendaciones de gobierno corporativo³³⁹”, lo cual lleva a plantearse la eficacia de dicha provisión³⁴⁰.

Desde una perspectiva más crítica respecto a los resultados alcanzados, los no alcanzados y las perspectivas de futuro en el campo de la autorregulación societaria, EMBID IRUJO, J.M., “Leyes versus códigos (autorregulación), en los mercados de valores y en las sociedades cotizadas”, *Economistas*, núm.120, 2009, págs. 28-34.

³³⁸ Disponible en <http://www.cnmv.es/portal/legislacion/COBG/COBG.aspx>

³³⁹ Art. 61 bis. 4 ap. g): “Grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones”.

Para un panorama general de la información contenida en los informes de gobierno corporativo de nuestro país Vid. LÓPEZ QUESADA MARTÍN, E., “Códigos de gobierno corporativo ¿suficiente para afrontar la crisis?, ob.cit., págs. 50-53.

³⁴⁰ Esta opinión es sostenida por DÍAZ RUIZ, E., “Códigos de conducta y mercados financieros: cuestiones generales”, ob.cit., págs. 265-266: “Para una sociedad cotizada tener que indicar que no se cumple alguna de las recomendaciones de un código de buen gobierno, en un informe anual corporativo de elaboración obligatoria, por mucho que se explique el por qué no se cumple, lo que se puede justificar en alguna circunstancia, pero no con carácter general y sobre todo respecto de la multiplicidad de elementos contenidos en un código de esa naturaleza, viene a resultar en una obligación de cumplirlo...Por otro lado, la pura autorregulación cuyo incumplimiento no tenga consecuencia alguna, no merece ser calificada de regulación de ningún tipo...debe encontrarse algún camino intermedio entre la norma imperativa o prohibitiva cuya exigencia por parte de los poderes públicos se hace inexorable, y aquella otra norma que no pasa de ser una recomendación cuyo incumplimiento a nada conduce o ninguna consecuencia tiene”.

De acuerdo con los anteriores principios, la combinación de los códigos de conducta corporativos y las constataciones de la teoría de la *corporate governance* relacional provocan que los administradores sociales, en el ejercicio de su cargo, se vean obligados a gestionar su empresa no sólo atendiendo a la satisfacción de los intereses de sus socios *shareholders*, sino también, y en aras a lograr una mayor eficiencia en la gestión – creación de valor total para la empresa³⁴¹ –, así como también para atender las demandas de una mayor responsabilidad social por parte de los consumidores³⁴², los administradores tienen que considerar también la gestión de sus relaciones con los *stakeholders*, terceros con los que mantienen unas relaciones periódicas con un alto nivel de confianza y que tienen influencia notable en el resultado de la actividad de la empresa³⁴³.

³⁴¹ BOSI, G., *Autoregolazione societaria*, ob.cit., págs. 69-70: “Parece muy clara la insuficiencia de la perspectiva centrada en el análisis de los parámetros de maximización de los intereses de los accionistas al no tener en cuenta fenómenos empresariales complejos, como aquellos que se dan en las relaciones a largo término...Es central la distinción entre la creación de beneficio y la creación de valor total para la empresa, lo segundo parece plenamente compatible, también por quien se muestra crítico con la teoría de los *stakeholders*, con la adopción de estrategias empresariales que involucren a los *stakeholders* que dispongan de recursos especializados de los cuales la empresa pueda servirse” (La traducción es nuestra).

³⁴² “Cada vez más, el público cree que dicha responsabilidad (social empresarial) abarca todo el espectro de la “cadena de proveedores”. Ello se deriva no solo de su responsabilidad directa, sino que ésta también alcanza a proveedores, subcontratistas, socios a través de *joint ventures*, establecimientos distribuidores, e incluso al reciclaje o eliminación responsable de sus productos”. CHÉRCOLES BLÁZQUEZ, J., “La cadena de proveedores y la responsabilidad social de la empresa”, ob.cit., pág. 105.

³⁴³ A este respecto BOSI, G., *Autoregolazione societaria*, ob.cit., págs. 27-28: “Esquemáticamente, la aproximación multi-fiduciaria de Freeman teoriza que el manager tiene una obligación fiduciaria hacia los *stakeholders* de igual peso que la debida a los *shareholders*; por el contrario, siguiendo la aproximación estratégica, los *stakeholders* son considerados como sujetos que el manager debe gestionar con el objetivo de perseguir el interés de la sociedad; según la aproximación convergente propuesta por la new

En este ámbito, y ante la imposibilidad de reconducir dichas relaciones al contexto jerárquico propio de la sociedad al no formar parte los *stakeholders* del accionariado social, parece que la autorregulación³⁴⁴ y más concretamente los códigos de conducta empresariales³⁴⁵, pueden constituir instrumentos

stakeholder synthesis, al final, las empresas tienen obligaciones hacia los *stakeholders*, de naturaleza no exclusivamente fiduciaria y reconducible, en buena medida al respeto de los deberes de corrección. Se puede anticipar que esta última orientación parece la más idónea para hacer emerger la peculiaridad de las relaciones entre los operadores de las redes de empresas y que, como parece, esto constituye a colmar la laguna existente a causa de la carencia de teorías positivas que articulen el concepto de fiducia mejor que cuando no venga dado por el modelo principal-agente, clásicamente entendido”. (La traducción es nuestra).

³⁴⁴ ESTEBAN DE VELASCO, G., “Una aproximación a los códigos de buen gobierno en el marco del complejo y heterogéneo fenómeno de los códigos de conducta”, ob.cit., pág. 288: “...el marco formal societario sólo organiza el grupo de interés de los propietarios, la autorregulación – plasmada en los estatutos, reglamentos u otras normas internas – puede llevar a la incorporación de cláusulas de consideración de los intereses de otros grupos de intereses y que incluso, en ausencia de esas cláusulas o compromisos, los administradores a la hora de rendición de cuentas y eventual responsabilidad podrían alegar...que dicha orientación o decisión está amparada por la valoración de otros intereses que se relacionan con la empresa y que de alguna manera en esa perspectiva de largo plazo, deben ser considerados en el proceso de decisión empresarial en el campo en que ellos tienen competencia, por su contribución al valor continuado de la empresa”:

³⁴⁵ ESTEBAN DE VELASCO, G., “Una aproximación a los códigos de buen gobierno en el marco del complejo y heterogéneo fenómeno de los códigos de conducta”, ob.cit., págs. 287-288, comenta cómo aparecen recogido en el código de buen gobierno español los intereses de los *stakeholders*: “El código asumiría un modelo de gobierno corporativo estructuralmente monista de intereses y funcionalmente orientado a satisfacer los intereses de los propietarios. Pero una atenta lectura de sus importantes Recomendaciones 7 y 8... cuestionan o matizan esa primera conclusión. Se puede entender más bien que la responsabilidad social corporativa no es mera estrategia comercial, sino una inversión estratégica (no mero conde en perjuicio de los accionistas), que se debe insertar en el núcleo de la política empresarial que incumbe al Consejo de administración y, por tanto, los administradores tienen espacio para componer, salvaguardada la supervivencia de la empresa en un contexto competitivo, los intereses de los diversos grupos cuyas aportaciones son relevantes por su contribución al valor a largo plazo de la empresa

adecuados para dar respuesta a esta necesidad de diálogo entre los actores internos y externos de la empresa, es decir, al diálogo entre su interés en la buena marcha de la actividad empresarial, y la armonización de los intereses de éstos con los *stakeholders* en materias como la reducción de la incertidumbre, garantía de una no discriminación por violación del principio de igualdad de trato³⁴⁶, etc³⁴⁷.

(inversores, empleados, clientes, proveedores, comunidad). Es decir, según esta perspectiva, se habría asumido un modelo de gobierno corporativo estructuralmente monista de intereses y funcionalmente abierto a consideración de los intereses de otros grupos de implicados o afectados por la actividad empresarial”.

³⁴⁶ RUIZ PERIS, J.I., *Igualdad de trato en el derecho de sociedades*, Ed. Tirant lo Blanch Valencia, 2007, págs.31 a 38, identifica el principio de igualdad de trato con la igualdad formal, es decir, la prohibición de tratar de manera diferente situaciones que son comparables y tratar situaciones diferentes de manera similar, impidiendo por tanto, el tratamiento arbitrario; y, por otro lado, aunque estrechamente relacionada, queda la prohibición de discriminación, que tiene como función esencial la preservación de las condiciones de igualdad respecto a personas físicas pertenecientes a grupos sociales tradicionalmente discriminados.

Sin embargo en muchos preceptos legales y también en la interpretación de los tribunales se habla de prohibición de discriminación, cuando en realidad se hace referencia a una infracción del principio de igualdad de trato. Por ello el autor propone, a falta de otros términos hablar en este ámbito de **discriminación por violación del principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación por violación del principio de igualdad de trato.**

En el mismo sentido CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., *La igualdad en el derecho de defensa de la competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 38-48.

³⁴⁷ Sobre estas tres funciones analizando cuál podría ser el papel actual pero también prospectivo de un modelo de autorregulación para las redes empresariales, BOSI, G., “Modelli di autorreglamentazione nelle reti di imprese”,ob.cit., pág. 277, destaca tres funciones de la autorregulación como las más destacadas: “En primer lugar, la función de permitir la representación de los diversos *stakeholders* operantes en la red y de desarrollar una actividad de *standard setting* modelada sobre la tipología de los operadores locales, dando lugar a la emersión y moderación de los aspectos más distorsionadores

No es posible predicar la traslación directa de estos códigos al ámbito de las redes empresariales. Una primera objeción puede encontrarse en la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación, pues frente a la sociedad como obligada por el código de conducta en el primer caso, tenemos a la red, la cual no tiene personalidad jurídica propia, ya que se trata de una realidad económica formada por empresarios jurídicamente independientes aunque económicamente vinculados. De acuerdo con lo anterior, no se trataría tanto de un código de conducta *de* la red empresarial como sujeto, sino un código de conducta *para* los miembros de la red empresarial.

Esto podría plantear el problema de si el dicho código debe ser suscrito por cada uno de los miembros de la red para obligar a estos empresarios frente a terceros, pues la pertenencia a la red no otorga ningún tipo de estatus jurídico especial que permita predicar una extensión de los efectos de un código suscrito por un empresario particular al resto de miembros de la red; o, alternativamente, la posibilidad de considerar que en estos supuestos nos encontramos en un caso de superación de la doctrina de la *privacy* que, al menos, en el caso de las redes hegemónicas, la aceptación del código de conducta por parte de quien ostenta la hegemonía en la red permitiría considerar que quedan obligados a su cumplimiento los miembros de la misma. En el caso de las redes paritarias, habría que distinguir según nos encontremos ante un supuesto en el que el órgano de dirección tiene la condición de representante y acepta el código

de los conflictos de intereses fisiológicamente existentes. En segundo lugar, la función igualadora propia de la codificación de carácter ético, que deberá disponerse sobre diversos planos de red para reducir formas de oportunismo a través de la responsabilidad social. En tercer lugar, la función combinatoria de la autorregulación societaria en el sentido estricto, para proporcionar a las empresas instrumentos operativos idóneos para reducir la incertidumbre estratégica a través de parámetros a los que no sea extraña la dimensión del retorno de rentabilidad.” (La traducción es nuestra).

de conducta dentro del ámbito de la representación, en cuyo caso afectaría a todos los miembros de la red, a aquellos casos en que dicho órgano actúa fuera o en ausencia del poder de representación, en los que la cuestión sería más discutible.

Por lo que respecta a los destinatarios del código de conducta, de nuevo difieren según nos encontremos ante sociedades o redes empresariales. En el primer caso, el código atiende a otorgar una cobertura, una protección de los intereses de los *stakeholders*, frente a los *shareholders*. Existe por tanto, en el origen de estos códigos de conducta una asunción de que, en las relaciones que mantiene la sociedad con *shareholders* y *stakeholders*, los intereses de los primeros se encuentran regulados y protegidos por ley, mientras que los intereses de los segundos, por no estar reconocidos o estarlo en menor medida, requieren del código de conducta, voluntariamente asumido por la sociedad, para ser tutelados.

Esta dicotomía de posiciones no se observa en las redes empresariales, pues en éstas, incluso en el caso de redes jerárquicas no existe una diferenciación tan cualificada entre el status de unos miembros y otros: todos son empresarios independientes con sus intereses compartidos y divergentes, de forma que, no puede adoptarse como punto de partida un planteamiento tuitivo de unos miembros frente a otros, si no que el código debe velar en general, por el equilibrio en las relaciones mantenidas entre los miembros de la red y evitar, si fuera el caso, conductas abusivas, torticeras o contrarias a la buena fe de unos miembros sobre otros³⁴⁸.

Aparte queda el problema de la eficacia de estos códigos de conducta pues, si en el ámbito societario aparecen dudas acerca de su fuerza o carácter vinculante dependiendo de la naturaleza

³⁴⁸ Sobre estas cuestiones Vid., en profundidad el Capítulo Cuarto de esta obra.

del vehículo a través del cual se incorporan en la sociedad – inclusión en los estatutos sociales, reglamento de la Junta General, reglamento del Consejo de Administración, negociación colectiva o declaración unilateral de voluntad –³⁴⁹, en el ámbito de las redes empresariales, el problema no es una triple eficacia *ad extra*, es decir, primero la eficacia de dichos códigos para con cada uno de los miembros de la red que los han suscrito; segundo, respecto al resto de miembros de la red que no hayan suscrito dicho código; llegando finalmente a la cuestión de si es posible, a través de adopciones individuales por parte de los empresarios de la red, alcanzar un “código de conducta de la red empresarial”, que despliegue sus efectos de forma uniforme frente a terceros contratantes ajenos a la red y que se relacionan con ella en el mercado.

B) Códigos de conducta de ámbito contractual.

Cuando hablamos de códigos de conducta de ámbito contractual nos referimos a aquellos códigos que, siendo adoptados por una empresa a través de un instrumento de carácter contractual – condiciones generales de la contratación, estipulación expresa en el contrato o estipulación indirecta por vía de remisión –, están dirigidos a disciplinar la actuación de dicha empresa en el mercado, desplegando su eficacia frente a terceros.

De esta forma, y aunque tanto los códigos de conducta corporativos como contractuales, producen efectos en la esfera interna y externa de la empresa, los códigos de conducta de ámbito contractual se dirigen principalmente a regular las relaciones de la empresa en el tráfico económico, a diferencia de

³⁴⁹ Para una visión de la eficacia jurídica de cada uno de los instrumentos anteriores Vid. ESTEBAN DE VELASCO, G., “Una aproximación a los códigos de buen gobierno en el marco del complejo y heterogéneo fenómeno de los códigos de conducta”, *ob.cit.*, págs. 283-286.

los códigos de conducta corporativos, que como se ha visto están más focalizados en la reglamentación del aspecto organizativo interno de la sociedad.

Los códigos de conducta de ámbito contractual son comunes en contextos caracterizados por la duración, el carácter estable así como el carácter de confianza, de la relación contractual mantenida entre las partes. Así sucede, por ejemplo, en el sector de los contratos bancarios³⁵⁰, de la distribución, agencia³⁵¹ o franquicia³⁵² y con carácter general para el mercado, con los

³⁵⁰ También recientemente, y con ocasión de la grave problemática social surgida a causa de la crisis económica y la problemática de los desahucios, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el Gobierno de España, aprobara como medida para hacer frente a este problema, mediante Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, un Código de Buenas Prácticas Bancarias de asunción voluntaria por las entidades de crédito, cuyo seguimiento de su cumplimiento se haría desde instancias públicas a través de una comisión de control constituida al efecto.

Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2012/03/10/pdfs/BOE-A-2012-3394.pdf>

³⁵¹ En un muy interesante artículo en el que se repasan las resoluciones judiciales recaídas en España en materia de códigos de conducta hasta abril de 2010, SORO RUSELL, O., “Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada”, *InDret*, núm. 2, 2010, págs. 16 y 17, señala que si bien los litigios con códigos de conducta en materia de Derecho de la contratación representan solo el 32% del total de los litigios sobre códigos de conducta analizados en el trabajo (el grueso lo constituyen los códigos de carácter administrativo), sí es importante destacar que “De este reducido número de resoluciones – concretamente nueve – podríamos extraer una nueva e importante observación, a saber, que tan sólo una de ellas ha recaído en materia de relaciones contractuales a corto plazo o de tracto único. O lo que es lo mismo, que el 90% de los litigios en los que se han visto implicados de alguna forma los códigos de conducta se han suscitado, como ya se apuntó anteriormente, en el ámbito de las relaciones contractuales a largo plazo o de tracto sucesivo, principalmente en contratos de distribución (55% de los casos), aunque también en contratos bancarios, contratos vinculados, de franquicia o agencia”.

³⁵² Especialmente interesante es el trabajo de MARTÍ MIRAVALLS, J., “Los códigos de conducta en las redes de franquicia, ob.cit., donde se analiza el

códigos de conducta en materia de competencia desleal, positivizados en el caso español la Ley de Competencia Desleal³⁵³.

También es común la presencia de códigos de conducta en el ámbito de las agrupaciones empresariales: asociaciones de empresas o grupos empresariales. En este caso el código de conducta recibe el calificativo de instrumento de autorregulación empresarial de carácter colectivo³⁵⁴. Se trataría, por ejemplo, de

contenido del código de conducta de la *European Franchise Federation (EFF)* y de la *International Franchise Association (IFA)*.

³⁵³ Los Códigos de Conducta en materia de competencia desleal fueron incorporados al ordenamiento jurídico español en virtud de la ley 29/2009 de 30 de diciembre, por la que se traspone al ordenamiento jurídico español las Directivas 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Un análisis sobre el contenido y la exigibilidad de dichos códigos puede verse, por todos en, TATO PLAZA, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERREA PETRUS CH., *La reforma de la ley de competencia desleal*, La Ley, 2010, págs. 299-343; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Comentario al art. 21 Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ CANO, A., dir., Aranzadi, Cizur-menor, 2011 págs. 603 – 610; GACÍA-CRUCES GONZÉLEZ, J.A., “Comentario al art.5 Actos de Engaño”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ CANO, A., dir., Aranzadi, Cizur-menor, 2011 págs. 140 – 143. MASSAGUER, J., “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, *InDret*, núm. 2, 2011; FERNANDO MAGARZO, M. DEL R., “Códigos de conducta”, ob.cit., págs. 92-118.

³⁵⁴ Sobre este particular, en base al estudio de la jurisprudencia española SORO RUSELL, O., “Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta...”, ob.cit., pág. 27 y 29: “En este terreno (códigos de conducta adoptados por agrupaciones empresariales), los códigos de conducta constituyen en muchas ocasiones los elementos centrales en torno a los cuales gravitan los litigios, teniendo gran importancia respecto de la resolución en cuanto al fondo de los mismos y dando lugar a reflexiones sobre su eficacia normativa, vinculante o interpretativa...desde nuestro punto de vista, la autorregulación empresarial colectiva destaca por

los Códigos de Conducta elaborados por asociaciones empresariales en distintos ámbitos de actividad: farmacéutico³⁵⁵, textil³⁵⁶, alimentaria³⁵⁷, etc.

Existen, asimismo códigos de conducta de carácter adhesivo como es el caso del Código de Conducta de “Autocontrol”, asociación sin ánimo de lucro creada por anunciantes, agencias y medios de comunicación, encargada de gestionar el sistema de autorregulación en materia de publicidad en España³⁵⁸.

Independientemente del contexto que se trate, la cuestión fundamental entorno a los códigos de conducta de ámbito contractual es la relativa a la eficacia de los mismos³⁵⁹, es decir,

tratarse de un sugerente ejemplo del poder de disciplina que pueden llegar a alcanzar los particulares, tanto desde un punto de vista positivo, como capacidad para establecer normas de conducta que – en determinadas ocasiones – habrán de ser respetadas por otros, como desde otro negativo, o de libertad de los sujetos para decidir la sumisión a las reglas de conducta dictadas por otro sujeto”.

³⁵⁵ Código de conducta de CETIFARMA. Disponible en: <http://www.anafam.org.mx/docs/codetica.pdf>; o los códigos elaborados por FARMAINDUSTRIA; Disponibles en: http://www.farmaindustria.es/Farma_Public/Codigo/index.htm.

³⁵⁶ “Código de conducta y manual de Nice para la industria textil y de la moda”. Disponible en: <http://www.pactoglobal.org.ar/userfiles/file/NICE-UNGC%20CoC%20Spanish%20version.pdf>

³⁵⁷ “Código de buenas prácticas en la industria alimentaria”, elaborada por la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB). Disponible en: http://www.fiab.es/archivos/documentoAutor/documentoautor_20090313104051.pdf.

³⁵⁸ Para una visión general de la asociación, su composición, competencias y funcionamiento, Vid.<http://www.autocontrol.es/>

³⁵⁹ Según datos de SORO RUSELL, O., “Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta...”, ob.cit., pág. 9 : “... en relación con la eficacia de los códigos cabría también destacar que un 20 % de los litigios resueltos por los tribunales civiles y mercantiles plantea interesantes cuestiones relacionadas con su carácter vinculante; que en un 13 % de los casos se ha invocado la existencia de códigos de conducta

su capacidad para producir efectos vinculantes tanto sobre el sujeto que los asume, como con respecto al tercero con el que se contrata o, incluso, terceros ajenos a la relación negocial controvertida.

En el primer caso nos encontraríamos ante el supuesto de una declaración de voluntad unilateral que actuaría como fuente del nacimiento de una obligación jurídica³⁶⁰. Este supuesto, que en el ámbito de consumo es conocido como “promesa con premio”, exige en todo caso que, la persona que realizó la declaración unilateral o la promesa haya manifestado de forma inequívoca su voluntad de verse obligada por las mismas, pues de lo contrario no constituye una auténtica obligación jurídica exigible³⁶¹.

en lo que parece ser un intento de justificar algún tipo de conducta ilícita; y que, en otro 13 % de los litigios se habría recurrido al contenido de algún código de conducta - a modo de autoridad interpretativa en la materia – para dotar de mayor fundamento y motivación las decisiones judiciales”.

³⁶⁰ Sobre la eficacia jurídica de la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, tras dedicar varias páginas a la revisión del estado de la cuestión en la doctrina española extrae dos conclusiones, pág. 173: “1ª La eficacia de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, cuando nos encontramos fuera de específicos tipos legales, es excepcional. 2ª La voluntad unilateral que se estima vinculante para quien declara no es normalmente la emitida y no aceptada, sino la que va acompañada del consentimiento del que la recibe, aun cuando este sea anterior o previo y aun cuando resulte solamente inducido, de manera que más que de verdaderas declaraciones unilaterales, se trata de contratos unilaterales, en la medida en que solo resulta obligado el declarante, cuya validez ha de depender de que reúna los requisitos propios del contrato”.

³⁶¹ En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, destaca la doctrina recogida al efecto en la sentencia de 14 de mayo de 2009, asunto C-180/06 “Renate Ilsinger v. Martin Dreschers”, p. 53-56, a propósito de una cuestión prejudicial en materia de determinación de la competencia judicial internacional: “ En efecto, como se desprende tanto de la redacción de la parte introductoria del apartado 1, del artículo 15, del Reglamento nº 44/2001, como de la letra c), del mismo apartado, es necesario que exista un «contrato» entre el consumidor y una persona que ejerza actividades

En el ámbito de la contratación entre empresarios y tomando como base el anterior fundamento jurídico de la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad, el art. 5.2 de la Ley de Competencia Desleal califica como desleal el incumplimiento por parte de un empresario de los compromisos por él mismo asumidos en un Código de Conducta³⁶².

comerciales o profesionales. Esta idea se ve reforzada, además, por el título de la sección 4 del capítulo II, que se refiere a la «competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores». Conviene igualmente subrayar, que el artículo 15 del Reglamento está redactado sustancialmente en los mismos términos que el artículo 13 del Convenio de Bruselas, en lo relativo al requisito de celebración del contrato.

En cuanto a dicho requisito, cabe, en efecto, que en el marco del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 44/2001, una de las partes se limite a manifestar su aceptación, sin asumir ninguna obligación frente a la otra parte en el contrato (Vid. el apartado 51 de la presente sentencia). Resulta indispensable, no obstante, para la existencia de un contrato a efectos de la citada disposición, que esta otra parte se obligue jurídicamente, a través de una oferta en firme, suficientemente clara e inequívoca, respecto al objeto y al contenido, para así dar lugar a un vínculo de naturaleza contractual como el contemplado por la misma disposición.

Ahora bien, esta última exigencia sólo puede considerarse cumplida cuando, ante una promesa de premio como la del asunto principal, la empresa de venta por correspondencia adquiera una obligación jurídica. En otros términos, dicha empresa tiene que haber expresado claramente su voluntad de obligarse, en caso de que exista aceptación por la otra parte, mostrando su disposición incondicional a pagar el premio prometido a los consumidores que lo reclamen. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si se cumple el citado requisito en el litigio principal.

Si, por el contrario, no ocurre así en el caso de autos, una práctica comercial como la que ha dado lugar a dicho litigio carecería por sí misma de naturaleza contractual y no podría considerarse vinculada a un contrato a los efectos del artículo 15 del Reglamento nº 44/2001 en su redacción actual”.

Para un comentario sobre esta sentencia Vid. REQUEJO ISIDRO, M., “La promesa de premio en la jurisprudencia del TJCE (A propósito del as. C-180/06, Ilsinger)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm.36, 2011, págs. 125-135.

³⁶² Art. 5. 2 Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal: “Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos

De esta forma, en el caso de los códigos de conducta, no parece controvertido que aquél que voluntariamente y frente al público en general asume el compromiso de actuar de una determinada forma, quede vinculado por su declaración de voluntad unilateral³⁶³.

En cuanto a la eficacia del código de conducta respecto a terceros contratantes, aunque de forma todavía paulatina, la jurisprudencia española ha comenzado a reconocer la eficacia de las previsiones de tales códigos para disciplinar la relación negocial entre las partes contratantes, ya que dicho código ha sido voluntariamente asumido por las mismas, apareciendo incorporado al propio contrato a través de un instrumento de carácter contractual, como por ejemplo un clausulado³⁶⁴.

asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios”.

Al respecto véase GACÍA-CRUCES GONZÉLEZ, J.A., “Comentario al art.5 Actos de Engaño”, *ob.cit.*, págs. 140 – 143.

³⁶³ En este sentido MARTÍ MIRAVALLS, J., “Los códigos de conducta en las redes de franquicia, *ob.cit.* pág. 953: “En la medida en que constituyen compromisos jurídico-obligacionales, parece claro que los códigos de conducta poseen eficacia “*ad intra*” plena. Esto es, vinculan y son exigibles a aquellos que hacia el mercado han manifestado su sometimiento a los mismos”.

³⁶⁴ Al respecto y siguiendo el estudio de SORO RUSELL, O., “Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta...”, *ob.cit.*, pág. 27: “Respecto del valor de los códigos de conducta presentes en los litigios relativos al Derecho de la contratación podría decirse, a modo de conclusión que éste es todavía bastante confuso y limitado. Y ello por dos razones. La primera, lógica, es que, debido al muy reducido número de las resoluciones recaídas en este ámbito, aún es muy pronto para tener una muestra de casos lo suficientemente completa para extraer conclusiones determinantes. Y es que, en efecto, aún seguimos a la espera de algún caso en que la problemática central girase en torno a la violación del contenido de un código de conducta. Y la segunda de las razones radica en que, salvo en una sola sentencia, parece que los jueces nunca se han pronunciado de un modo más o menos claro o explícito sobre la naturaleza y consecuencias jurídicas

Más controvertida resulta la eficacia del código sobre terceros no contratantes. En este caso, estaríamos hablando de una *oper eficacia* del código de conducta, situación en la que los preceptos contenidos en el código de conducta, acabarían funcionando como fuente para la interpretación y/o integración de las relaciones jurídicas entre terceros ajenos a la relación jurídica donde se ha establecido el código de conducta, siempre que se trate de relaciones celebradas dentro del mismo ámbito de actividad para el cual se ha redactado originariamente el código de conducta³⁶⁵.

A este respecto, los tribunales españoles han manifestado, en un caso sobre aplicación del Código de Autocontrol a una

de los códigos de conducta existentes en las relaciones contractuales, y especialmente, sobre la violación de su contenido, no refiriéndose a tal extremo en la mayoría de ocasiones”.

La sentencia a la que se refiere el autor es la SAP de Vizcaya, (Sección Quinta), núm. 562/2006, de 22 de diciembre de 2006, JUR 2007\98771, en cuyo Fundamento Jurídico 2º se señala que: “El resultado de esta prueba pericial resulta demoledor para las pretensiones de la parte apelante porque evidencia una actuación claramente incumplidora de la demandante, quien entre las obligaciones establecidas contractualmente, había asumido las contenidas en el Código de Conducta y Relación Comercial, y cuya vulneración por estipulación expresa de las partes debía considerarse fraude del distribuidor, al realizar cambios fraudulentos de terminal y la desviación de terminales al extranjero...”

³⁶⁵ Sobre esta problemática, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Los códigos de conducta en las redes de franquicia, ob.cit. pág. 953: “Más compleja es la hipotética eficacia “ad extra”, es decir, si pueden aplicarse los códigos de conducta a quienes no se han sometido a los mismos. La respuesta es, probablemente, la cuestión más compleja e importante de las que plantean los códigos de conducta. El punto de partida, quizá, deba ser el tipo de código de conducta y, más en concreto, si se trata de códigos de conducta que regulan lo que se debe hacer y no lo que no se debe hacer. Ello por cuanto, en el primer caso, se estará ante reglas que pondrán de manifiesto aquello que para un sector son estándares de lealtad y buena fe; a diferencia de cuanto ocurre en el segundo supuesto, en el que lo que se produce es la calificación por parte de un sector económico de lo que debe ser calificado como ilícitos desleales en el mercado”.

empresa no asociada, que el contenido de los códigos de conducta solo vincula a aquellas partes que, voluntariamente, hayan decidido someterse a los mismos³⁶⁶.

Ahora bien esta sentencia, dada las peculiaridades del caso en que aparece dictada, no puede tomarse como representativa de la doctrina jurisprudencial española al respecto de la eficacia *ad extra* de los códigos de conducta. En este sentido, la anterior resolución se dicta ante un supuesto en el que se discutía el sometimiento o no a arbitraje de una empresa, atendiendo a que la cláusula de sometimiento a arbitraje formaba parte de un código de conducta que no había sido asumido por la misma.

En este contexto el Tribunal falla, acertadamente y en garantía de la libertad individual de la demandante, el no-

³⁶⁶ Así por ejemplo, la SAP de Madrid, (Sección Decimo-Primera), núm. 400/2004, de 24 de mayo de 2004, JUR 2004\227317, F. D. 3º: “Estos hechos relacionados necesariamente con la previsión estatutaria de la asociación, confirman que, como ya pusiera de manifiesto la sentencia de instancia, el cumplimiento y por ende el sometimiento a las resoluciones emanadas por la asociación a través del Jurado, como órgano decisorio de los referidos conflictos, vincula exclusivamente a los asociados –artículo 13 d)–, con fiel reflejo en el Código Publicitario-artículo 3 b), y en el propio artículo 28 del Reglamento del Jurado. El problema se suscita en cuanto a la posibilidad de emitir resoluciones que afecten a terceros no asociados, que no se hayan sometido a dicho procedimiento o incluso, como en este caso, se hayan opuesto expresamente al mismo, que, naturalmente, tiene que rechazarse de plano por esta Sala... Pues bien, siendo incardinable la materia objeto de controversia, esto es, la autorregulación publicitaria, dentro del ámbito de disponibilidad a que se refiere el artículo 1º de la anterior Ley, constituye elemento esencial para que pueda vincularse a cualquiera, respecto de la resolución que puedan dictar los árbitros –en este caso Jurado, de acuerdo con sus estatutos–, que se hayan sometido previamente a dicho régimen jurídico de forma libre, voluntaria y por escrito –artículos 5 y 6 de la Ley de Arbitraje–, mediante la integración en dicha asociación y aceptación de sus estatutos, o bien, que, tratándose de tercero ajeno a la misma, hubiera consentido en la misma forma sujetarse a dicho mecanismo resolutorio del conflicto. Es del todo improcedente las alegaciones de la demandada en el sentido de que ese Jurado de la asociación pueda resolver frente a un tercero dicho conflicto si no consta su conformidad previa”.

sometimiento a arbitraje de la misma por no haber prestado su consentimiento de forma expresa a dicha sumisión, en este caso, al no haber asumido el código de conducta en cuyo interior se encontraba la cláusula de sometimiento a arbitraje. Ahora bien, este punto no puede prejuzgar, como realiza el tribunal, la cuestión de la eficacia ad extra del resto de disposiciones del código de conducta.

En este sentido, recuérdese como previamente se ha señalado la posibilidad de que, como consecuencia de su amplia aplicación en un sector de actividad y su consolidación a lo largo del tiempo, un Código de Conducta acabe siendo percibido como un uso o costumbre del sector, de forma que habría que preguntarse respecto del caso controvertido si, a pesar de ser claro el no sometimiento al arbitraje, la empresa podría haber realizado prácticas que fueran entendidas como contrarias a dichos estándares de conducta, a pesar de que su represión no pudiera sustanciarse por la vía arbitral³⁶⁷.

De acuerdo con este estado de las cosas y respecto a la aplicación del modelo de códigos de conducta de ámbito contractual en la organización y *governance* de las redes

³⁶⁷ De nuevo al respecto MARTÍ MIRAVALLS, J., “Los códigos de conducta en las redes de franquicia”, ob.cit. pág. 953: “No parece, en este sentido, que debiera sorprender el reconocer que un juez pudiese aplicar estándares de conducta recogidos en códigos del primer tipo (códigos de conducta que regulan lo que se debe hacer) a operadores económicos que no han manifestado el sometimiento al mismo, cuando esté resolviendo o interpretando un determinado comportamiento previsto en el código, porque simplemente se tratará de conductas que otros actores del mismo sector han calificado y aceptado como “conductas desleales”. Sería una especie de códigos a favor del mercado que indican qué hay que hacer. Podría entenderse que éstos, en cierta medida, complementan el ordenamiento jurídico y, por tanto, podría aplicárseles a cualquier operador del sector en tanto realiza conductas en ese mercado”.

Con carácter general acerca de la eficacia ad extra de los códigos de conducta Vid. supra, nota 342.

empresariales, debe destacarse que, en primer lugar, el carácter contractual de estos códigos se adapta correctamente a la naturaleza independiente de los empresarios que conforman la red.

Desde la perspectiva de *governance* de la red, el mayor problema radicaría en garantizar que todos los miembros de la red se encuentren sometidos al mismo código de conducta. En el caso de las redes hegemónicas, este objetivo puede lograrse recurriendo a la simple inclusión de los códigos de conducta en los contratos celebrados entre las partes, en cuyo caso, y atendiendo al contenido del código, encontraríamos estipulaciones que sólo vinculan a cada uno de los miembros de la red con el hegemónico de modo bilateral y repetido para todos los miembros, y otras que, en su caso tomarían en consideración las relaciones de los miembros de la red entre sí. Tan solo en este segundo caso podría hablarse de un auténtico código de conducta con eficacia entre todos los miembros de la red.

En el ámbito de las redes paritarias, la ausencia de un miembro en posición hegemónica como nodo principal de construcción de la red, y, por el contrario, la posición en el mismo plano horizontal de todos sus miembros, configura un panorama similar al de elaboración y adopción de un código de conducta sectorial: la consagración de dicho código como “código de red”, se producirá por la asunción individual y voluntaria del mismo por cada una de las empresas que conforman la red, previendo ya en su contenido dicho código, disposiciones que regulen el comportamiento de cada una de las empresas para con las demás miembros de la red.

El otro problema principal radicaría en el quién, el cómo, el cuándo y el porqué de la elaboración y contenido del código de conducta. La respuesta a estas cuestiones puede ser percibida como más sencilla en el caso de las redes hegemónicas: el

cabeza de red es el que redacta el código y los nuevos miembros se adhieren a él. En el caso de las redes paritarias, el consenso entre los miembros resulta imprescindible a este efecto.

Aparte quedará toda la problemática relacionada con el propio contenido del código: su adecuación a las particularidades de la red, a las necesidades de sus miembros, la presencia o no de sistemas alternativos de resolución de conflictos para velar por su cumplimiento, etc.

II.4 Instrumentos de organización económica de carácter contractual.

Los instrumentos de organización económica de origen contractual aparecen insertos en el marco de relaciones negociales duraderas entre las partes, en las cuales, la integración entre los ciclos de producción/suministro de los contratantes obliga a establecer mecanismos que permitan articular de forma satisfactoria la actuación empresarial individual y conjunta³⁶⁸.

De esta forma, los instrumentos de organización económica de origen contractual suelen aparecer ligados a negocios que, por las características que presentan, pueden ser considerados como contratos de red³⁶⁹: así sucede, por ejemplo, en el caso de

³⁶⁸Vid. CAFAGGI. F., “Redes contractuales y Small Business Act”..., ob.cit., nota 153 capítulo 1º.

³⁶⁹ Sobre el carácter reticular de estos contratos, Vid. CAFAGGI. F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, pág. 32: “Existen redes de contratos bilaterales en la cadena de suministro. Cuando un producto es el resultado de múltiples componentes cuya producción se controla por un ensamblador final, los contratos individuales a menudo están vinculados en forma de red. En la distribución, la red de contratos bilaterales puede referirse a la relación entre los proveedores designados por el franquiciador y los franquiciados. Aquí el vínculo se encuentra entre el contrato de franquicia y los contratos de venta entre los proveedores designados por el franquiciador y cada franquiciado. En otras áreas, como la construcción, hay un contrato principal entre el promotor/propietario y el constructor y luego varios contratos

contratos en el sector de la fabricación de productos complejos, suministro, distribución, en el ámbito tecnológico o en el sector de la construcción³⁷⁰.

bilaterales entre éste último y los subcontratistas relacionados con la ejecución del proyecto común”.

Vid. también TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, ob.cit., págs. 67-68: “La constitución dual de contrato y asociación en la construcción de la realidad jurídica la determina de esta forma que, para que se establezca una interconexión jurídica substantiva entre los contratos individuales, los simples deberes rendimiento/cumplimiento deben contener una "referencia/alusión/remisión" complementaria a la naturaleza asociativa... Para que existan los contratos conexos legalmente reconocidos, deben estar presentes las siguientes características además de las características habituales que constituyen un contrato bilateral:

- 1) Referencias/alusión/remisión mutuas en los contratos bilaterales entre sí, ya sea en promesas explícitas o en prácticas contractuales implícitas ("multidimensionalidad").
- 2) Una relación sólida con proyecto común de los contratos conexos ("objetivo de la red").
- 3) Una relación de cooperación estrecha y jurídicamente efectiva entre los miembros de la asociación ("unidad económica").

Esta constitución dual contractual y asociativa también es indispensable en el caso de nuestras redes empresariales”. (La traducción es nuestra).

³⁷⁰ En concreto sobre las redes de franquicia CAFAGGI. F., “Redes contractuales y Small Business Act”..., ob.cit, pág. 33 que: “Las redes de franquicia difieren significativamente de los contratos de larga duración porque el nivel y la calidad de la interdependencia es mayor, requiriendo habitualmente de un sistema de gobierno. Esto implica que se necesiten diferentes normas para las obligaciones de cooperación, la invalidez, los recursos para el incumplimiento, la terminación y la disolución”.

Un estudio en profundidad del contrato de franquicia desde la perspectiva del mismo como contrato de red y su papel como instrumento para la internacionalización de las empresas puede verse en los trabajos de GARCÍA GUTIÉRREZ, L., “Los contratos de franquicia internacional”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 275, 2010, págs. 249-281; GOBBATO, M., “Franchising e innovazione: spunti dalla nuova disciplina dell'affiliazione commerciale”, *Corporate Governance, networks ed innovazione*, CAFAGGI, F., dir., Padova, CEDAM, 2005, págs. 161 – 214.

Entre los instrumentos utilizados para estructurar el gobierno de estas relaciones económicas destacan: los deberes mutuos de control de la actividad, el recurso a condiciones cuando la ejecución del contrato es simultánea o secuencial, cláusulas de exclusividad y de no competencia, cláusulas de exención de responsabilidad, e indemnizaciones y especificaciones en el régimen de terminación de los contratos y disolución de la red³⁷¹.

A) Deberes mutuos de control de la actividad.

La constitución de una red empresarial supone el posicionamiento de sus miembros en diferentes niveles organizativos, así ocurre por ejemplo en el sector de la distribución, en el que la cadena distributiva está constituida por un conjunto de empresarios ordenados en hilera en la que el ámbito de actuación de cada uno de ellos es más reducido que el del empresario que ocupa la posición precedente, o en el sector de la construcción, entre las distintas posiciones ocupadas por licitador, contratista y subcontratista.

Tal y como se ha señalado anteriormente, la interdependencia económica de los miembros de la red produce como resultado que, el rendimiento económico de cada uno de los miembros dependa, y a la vez condicione, el de los demás. De acuerdo con este principio, todos los miembros comparten un interés – interés compartido – en el buen funcionamiento de la red en su conjunto, interés cuya salvaguarda les corresponde en el ámbito

Para un estudio de una modalidad de contrato de franquicia que presenta por naturaleza una mayor estructura organizativa y de gobierno como es el contrato de master franquicia Vid., MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit.

³⁷¹ La enumeración y breve explicación del contenido de todos estos instrumentos aparece en el trabajo de CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, págs. 38-45, el cual tomamos como base para el desarrollo de los siguientes subapartados.

de la actividad y organización que les es propio dentro de la red³⁷².

Esta salvaguarda del interés compartido determina que, en ocasiones, y especialmente en el marco de las redes hegemónicas o de carácter vertical, se establezca como parte del contenido de los contratos que ligan a las partes, obligaciones de tutela y supervisión por parte del miembro que se encuentra en un nivel superior de la cadena, sobre la acción del miembro que se sitúa en un nivel inferior de la misma. Como consecuencia de la disposición en hilera de los empresarios se produce un efecto cascada tanto en el ámbito de las obligaciones de supervisión como de las responsabilidades: “A” supervisa la acción de “B”, y “B” a su vez la de “C”, de forma que “A”, supervisando solo a su parte contractual, esto es “B”, está supervisando en realidad a “B” y “C”.

Ejemplos de estos deberes de supervisión pueden verse en el ámbito de la distribución, en el contrato de comisión³⁷³,

³⁷² Esta idea del diálogo de intereses es apuntada por RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 115 -116; Id., “Business networks as...”, ob.cit., pág. 2904. Id., “Del contrato bilateral a la relación de red”, ob.cit., pág. 11.

³⁷³ Sobre el concepto de instrucciones en la comisión, GARRIDO, J.M, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, 1995, págs. 64-69, calificando el autor, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica a las instrucciones como: “actos unilaterales de eficacia declarativa, cuya función es la de especificar el contenido de una obligación asumida por la contraparte. Son pues, actos de especificación o determinación”. A continuación el autor dedica las págs. 69-75 al estudio de las características del poder de emitir instrucciones, señalando que las mismas están sujetas a dos límites: “El límite más importante del poder de emitir instrucciones lo constituye el contenido contractual. Difícilmente puede aceptarse que el comitente tuviera la posibilidad de obligar al comisionista, por medio del uso del poder de emitir instrucciones, a hacer algo distinto de aquello para lo que el comisionista prestó su consentimiento...Además, existe un segundo límite que viene dado por la naturaleza y función del poder de dar instrucciones, que no es otra sino la de especificar el contenido de un acto que se ha de realizar en interés del comitente. Pues bien, habrá que reputar contrario a

agencia³⁷⁴, concesión³⁷⁵ y de franquicia³⁷⁶, incluida su modalidad de master franquicia³⁷⁷ o en el caso de la contratación pública³⁷⁸.

derecho el abuso del ejercicio del poder de emitir instrucciones. No es admisible que el mandante emita un número tal de instrucciones, y de tal precisión y detalle, que la independencia y discrecionalidad del comisionista queden totalmente anuladas”.

³⁷⁴ Sobre el fundamento de estas obligaciones en sede de contrato de agencia QUINTANÁS EIRAS, M^a DEL R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, Civitas, 2001, pág. 368: “Este precepto de la Ley del Contrato de Agencia contiene una pauta de conducta que parece de todo punto razonable a tenor de la naturaleza de contrato de gestión de intereses ajenos que posee la agencia, que hace pensar en la sujeción a instrucciones como un deber esencial del agente. En efecto, es lógico que el agente, en su actuación haya de someterse a un cierto poder directivo del principal, el cual tiene una de sus manifestaciones principales en el cumplimiento de su obligación contractual de acuerdo con las instrucciones impartidas por su principal. Las instrucciones se convierten así en el medio por el que el principal especifica y determina el contenido de la obligación que asume la contraparte en el contrato de agencia”. Al contenido de esta obligación dedica la autora las págs. 367 a 400.

En general sobre el sometimiento del agente a las instrucciones del principal, PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art.9”, *Comentario a la ley sobre el contrato de agencia*, MARTÍNEZ SANZ, F., MONTEAGUDO, M., PALAU RAMÍREZ, F., Civitas, 2000, págs. 193-197; GADEA SOLER, E., SACRISTÁN BERGIA, F., *El contrato de agencia, la ley 12/1992 en la jurisprudencia*, La Ley, 2010, págs. 30-31; MOXICA ROMÁN, J., *La Ley del contrato de Agencia*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs.101-102; MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia mercantil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, págs. 132-133; LLOBREGAT HURTADO, M^a.L., *El contrato de agencia mercantil*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 136-151.

³⁷⁵ MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato Mercantil de Concesión*, ob.cit, pág. 200: “Las facultades de control y supervisión del concedente se presentan como una consecuencia lógica de las pretensiones que justifican el recurso a la distribución integrada. El recurso a estos sistemas de distribución conlleva la constitución de unos vínculos de dependencia económica entre el fabricante y sus distribuidores que desembocan en la creación y aprovechamiento de unas sinergias mediante la constitución de una organización, por simple que sea, cuyo adecuado comportamiento, a través de la dirección y coordinación del sistema por parte del concedente, redundan en beneficio de todos sus integrantes. Del mismo modo, la actuación al margen de las orientaciones de comercialización del fabricante pueden, en su caso, llegar a ocasionar un

perjuicio a los empresarios involucrados en la comercialización del producto. Es por ello que ha de entenderse que esta facultad del concedente de supervisar y controlar la actuación de los distribuidores se convierta en una verdadera obligación, resultado exigible en atención a lo que debe ser el cumplimiento de las obligaciones que sobre él pesan de dirección de la política comercial de la red”.

³⁷⁶En el caso español, la obligación del franquiciador de prestar asistencia técnica al franquiciador y su facultad de supervisión sobre la acción de ésta vienen positivizadas en el art. 2.1 b) RD 201/2010, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

A nivel doctrinal, acerca del reconocimiento y fundamento de esta facultad, entre otros, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*. McGrawHill, Madrid, 1995, pág. 378: “La franquicia establece per se el deber del franquiciado de atenerse a las instrucciones comerciales del líder de la red en una ejecución contractual de buena fe...el derecho de inspección es connatural al propio contrato, independientemente de su estipulación expresa, pues junto con el deber de realizar liquidaciones de los derechos de franquicia, siempre cabrá deducirlo de la obligación de uso de la marca, signos distintivos y know-how, o sobreentenderlo en los controles de calidad propios de los derechos de propiedad industrial. Aun sin realizar conexión alguna con deberes ya establecidos, la necesaria homogeneidad del plan de marketing en la red sólo ha de ser posible mediante el contraste efectivo de la actividad con el conjunto del sistema y ello exige tal supervisión”.

En el mismo sentido, RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 214-219; HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 279-280; GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991, págs. 49-52; FRIGNANI, A., *Il franchising*, utet, Torino, 1990, págs. 102-122.

³⁷⁷ En sede de contrato de master franquicia, MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit., pág. 92: “El master es el empresario que adquiere el derecho de explotar el modelo de empresa diseñado por el franquiciador con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados. Por una parte, emerge como legítimo usuario de un modelo de empresa ajeno en el territorio delimitado contractualmente, ocupando la entera posición jurídica del franquiciador, sin que ello implique la completa desaparición de éste del ámbito jurídico de la relación master-franquiciados. Por otra parte, se obliga a concluir acuerdos de franquicia con terceros, asumiendo la posición de franquiciador y, por tanto, comprometiéndose, tanto con los franquiciados como con el franquiciador, a

En el caso de las redes paritarias, estos deberes de control, de acuerdo con la posición sostenida por el Prof. Cafaggi, se articulan en torno a la doctrina del “tercero beneficiario”³⁷⁹, la

la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el correcto cumplimiento de todas las obligaciones inherentes a esa figura en el seno de una relación de franquicia, no sólo respecto a su contraparte, si no, también, respecto al sistema legal imperante en el territorio contractual”.

³⁷⁸ En el caso español, la asunción de la responsabilidad de la subcontrata por parte del contratista viene a reproducir la cadena de deberes antes descrita: La administración licitadora se ocupará de verificar que el contrato se ejecuta de acuerdo con lo establecido en los pliegos por el contratista, y éste a su vez, se asegurará que las partes del contrato asignadas a los subcontratistas sean ejecutadas de modo conforme a los pliegos.

Se percibe así en la cadena de subcontratos, la idea de unidad económica de la operación, si bien, la ley excluye explícitamente cualquier tipo de responsabilidad o acción directa del subcontratista frente al licitador, de forma que el primero no podrá reclamar frente a la Administración un incumplimiento por parte del contratista con el que ha contratado que traiga su causa, en realidad, de un incumplimiento de la Administración con aquel:

Art. 227.4 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP): “Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal....8. 8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos”.

³⁷⁹ Esta figura es señalada por CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, págs.38 – 39: “Estos contratos (contratos de obra o suministro) contienen cláusulas que establecen deberes de coordinar varias ejecuciones y un deber de coordinar ajustes mutuos en caso de demora o de no ejecución por una parte que pueda afectar a los otros contratos. El deber surge de un contrato en beneficio de todos los miembros de la red. Cuando la doctrina del tercero beneficiario es aplicable, cada contratante es considerado

cual supone el establecimiento en los contratos entre los miembros de la red, de deberes de conducta adicionales tendentes a garantizar el buen resultado de la operación, no solo en salvaguarda del interés de las partes contratantes en el negocio jurídico concreto, si no también, en beneficio del interés de los demás miembros en el correcto funcionamiento de la red en su conjunto.

Se trata, en definitiva, en las redes paritarias y hegemónicas, de unas previsiones contractuales que atestiguan la conciencia de las partes acerca de la interdependencia económica existente entre ellas y de la “eficacia refleja de su contrato en relación con terceros”³⁸⁰, de forma que su inclusión es expresión de la voluntad de las mismas de tratar de ordenar las repercusiones que su relación comercial tiene sobre terceros³⁸¹. En ningún caso suponen una atribución de un derecho directo a un tercero sobre

como un tercero beneficiario de los deberes de coordinación de las otras partes”.

³⁸⁰Vid. nota 186 Capítulo Primero.

³⁸¹ En sede de contrato de franquicia, los efectos de los contratos singulares sobre terceros son analizados por ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., pág. 383, con ocasión del estudio de la existencia, en la red de franquicia, de un control interempresarial entre franquiciados: “La igualdad de las posiciones jurídicas de los franquiciados, y la conexión jurídica y económica que se deriva de la repetición del modelo de contrato y explotación conjunta de la clientela puede ocasionar que contratos individuales repercutan en un “segundo grado” en la órbita ajena, en virtud de la conexión fáctica existente entre las diversas relaciones jurídicas...Considero por ello, que pese a que los franquiciados no se encuentren entre sí directamente dentro del alcance obligacional de sus propios negocios, nos encontramos ante realidades jurídicas que no se pueden desconocer y que permiten la invocabilidad del negocio frente a “terceros” conectados por la realidad económica del negocio común...Igualmente, parece posible la oponibilidad material o sustancial del contrato singular a otros franquiciados, con el fin de exigir a franquiciados terceros el respeto a la existencia y consecuencias jurídicas de la operación propia, oponiéndose a la realización de operaciones contradictorias o perjudiciales con el propio derecho”.

el resultado del contrato, lo que distingue claramente a estas estipulaciones de los llamados contratos en favor de terceros³⁸².

Desde la perspectiva de la *governance* de las redes empresariales, estas cláusulas constituyen un ejemplo de una forma de instrumentación jurídica de la facultad de organización, dirección y supervisión que, en el caso de las redes hegemónicas o verticales, ostenta el cabeza de red.

Ahora bien, es necesario un estudio detallado de la delimitación del contenido de dicha facultad en las redes hegemónicas, distinguiendo por un lado entre aquellas atribuciones que son indispensables para el control de la red en aras a garantizar su buen funcionamiento, y, por otro lado, de aquellas otras atribuciones que, por no ser necesarias, constituyen extralimitaciones por parte del cabeza de red en el ejercicio de su poder director, perjudicando la autonomía de los miembros de la misma y pudiendo atentar contra el interés compartido de red, al subordinar éste al interés individual del cabeza de red. Todas estas cuestiones se abordarán con mayor profundidad en los capítulos cuarto y quinto de este trabajo.

B) Uso de condiciones en la ejecución del contrato.

Este supuesto refiere a los casos en los que la interdependencia entre las prestaciones empresariales de los

³⁸² DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 532: “En un sentido estricto, y desde un punto de vista técnico, contratos en favor de terceros son únicamente aquellos que las partes celebran para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a un tercero que, sin embargo, no ha tenido participación ni directa ni indirecta en la celebración del negocio y que no queda, por consiguiente, obligado ni vinculado por él.

De la definición anterior deriva el que dentro de la rúbrica técnica de contratos en favor de terceros no pueden incluirse aquellos contratos – o aquellas estipulaciones que se insertan dentro de un contrato – que se celebran o se consignan en “interés de un tercero”, pero sin atribuir a este último de manera directa un derecho subjetivo para exigir el cumplimiento de la promesa”.

miembros de la red queda explicitada jurídicamente a través del establecimiento de condiciones de vinculación entre los contratos celebrados entre sí.

De esta forma, mediante el empleo de condiciones suspensivas o resolutorias en el clausulado contractual³⁸³ se crea una vinculación entre los resultados de dos negocios jurídicos independientes, aunque económicamente interdependientes: “A” cumplirá y entregará a “B” si “B” cumple con “C”. “B”, sin embargo, cumplirá con la condición de que “C” cumpla con “D” y así sucesivamente³⁸⁴.

El uso de estas condiciones responde, por tanto, a un intento de tipificar contractualmente la “eficacia refleja del contrato en relación con terceros” antes comentada³⁸⁵, juridificando dicha eficacia mediante el empleo de condiciones contractuales.

Sin embargo, la configuración de dichas condiciones contractuales no se ajusta a la realidad comercial existente entre las partes y marcada por la interdependencia entre las prestaciones empresariales de las mismas, puesto que, en realidad, el cumplimiento de la condición no depende en exclusiva de la acción de una de las partes o de un agente

³⁸³Según, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II, ob.cit., pág. 404 “En términos generales, las condiciones se llaman suspensivas cuando se ponen con el intento de suspender la eficacia de la obligación y suspender la adquisición de los derechos. Por el contrario, las condiciones son resolutorias cuando se establecen con el intento de determinar la pérdida de los derechos adquiridos, la extinción de los mismos y la restitución de los efectos producidos y de las prestaciones ejecutadas”.

³⁸⁴ El ejemplo está tomado de CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, pág. 41, añadiendo el autor que: “Mediante el uso condiciones, las partes pueden vincular la ejecución en el sentido descendente en la cadena de suministro con el ascendente en contratos secuenciales”.

³⁸⁵ Vid. Capítulo Primero nota 186.

externo, si no de la interacción entre ambas o incluso más partes, en un contexto de colaboración multilateral³⁸⁶.

En este sentido y siguiendo el ejemplo anterior: “A” (deudor de la obligación) cumplirá y entregará a “B” si “B” cumple con “C”. En este ejemplo la condición, es decir, el cumplimiento de “B” con “C”, aparentemente es algo que atañe solo a “B”, sin embargo, en el contexto de la red empresarial, el cumplimiento de “B” puede estar a su vez condicionado por otro comportamiento de “A”, pues recordemos que la interdependencia es doble: la prestación empresarial se ve condicionada por el comportamiento de los demás miembros – el caso del ejemplo –, pero a la vez la prestación empresarial condiciona la de los demás miembros, en nuestro ejemplo “A” podría condicionar el cumplimiento de “B” con “C”, por una acción anterior o relacionada con la que ahora constituye el objeto de la prestación.

Por ejemplo en el caso de una red de producción/exportación de aceite de oliva en el contexto de una IGP, el empresario encargado de la elaboración del producto (A), entregará las botellas de aceite con las características de calidad acordadas al empresario encargado de la comercialización (B), siempre y

³⁸⁶ Refiriéndose a contratos multilaterales CAFAGGI. F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, pág. 50: “Las obligaciones de las partes redes de contratos multilaterales son mutuamente dependientes y no fácilmente separables. No se trata sólo de que la obligación de cada parte sea dependiente de las otras, sino que la sustitución es dificultosa y costosa. Por ejemplo, en un contrato entre tres partes, las obligaciones de A y B pueden ser mutuamente dependientes de las obligaciones de C. En un contrato de construcción multilateral, las prestaciones del contratista y del subcontratista son todas dependientes de la del arquitecto que diseña la edificación. Si el arquitecto incumple y no entrega el proyecto, las prestaciones del contratista y del subcontratista no podrán cumplirse. Como se mencionó anteriormente, el diseño del arquitecto también depende de las prestaciones del contratista y del subcontratista. La producción del diseño ha pasado de ser un puro contrato de prestación de servicios, a convertirse en una tarea compartida coordinada por el arquitecto”.

cuando éste le haya indicado y supervisado al productor (C) los caracteres que la materia prima (aceitunas) debe reunir para el mercado en que se espera comercializar. Ahora bien, en este caso el éxito y eficacia en la elaboración del producto por (A), puede condicionar la cantidad, variedad y caracteres de la materia prima solicitada por (B) a (C).

Como consecuencia, no tiene sentido establecer en el contrato una condición suspensiva del cumplimiento de la obligación en la que el deudor de la misma, “A”, tenga a su vez una influencia que puede llegar a ser determinante en el cumplimiento de dicha condición y, por tanto, en la purificación de la obligación sometida a condición. Es decir, y siguiendo con nuestro ejemplo, no parece lógico pactar que el empresario encargado de la elaboración del aceite de oliva no esté obligado a entregar el producto al empresario encargado de la comercialización, hasta que éste no haya indicado y supervisado al productor en su tarea cuando, el parámetro para dichas funciones es el propio producto elaborado, el aceite, suministrado por el empresario encargado de la elaboración.

De hecho, este escenario nos llevaría a plantearnos el problema de si, en este caso, se estaría conculcando el principio general de equidad entre los contratantes (art. 1256 CC), pues si el deudor de la obligación sometida a condición suspensiva tiene *de facto* un poder determinante sobre el cumplimiento de dicha condición, en realidad, lo que tiene es un poder determinante sobre la exigibilidad de la obligación que constituye la prestación del contrato y, por ende de éste en su conjunto.

Es cierto que el ordenamiento jurídico prevé la figura del llamado “cumplimiento ficticio de la obligación” para el caso en que el obligado bajo condición suspensiva impidiese

voluntariamente el cumplimiento de dicha condición³⁸⁷. Sin embargo, este remedio no es tampoco válido para el caso de las redes empresariales ya que, y siguiendo nuestro ejemplo, la obligación de “A” requiere materialmente el cumplimiento por parte de “B” para poder realizarse, de forma que el cumplimiento ficticio de “B” no posibilita el cumplimiento de “A”, pues la prestación de “A” requiere para poder ser efectiva, como consecuencia de la interdependencia entre prestaciones, de un cumplimiento real por parte de “B”.

En resumen, el uso de este tipo de condiciones como vía para instrumentar contractualmente la interdependencia económica existente entre los miembros de la red, no es adecuado, pues por un lado confunde la “eficacia refleja del contrato en relación con terceros” con un hecho generador de una condición contractual suspensiva o resolutoria y, por otro lado, el régimen jurídico de este tipo de condiciones no se ajusta a la dinámica de interdependencia de prestaciones propia de la red empresarial, en cuanto que las condiciones de cumplimiento o saneamiento de las mismas están pensadas para un escenario negocial bilateral y no multilateral³⁸⁸.

³⁸⁷ Con referencia a la posición del deudor de la obligación sometida a condición suspensiva durante el período de pendencia de la misma, señala DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II, ob.cit., pág. 413 que: “... el deudor soporta, incluso durante la fase de pendencia de la condición, un deber de conservación de la prestación y, al mismo tiempo, un deber de evitación de los posibles eventos que puedan impedirle o hacerla imposible... Por otra parte, el deudor soporta también el deber de no incidir con su comportamiento sobre el cumplimiento de la condición, así como el de no obstaculizarlo. El art. 1119CC dice que la condición se tiene por cumplida si el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento”.

³⁸⁸ A este respecto, destaca la diferenciación que elabora TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, ob.cit., pág. 81 entre conectividad condicional y conectividad funcional: “En la conectividad condicional, la suspensión de obligaciones en un contrato tiene su contrapartida “automática” en la supresión de la obligación en otro. En el caso de la conectividad funcional, implica un derecho a rescindir el otro contrato, lo que deja las

C) Cláusulas de exclusividad y pactos de no competencia.

La incorporación en el clausulado de los contratos entre los miembros de la red de cláusulas de exclusividad, así como los pactos de no competencia, cumplen una función delimitadora de los límites de la red respecto a terceros en el mercado³⁸⁹. En este sentido, mediante la inclusión de dichos acuerdos, se persigue salvaguardar, frente a comportamientos oportunistas por parte de miembros de la red, el *know-how* y el conocimiento industrial compartidos propios de la misma³⁹⁰.

opciones abiertas para terceros, pero, que al mismo tiempo, permite a los contratos evolucionar funcionalmente”. (La traducción es nuestra).

³⁸⁹ Esta idea es expresada por CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, pág. 42: “Cuando las partes están vinculadas mediante cláusulas de exclusividad mutuas, aunque los contratos sean formalmente independientes, el resultado final es que cada parte se compromete a ejecutar dicha tarea solo dentro de la red. Las cláusulas de exclusividad coordinadas dentro de los contratos bilaterales definen los límites de la red y la protegen de la intervención de terceros. Estas cláusulas crean una interdependencia mutua y, si se aplican a más de un contrato, una interdependencia multilateral”.

Sin embargo, a menudo la cláusula de exclusividad solo se puede hacer cumplir por la parte contractual, aunque su violación afecte a las prestaciones de otras partes. Para hacer las cláusulas contractuales exigibles por terceros dentro de la red, dadas las limitaciones del principio de relatividad contractual, las partes deberán disponer cláusulas de terceros beneficiarios. De esta forma, el compromiso de A de ejecutar solo para B puede ser exigido también por C, D y otras partes”.

³⁹⁰ Acerca de la licitud de la inclusión de cláusulas limitativas de la transmisión del *know-how*, RUIZ PERIS, J.I., *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 66-69, comentando el contenido de la sentencia Pronuptia, (C- 161/84), analiza la no contrariedad con el Derecho comunitario de las obligaciones impuestas al franquiciado de no competencia (exclusividad) y no restablecimiento (cláusulas de prohibición de competencia post-contractual), así como la de no transmitir su establecimiento sin el acuerdo previo del franquiciador, “con la finalidad, según el Tribunal, de evitar el aprovechamiento por parte de un competidor del *know-how* transmitido y la asistencia prestada al franquiciado”.

Una actualización de estos planteamientos puede encontrarse en RUIZ PERIS, J.I., “Una nueva orientación del tratamiento antitrust de la coordinación empresarial en las redes de distribución”, *Crisis económica y política de la competencia (III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia)*, TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA, coord., Tirant lo Blanch, 2009, págs. 93-104, en especial y analizando la aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias al ejercicio del poder de dirección de la red, págs. 99- 104, concluyendo que: “si el ejercicio del poder de dirección en el seno de la red – vía contractual o extracontractual - no tiene efectos *interbrand* relevantes, en particular de carácter exclusionario o de reparto de mercado de carácter grave, nada impide, a nuestro juicio, la aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias a todas las redes de distribución en cuanto a las restricciones derivadas del ejercicio del poder de dirección en su seno que tengan como finalidad la organización eficiente de la red”, por ejemplo imponer cláusulas de exclusiva.

Para una visión general sobre el contrato de franquicia y la aplicación al mismo de la doctrina de las restricciones accesorias Vid. MARTÍ MIRAVALLS, J., “El contrato de franquicia y sus relaciones con el derecho antitrust comunitario: acuerdos verticales”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 2007, pág. 63: “De este modo, en tanto que el objeto principal de un acuerdo de franquicia no restringe la competencia tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 a las restricciones necesarias para el «buen funcionamiento» del mismo, tales como las obligaciones destinadas a proteger la uniformidad y la reputación del sistema de franquicias o el *know-how* del franquiciador. Las Directrices 2000 elaboradas por la Comisión proporcionan una guía útil respecto a la interpretación del carácter accesorio, necesario y proporcionado de las cláusulas restrictivas de la competencia en el contrato de franquicia. Las Directrices parten de que los contratos de franquicia constan de licencias de derechos de propiedad intelectual -en adelante DPI- relativas a marcas o signos registrados y «conocimientos técnicos» - «*know-how*» en la versión inglesa, «*savoir faire*» en la francesa- para el uso y la distribución de bienes o la prestación de servicios, las cuales ayudan al franquiciado a revender los productos suministrados por el franquiciador o un proveedor designado por éste o a utilizar estos productos y vender los bienes o servicios resultantes. Dada la importancia de los DPI en el seno de los acuerdos de franquicia, las Directrices 2000 reconocen la licitud concurrencial de una serie de obligaciones, relacionadas con los DPI, por ser accesorias al contrato de franquicia así como necesarias y proporcionadas para su correcta ejecución, las cuales en otro marco podrían reputarse anticoncurrenciales. Se trata de las cláusulas de no ejercer actividad comercial similar, las cláusulas de confidencialidad, las cláusulas de retorno, las cláusulas de tutela de los DPI, las cláusulas de restricciones de uso y las cláusulas de cesión”.

Para un estudio general y de carácter comparativo sobre el régimen de las cláusulas de exclusiva en los contratos de distribución, ORTIZ BAQUERO, I.S.,

Los anteriores planteamientos generales pueden ser válidos para el caso de redes de suministro, distribución o incluso de contratistas, en definitiva, redes de carácter hegemónico³⁹¹. Sin

“La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y, en particular, la valoración de las cláusulas de exclusividad en los regímenes de libre competencia europeo, español y colombiano”, *Revista e-Mercatoria*, vol. 6, núm.1, 2007; GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Distribución comercial y Derecho de la Competencia (pasado, presente y futuro de la exención por categorías en los acuerdos verticales, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm.6, págs. 37 – 76.

³⁹¹ A efectos meramente ilustrativos, acerca de la presencia de este tipo de pactos en el sector de la distribución Vid., con carácter general, RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., “Aspectos generales del contrato de distribución y de distribución en exclusiva”, *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, FERNÁNDEZ SEIJO, J.Mª., dir., Cuadernos de Derecho Judicial, 2007, págs. 123-160.

De forma más detallada acerca del fundamento de la utilización de este tipo de cláusulas en el contrato de concesión, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato Mercantil de Concesión*, ob.cit, págs. 252-256; en sede de contrato de agencia destaca especialmente, QUINTANÁS EIRAS, Mª DEL R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, ob.cit., págs. 300-340, afirmando la autora que en este tipo de contratos, pág. 300: Esta pauta de conducta tiene su fundamento en la propia naturaleza de la agencia como contrato de confianza y de gestión de intereses ajenos. La especial índole de la actividad que realiza el agente requiere, lógicamente, que en su desempeño, además de lealtad y buena fe, se le exija también una actuación favorable a los intereses del principal, lo que lógicamente determina una intervención parcial e interesada por parte del agente”.

Un análisis de estas cuestiones en sede de contrato de franquicia puede hallarse en desde una perspectiva más general RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos...*,ob.cit., págs. 126-135.

A mayor abundamiento, MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit., págs. 449-454, en sede de análisis del pacto de no restablecimiento o de no competencia post-contractual (págs. 572-581), el autor analiza cuál es el interés legítimo del franquiciador por este pacto en sede de un contrato de master franquicia: “La necesidad de salvaguardar los conocimientos técnicos propios de la red y que han sido transmitidos al master en virtud del contrato...evitar que el master, aún sin violar su obligación de secreto, utilice los conocimientos y la preparación adquirida durante la relación de master franquicia para desarrollar una actividad concurrential competitiva”.

embargo, en las redes de carácter paritario típicas de otros sectores, como por ejemplo, la investigación y desarrollo, dichas cláusulas no solo carecen de sentido, sino que, en determinados supuestos, pueden venir prohibidas por la normativa de competencia³⁹².

De esta forma, si se toma en consideración la naturaleza del sustrato empresarial de este tipo de redes – empresas independientes que colaboran en el ámbito de investigación y desarrollo de su actividad, bajo un interés de red en lograr, primeramente nuevos desarrollos tecnológicos en sus procesos productivos para, en segundo lugar, obtener el máximo de información aprovechable para su propia empresa del proceso de investigación y desarrollo conjunto –, puede verse como los miembros de la red, frente a los intereses de la misma, mantienen un interés individual ajeno a la red y consistente en la explotación individual de los resultados derivados de la investigación y desarrollo, de forma que estos miembros mantienen su propia estrategia empresarial respecto el resto, llegando a poder ser incluso competidores de un mismo mercado.

Este hecho determina que el establecimiento de pactos de exclusividad en este tipo de redes no solo no resulte acorde con

Este enunciado es extrapolable, con carácter general, al ámbito de las redes empresariales, afirmando que, atendiendo al interés compartido en creación de valor y buen funcionamiento de la red, la salvaguarda del *know-how* y conocimientos industriales propios de la misma requiere de este tipo de pactos para evitar su aprovechamiento en una actividad concurrencial por un miembro que ha abandonado la red.

³⁹² Reglamento (UE) no 1217/2010 de la comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo.

la naturaleza de la organización empresarial sino que además puedan causar restricciones a la competencia³⁹³.

Tampoco tienen cabida los pactos de no competencia, pues en este tipo de redes, el objetivo no es crear un modelo de

³⁹³ Así el considerando 15 del Reglamento 1217/2010 señala que: “El presente Reglamento no debe eximir aquellos acuerdos que contengan restricciones que no sean indispensables para alcanzar los efectos positivos generados por un acuerdo de investigación y desarrollo. En principio, los acuerdos que contengan determinados tipos de restricciones graves de la competencia, como la limitación de la libertad de las partes para llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo en un ámbito que no guarde relación con el acuerdo, la fijación de los precios que se cobran a terceros, las limitaciones de la producción o las ventas y la limitación de las ventas pasivas de los productos o tecnologías considerados en el contrato en territorios o a clientes reservados a las demás partes, deben quedar excluidos de la exención establecida en el presente Reglamento, independientemente de la cuota de mercado de las partes. En este contexto, las restricciones relativas al ámbito de utilización no constituyen ni limitaciones de la producción o las ventas ni restricciones territoriales o de clientes”.

De forma explícita seña el art. 5 Reglamento que: “La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos de investigación y desarrollo que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan como objeto uno de los elementos siguientes:

d) restringir el territorio en el que las partes pueden vender pasivamente los productos considerados en el contrato o conceder licencias de las tecnologías consideradas en el contrato, con la excepción del requisito de conceder a otra una licencia exclusiva de los resultados;

e) prohibir o limitar la venta activa de los productos o de las tecnologías considerados en el contrato en territorios o a clientes que no hayan sido asignados en exclusiva a una de las partes en virtud de una especialización en el contexto de la explotación;

f) exigir a las partes que no satisfagan las demandas de clientes en los territorios respectivos de cada una de ellas, o de clientes repartidos entre las partes en función de una especialización en el contexto de la explotación, que pretendan comercializar los productos considerados en el contrato en otros territorios del mercado interior;

g) restringir la posibilidad de que los usuarios o revendedores compren los productos considerados en el contrato a otros revendedores en el mercado interior”.

empresa cuya explotación pudiera verse vulnerada si se permitiera a los miembros de la red el ejercicio de actividades económicas independientes, si no que en este caso, la razón que origina el nacimiento de la red es una concepción más instrumental de la misma: la colaboración inter-empresarial en un ámbito de actividad de la empresa con el interés compartido en alcanzar un determinado objetivo a través de la integración e interdependencia de las prestaciones y conocimientos empresariales, pero, para su posterior apropiación en atención al interés individual de cada miembro.

De acuerdo con lo anterior y tomando de nuevo en consideración la normativa en materia de competencia, los pactos de prohibición de competencia post-contractual en el ámbito de las redes multilaterales de investigación y desarrollo podrían de nuevo generar efectos anticompetitivos susceptibles de quedar prohibidos de acuerdo con el art. 101 TFUE³⁹⁴.

En definitiva, este tipo de cláusulas solo resultan verdaderamente operativas en el ámbito de las redes hegemónicas, en las que, de acuerdo con sus características intrínsecas, protegen a los miembros frente a conductas oportunistas tendentes a explotar de forma individual los conocimientos industriales específicos obtenidos como consecuencia de su pertenencia a la red.

³⁹⁴ En este sentido el y según el art. 5 Reglamento 1217/2010: “La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos de investigación y desarrollo que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan como objeto uno de los elementos siguientes:

a) restringir la libertad de las partes para realizar, independientemente o en cooperación con terceros, actividades de investigación y desarrollo en un campo no relacionado con aquel al que se refiere el acuerdo de investigación y desarrollo o, **tras la finalización de la investigación o el desarrollo en común o de la investigación y el desarrollo remunerados, en el campo al que este se refiere o en un campo relacionado con el mismo;**

De acuerdo con la anterior afirmación y desde una perspectiva de *governance* de las redes empresariales, estas cláusulas, actuando en defensa del interés compartido de la red frente a los intereses individuales de sus miembros, tipifican un conjunto de comportamientos que, de ser realizados por los miembros de la red, atentarían contra el interés de la misma en su conjunto, así como contra el interés del resto de empresarios que no los llevan a cabo. Estas cláusulas contribuyen por tanto a determinar la vertiente negativa de la autonomía individual de los empresarios en cuanto miembros de la red, fijando límites a la misma en atención a la salvaguarda del interés compartido.

D) Cláusulas de asignación de responsabilidad e indemnizaciones.

Como se ha señalado anteriormente, la interdependencia entre las prestaciones empresariales tiene un efecto positivo, a saber, la integración de los ciclos de producción de los miembros de la red y la plusvalía que ello genera en materia de eficiencia, ahorro de costes y contribución al desarrollo tecnológico. Sin embargo, la interdependencia presenta también una vertiente negativa: la dificultad de imputación de los efectos derivados del incumplimiento contractual a cada uno de uno de los miembros de la red.

El objetivo de las cláusulas de asignación de responsabilidad es precisamente la regulación de esta vertiente negativa de la interdependencia, es decir, la individualización del responsable frente a todos los afectados por el incumplimiento de la prestación o conducta debida³⁹⁵, a través del empleo de cláusulas contractuales.

³⁹⁵ Téngase en cuenta que, en este caso, el perjuicio y la responsabilidad a él aparejada pueden producirse tanto por el incumplimiento defectuoso de las prestaciones empresariales como por el incumplimiento de la cláusulas comentadas en los apartados A) y C), en especial, por las que contienen

Mediante el establecimiento de estas cláusulas, las partes persiguen salvar los inconvenientes procesales – en especial, legitimación para el ejercicio de acciones – que conlleva el ejercicio de pretensiones resarcitorias de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de un miembro de la red, estableciendo, a través de la autonomía de la voluntad, cauces alternativos de atribución y exención de responsabilidades³⁹⁶.

Se trata por tanto de convertir, mediante el empleo de este tipo de cláusulas, supuestos de responsabilidad extracontractual en supuestos de responsabilidad contractual³⁹⁷, con las consecuencias que ello implica respecto a legitimación, plazo para el ejercicio de la acción³⁹⁸, etc.

deberes de supervisión entre las partes y las delimitadoras del campo de actuación de las mismas.

³⁹⁶ Así, señala CAFAGGI. F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, pág. 43 que: “Las cláusulas contractuales pueden asignar la responsabilidad inmunizando algunas partes a través de exenciones de responsabilidad y de imposiciones de responsabilidad a partes no contratantes mediante indemnizaciones. De este modo las partes, incluso en las redes de contratos, pueden reasignar la responsabilidad, utilizando un criterio de asunción del riesgo que difiere de los aplicados a los contratos bilaterales considerados de forma aislada”.

³⁹⁷ Un ejemplo de esta práctica puede verse de nuevo en CAFAGGI. F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, pág. 43: “Supongamos que A tiene que entregar un componente que C tiene que transformar y entregar a B. B tiene un contrato con A y otro distinto con C, pero A y C no tienen una relación contractual directa. Si la prestación de C resulta más onerosa pero no excusable en caso de incumplimiento por A, una cláusula en el contrato entre A y B puede obligar a A a indemnizar a C por los costes adicionales impuestos por el incumplimiento. Tal cláusula de indemnización puede forzar a A a internalizar los costes de su incumplimiento respecto de terceros, de tal modo que reflejen la interdependencia contractual”.

³⁹⁸ Por ejemplo, en la legislación española, por lo que respecta al plazo para el ejercicio de acciones, el Código Civil concede, en materia de responsabilidad extracontractual, un plazo de 1 año, (art. 1968.2 CC), frente a los 15 años, como regla general que se conceden en materia contractual (art. 1964 CC)

Sin embargo, este sistema de base contractual de atribución de responsabilidades no resulta operativo para las redes empresariales por las mismas razones por las que se ha descartado el modelo contractual para la organización de las mismas: la complejidad derivada de la multilateralidad de las relaciones implicadas y la mutabilidad de las actuaciones que cada uno de los miembros debe realizar a lo largo del tiempo.

En este sentido, articular un sistema contractual y por lo tanto, marcadamente bilateral de asignación de responsabilidades dentro del marco operativo multilateral propio de la red empresarial, caracterizado por la interdependencia de las prestaciones, no resulta operativo. Además, el establecimiento de este tipo de cláusulas en contratos multilaterales implicaría la redacción de una cláusula específica para cada contratante distinto en función de su aportación, la cual además puede estar sujeta a variaciones con el tiempo³⁹⁹.

En este sentido, aun cuando pudiera parecer que las cláusulas contractuales de atribución de responsabilidad pueden resultar operativas en el marco de redes hegemónicas constituidas en

³⁹⁹ A esta contradicción se refiere VILLA, G., “Il coordinamento interimprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale”, *Le reti di imprese e i contratti di rete*, IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., Torino, 2009, págs. 125-126, en las que se pregunta sobre la posibilidad de las partes de, por medio del uso de su autonomía de la voluntad, pueden “fraccionar convencionalmente aquello que en un examen objetivo se muestra como unitario y a mantener separados entre ellos los diversos segmentos de la relación mediante pactos destinados a ello”, argumentando que “la calificación del contrato, siendo un tema ciertamente influenciado por la voluntad manifestada por los contrayentes, en nuestro sistema es considerada materia dejada a la indisponible valoración del juez; por ello los diversos ajustes propuestos por los interesados están destinados a un papel subordinado a la reconstrucción objetiva de la relación que, aparecerá como unitaria a raíz de aquella, quedando sin importancia las diversas calificaciones jurídicas sugeridas por las partes”. (La traducción es nuestra).

forma de hilera⁴⁰⁰, éste es sólo uno de los modelos posibles de organización de red – piénsese en la inviabilidad del modelo para el caso de las redes paritarias –, y presentan además los límites antes señalados, por lo que no pueden extrapolarse como instrumento de *governance* al conjunto de redes empresariales.

Si se abandona el análisis de las implicaciones estructurales de este tipo de cláusulas y se analizan las mismas desde una perspectiva sustantiva, debe afrontarse la cuestión de su posible contenido. En este ámbito, y a título meramente indicativo, baste con señalar que las cláusulas contractuales de atribución de responsabilidad significan, simplemente, el otorgamiento de un cauce procesal cualificado a las partes por el que sustanciar la reclamación de daños, sin que en ningún momento puedan significar una renuncia de derechos, por lo que no obstante del

⁴⁰⁰ Sobre el empleo de este tipo de cláusulas en el contrato de franquicia ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., págs. 410-422, en las que el autor estudia los límites genéricos – derivados de la ley, moral y orden público entre los que destaca, además de la buena fe, el régimen de irrenunciabilidad de la responsabilidad procedente del dolo 1102CC y el carácter modelable de la procedente de la negligencia art. 1103CC – , así como los límites específicos – interpretación, control formal y sustantivo – a los que se encuentran sometidas estas cláusulas en sede de contrato de franquicia. Interesa destacar, respecto al límite específico de control sustantivo que: “La inaplicabilidad al caso de la directiva relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y la ausencia de norma concreta que habilite el control de los contenidos contractuales, como sería el caso de una ley de condiciones generales, o una regulación de los contratos de distribución en manera similar a las rules americanas, nos lleva nuevamente a reiterar consideraciones ligadas a los controles genéricos de las cláusulas restrictivas...Al margen de posible matices y del mayor o menor economicismo del argumento, el carácter abusivo de una cláusula establecida entre empresarios termina por apoyarse en la disfuncionalidad económico-social de la misma en relación al tipo contractual normativo o de frecuencia, y de ello su valor notativo de la antijuridicidad del ejercicio de la libertad negocial al que se pueden achacar diversos ratios materiales”.

cauce contractual, quedará siempre expedita la vía de reclamación extracontractual⁴⁰¹.

E) Cláusulas que regulan el régimen de terminación contractual y deberes post-contractuales.

En ocasiones es posible que un conjunto de contratos contengan cláusulas en las que se fije, como causa de terminación de uno de ellos, la terminación de otro u otros, de suerte que se produce una vinculación entre dichos contratos por razón de su régimen de extinción⁴⁰².

El recurso a este tipo de cláusulas por parte de los contratantes sirve, en efecto, como vehículo de vinculación del régimen de terminación contractual, pudiendo incluso adoptar estas cláusulas la forma de condiciones resolutorias de los contratos⁴⁰³.

⁴⁰¹ En este sentido recuérdese el contenido del art. 1255 CC que señala la ley como límite a la autonomía de la voluntad de las partes; precepto que debe ponerse en concordancia con el art. 1902 CC que reconoce el derecho a una acción de resarcimiento de daños de origen extracontractual, y el art. 6. 2 CC regulador de la renuncia de derechos.

⁴⁰² Esta idea es apuntada por CAFAGGI, F., “Redes contractuales y teoría contractual, ob.cit, págs. 43-44: “La existencia de redes contractuales también se puede inferir de cláusulas contractuales que coordinan la terminación contractual y la vinculan con la disolución. Si la terminación del contrato entre C y D está condicionada a la terminación del contrato entre B y C, que, a su vez está condicionada a la terminación del contrato entre A y B, estamos ante una clara expresión de la intención de las partes de vincular la existencia de los contratos, sus operaciones y su disolución.

⁴⁰³ Respecto a los efectos desplegados por las condiciones resolutorias señala DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II, ob.cit., pág. 423: “Cuando la condición a la que ha sido sometida la relación obligatoria, en lugar de ser una condición suspensiva, es una condición resolutoria, la relación despliega todos sus efectos desde el momento mismo de la celebración del negocio jurídico constitutivo... Ahora bien, la condición resolutoria puede construirse de dos maneras distintas, según que el evento condicionante se limite a poner fin a la relación inter partes con efectos *ex nunc*, para en adelante, y, por consiguiente, sin ninguna retroactividad, o bien que el evento condicionante ponga fin a la relación obligatoria con efectos *ex*

La aplicación de este tipo de cláusulas al régimen extintivo de los contratos entre los miembros de la red tendrá una incidencia distinta según nos encontremos ante redes hegemónicas o redes paritarias.

En el primer caso, en una red de carácter hegemónico y organizada en forma de hilera, la inclusión de cláusulas de vinculación contractual en la terminación de los contratos, viene a recoger en la letra del clausulado de los mismos lo que, en ocasiones es ya un efecto derivado de la propia naturaleza y función económica de los mismos⁴⁰⁴. Así sucede, por ejemplo, en el caso del contrato de obra, sobre los efectos que para los subcontratistas tiene la extinción del contrato entre comitente y contratista⁴⁰⁵, o en el caso de un contrato de master franquicia, de los efectos que se derivan para los franquiciados, de la extinción del contrato entre su master y el franquiciador⁴⁰⁶.

tunc, es decir, de tal manera que la relación entre las partes deba retornar al estado que tenía antes de constituirse y las partes deban restituirse todo aquello que se hubiesen atribuido o entregado por virtud de la obligación...Nuestro Código Civil parece inclinarse, como regla general, por una resolución de carácter absoluto...Las reglas anteriores han de entenderse, sin embargo, atemperadas en cada caso concreto, de acuerdo con los propósitos de las partes y con la naturaleza de la relación obligatoria que esté en cuestión. Por regla general, las relaciones obligatorias duraderas exigen una resolución con puros efectos *ex nunc*, por lo cual el criterio de la resolución absoluta, en principio, es aplicable sólo a las relaciones obligatorias momentáneas o pasajeras”.

⁴⁰⁴ Recuérdese la teoría sobre la eficacia refleja del contrato en relación con terceros Vid.capítulo Primero nota 186.

⁴⁰⁵ En el caso español la legislación sobre contratación pública sólo establece un vínculo entre el contratista y el subcontratista y no entre éste y el comitente, de forma que a la extinción del contrato del contratista provoca la del subcontratista ya que el segundo solo tiene un vínculo contractual con el contratista y no con el comitente. Art 227.4 y 8 TRLCSP

⁴⁰⁶ MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit, págs. 564-565: “Con carácter general, la extinción del contrato de master franquicia conllevará la extinción de los contratos de franquicia celebrados por el master. Se trata de una manifestación del viejo principio romano *resolution*

Sin embargo, en las redes de carácter paritario, la vinculación entre los contratos no responde a una relación de dependencia unilateral⁴⁰⁷, sino multilateral, de forma que la extinción de uno de los contratos no tiene por qué llevar aparejada la de los demás, pues el resto de contratos, dependiendo del caso concreto, pueden seguir desplegando sus efectos normalmente⁴⁰⁸.

iure dantis, resolvitur ius concessum, que sitúa el problema en el ámbito de la propagación de las ineficacias en los contratos conexos. Si se atiende a la naturaleza del vínculo existente entre los contratos de franquicia celebrados por el master y el contrato de master franquicia estipulado entre éste y el franquiciador, en la medida que existe una dependencia genética y funcional unilateral entre éstos, parece evidente que la extinción del contrato de master franquicia, que constituye un *prius* lógico y cronológico respecto de aquéllos, se extenderá a los contratos de franquicia estipulados por el master”.

⁴⁰⁷ El término de “dependencia unilateral está tomado de LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos.*, ob.cit., pág. 299: “Si la dependencia entre los contratos es unilateral, es decir, si es uno de los contratos el que depende de otro en su configuración o en su misma existencia, parece claro que la ineficacia del contrato principal arrastrará al contrato derivado o accesorio (*accessorium sequitur principale*). Desaparecido el convenio principal, el que de él dependía perderá su objeto o causa y deberá ser declarado nulo”.

En el mismo sentido DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 574: “Cuando la independencia nace de ser uno de los contratos condición de eficacia o presupuesto de otro, la regla debe ser que la ineficacia del contrato que es presupuesto o condición acarrea la del contrato dependiente, pero nunca al revés”.

⁴⁰⁸ A este respecto DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 574: “La ineficacia de uno de los contratos sólo origina la ineficacia del conjunto, cuando el resultado práctico proyectado únicamente pueda conseguirse mediante la vigencia de todo el conjunto negocial. Por ejemplo: la ineficacia de la transmisión del dominio del solar comporta la ineficacia de todo el conjunto negocial”.

LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos.*, ob.cit., pág. 299: “Cuando dos contratos están vinculados pero no puede apreciarse entre ellos dependencia unilateral, no hay una única regla que permita determinar en todos los supuestos sólo ha de incidir la ineficacia de un contrato sobre el otro. Y ello porque estamos ante una cuestión valorativa, en la que puedan pesar las circunstancias del caso concreto. No obstante lo dicho, una forma de solventar genéricamente el problema puede ser acudir a la teoría de la causa.

En este caso, al igual que sucedía con las cláusulas que tenían por objeto el reparto de responsabilidades derivadas de incumplimientos entre los miembros de la red, debido a la naturaleza propia de las redes empresariales, un remedio de carácter contractual no puede servir para solucionar un problema en sede de extinción, de forma que si los contratos no eran un marco adecuado para el gobierno de la red, tampoco pueden serlo para coordinar su extinción.

En este sentido, piénsese que, en un contexto multilateral, el establecimiento de los pactos extintivos requiere, con carácter previo, una perfecta identificación y medición de las interdependencias entre los miembros de la red para ser capaces de identificar las relaciones que sí son efectivamente, unilateralmente dependientes de otras. A la complejidad que por sí implica esta tarea deben añadirse, además las variaciones derivadas del factor del paso del tiempo, de la esfera relacional propia de las redes empresariales y de la variación de las circunstancias de mercado. Todo ello convierte a esta opción en inviable.

Por lo que respecta al régimen de deberes post-contractuales positivos y negativos entre los miembros de la red, resultan aplicables los mismos razonamientos antes esgrimidos en sede de cláusulas de exclusividad y pactos de no competencia (apartado c).

Así, la presencia de este tipo de cláusulas en los contratos que conforman redes hegemónicas como es el caso de las redes de distribución, no solamente es habitual, sino que forma parte del

Y entender que, además de tener cada contrato su causa "individual", hay que referir dicho elemento al resultado o finalidad común que persiguen los dos o más contratos celebrados. De manera que se extenderá la ineficacia de un contrato a otro coligado si, tras la desaparición del primero, el segundo pierde su razón de ser y se hace inalcanzable el propósito que vinculaba a ambos convenios".

contenido típico de estos contratos, delimitando de este modo, en salvaguarda del interés compartido de la red, la esfera de actuación de sus miembros⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ Así por ejemplo, en el caso del contrato de agencia, la regulación de este pacto de prohibición de competencia post-contractual se encuentra recogida en los art. 20 y 21 Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia.

Sobre el fundamento de este deber en sede de agencia, PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario a los arts. 20 y 21” *Comentario a la ley sobre el contrato de agencia*, ob.cit., pág. 372: “El fundamento del pacto de competencia post-contractual hay que buscarlo en el interés del empresario en evitar que el agente, aún sin violar su obligación de guardar secreto, utilice los conocimientos y la preparación adquiridos durante la relación de agencia para desarrollar una actividad concurrencial competitiva”.

Sobre el contenido, regulación y límites de este deber de no competencia Vid., junto con el trabajo antes citado, también la obra de MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia mercantil*, ob.cit., págs. 542-548.

En el ámbito de la distribución en general, no debe olvidarse el contenido del art. 5.1 a) del Reglamento 330/2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, el cual establece que, en sede de acuerdos verticales, no gozarán de la exención que otorga dicho reglamento, “cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años”.

El anterior precepto, al regular los pactos de competencia post-contractual reconoce los mismos como una realidad en el ámbito de las redes de distribución, fijando, desde el punto de vista del Derecho de Defensa de la Competencia, la legitimidad de aquellos cuya duración sea inferior a 5 años y la exposición al análisis del art. 101 TFUE de dichos acuerdos cuando superen los 5 años, lo cual significa que, si un acuerdo de prohibición de competencia post-contractual de más de 5 años de duración presenta eficiencias de acuerdo con el art. 101.3 TFUE, deberá ser considerado como válido.

Sobre este tipo de pactos en el sector de la distribución Vid. MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato Mercantil de Concesión*, ob.cit, págs. 254-255; MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit, págs. 572-581.

Como cláusula de cierre de este régimen, recuérdese, en el caso español, la dicción del art. 13 de la Ley 3/1992 de Competencia Desleal: “Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o

En el caso de las redes paritarias debido a la estructura y caracteres de las mismas⁴¹⁰, no todas estas cláusulas de carácter post-contractual pueden resultar operativas a los efectos de actuar como instrumento de *governance*, delimitando la esfera de actuación de sus miembros.

En este tipo de redes las cláusulas de competencia post-contractual carecen de sentido por el mismo fundamento que lo carecen las de exclusividad o prohibición de competencia durante la vigencia del contrato: el objetivo de estas redes no es crear un modelo de empresa susceptible de explotación por sus miembros, sino que la red presenta un carácter más instrumental respecto su actividad económica, de forma que una empresa puede ser colaboradora con los otros miembros de la red a efectos del desarrollo de la misma, pero competidora en los mercados para los cuales resulta de aplicación las ventajas competitivas o tecnológicas, obtenidas a raíz de la pertenencia a la red.

Sí presentan, sin embargo un mayor sentido, las cláusulas que imponen obligaciones positivas de comportamiento post-contractual, como las que imponen un *deber de secreto o de confidencialidad* a los miembros de la red que se extiende más allá de la extinción la relación jurídica mantenida con la misma, cuestión de nuevo pacífica en el ámbito de las redes hegemónicas y con organización en hilera, como las redes de distribución⁴¹¹.

ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14”.

⁴¹⁰ Vid. al respecto apartado c) de este subepígrafe.

⁴¹¹ Al respecto, con profundidad sobre el fundamento, contenido, aplicación y alcance del deber de confidencialidad a las relaciones entre los miembros de la red empresarial y, en especial por lo que se refiere a la extensión post-contractual del mismo Vid. en este mismo trabajo, Capítulo Quinto, Epígrafe 4.

En las redes paritarias por su parte, dada la no vigencia del pacto de prohibición de competencia post-contractual, el establecimiento del *deber de secreto o de confidencialidad* atiende más a la salvaguarda del secreto industrial y comercial de la red⁴¹² respecto a la utilización de dicha información por parte de terceros ajenos a la misma, que por los propios ex - miembros de la red, que podrán hacer uso del contenido de los mismos en la medida que, como consecuencia de su integración en la red, hayan pasado a formar parte de su *skill and knowledge* y siempre que no hayan perdido su carácter de información confidencial para la red⁴¹³. A salvo quedan los supuestos de

⁴¹² Tomamos en este trabajo el concepto de secreto empresarial utilizado por SUÑOL LUCEA, A., *El secreto empresarial, un estudio del art. 13 de la ley de competencia desleal*, Civitas, 2009, págs. 190-191, quien después de analizar detalladamente todos los componentes de la definición establece que: "...podríamos definir el secreto empresarial como toda información relativa a la empresa a la que los terceros no pueden acceder fácilmente por medios lícitos sin emplear una cantidad significativa de recursos, y respecto de la cual su titular ha adoptado medidas razonables para mantenerla en secreto, tanto en relación con los sujetos a los que se la comunicó voluntariamente, como respecto de aquello que la ignoran".

⁴¹³ SUÑOL LUCEA, A., *El secreto empresarial, un estudio del art. 13...*, ob.cit., pág. 247 se refiere con carácter general al concepto de *skill and knowledge* señalando que: "Es común afirmar que los trabajadores o colaboradores del titular del secreto pueden utilizar libremente, tras la vigencia de la relación que les unía con este último, las capacidades, habilidades y ciertos conocimientos de carácter general que adquirieron por medios lícitos con ocasión del desempeño de sus funciones. Esto es, lo que en terminología anglosajona ha venido a denominarse "skill and knowledge".

Posteriormente, págs. 254-257, la autora, en sede de delimitación de los conocimientos que forman el *skill and knowlege*, descarta la tesis que distingue entre conocimientos objetivos, susceptibles de constituir un secreto, frente a conocimientos subjetivos, como aptitudes habilidades o destrezas, que no pueden ser objeto de secreto, argumentando a los efectos que aquí nos interesan que: "... en ocasiones los conocimientos objetivos pueden tornarse en subjetivos, en el sentido de que pueden entrar a formar parte en el *skill and knowledge* de quienes los conocieron prestando sus servicios para un determinado principal...En efecto, cada vez con mayor frecuencia el valor de la información y su aptitud para ser explotada por una determinada empresa no estriba tanto en los datos en sí mismos considerados, cuanto en la pericia o

realización de conductas por los miembros de la red que supongan la vulneración de derechos de propiedad industrial, como por ejemplo, la utilización de una marca o el uso de una tecnología protegida bajo patente, sin tener como consecuencia del abandono de la red, licencia para ello, que serán objeto de represión por las vías establecidas en la propia regulación de los derechos vulnerados.

La presencia de este tipo de obligaciones de carácter postcontractual actúa, desde la perspectiva de la *governance* de las redes empresariales, como un mecanismo modalizador de la conducta de sus miembros durante la vigencia de la relación comercial, ya que, concedores de su prohibición de competencia a la salida de la red, así como de la prolongación de su deber de secreto sobre la información de carácter confidencial para la red tras el abandono de la misma, pueden actuar como factores inhibidores de conductas parasitarias, habida cuenta del conocimiento de la responsabilidad que puede acarrear su comisión.

III. Hacia una *governance* de las redes empresariales.

En los apartados anteriores se han estudiado los diferentes tipos de redes empresariales – hegemónicas y paritarias – delimitando la estructura de poder y autoridad internas existente en cada una de ellas, las cuales deben ser tomadas en

habilidad asociada a su creación, desarrollo y ejecución que atesora un sujeto y que, a su vez, ha obtenido merced a la experiencia y aprendizaje que le proporciona el desarrollo de ciertas funciones para su principal del momento...Pues bien, esta clase de “conocimientos tácitos”, entendidos como la aptitud o pericia que, por contraste con la información que es fácilmente codificable y, por ello, transmisible, se adquieren únicamente a través de la experiencia, viajan con el individuo y pueden ser lícitamente explotados por más que ello pueda comprometer los intereses de su anterior principal”.

consideración a la hora de diseñar una estrategia de *governance* para las mismas; a continuación se ha expuesto la influencia de los caracteres propios de la red empresarial sobre el diseño de una estrategia para su *governance*; y por último, se ha revisado la adecuación de los instrumentos de *governance*, tanto societaria como contractual utilizados en la actualidad, para enfrentarse a los retos organizativos que suponen las redes empresariales.

Varias son las conclusiones que, de los estudios anteriores, pueden extraerse en materia de *governance* de las redes empresariales:

En primer lugar, parece claro que debe rechazarse, con carácter general la idea de una forma unitaria de organización y gobernanza para las redes empresariales, todo ello sin perjuicio de la existencia de principios o reglas comunes que solo se mostrarán ante nosotros de modo claro tras la realización de estudios específicos respecto a cada tipo de red. Las diferencias estructurales existentes entre las redes hegemónicas y paritarias, unidas a la especificidad organizativa que puede revestir cada red dentro de las dos categorías anteriores, hacen que no sea posible preestablecer unas formas o estructuras-tipo para la organización y gobierno de la red empresarial que resulten eficaces y den cabida a las particulares necesidades de cada tipo de red en concreto.

Abandonada la idea de la forma unitaria de organización y gobernanza de las redes, sí parece razonable que deban admitirse, por un lado, la existencia de modelos más o menos coincidentes de *governance* dirigidos a las redes empresariales hegemónicas y, por otro lado, la existencia también de modelos organizativos y de gobierno diseñados para las redes paritarias.

Ahora bien, tanto en uno como en otro caso, estos modelos deben ser capaces de dar respuesta a los retos planteados por la

autonomía e interdependencia y el carácter duradero e *intuitu* de las relaciones mantenidas entre los miembros de la red⁴¹⁴. Como consecuencia de estos caracteres, las posibles estructuras de *governance* deberán procurar un equilibrio entre el ejercicio de la autoridad y la integración del elemento personal en la gestión de la red, es decir, conjugar el ejercicio del poder de dirección/organización con el importante componente relacional propio de las redes empresariales. Esto traerá como consecuencia que, en ocasiones, la forma de ejercicio del poder deba suavizarse por la observancia del componente relacional. Sin embargo, en otras ocasiones, será necesario una organización y formalización del componente relacional para garantizar la eficacia en la gestión de la red, por ejemplo, en los casos de transmisión de propiedad industrial entre los miembros de la misma, en especial *know-how* y aquella información que resulta difícil de sustanciar en soporte físico.

Ahora bien, los remedios existentes en el derecho de sociedades y en el derecho de contratos no se adaptan correctamente a estas necesidades: en el primer caso, la inexistencia de un patrimonio común en la red que sirva de base para organizar todo un sistema de gobierno y reparto de funciones y responsabilidades en la red, hace que las aportaciones de la *governance*, en lo que se refiere al ámbito organizativo interno, sean más bien escasas.

Cuestión distinta es lo que sucede cuando nos enfrentamos a la dimensión externa de la *governance*, en la que las previsiones ya existentes en esta materia acerca de los deberes de los administradores sociales, merecen una consideración y adaptación desde el prisma de las redes empresariales.

⁴¹⁴ Para una visión en detalle de estos problemas Vid.Epígrafe 1º de este capítulo, apartados 2 a 4.

Por lo que respecta a la autorregulación (códigos de conducta), este instrumento puede ser utilizado para establecer mecanismos específicos de gobierno adaptados a las particularidades de cada red empresarial. No obstante, el problema de dichos códigos es el de su eficacia, el de su carácter vinculante entre empresarios que lo han asumido y aquellos que no, y el de su extensión a toda la red, de manera que hablemos, frente a terceros, de un código de la red empresarial en su conjunto – recordemos el problema de los contornos difusos de la red empresarial – y no de un conjunto de códigos de conducta de empresas miembros de la red.

Sin embargo y aunque se consiguiera resolver el problema de la eficacia de los códigos, nos enfrentaríamos al problema todavía mayor de determinar el contenido de los mismos, lo que significa reproducir en sede de autorregulación los mismos problemas que en teoría general de la *governance* de las redes empresariales antes ya han sido señalados.

De otra parte, la viabilidad del recurso a los diferentes mecanismos de *governance* de carácter contractual ha sido estudiada con referencia a cada una de las tipologías de red empresarial, paritaria y hegemónica. Tras el estudio, y pese a que se han encontrado ciertas cláusulas contractuales que sí pueden tener una virtualidad en el diseño de mecanismos de *governance* para las redes empresariales – sobre todo en el ámbito de las redes hegemónicas –, no es menos cierto que el intento de adaptación de instrumentos de carácter contractual a la gobernanza de las redes empresariales parte con un defecto de base: la falta de adaptación de la estructura de nuestro derecho de obligaciones a los contratos de colaboración interempresarial de larga duración – contratos relacionales⁴¹⁵ –.

⁴¹⁵ En este sentido, MCKENDRICK, E., “The Regulation of Long-term contracts in English Law”, pág. 309: “La orientación del Derecho contractual clásico y

En este sentido, nuestro sistema de remedios ante el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato en general, aparece abocado a la extinción de la relación jurídica y la indemnización por daños, no previendo en cambio mecanismos de solución alternativos que permitan la superación de la controversia entre las partes y la continuación de la relación jurídica, situación que, en el contexto de la red empresarial, parece más acorde con la economía del contrato y los intereses de las partes⁴¹⁶. Todos estos motivos llevan a

de los remedios que el mismo prevé, es la protección del interés esperado engendrado por una promesa vinculante de ejecución. En un contrato relacional, en cambio, se sugiere que los remedios legales juegan un papel secundario en las disputas surgidas entre los miembros, y que otros factores no legales, como la necesidad de mantenimiento de la relación negocial, juegan un papel crítico en la resolución de las disputas entre las partes o para la realocalización del riesgo en el caso de un evento inesperado como un colapso en el mercado o en las fluctuaciones corrientes”. (La traducción es nuestra).

⁴¹⁶Sobre estas cuestiones y a propósito de la regulación de los contratos de distribución, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., “Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 10, 2012, págs. 19- 20: “Nuestro derecho de obligaciones decimonónico se basa en los contratos sinalagmáticos, simples, bilaterales y onerosos. No se contemplan los contratos de colaboración, las relaciones complejas de adquisición de productos y servicios y menos aún cuestiones como la existencia de las redes empresariales con el problema de dirección comercial, las relaciones horizontales entre los miembros de la red, etc....Ante una situación de conflicto en la ejecución del contrato, nuestros Códigos ofrecen la opción de impulsar el correcto cumplimiento o el incumplimiento, con indemnización de daños en ambos casos. El remedio que se ofrece a los conflictos en la ejecución de los contratos complejos de tracto sucesivo es pues, el pleito (art. 1101CC y, en especial, art. 1124CC). Este tipo de solución rara vez se cohonesta con las relaciones de tracto sucesivo y contenido complejo en las que hay multitud de obligaciones simultáneas y deberes y valores compartidos...El hecho es que la ley orienta a las partes hacia el pleito porque piensa fundamentalmente en el incumplimiento de la prestación aislada, y a nadie se le escapa que la denuncia es una medida que implica de ordinario el fin de la relación contractual y que se interpreta como una agresión jurídica. Esto ha hecho, que en el seno de los contratos de colaboración distributivos, los conflictos de pequeño y mediano nivel, que no

desechar el modelo puramente contractual para la *governance* de las redes empresariales⁴¹⁷.

Como consecuencia de todo lo anterior, la inadecuación de los instrumentos societarios y contractuales, tal y como aparecen diseñados hoy en día, para la *governance* de la red empresarial, determina que el primer paso a realizar hacia el diseño de estructuras ideales de *governance* para cada una de las categorías de redes empresariales, sea, tomando en consideración los caracteres propios de la red empresarial, la determinación de las conductas y deberes que deben presidir la actuación de los componentes de la red – miembros y cabeza de red –, con base en los principios marco – buena fe, lealtad – que

deciden a la parte a promover la resolución del contrato, queden enquistados hasta el momento de la terminación contractual y que la situación de dependencia económica sea la que determine cuál de las partes implicadas en el conflicto se somete en pro de la continuidad del acuerdo y asume la correspondiente pérdida de costes marginales. Nuestro sistema no fomenta la resolución de conflictos mientras se continúa colaborando, ni fomenta la resolución suave de los mismos por procedimientos que no impliquen lesión a las partes y que estrechen los lazos de confianza”.

⁴¹⁷ La misma postura es sostenida por TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, *ob.cit.*, págs. 23 -24: “Lo contratos bilaterales ya no pueden seguir captando adecuadamente los diversos conflictos de interés y los entrecruzados riesgos presentes en la organización social contemporánea. El fenómeno de redes es un importante ejemplo del hecho de que las relaciones multipolares y las relaciones jurídicas organizacionales ya no puede tratarse adecuadamente a través de perspectivas individuales. Más bien, el derecho debería 'inventar' ahora las construcciones de realidad que dan una adecuada salida y materializan la variedad y la magnitud de los impactos de la red. En el análisis final, la búsqueda se centra en una semántica jurídica de la autonomía que no sólo tenga en cuenta otros intereses, concretamente, el interés público, sino que, a la vez, también haga operativas las redes mediante derechos distributivo”. Añadiendo en la pág. 27 que: “Las entidades colectivas establecidas a través de simples contratos bilaterales no poseen los mecanismos de organización requeridos que permitan bien el establecimiento del objetivo común de la red bien la coordinación del contexto operacional común; tampoco poseen las redes los mecanismos que permitirían la conversión del objetivo de red en sus contratos bilaterales originarios”. (La traducción es nuestra).

presiden con carácter general la actuación de los operadores en el tráfico económico.

Esta aproximación desde los principios generales permite identificar y localizar adecuadamente las obligaciones y límites a los que deben sujetarse los miembros de la red en su actuación, tanto desde la conformidad con la finalidad económica de la propia red, como con la salvaguarda de la pluralidad de intereses intrínseca a la misma, así como tomando en consideración el elemento relacional y de *uberrima fides* que le es propio.

De esta forma, una vez identificadas dichas conductas, podrá abordarse la tarea del diseño de estructuras organizativas y de gobierno que aúnen la eficacia en la gestión de la red, con la prevención, y en su caso represión, de aquellos comportamientos que, desplegados por los miembros de la red, constituyan conductas abusivas o contrarias al interés de la red y/o al de sus miembros⁴¹⁸.

⁴¹⁸ Una previsión de mecanismos de governance de carácter estrictamente social puede encontrarse en CANDANCE, J., HESTERLY, W.S., BORGATTI, S.P., “A General Theory of Network Governance...”, ob. cit, pág. 925 – 934, en los que se analizan los mecanismos de: restricción de acceso a los intercambios, creación de una macrocultura de red, imposición de sanciones colectivas, y potenciación de la reputación como instrumento condicionante y disuasorio del comportamiento de las partes.

Los deberes fiduciarios de conducta: su aplicación a las redes empresariales.

I. Los principios generales del Derecho y su influencia en el Derecho Privado.

1.1 Caracterización.

Trabajar con los Principios Generales del Derecho supone uno de los retos más sugestivos y desafiantes a los que puede enfrentarse un jurista. Con un origen histórico que se remonta a la propia génesis del nacimiento del Derecho⁴¹⁹, los Principios Generales han acompañado la evolución histórica de la ciencia jurídica, actuando como *leit motiv* inspirador, pero también protagonista, tanto de los diversos códigos y recopilaciones jurídicas propias del *civil o continental law*⁴²⁰, como también, en el ámbito del *common law*⁴²¹.

⁴¹⁹ Señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, págs. 34-35: “La superioridad del Derecho Romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes, sino en que sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza, frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia nos presenta”.

⁴²⁰ Para una visión detallada y ampliamente documentada de los orígenes, evolución, contenido, reconocimiento y eficacia de los Principios Generales del Derecho, aunque centrada en el caso particular del Derecho español, Vid. REINOSO BARBERO, F., *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Dykinson, Madrid, 1987, págs. 9- 111.

⁴²¹ En este sentido, señala TARDÍO PATO, J.A., *Los Principios Generales del Derecho, su aplicación efectiva como normas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2011, págs. 39-40: “En el Derecho del *common law*, las reglas (*rules*) van emergiendo de las sentencias concretas, de un precedente a otro, en una

En la actualidad, la mayoría de ordenamientos jurídicos europeos de *civil law* contienen manifestaciones de estos principios, ya sea tanto de forma explícita, como implícita en el modo de organización de sus diversas instituciones jurídicas⁴²².

Partiendo de esta realidad, en el ámbito internacional, las distintas iniciativas de armonización legislativa entre Estados se construyen, precisamente, en torno a la base de dichos principios comunes: así sucede en la actualidad con las iniciativas llevadas a cabo en el seno de UNIDROIT⁴²³, o con el caso de los PECL⁴²⁴ o del DCFR⁴²⁵.

marcha a su especialización. Pero a su vez, a tales precedentes les subyace, como fundamento, una doctrina general y se produce un progresivo trabajo de creación de conceptos superiores, que va adquiriendo después *auctoritas* jurídica aunque no sea oficial. Y por eso se ha afirmado que los precedentes se utilizan para *descubrir los principios (principles)* que encierran, y que solo tales principios determinan la preselección de las sentencias anteriores en las que se encuentra la regla buscada, teniendo que decidir el juez si el precedente citado ante él incluye exactamente el principio que busca”.

⁴²² Ya tempranamente los grandes comparativistas como BOULANGER o ESSER pusieron de manifiesto estas similitudes. Un extracto de algunas de sus principales conclusiones puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales...*, ob.cit., págs. 32-33, que refiriéndose a la obra de ESSER destaca: “la sorprendente semejanza sustancial que presentan las instituciones de las más diversas estructuras nacionales y raíces históricas, cuando son consideradas desde el ángulo de los principios generales determinados por los problemas. La posibilidad misma del comparativismo, y de su fecundidad estrictamente jurídica esta justamente aquí”.

⁴²³UNIDROIT, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, 2010. En el preámbulo de dicho texto puede verse reflejado de forma perfecta la naturaleza multifuncional de los Principios Generales como norma reguladora, integradora/interpretativa e informadora de la regulación:

“Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Ahora bien, si el carácter abstracto de dichos principios es el que permite tomarlos como base para la construcción de un Derecho Común Europeo, no es menos cierto que dicho carácter

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”

⁴²⁴ *Principles of European Contract Law*, 2002. Así en el Capítulo Primero “Previsiones Generales”, Sección 1ª “Ámbito de los Principios”, el art. 1:101 caracteriza los Principios Generales y delimita su ámbito de aplicación en idénticos términos a los referidos en la nota anterior.

Para una visión completa, comentada y traducida al castellano de estos principios, Vid. AA.VV., *Principios de Derecho contractual Europeo*, BARRÉS BENLLOCH, M^a.P., EMBID IRUJO, J.M, MARTÍNEZ SANZ. J.M., (dirs.), Madrid, 2003.

⁴²⁵ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, refiere también a estos principios. Así en el apartado 11 de la introducción se señala que:

“La palabra principios sugiere que debe tenerse en mente valores básicos esenciales y abstractos. Las reglas- modelo se construyen, por supuesto, sobre estos principios subyacentes en cada caso, aparezcan o no expresamente reconocidos...Debe tenerse en cuenta que, tomados de forma aislada, estos principios fundamentales, no suponen un gran avance práctico en la materia debido a su nivel de abstracción. Los principios abstractos tienden a contradecirse unos con otros. Siempre tienen que ser enfrentados a otro más preciso porque solo entonces se obtienen los resultados óptimos. Esta tarea solo puede realizarse correctamente con la ayuda de normas-modelo bien reguladas”.

Añadiendo los párrafos 18 y 19 que:

“El Derecho Privado, y en particular el Derecho contractual, es uno de esos campos del Derecho que están, o al menos deberían estar basados y guiados por principios subyacentes bien arraigados. Cualquier muestra de ellos debe, en nuestra opinión, dar una guía práctica de como leer e interpretar (función integradora), las definiciones y reglas modelo contenidas en el DCFR, y reflejar sus fundamentos teóricos, incluyendo los valores y aspiraciones políticas, económicas y sociales”. (La traducción es nuestra).

constituye el principal inconveniente a la hora de enfrentarse a su definición.

Lejos de realizar un estudio detallado de las diferentes concepciones, formulaciones y teorías acerca del concepto, fundamento y contenido de los Principios Generales del Derecho – positivistas, iusnaturalistas y tópicos⁴²⁶ –, lo cual merece ser objeto de estudio en una obra dedicada íntegramente al tema –, la definición de tales principios se realiza en la actualidad desde una perspectiva funcional, esto es, en relación a la posición que ocupan dichos principios respecto otras

⁴²⁶ Tanto la triple clasificación en la concepción de los Principios Generales del Derecho que se toma en este trabajo como el siguiente resumen de las concepciones tópicas acerca de los PGD, están tomadas de DIEZ PICAZO, L., “Comentario al art. 1.”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 9-10: “Se denominan principios a las proposiciones jurídicas que son generalmente admitidas o sobre las cuales existe un consenso de base en la comunidad jurídica y que permiten operar, para deducir a partir de ellas normas concretas o para establecerlas de un modo problemático y retórico”.

En síntesis sobre la concepción positivista e iusnaturalista de los Principios Generales del Derecho, FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1984, págs. 31-32: “Para la postura positivista, los principios generales del Derecho constituyen las notas esenciales y básicas de la estructura de un ordenamiento jurídico dado. No hay, según esta corriente, principios de validez universal, ahistórica, sino que éstos son propios de cada sistema de Derecho positivo. Una consideración semejante impone de suyo la obtención o conocimiento de los principios generales a posteriori y por vía inductiva, ya que primero debemos conocer el sistema normativo para luego extraer las coordenadas fundamentales...La postura iusnaturalista atribuye a los principios del Derecho una existencia anterior y superior a los diversos y varios ordenamientos concretos. Los principios serían una instancia de referencia, de validez general y ahistórica. Para esta posición, que compartimos, los principios generales encarnan en cierta forma un “pre-derecho”, representan una manifestación más de los valores esenciales de la vida de relación. Según esta tesis, los principios generales gozan de una jerarquía superior a la de las diversas normas concretas que componen el ordenamiento. Los principios no se obtienen por inducción, a partir de las disposiciones legales, siendo esas últimas derivaciones de aquellas verdades fundamentales”.

categorías de normas jurídicas como la ley o la costumbre, lo que los distingue claramente de los *regulae iuris*⁴²⁷.

En este sentido, “Los Principios Generales del Derecho son normas jurídicas que tienen un supuesto de hecho genérico; que inspiran a otras normas que ordinariamente incluyen supuestos de hecho que pueden considerarse especies del citado género (las denominadas normas-regla⁴²⁸); y que poseen una

⁴²⁷ Acerca de esta diferenciación, Vid. GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al art.1”, *Comentario del Código Civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., coord., Bosch, Barcelona, 2006, págs. 77-78: “Los principios generales del Derecho no deben confundirse con las llamadas reglas o máximas jurídicas. Dentro de la expresión “reglas del derecho” (*regulae iuris*), que tiene su origen en el romano-justiniano, se comprende fragmentos de afirmaciones de antiguos autores, de decisiones judiciales o de formulaciones doctrinales, que tienen en común su forma concisa y fácil de retener...Con una expresión gráfica podemos decir que las reglas son refranes jurídicos o fórmulas concisas que comprenden una experiencia jurídica. No tienen valor jurídico propio y son simples recursos nemotécnicos o pedagógicos. No forman por sí mismas parte del ordenamiento jurídico, sino de la ciencia del Derecho”.

Una exposición detallada de los *regulae iuris* presentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español después de la promulgación del Código Civil puede verse en REINOSO BARBERO, F., *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo...*, ob.cit., págs. 127-291.

⁴²⁸ La diferenciación entre las normas-reglas y los Principios Generales es realizada por DWORKING, R., “The model of rules”, 1976, *University of Chicago Law Review*, posteriormente incorporado a su monografía de 1974 *Taking rights seriously*. A los efectos puramente expositivos de este trabajo, preferimos referirnos a la síntesis que sobre las teorías de Dworking realiza TARDÍO PATO, J.A., *Los Principios Generales del Derecho...*, ob.cit., pág. 59: “ Las reglas (*rules*) son disposiciones que se caracterizan porque, si los hechos reales del caso concreto coinciden con su supuesto de hecho o condiciones de aplicación y no se plantean dudas sobre su validez, se tienen que aplicar automáticamente, mientras que los principios en sentido amplio (*principles generically*) son disposiciones que, aunque los hechos reales del caso particular coincidan con su supuesto de hecho, no se pueden aplicar automáticamente, si no previa comprobación que el principio en cuestión tiene mayor peso o importancia relativa en este caso que los principios que operan en direcciones distintas”.

consecuencia jurídica que viene a coincidir con la consecuencia jurídica de esas otras normas llamadas normas-regla”⁴²⁹.

El carácter abierto del supuesto de hecho de los Principios Generales es el que determina la posibilidad de su aplicación a un amplio abanico de casos, hecho del que se deriva la

⁴²⁹ La definición es acuñada por TARDÍO PATO, J.A., *Los Principios Generales del Derecho...*, ob.cit., pág. 160.

En el mismo sentido: FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., pág. 38: “En nuestra opinión, los principios generales son normas jurídicas en la medida que significan o encarnen directivas para la actuación de los hombres en sus relaciones recíprocas. Aceptamos sí que la forma normativa se halla bastante diluida en el caso de los principios, siendo mucho más evidente su contenido, pero la esencia de la norma jurídica no es la forma, sino precisamente su contenido. En el caso de los principios generales lo que sucede es que el revestimiento técnico normativo, esto es la formulación exterior del principio, no alcanza la forma tradicional que presentan las normas; el contenido normativo, la directiva de conducta aparece prácticamente sin cubiertas o “envases” de tipo técnico”.

Un enunciado similar puede encontrarse en WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Civitas, 1986, págs. 32 y 33: “Unos y otros coinciden en que la cláusula general es una norma jurídica positiva, esto es, un mandato general de la ley, dirigido al juez, que, consecuentemente, en el caso de reenvío a la “buena fe” o a los “usos del tráfico”, el juez ejecuta o cumple simplemente mediante un juicio lógico so subsunción. Según esta idea, la norma se diferencia de los demás preceptos jurídico-positivos únicamente por dos notas: de un lado por su configuración indeterminada (precisamente en cuanto cláusula general) y por otro lado, por el reenvío que hace a preceptos (“buena fe”) o criterios sociales (“usos del tráfico”) no positivizados, sino metajurídicos”.

Otra definición de principio general la podemos encontrar en el trabajo de LÓPEZ MESA, M.J., ROGELVIDE, C., *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Reus, Madrid, págs.36-37: “Los principios generales del Derecho son, entonces, verdades jurídicas notorias, indubitables, de carácter general, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del Derecho y de aplicación a aquellos casos cosos no reglados por una norma expresa, aplicable al supuesto...son, en fin, aquellos fundamentos evidentes del Derecho, las bases incommovibles del razonamiento jurídico; aquellos hitos que no pueden pasar por alto al razonar jurídicamente”.

naturaleza abstracta, principal o abierta que tradicionalmente se atribuye a tales principios⁴³⁰.

Al mismo tiempo, el carácter genérico del supuesto de hecho determina también que, para la aplicación de los Principios Generales del Derecho a un caso concreto, deba realizarse una ponderación con otros Principios Generales también aplicables al caso en cuestión, todo ello con el objeto de determinar cuáles deben prevalecer ante el caso concreto⁴³¹.

⁴³⁰ Analizando la naturaleza de los principios generales del Derecho, FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 36-37: “No todos los principios presentan una formulación normativa del tipo (dado p debe ser q), aunque sí aparece en algunos. En la mayoría de los casos, los principios se enuncian mediante máximas o incluso simplemente mediante un nombre...hay principios que solo nos permiten expresar una norma de la forma “debe ser q”, sin mención a un supuesto de hecho concreto. Por ejemplo: “todo sujeto debe actuar de acuerdo con la buena fe”. Otras veces podemos aproximarnos al esquema compuesto “dado p debe ser q”, como sucede en el caso del enriquecimiento injusto...En el primer caso nos encontramos con una formulación normativa “primaria” o primitiva, sumamente simple, de la que se derivarán escalonadamente otras normas más concretas que presentarán ya la forma tradicional. En el segundo supuesto, la estructura normativa, sin dejar de ser general, es sí más evidente; sin perjuicio de posteriores desarrollos, podemos decir que en estas hipótesis se ha dado ya un paso más en la jerarquía normativa”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, págs.19-21, señala como las principales características de los Principios Generales, la principalidad, la generalidad, y la juridicidad o tecnicidad de los mismos, calificando a los mismos, por lo que respecta a la nota de principalidad “como soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento”.

⁴³¹ “Dado lo abierto de sus condiciones de aplicación, es prácticamente inevitable que, en un determinado caso, no haya un único principio aplicable, por lo que es usual que concurren varios que plantean exigencias contrapuestas y la ponderación es la manera de encontrar una solución a esa situación de tensión”. ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006 pág. 169.

Acerca de la existencia de una jerarquía entre los principios generales, FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 67-68, para quien: “Nosotros creemos que la jerarquía existe, pero no en la forma descrita, como estructura escalonada de especificación, sino como reflejo de los distintos valores acogidos o expresados por los principios. La

Puede verse de esta forma como, la construcción de los principios sobre la base de un supuesto de hecho genérico por un lado, y la ponderación entre sí de diversos principios para la aplicación al caso concreto, por otro, sitúan a los Principios Generales en la órbita de acción de los tribunales, los cuales, por un lado aplican dichos principios de forma implícita en su labor interpretativa de las normas jurídicas⁴³², y por otro lado, a través de la jurisprudencia que van asentando, mediante el análisis y estudio de los diversos casos que se presentan a resolución ante los mismos, extraen y fijan el contenido y alcance de cada uno de dichos principios⁴³³.

I.2 Los Principios Generales del Derecho en el ordenamiento jurídico español.

jerarquía relativa entre los principios estaría en relación directa, pensamos, con la jerarquía entre los valores; el rango es uno de los temas más apasionantes de la ius-axiología, y aquel donde la historicidad ejerce – quizá – mayor influencia. La jerarquía entonces no es rígida, sino relativa; no es reflejo de las condiciones sustanciales de los principios, sino la resultante de las condiciones de aplicación, de las particulares necesidades y circunstancias que tipifican a una sociedad determinada en un tiempo dado”.

⁴³² A este respecto señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales...*, ob.cit., págs. 23-24: “... es por demás absolutamente evidente, por de pronto, que la elección del criterio interpretativo, que es un *prius* lógico para poder abordar la comprensión de un texto, no puede hacerla el juez sin acudir a los principios generales, que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido a las instituciones y para articular éstas en el sistema general del ordenamiento. Desde esta base, hasta las últimas operaciones mentales de la interpretación, ésta está entera, y no puede no estar, por los principios generales; tal es la diferencia, como observa certeramente ESSER, entre una interpretación jurídica y una comprensión filológica de un texto, y la justificación del hecho elemental de que la interpretación de la ley escrita sea un menester técnico y no gramatical, para el cual hay que acudir armados con categorías y principios jurídicos”.

⁴³³ En este sentido DIEZ PICAZO, L., “Comentario al art. 1.”... ob.cit., pág. 12: “Por eso, se ha dicho que la doctrina jurisprudencial cumple tres tipos de funciones:...3. Una función de consagración de los principios jurídicos generales, extrayéndolos del ordenamiento y una función de aplicación a través de procesos de concreción de las reglas exigidas por tales principios”.

En el ordenamiento jurídico español, los Principios Generales del Derecho aparecen recogidos, como categoría jurídica sustantiva⁴³⁴, en el título preliminar del Código Civil, dentro del artículo primero, que como es sabido, tiene por objeto la fijación de las Fuentes del Derecho⁴³⁵.

⁴³⁴ “Creemos que sea cual fuera la fórmula utilizada, los principios no pierden su carácter de tales por haber sido positivizados, ni ven decaer su potencialidad jurídica. Aún en la hipótesis de positivación más especificada, el principio seguirá actuando en plenitud para generar nuevas normas, para dar marco a nuevas situaciones. Actuará unas veces como norma concreta (receptora o portadora de un principio), pero también seguirá actuando como principio en sí con las funciones que se le reconozcan dentro de cada sistema...La verdadera significación y trascendencia de la incorporación de los principios generales al ordenamiento reside en que los principios representan la forma de ingreso al sistema jurídico de los valores y convicciones éticas básicas de una comunidad. El ordenamiento para no convertirse en un pesado lastre, sino por el contrario, ser un instrumento útil para la convivencia, debe vincularse con los valores superiores – por un lado –, y con la realidad – por otro –. Los principios generales son la válvula que permitir la “oxigenación” de las normas concretas”. FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 71-72.

⁴³⁵ Art. 1 CC: 1. “Las Fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Del texto de este precepto, puede extraerse una doble función de los Principios Generales del Derecho en el ordenamiento jurídico español⁴³⁶: en primer lugar, los Principios operan como fuente del Derecho, presentando un carácter supletorio respecto a la Ley y la costumbre⁴³⁷; y en segundo lugar, los Principios Generales actúan también como principios informadores del ordenamiento jurídico⁴³⁸.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

⁴³⁶ Esta situación de reconocimiento de una pluralidad de Principios Generales y su doble función en el ordenamiento jurídico es una particularidad española, no sucede así en otros ordenamientos jurídicos. Especialmente llamativa, por la influencia que ha tenido en la construcción del origen y contenido de los Principios Generales en otros ordenamientos jurídicos, es el caso alemán, el cual sólo reconoce el principio de buena fe en sede de ejecución de contratos (art. 242 BGB), pero que, sin embargo, “la jurisprudencia alemana ha aplicado el precepto para fundar la función normativa de la buena fe tanto para suplir lagunas legales, como para fundar obligaciones accesorias o suplementaria para las partes tanto en el período precontractual como durante la vigencia del contrato e incluso tras la extinción del contrato. A través del precepto la buena fe ha sido utilizado como principio informador que debe guiar a las partes en la ejecución del contrato y, por supuesto, como límite al ejercicio de los derechos derivados del contrato, incluyendo la doctrina del abuso de derecho” RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág. 65.

⁴³⁷ En contra del carácter supletorio de la configuración de los Principios Generales, FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., pág. 57, para quien: “Nosotros entendemos que hablar de una fuente subsidiaria significa restar importancia a los principios. Si los principios informan el ordenamiento, son normas a la par de las demás normas legales, no en un peldaño inferior; y como tales normas, actúan siempre en diversos sentidos, pero adquieren particular relevancia frente a aquellas situaciones nuevas que requieren un marco normativo que no figura en el repertorio legal”.

⁴³⁸ Es importante en este punto la matización que realiza FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 178-179: “A raíz de la modificación del Título Preliminar del Código civil español, el artículo 1.4 incorporó la mención expresa de la función “informadora”. Ante el nuevo texto muchos autores han manifestado opiniones que inducen a pensar que esa función surge o depende del reconocimiento positivo de la misma...El

En su función como fuente del Derecho, los Principios Generales del Derecho sirven como instrumento para la resolución de las controversias planteadas ante los órganos judiciales que contengan problemas jurídicos no susceptibles de ser objeto de subsunción bajo ninguna institución legal o consuetudinaria. Es por ello, que la aplicación de los mismos tiene un carácter marcadamente jurisprudencial, siendo la jurisprudencia la que determina su contenido y alcance, tanto ante la falta de previsión normativa por parte del ordenamiento jurídico, como, en el ámbito contractual, ante la falta de previsión por las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad⁴³⁹.

Por lo que respecta a su actuación como principios informadores del ordenamiento jurídico, los Principios Generales del Derecho establecen una serie de directrices genéricas y orientadoras de la labor del legislador⁴⁴⁰, de forma

ordenamiento positivo puede reconocer expresamente en un texto esta función de los principios, pero sólo reconocerla, pues su cumplimiento es esencial a la naturaleza misma de los principios. Es por eso más acertada la expresión que emplea GARCÍA VALDECASAS cuando afirma que el nuevo texto “alude expresamente a su carácter informador”.

⁴³⁹ En este sentido, señala RUIZ PERIS, J.I., *Intrusión en la clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág. 63: “ Su aplicación (de los Principios Generales del Derecho) es, por tanto, fundamentalmente jurisdiccional – independientemente de su reconocimiento legal por el ordenamiento – y obligan a los órganos jurisdiccionales y árbitros del Derecho a una interpretación y aplicación conforme de las normas, incluidas aquellas que regulan el contrato que tiene fuerza de Ley para las partes – función interpretativa –, a la resolución de problemas no regulados de acuerdo con la idea fuerza que expresan – función normativa –, y en el ámbito contractual, al establecimiento de obligaciones o deberes específicos para las partes del contrato – función integradora –”.

⁴⁴⁰ La concepción de los Principios Generales del Derecho como principios-directriz aparece en la obra de por TARDÍO PATO, J.A., *Los Principios Generales del Derecho...*, ob.cit., pág.165: “La razón de ser de los principios-directriz es el establecimiento de normas que establecen la necesidad de cumplir con una finalidad, de alcanzar un estado de cosas, dejando un margen más o menos amplio para optar entre diversas medidas tendentes a la realización de tal fin o logro de tal estado. Por eso se indica que

que la normativa emanada del mismo deberá ser conforme, en última instancia, con el contenido de tales principios previos⁴⁴¹ y, asimismo, la interpretación que se realice de las normas en cada caso, deberá realizarse conforme al sentido de dichos principios⁴⁴².

estamos ante normas de fin, a diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, que son normas de acción”.

⁴⁴¹ Explica que FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., pág. 52: “Informar consiste pues, en infundir sentido y vida, contribuir a configurar los perfiles axiológicos de un determinado sistema. Tal es la función que despliegan los principios generales. A su vez, si estos principios informan el ordenamiento, le dan una fisonomía propia y lo legitiman. La función legitimante está comprendida dentro de la de “informar”; el sistema debe responder a ciertas coordenadas axiológicas representadas sintéticamente por los principios, sólo en la medida que se respete estas directrices será legítimo, es decir, valioso”. Añadiendo la autora en la pág. 177 que: “En efecto, quienes reconocen que los principios generales desempeñan esta función (informadora), no tienen más remedio, si pretenden coherencia, que admitir que los principios pre-existen a las normas concretas que no son más que revestimientos más o menos técnicos, con mayor o menor precisión formal, de la sustancia encarnada por los principios. Informar, hemos dicho, es servir de fundamento, actuar como guía, orientar, dar sentido; para poder realizar estas tareas es imprescindible que los principios existan antes que el ordenamiento positivo”.

En el mismo sentido, DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, pág. 64: “De este modo, las reglas particulares del derecho no son realmente inteligibles si no se las pone en relación con los principios de los cuales descienden; si bien éstos pueden no estar, y la mayor parte de las veces, no están, formulados en el Código. De aquí la necesidad, incluso para la acertada práctica judicial, de una honda elaboración científica del derecho, es decir, de una construcción lógica y sistemática del mismo, en la cual las ideas directrices y los principios informadores de todo el sistema ocupen, naturalmente, el primer lugar, en relación con las disposiciones particulares. El estudio de éstas puede solamente dar lugar al conocimiento de aquellos principios, mediante el referido procedimiento retrospectivo, en cuanto precisamente los principios mismos habían ya informado con anterioridad las normas particulares; las cuales, no obstante, sólo en parte reflejan”.

⁴⁴² Acerca de la función como principios informadores del ordenamiento jurídico y su relación y efecto sobre otras normas jurídicas, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al art.1”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., coord. Aranzadi, Elcano 2001, pág.23: “En

A parte de su caracterización en cuanto categoría jurídica sustantiva, aparecen también a lo largo del articulado del Código Civil diversas referencias expresas a algunos de estos principios, tanto en sede de teoría general normativa, como en sede de regulación de tipos negociales específicos⁴⁴³.

II. Principios generales y deberes de conducta en las relaciones de gestión: La representación voluntaria y la representación orgánica.

Una vez expuesto el significado de los Principios Generales del Derecho, su concepción actual y su incorporación al Derecho positivo en el ordenamiento jurídico español, a continuación se analizará uno de los ámbitos del Derecho Privado en el que tales enunciados, precisamente por el supuesto de hecho genérico que recogen, constituyen la herramienta más eficaz para ordenar y fijar límites a la libertad de actuación

primer lugar, (los Principios Generales del Derecho), fundamentan o informan el ordenamiento jurídico, pudiendo dar lugar a la derogación de las leyes que entren en contradicción con ellos, o a una interpretación restrictiva de las mismas. La mencionada derogación se encuentra expresamente prevista para las leyes que sean contrarias a los principios constitucionales (arts. 161 y 164 CE). Además como informadores del ordenamiento jurídico, sirven también para interpretar la ley (STC 2 febrero 1981), que debe entenderse en concordancia con ellos (art. 5.1 LOPJ), dando lugar en su caso, según la mayor o menor sintonía de la ley con los principios generales, a una interpretación extensiva, normal o restrictiva de aquella, así como a su utilización o rechazo para la analogía, con el fin de integrar las lagunas de la ley y la costumbre”.

⁴⁴³ Así sucede, por ejemplo, con el principio de buena fe, que aparece recogido en el art. 7.1 del Capítulo III del Título Preliminar del CC que lleva por rúbrica “ de la eficacia general de las normas jurídicas”, como en el art. 1258, en sede de las disposiciones generales en materia de contratos:

Art. 7.1 CC: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

Art. 1258: ““Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”

individual de las partes en la ejecución de sus prestaciones: las relaciones de gestión.

Se entiende por relación de gestión “aquella relación jurídica en la cual una persona, denominada gestor, se obliga a realizar una actividad o prestación de servicios a favor de otro, denominado principal, actuando por cuenta e interés ajenos, mediante la realización de actos o negocios jurídicos, dirigidos a cumplir los fines económicos encomendados por el principal”⁴⁴⁴.

De la anterior definición se extrae que el objeto de la relación de gestión lo constituye el comportamiento o actividad (obligación positiva de conducta) a la que se ha obligado el gestor frente a su principal, que puede recaer sobre un bien aislado o el conjunto de un patrimonio (simple gestión vs. administración), que en la medida que su objeto lo constituye un comportamiento o actividad, constituye una obligación de medios y no de resultado⁴⁴⁵, que puede ser momentánea o duradera (en este último caso, existirán unas necesidades especiales de organización y gobierno) y que incluye tanto la

⁴⁴⁴ La definición es de RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, Madrid, 2010 pág. 32.

Una caracterización más amplia de la figura puede encontrarse en la tesis doctoral de dicho autor: RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2004 págs. 220-221: “A partir de esta definición podemos considerar que la relación gestora se caracteriza por ser una relación jurídico-obligatoria. Presupone la existencia de dos sujetos entre los cuales media una determinada relación jurídica a través de la cual se materializan los fines gestores. La gestión es una relación de carácter obligatorio según la cual el gestor se obliga frente al *dominus* a realizar determinadas prestaciones por cuenta y en interés del principal. La fuente de las obligaciones gestoras encuentra su origen tanto en la ley, como en los contratos y cuasicontratos”.

⁴⁴⁵ Todas estas notas caracterizadoras de la gestión pueden encontrarse ampliadas con mayor extensión y abundante bibliografía en RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 35 – 43 e Id. *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador*, ob.cit., págs. 223 – 233.

realización de actos jurídicos como materiales, lo cual la distingue del mandato⁴⁴⁶.

La actividad gestora tiene por tanto como finalidad económica, la consecución de unos determinados objetivos para el principal, lo que caracteriza dicha actividad como una obligación por cuenta e interés ajeno, notas ambas que se integran en la propia causa del contrato de gestión⁴⁴⁷.

De esta forma, el gestor, en el ejercicio de su actividad gestora, se encuentra sometido a obligaciones de conducta

⁴⁴⁶ A este respecto afirma PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos: estudio crítico de sus caracteres y de su función práctica en el ordenamiento jurídico español*, Montecorvo, Madrid, 1986, págs 343-344: “La “gestión” que integra el contenido de la “*negotiorum gestio*” es un concepto genérico de alcance más extenso que la gestión propia del mandato. Si la gestión que haya de llevar el mandatario deberá, necesariamente, consistir en el desempeño de una actividad jurídica, no ocurre así con la del “*negotiorum gestor*”, que podrá tener un contenido material, como unánimemente admite hoy toda la doctrina. En este sentido, puede decirse que la gestión será el género, y el mandato la especie, y que abarca situaciones cuya analogía con el mandato no es defendible”.

⁴⁴⁷ Acerca de la causa concreta señala DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, ob.cit., pág.275: “Como decía en su momento f. d castro, causa es aquello que “se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico”, entendiendo la causa como causa concreta y distinta de la causa abstracta. La causa se configura así como el resultado que las partes quieren conseguir o el propósito práctico buscado, sin perjuicio de que la causa actúe también como el criterio que sirve para valorar o medir ese propósito práctico, y determinar de acuerdo con él, el grado de eficacia del contrato celebrado”.

Con mayor profundidad, sobre el tema DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 228-229.

En el caso de la relación gestora argumenta RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., pág. 51 que: “En la dirección aquí indicada, los criterios de la actuación en interés ajeno, junto con las funciones promotora y de protección del interés del principal, no sólo sirven a la función dogmática de construir el tipo gestor, sino que, al configurar el contenido causal de la relación, están presentes en toda lavida del contrato. A estos efectos, encuentra su trascendencia jurídica tanto en la interpretación como en la integración del negocio gestor (arts. 1286 y 1258 CC)”.

positivas y negativas: las primeras atienden a la realización efectiva de aquellas actividades necesarias para la satisfacción del interés ajeno, y las segundas se refieren a la obligación de abstención de realización de aquellas conductas que pudieran perjudicar u obstaculizar la conducta gestora en aras a la realización del interés del principal⁴⁴⁸.

En la relación de gestión, por tanto, la satisfacción del interés del principal se convierte en el bien jurídico que debe ser objeto de protección, puesto que configura la causa y razón de ser de la relación gestora. Dicha protección, se realizará mediante la imposición al gestor de deberes de conducta que garanticen la consecución y salvaguarda de dicho interés y que servirán para la interpretación e integración de la relación jurídica existente entre gestor y principal: el deber de actuación conforme a las exigencias de la buena fe y sus derivados, el deber de diligencia, así como el deber de lealtad⁴⁴⁹.

II.1 La representación como relación de gestión.

La representación es “aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de

⁴⁴⁸ Señala RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador*, ob.cit., pág. 242 que: “La finalidad ajena cumple así una misión de primer orden para la determinación e integración del contenido de la obligación gestora. De un lado, establece una directiva promotora hacia el interés ajeno y, de otro, limita la actuación del gestor al marco de comportamientos no interesados. A través de esta doble dirección, de actividad promotora y de delimitación de su poder frente al conflicto de intereses, es dónde encontramos la trascendencia de la finalidad ajena en el contenido de la relación gestora”.

⁴⁴⁹En general sobre la integración del contrato a través de los principios de actuación conforme a la buena fe y la lealtad, GODREAU ROBLES, M., “Lealtad y buena fe contractual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 68, núm. 609, 1992, págs. 291 – 344; SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, *Vniversitas*, núm. 108, diciembre 2004; GARCÍA AMIGO, M., “Integración del Negocio Jurídico” *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, núm. 23, 1981, págs. 77-106; LASARTE, C., “Sobre la integración del contrato: la Buena Fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del T.S. de 27 de enero de 1977)”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 64, 1980, págs. 50-78.

sus asuntos en relación con terceras personas”⁴⁵⁰. Nótese la presencia en la anterior definición de dos términos “gestión” y “terceras personas”, que constituyen los parámetros para clasificar a la relación representativa como una especie con autonomía propia dentro de la categoría de relaciones de gestión.

En este sentido, el término “gestión” refiere al hecho de que la actuación representativa conlleva siempre el desarrollo de una determinada conducta, sea esta jurídica o material, en favor de otra persona, lo cual sitúa a la representación en el ámbito de las relaciones gestoras⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ La definición es de DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 64.

⁴⁵¹ Así lo señala categóricamente DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 63: “No toda colaboración que se presta a otro se sitúa dentro de la idea de representación. Esta es una forma muy concreta de cooperación: aquella cooperación que consiste en la gestión y cuidado de bienes y de intereses ajenos. Es si se me permite la expresión una “cooperación gestora”. Esto quiere decir que para nosotros la idea que ilumina decisivamente el fenómeno de la representación es la idea de gestión de asuntos ajenos. En la base de toda situación representativa hay siempre una relación de gestión”.

Acerca de si la representación, como la gestión incluye tanto actividades meramente materiales como jurídicas, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 59 y 60, opta por restringir el ámbito material de la relación representativa a la “realización de una actividad jurídica que se manifiesta a través de declaraciones de voluntad, ya mediante declaraciones negociales (negocios jurídicos), ya a través de actos jurídicos”. Esta posición no es compartida por DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 83, con quien coincidimos en las afirmaciones del autor acerca de que: “En la doctrina es usual... que se piense que el objeto de la representación son siempre uno o varios negocios jurídicos, utilizando ahora la palabra en su sentido técnico, que el representante realiza en nombre del representado. Esta posición, lo hemos dicho ya, nos parece demasiado estrecha. Es cierto que la actividad del representante puede concretarse – e incluso es normal que se concrete – en la realización de uno o varios negocios jurídicos. Existe así una representación genuinamente negocial. Pero existe también representación cuando los actos realizados por el representante carecen del carácter de negocios jurídicos y son actos de naturaleza no negocial. No cabe duda de que el representante puede ejercitar los derechos y las facultades del representado. Por ejemplo,

Pero, a su vez, el término “tercera persona” se erige en parámetro diferenciador de la relación representativa frente a la gestora, pues mientras ésta puede desarrollar plenamente su eficacia en el marco de la relación bilateral existente entre gestor y principal, la relación representativa requiere como elemento constitutivo de la misma, la presencia de, al menos, tres sujetos diferenciados: el representado – también llamado principal o *dominus negotii* –, el representante – a veces llamado gestor o agente –, y el tercero con el cual se realiza el negocio o gestión representativa⁴⁵².

No obstante la especificidad de la relación representativa dentro del género de las relaciones de gestión, comparte con las mismas el hecho de que la actuación representativa se realiza por cuenta e interés del representado⁴⁵³, lo que conlleva la

formular una reclamación extrajudicial, hacer un requerimiento o una intimación”.

⁴⁵² DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 64, acepta la postura de Ferrari al señalar éste que: “el ámbito de autonomía de la gestión de negocios ajenos frente a la representación resulta marcado exclusivamente por las hipótesis en las cuales la gestión se caracteriza por la realización de una actividad material que no implica relación alguna con terceros”.

En el mismo sentido RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., pág. 61 y *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador*, ob.cit., pág. 255-256, afirma que: “No se puede afirmar que gestión y representación sean figuras que se confundan. Aun cuando ambas respondan al esquema de la cooperación en la sustitución jurídica, la representación se caracteriza además por la actuación del gestor frente a terceras personas. Ello significa que la representación no integra los comportamientos gestores en los que no intervienen terceros, tal como sucede en los actos de formación de la voluntad de las personas jurídicas a través de los acuerdos sociales. Consiguientemente, la gestión, al acoger a unos y otros comportamientos, se configura como un fenómeno más amplio que la representación. En este sentido, entre las dos figuras -representación y gestión- se establece una relación de especialidad. La representación consiste en una especie del tipo general de gestión, que junto a la gestión orgánica, conforman los dos modelos de gestión”.

⁴⁵³ De forma muy gráfica DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 80, define la mayor protección de los intereses del representado como “*la ratio* misma de la representación”.

observancia por parte del representante de los deberes de conducta – Buena fe, diligencia y lealtad – antes reseñados.

Todas estas notas resultan predicables respecto de las dos especies que integran la categoría de la representación: la representación voluntaria y la representación legal⁴⁵⁴.

II.2 Los deberes de conducta en la representación voluntaria.

En la representación voluntaria, el núcleo del negocio jurídico se encuentra en la relación mantenida entre representante y representado – relación representativa en sentido estricto⁴⁵⁵ –, pues es en ella donde tienen lugar los negocios

RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 54-55 afirma, con abundante bibliografía que refuerza su postura que: “Siguiendo los postulados de la moderna doctrina de la representación, lo relevante no es tanto actuar en nombre de otro, sino el hecho de llevar a término una **cooperación en interés de otro**. Por esta razón, la justificación de su reconocimiento jurídico deriva de la protección de los intereses del representante”.

En el Derecho italiano esta actuación en interés ajeno está expresamente establecida en el art. 1388 Código Civile, así, GALGANO, F., *El negocio jurídico*, BLASCO GASCÓ, F., PRATS ALBENTOSA, L., trads. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 372: “El representante debe contratar “en el interés” del representado (art. 1338); no puede utilizar el poder de representación que le ha sido concedido para realizar su interés (o el interés de un tercero) en lugar del interés del representado. Esto puede ocurrir si el representante concluye un contrato en una situación de conflicto de intereses con el representado...La situación objetiva de conflicto de intereses es por sí sola causa de anulabilidad del contrato...no es necesaria la prueba posterior de que el representante haya obtenido provecho, realizando el interés propio y sacrificando el del representado”:

⁴⁵⁴ Acerca de las diferencias entre el régimen de cada especie y a favor de la conveniencia de su tratamiento conjunto dentro de una misma categoría jurídica vid DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., págs. 48 a 51.

⁴⁵⁵ DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 68: “La relación representativa, en cambio, es el conjunto de derechos y de deberes que entre dos personas surgen por el hecho de que una de ellas esté actuando como representante de otra o gestione sus intereses. Está formada por el conjunto de derechos y deberes que entre tales personas surge como consecuencia de aquel hecho”; distinguiendo en la pág. 66 el autor entre: “...la relación originante de la representación (que puede ser un contrato de

jurídicos de mandato y/o apoderamiento del representante⁴⁵⁶ que legitiman la actuación de este último frente a terceros en el tráfico⁴⁵⁷.

mandato, de servicios de trabajo, de sociedad, una gestión de negocios sin mandato, etc.) y la relación representativa, entre representante y representado, a la cual habremos de aplicar la disciplina normativa del mandato, cualquiera que sea la relación interna en que se funde”.

En el mismo sentido, LEÓN ARCE, A., “La representación”, *Negocio jurídico y representación*, Guías de estudio La Ley, Madrid, 1989 págs. 243-245.

⁴⁵⁶ Sobre la distinción entre mandato y poder DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., págs. 35-37: “WINDSCHEID distingue en una somera nota de pie de página, las figuras del mandato y del poder del siguiente modo: mandato significa que uno debe o está obligado a hacer algo, mientras que poder supone que uno tiene la potestad de hacer; el mandato es una relación obligatoria entre el mandante y el mandatario, mientras que la idea de poder designa la posición jurídica individual de la persona del apoderado, contemplada, sobre todo, desde el lado externo, es decir, por los terceros que contratan con él; finalmente, cabe un mandato sin poder – como cuando el mandatario actúa con su propio nombre- y un poder sin mandato. Hasta aquí WINDSCHEID.

Esto no es exacto y conviene perfilar la distinción, piensa LABAND. Es cierto, dice, que mandato y poder puede coincidir; en el mandato que yo confiero a otra persona para que celebre un negocio jurídico “por mi cuenta”, existe con frecuencia el poder para que lo celebre “en mi nombre”. Acaso sea posible, incluso, afirmar que se presume que todo mandatario, si lo contrario no está prescrito expresamente por la ley o exigido por la naturaleza de la relación, está “autorizado” para actuar como representante del mandante. Sin embargo, es menester conservar clara la idea de que mandato y poder sólo coinciden de manera ocasional, pero no necesariamente y que de ninguna manera puede decirse que constituyan el lado externo y el interno de una misma relación, porque en realidad son dos relaciones distintas”... de todo ello concluye el autor que: “De todo ello resulta que hay mandatos sin poder, poderes sin mandato y, por último, que el poder y el mandato pueden ocasionalmente coincidir. Por ende, una ayuda separación de estos dos conceptos es una necesidad jurídica. Hay dos negocios jurídicos –mandato y poder- que tienen diferentes presupuestos, diferente contenido y diferentes efectos”.

⁴⁵⁷ “Es necesario acudir a la idea de legitimación, efectivamente, para explicarse la producción de efectos directos del acto del representante en la esfera jurídica del representado. Ello es muy claro en los supuestos que más arriba denominábamos de representación directa o de *agere nomine alieno*. También lo es en el *agere nomine proprio*, si se admite, como nosotros

De acuerdo con todo lo anterior, es claro que entre representante y representado existe una relación que puede calificarse como de confianza o *intuitu personae*⁴⁵⁸. Dicha calificación no es inocua, sino que el elemento de confianza constituye en sí mismo un parámetro esencial en la configuración de la relación, debiendo ser tomado en consideración para la interpretación e integración del contenido de los derechos y obligaciones de las partes⁴⁵⁹.

admitimos, su eficacia directa en algunos casos: la hipótesis del mandato para enajenar es el supuesto más claro. No hay transmisión de la cosa del mandante al mandatario que posee para ellos una especial legitimación. En los demás casos de representación sin efectos directos para el *dominus negotii*, el recurso a la idea de legitimación no parece necesario, ni conveniente. Piénsese que, realizado el negocio jurídico por el representante en su propio nombre, la relación de gestión subyace a tal acto jurídico surtirá sus efectos normalmente entre el representante y el principal, pero no respecto del tercero, por lo cual el representante no necesita ninguna legitimación especial para el negocio. Porque son dos cosas distintas, una que el “interés” gestionado sea ajeno y otra que el “negocio” realizado para gestionar ese interés tenga que ser necesariamente ajeno. El recurso a la idea de legitimación es útil e incluso necesario cuando los efectos del acto del representante surten efectos directos en la esfera del representado, pero no en los demás casos, que, según la idea de que nosotros hemos partido, son también representación”. DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág 61.

⁴⁵⁸ Así afirma DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 99 que: “La relación representativa encuentra su base y su fundamento en un vínculo de confianza y fidelidad entre representante y representado. Se sigue de ello, ante todo, que la relación descrita posee un carácter marcadamente personal que, a su vez, va a influir poderosamente en el régimen jurídico de la institución”.

En el mismo sentido, LEÓN ARCE, A., “La representación”, ob.cit., pág. 250: “La relación representativa encuentra su base y fundamento en la confianza entre representante y representado, por lo que tiene un marcado carácter personal y una gran relevancia las cualidades personales de las partes y su comportamiento”:

⁴⁵⁹ Así por ejemplo, y respecto la utilización del principio de Buena Fe como criterio para la integración contractual, SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios...”. ob.cit., pág. 301: “Las aplicaciones concretas del principio de buena fe como verdadera fuente de integración, se presentarán particularmente en los contratos en los que el elemento confianza

Así, en primer lugar, la confianza existente entre representante y representado determina que la relación establecida entre los mismos sea una relación cualificada por razón de la importancia que reviste el elemento personal en la misma, por tanto, una relación *intuitu personae*. Como consecuencia de esto, a las partes no les resulta indiferente la identidad de la persona que ocupe una u otra posición en la relación representativa⁴⁶⁰, sino que la concreción en la identidad de la contraparte se convierte en un elemento determinante para la celebración del negocio jurídico, pudiendo dar lugar a la anulación del mismo en caso de modificación⁴⁶¹.

Por otra parte, la relación de confianza entre representante y representando determina la existencia de unos deberes secundarios o accesorios de conducta que, con origen en el Principio de Buena Fe y de acuerdo con la naturaleza y finalidad del contrato⁴⁶², complementan los deberes recogidos de forma

sea esencial, pues es en estos negocios jurídicos en los que la buena fe adquiere protagonismo especial para integrar la norma reguladora, originando derechos y deberes específicos y propios”.

En el mismo sentido, GARCÍA AMIGO, M., “Integración del Negocio Jurídico”, ob.cit., pág. 104: “Las aplicaciones concretas del principio de buena fe dentro del campo negocial se producirán, sobre todo, en aquellos actos que impliquen confianza recíproca; por tanto, especialmente en los bilaterales o plurilaterales”.

⁴⁶⁰ Se distingue así el carácter *intuitu personae* de la relación representativa respecto del carácter *intuitu instrumenti* que algunos autores atribuyen a los contratos de larga duración entre las partes que se dan en el seno de las redes empresariales. Así por ejemplo, Vid. IGLESIAS PRADA, J.L., “Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil”, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría* (AA.VV), Civitas, 1978, págs. 277-278.

⁴⁶¹ Así en sede de error como vicio del consentimiento, art. 1266 CC: “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo”.

⁴⁶² Al respecto y con abundantes citas de bibliografía, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 162-164: “Como expresión de un principio jurídico, la buena fe no es un concepto ni

explícita por los contratantes en el mismo, con la finalidad de asegurar la adecuada realización o consecución del interés común perseguido por ambas partes⁴⁶³.

De entre estos deberes secundarios de conducta destacan los deberes de información, consulta y rendición de cuentas al principal⁴⁶⁴, así como los deberes de custodia y conservación de la cosa objeto del negocio representativo⁴⁶⁵, todos ellos

puede ser objeto de definición. Su manifestación a través de la cláusula general comporta su carácter indeterminado, lo que la hace idónea para adaptarse a una amplia diversidad de situaciones. En efecto, en orden a su aplicación, la buena fe no puede ser subsumida de forma inmediata en supuesto alguno, por lo que requiere de un proceso de concreción que la llene de contenido para un supuesto o un grupo de casos. En este proceso, el deber de buena fe se concreta a su vez en deberes especiales, deberes de conducta o deberes accesorios exigibles entre las partes contratantes. Estos deberes determinan nuevas obligaciones, tanto en la fase precontractual como en la fase de ejecución del contrato. Por consiguiente, la buena fe es fuente de producción de especiales deberes que contribuyen a determinar el contenido y ejecución de la prestación, con la finalidad de proteger el interés del acreedor y como medio de tutela de los intereses y los fines propios de una específica relación jurídica”.

⁴⁶³ En este sentido, SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios...”. ob.cit., págs. 304-305: “Los deberes a los que estamos haciendo alusión (deberes secundarios de conducta), dado que tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes, son impuestos tanto al acreedor como al deudor de la relación obligatoria, pero es en relación con la actividad de este último, en la que encuentran mayor desarrollo. Su carácter secundario o complementario se predica de la ejecución o cumplimiento del deber de prestación, que, en todo caso, se sigue considerando como la finalidad principal perseguida por las partes”.

⁴⁶⁴ Según Díez PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 103: “El carácter fiduciario o basado en la confianza que posee toda relación representativa impone como consecuencia natural, el nacimiento de unos deberes de comunicación que *grosso modo* pueden encuadrarse en el marco de lo que en la teoría general de las obligaciones se llaman deberes accesorios o deberes de conducta”.

El fundamento legal de dichos deberes puede encontrarse, en el caso de la representación en el art. 1720 CC, mientras que en el caso de la comisión y con más detalle en los arts. 255, 258 y 260 Cdc.

manifestaciones a su vez del deber de diligencia que pesa sobre el gestor de negocios ajenos ex arts. 1719 CC y 255 Cdc⁴⁶⁶.

Por otro lado, como consecuencia también de la relación de confianza mantenida entre las partes se deriva que la actuación del representante en el ejercicio de su actividad representativa se encuentre sometida a un *deber de lealtad* respecto de su

⁴⁶⁵ Art. 265 Cdc: El comisionista responderá de los efectos y mercaderías que recibiere, en los términos y con las condiciones y calidades con que se le avisare la remesa, a no ser que haga constar, al encargarse de ellos, las averías y deterioros que resulten, comparando su estado con el que conste en las cartas de porte o fletamento, o en las instrucciones recibidas del comitente”.

En cambio, por lo que respecta al mandatario o representante civil, el Código Civil no prevé un artículo análogo al 265 Cdc, si bien la obligación de conservación de la cosa se entiende incluida dentro del deber general de diligencia del representante.

⁴⁶⁶ Art. 1719 CC: “En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante. A falta de ellas, **hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia**”.

Art 255 Cdc: “En lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Mas si estuviese autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, **hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio...**” (La negrita es nuestra).

Comentando este estándar de diligencia señala DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 103 que: “El canon o modelo de comportamiento gestor es, pues, un estándar de conducta normal o de conducta media: aquella que normalmente cabe esperar y, por consiguiente, la que es usual o acomodada a los usos generales del tráfico... La conducta normal o conducta usual en la ejecución de la prestación de gestión debe acomodarse a la naturaleza del asunto o negocio en el que la gestión se despliega. Esto quiere decir que deberá atenderse a la manera usual de llevar los asunto sde un tipo similar. Si existe para ellos una técnica determinada, deberán seguirse las reglas de dicha técnica. Si el representante es un profesional, las reglas de su profesión u oficio constituyen también un criterio de integración de la prestación de gestión”.

Sobre este último inciso, veáse en el apartado siguiente el fundamento y contenido del deber de diligencia del administrador social.

representado o principal⁴⁶⁷. Dicho deber conlleva la abstención de realización, por parte del representante y con ocasión de la relación representativa, de conductas que puedan suponer en beneficio del primero, un perjuicio para el interés del principal por el cual se actúa. Este deber genérico de actuación deberá, no obstante, ser objeto de un proceso de concreción mediante la tipificación de una serie de obligaciones de conducta positivas y negativas a las que se encuentre sujeto el representante y que permitan la aplicación de dicho deber a casos concretos⁴⁶⁸.

Se predica también en la relación representativa, la existencia de un *deber de fidelidad* del representante respecto al representado que, como se ha dicho antes, trae su origen del principio general de actuación conforme a las reglas de la buena fe⁴⁶⁹. En este sentido la fidelidad implica una obligación de

⁴⁶⁷ DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 106, califica este deber como “una particularización del deber genérico de fidelidad engendrado por la confianza...con carácter general esta idea puede encontrar su apoyo en el criterio o principio de la buena fe como lo enuncia el art. 1258 (consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes con la buena fe), y en el criterio general de la diligencia aplicable a los negocios de gestión que consagra el art. 1719”.

⁴⁶⁸ Un listado con carácter meramente enunciativo de las obligaciones de conducta específicas en las que se concreta el deber de lealtad puede encontrarse, en el ámbito de la representación en DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., págs. 106 – 109: obligación de destinar los bienes y capital recibido al fin que constituye el objeto del negocio representativo, obligación de comunicar al principal la eventual existencia de un conflicto de intereses, prohibición de competencia salvo autorización del principal, exclusividad en la actuación representativa, salvo autorización del principal, no aprovechamiento de las oportunidades de negocio de las cuales tenga conocimiento con ocasión del desempeño de su cargo como representante, y deber de secreto.

Nótese el paralelismo entre estos deberes secundarios de conducta derivados del deber de lealtad del representante y la tipificación legal de los deberes de lealtad del administrador societario, en la actualidad, arts. 226- 232 TRLSC.

⁴⁶⁹ “Aunque falte en nuestro Código Civil un precepto que haga expresa referencia a dicho deber (deber de fidelidad), no cabe duda de que se trata en todo caso de algo que viene impuesto por el juego del principio general de buena fe. Fidelidad implica de modo general la necesidad de comportarse como cabe esperar de acuerdo con la confianza depositada (*servare fidem*).

actuación en aras a la satisfacción del interés del representado, debiendo primar la consecución de este objetivo respecto de la realización de otro tipo de actividades por parte del representante que, beneficiando a su interés propio, directa o indirectamente pudieran afectar a la realización del interés del representado⁴⁷⁰.

La confianza impone que la tutela o el cuidado del interés gestionado adquiera preferencia incluso sobre los propios intereses del gestor” (subordinación del propio interés al interés ajeno gestionado). DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 100.

Una opinión discrepante puede encontrarse en RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág. 104, quien afirma que: “El ordenamiento español no configura claramente un deber del representante de anteponer el interés del representado al suyo propio, que a nuestro juicio se encuentra en el núcleo histórico y todavía actual del deber e fidelidad como el que surge en caso de estipulación de negocios fiduciarios”.

⁴⁷⁰ En un interesante artículo dedicado a delimitar los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores, EMBID IRUJO, J.M., atendiendo a la redacción dada por el art. 127 bis LSA (hoy subsumido en el deber de lealtad según la dicción del actual art. 226 TRLSC) al deber de fidelidad de los administradores, identifica éste con el deber de fidelidad de los socios, y se pronuncia a favor de la fórmula usada por el Derecho alemán para concretar las implicaciones para los socios de este deber: “En el ejercicio de las facultades que en su condición de miembros les asisten en interés de la sociedad, los socios se hallan obligados a realizar aquellas acciones que sirven a la promoción del fin social, así como a abstenerse de las conductas que se opongan a ella”. EMBID IRUJO, J.M., “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 46, 2006, pág. 23.

En el mismo sentido identificando las obligaciones negativas que imponen para los administradores el deber de fidelidad, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de las sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 23: “el administrador debe abstenerse de todas aquellas actividades que, aun reportándole un beneficio, supongan, sin embargo, un daño para la sociedad y, por tanto, aminores su valor. Una de las manifestaciones más notables de este deber de abstención es precisamente la de no desviar las oportunidades de negocio cuando se dé aquella circunstancia”. También LEÓN ARCE, A., “La representación”, ob.cit., pág. 250.

Nótese de este modo, la presencia en el ámbito de la relación representativa, de diversos deberes generales de conducta – buena fe, lealtad y fidelidad – y sus derivados que, como manifestaciones específicas de Principios Generales del Derecho, constituyen limitaciones a la libertad de actuación de las partes, es decir, limitan el ejercicio de derechos subjetivos por los sujetos intervinientes en una relación jurídica obligatoria concreta⁴⁷¹, acotando el ejercicio de su autonomía de la voluntad y flexibilizando el principio *pacta sunt servanda*⁴⁷².

Puede percibirse de esta forma como, la genérica función normativa e integradora de los principios generales del Derecho antes descrita, puede dar lugar, mediante su transposición al

⁴⁷¹ Acerca de las formas de consideración y funciones que desempeña la buena fe en el ordenamiento jurídico, DÍEZ PICAZO, L., “Prólogo”, *El principio general de la buena fe*, WIEACKER, F., Civitas, 1986, pág. 12: La buena fe es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y consecuencias: a) La buena fe es considerada, en primer lugar como causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma. b) La buena fe es tenida en cuenta en segundo lugar como una causa o una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe. C) La buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico”.

⁴⁷² RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., págs. 67-68: “En los ordenamientos que lo reconocen, del principio de buena fe traen su origen muchos otros que posteriormente han ganado autonomía como el de diligencia o confidencialidad. El principio de buena fe contiene, además, principios que se han convertido parcialmente en autónomos, como sucede con el principio de lealtad, que están en trance de convertirse en autónomos como el de confianza, e incluso que inician su andadura hacia la autonomía como el de *venire contra factum proprium*.”

El principio general de buena fe es, por tanto, en estos ordenamientos, una verdadera puerta estelar o pilar de creación de estrellas en términos astronómicos, por medio del cual se integran en el ordenamiento o nacen, otros principios generales que facilitan la resolución de los problemas antes indicados y la flexibilización del principio *pacta sunt servanda*”.

contexto de una relación jurídica determinada, a una organización de las posiciones y comportamientos de las partes en la misma, de forma que es posible atribuir a los Principios Generales una función organizativa en el seno de una relación negocial concreta⁴⁷³.

II.3 La gestión orgánica: los deberes fiduciarios de los administradores sociales.

La administración de las sociedades constituye una relación gestora con autonomía propia⁴⁷⁴ que se diferencia del resto de

⁴⁷³ Esta función organizativa de los principios generales del derecho es analizada, a propósito del papel jugado por el deber de lealtad como factor delimitador de los comportamientos de los distintos actores dentro de la teoría de la *corporate governance* por CAFAGGI, F., “Organizational Loyalties and Models of Firms: Governance Design and Standard of Duties”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol.6, 2005, págs. 463- 526.

⁴⁷⁴ La gestión orgánica se diferencia de la representación voluntaria en el carácter necesario de la misma para el funcionamiento de la sociedad y, respecto de la legal, por el margen de autonomía concedido a los socios a través de los estatutos para la configuración de la misma.

Respecto del mandato, la gestión orgánica se diferencia respecto del primero, por el carácter necesario de la segunda, por la fijación por ley del contenido y límites de la actividad administrativa respecto a la libre configuración por el mandante y el hecho de que, en el ámbito interno, en la gestión orgánica no y existe una relación directa asimilable a la que se da entre mandante y mandatario, sino que la relación es entre los administradores y el órgano que los nombra, no los socios. En detalle sobre estas diferencias, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 98 a 101.

Especialmente ilustrativa resulta la resolución de la Dirección General de Registros y el Notariado (DGRN) de 30 de diciembre de 1996 (R.A 9387), según la cual: “La representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades; es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el organismo actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista un supuesto de actuación “alieno nomine”, sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecida (autoeficacia); de esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: actuación vinculada, competencia exclusiva del órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros, y supeditación en todo lo

relaciones gestoras por desarrollarse en el entorno organizativo de una sociedad⁴⁷⁵.

Con todo, se trata de una relación genuinamente gestora, de forma que las notas de actuación por cuenta e interés ajeno, así como los efectos delimitadores que de dichas notas se derivan para la esfera de actuación jurídica del gestor, siguen siendo aplicables, si bien, modalizados por el contexto organizativo en el que se insertan⁴⁷⁶.

Una vez calificada la relación de administración de la sociedad como relación de gestión orgánica, es preciso señalar que la misma abarca dos tipos distintos de actividad: la actividad representativa o externa y la no representativa o interna⁴⁷⁷.

relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de la voluntad social...A diferencia de ella, la representación voluntaria se dirige a posibilitar la actuación de un sujeto distinto del titular de la relación jurídica con plenos efectos para este último (heteroeficacia), por lo que queda sometida a principios de actuación diferentes a los de la primera: su utilización, de carácter potestativo y su contenido, en todo lo concerniente al ámbito de la actuación representativa y a la actuación del apoderado, se somete a lo estrictamente estipulado en el acto de otorgamiento del poder, correspondiendo la decisión sobre su conveniencia y articulación, en sede de persona jurídica, al órgano de administración, al tratarse de una materia reservada a su ámbito de competencia exclusiva, sin perjuicio de la obligación de respetar las disposiciones estatutarias al respecto”.

⁴⁷⁵ A este respecto: “La singularidad que presenta la administración societaria frente a las demás categorías de relaciones gestoras reside en que la estructura organizativa del principal incorpora al gestor como uno de sus elementos esenciales. Ello equivale a decir que el gestor forma parte del sujeto al que se compromete a prestar servicio. Esta nota característica despliega una función relevante en la construcción doctrinal de la relación de administración y se pone de manifiesto en la contribución a explicar tanto la relación interna entre los sujetos como la comprensión de determinados elementos externos del comportamiento del gestor. RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 104-105, desarrollando la idea, con mayor profundidad, en las páginas 106 a 108.

⁴⁷⁶Vid. Supra 2.1

⁴⁷⁷ Aunque con base en la legislación anterior, es especialmente claro al respecto DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 76:

En el caso de las sociedades mercantiles, independientemente de la forma de organización de su administración social⁴⁷⁸, la atribución a los administradores de la facultad de representación de la sociedad frente a terceros se produce por ministerio de la ley⁴⁷⁹.

El origen legal del poder de representación conlleva que el estudio de la relación representativa no pueda abordarse desde la perspectiva de una simple relación negocial bilateral *inter privatos*. Por el contrario y debido al origen legal del poder de representación, si bien el poderdante (socios o fundadores) tendrán capacidad de decisión sobre la identidad de la persona o personas a la cual otorgarán el poder de representación, el contenido de dicha facultad representativa no podrá ser objeto de libre determinación por las partes, sino que, precisamente por su origen legal, deberá estarse al texto de la ley para conocer el alcance y límites de dicho poder de representación en cada caso⁴⁸⁰, ello no obstante, sin perjuicio del margen de maniobra

“A los administradores corresponde, conforme señalan los arts. 9 h) y 128 LSA, la administración y representación de la sociedad. Las facultades de gestión tienen carácter interno, mientras que las de representación lo tienen externo...Esta distinción entre gestión y representación, generalmente aceptada en nuestra doctrina societaria, con escasas excepciones, se apoya en las distintas notas características de cada una: deber, elasticidad, limitabilidad y esfera interna de actuación la primera y poder, rigidez, ilimitabilidad y actuación externa la segunda”. En el mismo sentido, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 116 – 121.

⁴⁷⁸ Llamamiento de todos los socios a la administración social en el caso de la sociedad colectiva (art. 129 Cdc), solo a los socios colectivos en el caso de la sociedad comanditaria simple (art. 148 Cdc), o en el caso de las sociedades capitalistas, confiando la administración a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración (art. 210 TRLSC)

⁴⁷⁹ Sociedad colectiva (art. 128 Cdc), sociedad comanditaria simple (art. 148 Cdc) y en el caso de las sociedades capitalistas art. 209 TRLSC.

⁴⁸⁰ En este sentido DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 132: “Los poderes *ex lege* en sentido estricto, son poderes de representación que nacen directamente de la ley y en los cuales es la ley quien los configura y quien determina su ámbito y su extensión. En un sentido más amplio es posible situar en el campo de los poderes *ex lege* una serie de hipótesis mixtas o híbridas, en las cuales, si bien la atribución del

que otorga el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad de los socios en la determinación de la organización social⁴⁸¹.

Idéntico esquema se repite en lo que respecta a la configuración de la administración no representativa o interna, en la que la ley delimita el campo de actuación y competencias del órgano de administración respecto de otros órganos sociales – especialmente Junta General –, sin perjuicio de nuevo del margen de maniobra concedido por la ley a la autonomía de la voluntad a través de los estatutos⁴⁸².

poder de representación en favor de una determinada persona tiene un origen voluntario, la configuración del poder y la delimitación de su alcance es algo que se encuentra predeterminado por la Ley, de manera que su contenido es siempre legal. Para aludir a esta última hipótesis se ha hablado en alguna ocasión de “poderes típicos”... Este es el caso, según creemos, de los poderes atribuidos a los factores mercantiles, a los administradores de las sociedades mercantiles ...”

⁴⁸¹ Art. 28 TRLSC: “En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”.

⁴⁸² Art.209 TRLSC Competencia del órgano de administración.-: “Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta Ley”.

El desarrollo de la forma de ejecución de la genérica función de gestión aquí enunciada se realiza mediante el régimen de deberes de los administradores (arts. 225 – 232 TRLSC), mientras que, por lo que respecta al ámbito de la representación: Art. 233. Atribución del poder de representación.- “En la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente. Art. 234. Ámbito del poder de representación.- “La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”

En uno y otro caso, el carácter legal de la configuración del contenido y límites de la facultad de actuación de los administradores sociales, no impide el influjo en esta sede de los Principios Generales, en especial, por lo que se refiere a su función delimitadora del contenido de la relación gestora, mediante la imposición de deberes de conducta a los administradores que, atendiendo a la finalidad y función económica de la administración – la actuación por cuenta e interés de la sociedad (interés ajeno) ⁴⁸³ –, establezcan límites a

Una visión más detallada de la exclusión de los socios de las facultades gestoras puede verse en RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 113- 116, señalando en la pág. 114 que: “El hecho de que los socios no tengan competencias en la gestión se explica porque estas competencias están reservadas a los administradores. La separación de competencias y la consiguiente reserva de la gestión a los administradores se justifican por la falta de legitimación originaria del socio para gestionar la sociedad. Al ser la sociedad un ente abstracto, pero con capacidad de obrar, tanto los socios como los terceros precisan identificar las personas que pueden actuar por cuenta de la sociedad. El socio no puede gestionar un patrimonio del que no es titular, habiendo transmitido su dominio a la sociedad”.

⁴⁸³ Un principio directamente derivado de esta actuación por cuenta e interés ajeno es el de lealtad, señalando RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador*, ob.cit., págs. 290-291: “La idea de actuación jurídica por cuenta de otro y en interés ajeno, presente en la administración, tiene suficiente fuerza explicativa como para unificar los conflictos de intereses en un supuesto único y aporta la base suficiente como para organizar unos principios generales de carácter normativo que ordenen y sancionen el comportamiento desleal. De otro, en la medida que el deber de lealtad no ha sido objeto de definición ni regulación general, ni tampoco existe una doctrina jurisprudencial consolidada, la existencia de un conjunto de relaciones que genéricamente desarrollan una misma función económica, en las cuales el derecho ha intervenido de manera fragmentaria, permite una reflexión sistemática conjunta. Esta orientación permite, de un lado, encontrar soluciones generales de carácter integrador para la configuración y aplicación del contenido de los deberes y también, de otro, proporciona el marco institucional a través del cual se pueden reconocer y distinguir soluciones diferentes para casos distintos”.

la discrecionalidad con la que cuentan en el ejercicio de su cargo⁴⁸⁴.

En este sentido, el administrador/representante de la sociedad, más allá de la naturaleza de la relación jurídica que lo liga con la sociedad⁴⁸⁵, en cuanto gestor de intereses ajenos, se encuentra en una posición de fiducia o posición fiduciaria⁴⁸⁶ respecto de la sociedad.

⁴⁸⁴ Acerca de esta función de delimitación, HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La Regla del - buen – juicio empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 24-25: “El carácter abstracto de dicha función (función general de representación de la sociedad del administrador), a la cual se unen otras organizativas y de gestión en la forma social de que se trate, precisa de su concreción en unos deberes generales que delimiten la conducta exigible a los administradores en el desarrollo de las actividades dimanantes de su posición en la estructura social...en la delimitación de estos deberes resulta preciso establecer un ajustado equilibrio entre el ámbito de la *discrecionalidad* de la que han de gozar los administradores en el ejercicio del cargo, en tanto que su capacidad decisoria vincula a la sociedad, y la exigencia de *responsabilidad* por incumplimiento o cumplimiento defectuosos de su función. En este difícil equilibrio, que dentro de la tradición angloamericana se traduce en el dilema entre la *authority-accountancy*, se han de mesurar los deberes de los administradores”.

Sobre la relación de contrapeso entre deberes y facultades, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, ob.cit., pág. 76: “Los deberes de los administradores vistos por la otra cara constituyen también sus poderes o facultades. Todas las facultades que les son atribuidas, constituyen al propio tiempo una obligación. Si solamente fuesen poderes, la consecuencia inmediata que se podría deducir sería que el ejercicio de la actividad de administración tendría carácter discrecional y, en consecuencia, los administradores podrían o no ejercitar a su arbitrio las facultades que les están atribuidas; sin embargo, estas facultades no les son otorgadas en interés propio, sino en atención a la consecución de un objetivo que es el interés social y siempre dentro del límite que impone el objeto social.

⁴⁸⁵ Acerca de la caracterización de la relación jurídica existente entre los administradores y la sociedad Vid. MORILLAS JARILLO, M^a.J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002, págs. 139 – 142.

⁴⁸⁶ En este sentido, TOFFOLETO, A., en *Derecho Italiano de Sociedades (Manual Breve)*, AA.VV, traducción al español por LATORRE CHINER, N y MARTÍ MOYA, V., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 296: “En efecto, es

La fiducia, que tiene su máxima expresión en el *trust* del derecho anglosajón⁴⁸⁷, se fundamenta en la existencia de una

principio común del Derecho de sociedades a nivel internacional, aún con diversos matices, que los administradores desarrollan sus funciones basándose en una relación de naturaleza fiduciaria que los une a la colectividad de los socios a través de la sociedad. Los administradores, en el ámbito del ejercicio de sus funciones, no pueden tener otra guía que el interés de la sociedad. Repugna la idea de que éstos puedan inspirar sus actos en interés propio o de otros sujetos distintos de la colectividad de socios”.

Señala LLEBOT MAJO, J.O, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1996 pág. 46 que: “La característica propia de los deberes de los administradores consiste en que *el desempeño del cargo de administrador constituye una función*. En efecto, como sabemos, los administradores están obligados a desempeñar el cargo persiguiendo exclusivamente el interés social. Esta característica es la que permite afirmar que el desempeño del cargo de administrador tiene carácter fiduciario, pues las personas que lo ostentan deben desarrollarlo contemplando no su propio interés, sino sólo el interés de la sociedad que administran”.

En la misma dirección, ORIOL LLEBOT, J., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, ROJO, A., BELTRAN, E., (dirs.), Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2011, págs. 28-29: “La relación jurídica de administración surge plagada de potenciales conflictos de intereses entre los administradores y los socios como consecuencia de la separación entre la función de asunción del riesgo empresarial, asumida por los socios, y la función de administración de la empresa social, desarrollada por las personas titulares del cargo de administrador y comprensiva tanto de la gestión interna como de la representación de la sociedad... Los riesgos que suponen los potenciales conflictos de intereses y el carácter incompleto del contrato que fija la relación de administración entre administradores y sociedad explica y justifica tanto el significado como el contenido de la posición fiduciaria que éstos ocupan en las sociedades mercantiles”.

⁴⁸⁷ CUBILLOS GARZÓN, C., “Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica” *Revist@ e-Mercatoria*, Vol. 7, núm. 2, 2008: “Cuando se hace referencia al ámbito privatista al que se encuentra circunscrito a una “posición fiduciaria”, se hace alusión mercantil a un negocio jurídico inspirado en las reglas del *trust* de derecho anglosajón. En virtud de esos criterios, un sujeto (fiduciante - *settlor*) se obliga a transferir una propiedad (*trust property*) a otro sujeto (fiduciario - *trustee*) en quien existe la confianza y por tanto la relación contractual se traba en el momento de encomendarle la gestión o administración de los mismos; no obstante, es necesario aclarar que en este caso se obliga al *trustee* a actuar con la honradez, lealtad y constancia con un fin determinado, cual es que desempeñe la labor de gestión en

relación de confianza entre las partes⁴⁸⁸, por la cual el fiduciante (en este caso la sociedad), encarga al fiduciario

provecho de un tercero fideicomisario - *beneficiary*) de la *fiduciary relationship*, que bien puede ser el mismo settlor”.

Sobre los orígenes y difusión de la figura, GARRIGUES, DÍAZ-CAÑABATE, J., *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, ob.cit., págs. 45-46: “Las instituciones fiduciarias nacidas en el Derecho romano fueron evolucionando a lo largo del tiempo y según el espíritu de cada pueblo. En Inglaterra esas instituciones obtuvieron amplio desarrollo al amparo de una distinción de normas a la que era ajeno el Derecho continental, y que se adapta perfectamente a la íntima naturaleza del negocio fiduciario: la distinción entre el *Common law* y la *equity*. Pero la idea del negocio fiduciario típico, al que responde la antigua institución inglesa del use, se transforma y pierde quizás sus esencia al incorporarse a la institución del “trust”, como luego hemos de ver. Lo cierto es que la institución del “trust” inglés ha obtenido, tanto en su país de origen como en Norteamérica, una extensión mucho mayor que el pacto de fiducia romano para fines de administración o garantía: constituye más bien un principio general para la aplicación del Derecho en todos los casos en que la equidad exige la consideración de los intereses ajenos frente a la posición formalmente legitimada de un titular jurídico”.

Acerca de esta figura, en profundidad SCOTT, A.W; FRATCHER, W.F., *The law of trust*, Little Brown, Boston, 1987; ARROYO MARTINEZ, I., “Trust y ley civil”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 82, núm.1, 1983, págs. 95 – 108.

⁴⁸⁸ Analizando la figura del negocio fiduciario GARRIGUES, DÍAZ-CAÑABATE, J., *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, ob.cit., págs. 16-20: “Pero ¿qué es un negocio fiduciario? El adjetivo que acompaña al sustantivo nos indica ya que se trata de un negocio fundado en la confianza que nos inspira otra persona. Ahora bien, la confianza es un elemento psicológico que se encuentra en amplios sectores del Derecho de obligaciones. Podemos incluso decir que todo el Derecho de obligaciones está dominado por la idea de la confianza en el deudor... Ahora bien, si la confianza corre a lo largo de todo el Derecho de obligaciones, como el hilo rojo a lo largo de los cables de la Marina Real inglesa, hay ciertos contratos en los que el elemento psicológico de la confianza adquiere un rango predominante, hasta el punto que la mera desconfianza o la conducta desleal, aunque no llegue a ser antijurídica, son motivo bastante para resolver el contrato. Es el caso de los negocios llamados *intuitu personae*, entre los que se cuenta el mandato civil, la comisión mercantil, el depósito, el contrato de servicios mercantiles, la sociedad colectiva, etc.”

(administrador/representante,) la realización de una determinada prestación en el interés del primero⁴⁸⁹.

Como consecuencia de lo anterior – y sin ánimo de pretender identificar la relación de administración con la de la fiducia⁴⁹⁰ –, los administradores/representantes de la sociedad se encuentran sometidos a unos especiales deberes de conducta, los deberes fiduciarios⁴⁹¹, los cuales delimitan con carácter general el

⁴⁸⁹ Acerca de la causa del negocio fiduciario, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, ob.cit., pág. 407: “...si conforme al artículo 1274, la simple promesa de una cosa o servicio puede ser causa en los contratos onerosos: Este servicio consistirá, en nuestro caso, en el deber del fiduciario de servirse de la cosa o del derecho conforme a las instrucciones del fiduciante y restituirlos de acuerdo con estas instrucciones. La *causa fiduciae*, identificada con la finalidad del mandato o garantía, visible en el negocio obligatorio, es la que constituye la causa de ese negocio complejo que llamamos fiduciario”.

Asimismo GALGANO, F., *El negocio jurídico*, ob.cit., pág. 441: “El concepto de fiducia es usado en el lenguaje jurídico para indicar dos fenómenos diversos: b) para indicar una categoría contractual determinada, definida como contrato (o negocio) fiduciario, en virtud de la cual, la propiedad de un bien resulta transferida de un sujeto a otro con el pacto, llamado *pactum fiduciae*, que el segundo lo utilice para un determinado fin, alcanzado el cual debe volver a transferir el bien al primero”.

⁴⁹⁰ Una comparación entre el mandato y la fiducia, así como una crítica al recurso de la fiducia como institución para la calificación de la relación entre los administradores y la sociedad puede encontrarse en MORILLAS JARILLO, M^a.J., *Las normas de conducta de los administradores...*, ob.cit., págs. 103 – 115.

⁴⁹¹ GROSS BROWN, S., “Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el *business judgement rule*” *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 37, año 2011-2012, págs. 308- 310: “El derecho anglosajón (*common law*) ha desarrollado a través de la jurisprudencia (*in equity*) una serie de deberes fiduciarios a los que a los administradores sociales deben adherirse en cumplimiento de sus obligaciones, y que son (i) el deber de diligencia (*duty of care*) y (ii) el deber de lealtad (*duty of loyalty*)... Los deberes fiduciarios del derecho anglosajón emergen inicialmente de la potestad de un alto funcionario del reino de Inglaterra (el «Lord Chancellor») de administrar justicia al margen de los tribunales que inicialmente habían denegado procesos por incumplimiento de requisitos formales técnicos. Esta facultad del alto funcionario de administrar justicia se consideraba hecha «en equidad» (*in equity*), es decir sujeto a criterios morales, y más flexibles al estar libre de tecnicismos legales. Es en el derecho fiduciario (*trust law*) que los tribunales de equidad terminan de extender, en los siglos XVIII y XIX,

los deberes fiduciarios de los fideicomisarios (*trustees*) a los administradores sociales. Es así que los deberes de lealtad y diligencia son determinados y se van desarrollando judicialmente «en equidad».

Sin embargo, no es posible acotar estrictamente el ámbito de los deberes de los administradores a los márgenes de la doctrina del *trustee*, y así MANNING, B., “The Business Judgement Rule and the director’s Duty of Attention: Time for reality”, *Business Law Review*, núm. 39, 1984 pág. 1493: “Frente a los primeros casos de delincuencia por parte de los administradores societarios, los tribunales encontraron dos analogías doctrinales a mano e hicieron uso de ellas: Primero estaba disponible el modelo de la fiducia, el *trustee* o *guardian* que ha operado tradicionalmente bajo el ojo vigilante de los tribunales...Un director puede concebirse como con una especie de fiducia en la medida en que sus propios asuntos con la empresa se ven involucrados, pero no tiene sentido en absoluto concebir los administradores de una empresa como “fiduciarios” en el sentido de los *trustees* que están sujetos a las reglas de un “prudente inversor”. En su lugar, como alguien ha pensado, el concepto de prudente inversor se creó, precisamente, para diferenciar al trustee del más amplio universo de los negocios con riesgo, el verdadero universo en el que el consejo de administración se espera que viva y opere”. (La traducción es nuestra)

Así por ejemplo, PROCTOR G., MILES, L., *Corporate Governance*, ob.cit., pág. 5 señalan como los deberes de los directivos se presentan en varios lugares: en *common law* y *equity*, en los estatutos sociales, en las regulaciones no estatutarias y en los códigos de conducta y standards.

Respecto a los deberes de los directivos tal y como son descritos en *common law*: “tratan de asegurar que la conducta de los directivos, cuando están envueltos en el día a día empresarial, alcanza ciertos estándares mínimos. Estos deberes se pueden agrupar en dos categorías: Deberes de honestidad y buena fe, conocidos como *fiduciary duties*, y deberes de cuidado y capacidad (*care and skill*). Los deberes fiduciarios exigen que el directivo: actúe de la forma que crea que es más conveniente para el interés de la sociedad; el ejercicio de sus poderes de acuerdo con el propósito para el cual han sido concedidos; y no situarse a sí mismo en una posición en la que, su capacidad para realizar lo anterior se restrinja, o en la que exista un conflicto entre su deber y su interés individual”. (La traducción es nuestra).

Acerca del proceso histórico de extensión de los deberes fiduciarios propios de los trustees a los administradores sociales, CONAGLEN, M., *Fiduciary loyalty, Protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oregon, 2011, págs. 11-16.

ámbito de actuación de dichos sujetos por razón de la posición fiduciaria que ocupan respecto de la sociedad que administran/representan, y por cuyo interés deben procurar⁴⁹².

⁴⁹² De forma muy clara GUERRA MARTIN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 417 y 418 explica que: “Las relaciones fiduciarias, por su propia naturaleza, son relaciones abiertas y basadas en la confianza, y las obligaciones del fiduciario deben ser establecidas de modo muy genérico. El riesgo que tiene que asumir el beneficiario es, por ello, inherente a la naturaleza y estructura de esta relación: las facultades que se atribuyen con el fin de obtener algún tipo de beneficio, pueden también ser utilizadas de un modo perjudicial para sus intereses, ya que las posibilidades de actuación que tiene el fiduciario son siempre más amplias que los fines para los cuales ha sido autorizado para actuar...La cuestión que se plantea, por tanto, es cómo en una relación como la fiduciaria, abierta y basada en la confianza, el fiduciario puede ser inducido a hacer lo que es mejor para los intereses del beneficiario, sin que se haya especificado previamente la conducta que debe seguir y sin que quepa una supervisión directa sobre su actividad. La respuesta ha venido siendo dada en el Derecho estadounidense, y en general en el Derecho anglosajón, por los tribunales a través de la imposición al fiduciario de unos deberes de diligencia (*duty of care*) y de lealtad (*duty of loyalty*), denominados “deberes fiduciarios”, cuyo contenido se ha configurado y ha evolucionado a través de las distintas decisiones judiciales y que tratan de evitar, en el caso del primero, que el fiduciario pueda cometer una malversación de los bienes o valores del beneficiario e incurrir así en un acto delictivo y, en el caso del segundo, que el fiduciario pueda faltar a su obligación de gestionar los bienes o valores en interés del beneficiario, incurriendo en una omisión de sus deberes”.

Sobre esta misma cuestión y distinguiendo los negocios simplemente basados en la confianza de los negocios fiduciarios, GARRIGUES, DÍAZ-CAÑABATE, J., *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, ob.cit., págs. 19-20: “En mi opinión, el negocio de confianza es un negocio jurídico unitario previsto y regulado en todos sus efectos por la ley, la cual concede al que confía a otro sus intereses los recursos apropiados que garanticen la leal ejecución del contrato. Las facultades del deudor están limitadas por la propia ley, y es ella la que expresamente impone un deber de lealtad al mandatario, al comisionista, al socio colectivo, etc; y la que regula las consecuencias de la falta de lealtad. Pero en el verdadero negocio fiduciario el fiduciante lo juega todo a la pura confianza. Messina, en su monografía sobre los negocios fiduciarios, los caracteriza porque en ellos la confianza en la persona que recibe una atribución patrimonial (fiduciario), se considera como correctivo único de la heterogeneidad de los medios jurídicos empleados respecto a la

Estos deberes han sido objeto de una mayor atención en los últimos años al ser uno de los parámetros a tomar en consideración dentro del proceso de consecución de un adecuado nivel de buen gobierno corporativo⁴⁹³ – asunto de

finalidad económica. Dicho más claramente, la característica del negocio fiduciario reside en la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confía. Y esta potestad de abuso deriva de la transmisión al fiduciario de resortes jurídicos que este puede utilizar o en el interés del fiduciante – y esto es lo que debe hacer – o en el interés propio – y esto es lo que no debe, pero puede hacer –”.

⁴⁹³ Así por ejemplo, a nivel internacional la OCDE a través de sus *Principios de Buen Gobierno Corporativo*, de 2004, destaca en el apartado VI de los mismos *Las responsabilidades del Consejo* (pág. 24): “El marco para el gobierno corporativo deberá garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección ejecutiva por parte del Consejo y la responsabilidad de éste frente a la empresa y los accionistas”. En particular, “A. Los miembros del Consejo deberán actuar disponiendo siempre de la información más completa, de buena fe, con la diligencia y atención debidas y en el más alto interés de la sociedad y de los accionistas”.

A nivel doctrinal, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN DE VELASCO, G., (coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999, págs. 419-420: “No parece que sea exagerado afirmar que uno de los pilares fundamentales en los que descansa, o debería descansar, el movimiento conocido como “Gobierno de las sociedades” es el relativo a los deberes de los administradores”, añadiendo a continuación en cita en el texto de Garrigues Walker y Fernández de la Gándara: “las cuestiones básicas que se plantean bajo esta rúbrica versan en lo fundamental sobre la eficacia y responsabilidad de los Consejos de Administración. La eficacia se mide por los resultados: en qué medida el Consejo gestiona bien la empresa y como puede incentivársele para que lo haga mejor y aumentar con ello el valor de la compañía; la responsabilidad es, en buena medida, una cuestión de comunicación de la información y de transparencia, pero, sobre todo, de una adecuada delimitación de los deberes de lealtad y diligencia impuestos a los administradores”.

Igualmente SÁNCHEZ-CALERO GILARTE, J., “Crisis económica y gobierno corporativo”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 287, 2013, pág. 74: “El buen gobierno es una apelación al liderazgo de las empresas. Un liderazgo que es el resultado de competir entre ellas por contar con un mejor gobierno. Se trata de que las empresas diseñen y apliquen soluciones individuales en su gestión y en su actividad que terminen por convertirlas en referentes en la sociedad. No sólo porque cumplan el mayor número posible de recomendaciones, sino por superar éstas e ir más allá de aquéllas o, incluso,

renovado interés después de los escándalos empresariales de las últimas décadas que tienen como punto álgido el conocido caso ENRON sucedido en EE.UU en 2001 que dio lugar a la publicación de la Sarbanes-Oxley Act⁴⁹⁴ –, objetivo que, mediante la adopción de normas claras y precisas sobre transparencia y responsabilidad, pretende aumentar la confianza de los inversores en la empresa, permitiendo facilitar la fluidez de las operaciones en el tráfico, así como el acceso al crédito⁴⁹⁵.

En este contexto, la incorporación de los deberes fiduciarios de los administradores sociales a nuestro ordenamiento jurídico, se produjo mediante la elaboración de sucesivos informes sobre buen gobierno corporativo y modificaciones de la regulación de los deberes de conducta a los que se encuentran sometidos los

por discrepar y dotarse de un sistema singular que sea adecuadamente explicado. Que lo hagan, además, no como forma de adaptarse a un marco general y uniforme, sino como un rasgo diferenciador, surgido de su autonomía estatutaria, que dote a la empresa de un liderazgo no sólo económico, sino también político y competitivo”.

⁴⁹⁴ Para un análisis más detallado acerca de dicho escándalo, Vid. PIQUERAS BAUTISTA, R., “El nuevo marco del Derecho de sociedades”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, págs. 535-561.

Acerca del contenido de la Sarbanes-Oxley Act, vid WINSTON & STRAWN, “The Sarbanes-Oxley Act of 2002: What Corporate Directors and Executives Need to Know”, *New York Business Law Journal*, 2005, vol.9, núm.1

⁴⁹⁵ La cuestión de la buena gobernanza como un factor de creación de valor para la empresa es analizado por PAZ-ARES, C., “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Working Paper núm. 182, Barcelona, enero 2004, en el que tras identificar los dos ejes que definen la arquitectura de cualquier sistema de gobierno corporativo (el eje institucional, compuesto por el gobierno corporativo institucional, y el eje vertical, compuesto por el gobierno corporativo contractual), propone varios métodos de análisis (encuestas de opinión, ratings, estudios de experiencias singulares y análisis econométricos) que evidencian la repercusión positiva de un adecuado sistema de buen gobierno empresarial en la administración y rentabilidad de las inversiones, así como en la creación de confianza en el mercado acerca de la empresa en cuestión. En el mismo sentido Id. “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor” *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 251, 2004, págs. 7-60.

administradores en el ejercicio de su cargo⁴⁹⁶, iniciativas que trajeron como resultado, la toma en consideración del régimen de responsabilidad de los administradores sociales como un instrumento crucial en el proceso de consecución de una buena gobernanza corporativa⁴⁹⁷.

En la actualidad, y como consecuencia de todo el anterior proceso de reforma⁴⁹⁸, el vigente Texto Refundido de la Ley de

⁴⁹⁶ El Informe Olivencia de 1998, el Informe Aldama de 2003 y en 2006 el Código Unificado de Buen Gobierno de Manuel Conthe.

Para una exposición cronológica de este proceso de incorporación de los deberes fiduciarios al ordenamiento jurídico español a través de la política de mejora del buen gobierno corporativo, a efectos ilustrativos, el trabajo de FONT GALÁN, J.I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 25, 2005, págs. 71 – 107 y CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., “Deber de lealtad y conflictos de interés de los administradores, con especial referencia a los deberes de las sociedades cotizadas”, *Estudios de derecho del mercado financiero en homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, 2010, págs. 42-46.

Con carácter más general, acerca de la incorporación de la cultura desregulación-destipificación anglosajona al normativismo continental europeo, una de cuyas manifestaciones la constituyen precisamente los deberes fiduciarios de los administradores, Vid. ALONSO UREBA, A., “El Gobierno de las grandes empresas (Reforma legal versus Códigos de Conducta)”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN DE VELASCO, G., (coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999, págs. 95 – 135.

⁴⁹⁷ En especial véanse los trabajos, publicados durante este proceso de reformulación de los deberes de los administradores sociales por PAZ-ARES, C., “Deber de lealtad y gobierno corporativo”, *Gobierno corporativo y Derecho Penal, mesas redondas de derecho y economía*, BAJO FERNÁNDEZ, M., (dir.), BACIGAPULPO, S., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (coords.), Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008 págs. 15 – 73; Id. *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, Centro de Estudios, 2007; Id. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 20, 2003, págs. 67-109, Id. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2003.

⁴⁹⁸ Sirva como muestra del alcance de este proceso de reforma, la diferencia de redacción existente entre el primigenio y ahora ya derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto

Sociedades de Capital dedica los arts. 225 a 232 a la regulación de los deberes a los que se sujetan, en el ejercicio de su cargo, los administradores sociales. Dichos deberes constituyen los límites generales a los que actualmente se encuentran sometidos los administradores en el ejercicio de su poder de representación (gobierno corporativo institucional), todo ello sin perjuicio de su mayor concreción vía autonomía de la voluntad (gobierno corporativo contractual) a través de disposiciones específicas al efecto en los estatutos, reglamentos internos o códigos de conducta ⁴⁹⁹.

refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en su versión original, dedicaba un escueto precepto a la regulación de los deberes a los que se encontraban sometidos los administradores sociales en el ejercicio de su cargo: “Art. 127. Ejercicio del cargo.-1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. 2. Deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones”; con la actual regulación de los deberes de conducta de los administradores prevista en el TRLSC en la que los arts. 225-232, contienen una regulación mucho más extensa y detallada de dichos deberes.

⁴⁹⁹ Acerca de la calificación de los deberes de conducta como límites generales a la discrecionalidad de la actuación de los representantes sociales, HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales...*, ob.cit., pág. 26: “La complejidad de la función representativa, y en especial de la gestión empresarial, impide que la regulación dispense una solución *ex ante* para todas aquellas situaciones que haya de enfrentar el administrador. Más al contrario, la conducta debida ha de provenir de unos deberes generales que se manifiestan no ya sólo en el art. 127 y concordantes de la LSA, sino en toda la regulación que conforma su particular “Estatuto jurídico”. En todo caso, la posibilidad de autorregulación que se reconoce a la organización de las sociedades ha de respetar el derecho imperativo propio de cada forma típica societaria. Por ello, la integración de lagunas en materia de conductas de los miembros de los órganos de administración ha de ser respetuosa con los dictados generales de los deberes legalmente impuestos”.

En particular, por lo que respecta a la extensión y concreción de estos deberes vía autonomía de la voluntad, Vid. el interesante artículo también de HERNANDO CEBRIÁ, L., “La configuración estatutaria del deber de diligente administración”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 34, 2010-2011, págs. 125-165.

De todo este conjunto de deberes, dos destacan especialmente: el deber de diligente administración y el deber de lealtad⁵⁰⁰.

A) El deber de diligente administración.

El deber de diligencia delimita la primera de las funciones que debe realizar el administrador: la administración o gestión social⁵⁰¹. Esta labor de gestión, por su propia naturaleza, presenta un carácter extraordinariamente amplio, de forma que no puede ser objeto de acotamiento mediante regulación legal o dispositiva con carácter *ex ante*⁵⁰².

⁵⁰⁰ Para ORIOL LLEBOT, J., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”..., ob.cit., pág. 30: “El deber de diligencia y el deber de lealtad constituyen los deberes fiduciarios generales de los administradores porque partiendo del denominador común del deber de fidelidad, expresan la diversidad tipológica de los potenciales conflictos de interés entre socios y administradores y porque dados los elevados costes de establecer una regulación más detallada, prescriben de forma genérica la prestación que los administradores deben cumplir en el desempeño de su cargo”.

La presentación separada de estos deberes en el TRLSC, respecto a la situación anterior en la que aparecían fusionados en un mismo artículo es aplaudida por ESTEVAN VELASCO, G., “La administración de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, 2011 págs. 157-158, señalando que, con la nueva redacción queda más claro y delimitado cuál es el contenido que le corresponde a cada deber.

⁵⁰¹ Ante la ausencia de una regulación legal acerca del contenido concreto de la función administrativa que deben realizar los administradores sociales, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, ob.cit., págs. 79-82, expone las diferentes definiciones doctrinales que han surgido al efecto concluyendo que (pág. 81): “A modo de síntesis, de cuanto queda expuesto, podría concluirse que la administración a la que se hace referencia constituye un conjunto complejo de actos de muy diferentes clases, con una finalidad conservativa o productiva que, dentro de los límites fijados por el objeto social señalado en los estatutos, tienden al logro del interés social”.

⁵⁰² Al respecto, y en el ámbito anglosajón, cuna de estos deberes, de forma muy clara GUERRA MARTIN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses...*, ob.cit., págs. 419-420: “La imposibilidad de prever con anterioridad cada situación ante la que pueden encontrarse los administradores en el desempeño de su cargo hace que la formulación de estos deberes fiduciarios tenga un carácter muy general y flexible y que su

Es por ello que la delimitación de la discrecionalidad con la que cuentan los administradores en el ejercicio de su labor gestora, se haga en base a deberes de conducta generales (estándares⁵⁰³) que, derivándose de la nota de ajenidad que preside la actuación del gestor, integran el contenido jurídico de su relación para con el principal⁵⁰⁴.

regulación se haya llevado a cabo tradicionalmente por el Common law, con el fin de que fueran los tribunales los que en cada caso procedieran a su aplicación y determinaran la adecuación de la conducta de los administradores a los mismos. En época reciente, sin embargo, estos deberes, y en especial el de diligencia, han sido tipificados en algunas leyes societarias estatales, si bien al hacerlo los legisladores estatales han tenido presente el papel de la jurisprudencia como fuente de derecho y se han limitado, con carácter general, a establecer modelos de conducta de carácter genérico y flexible, que deberán ser aplicados posteriormente por los tribunales. De esta manera, son los tribunales los que, en cada supuesto, continúan determinando el contenido específico de cada deber y el grado de diligencia o lealtad exigible al administrador, en función de las particularidades de la sociedad y de las circunstancias concretas que concurran en cada caso”.

⁵⁰³ Para ALFARO AGUILAREAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 26, la razón del uso de estas cláusulas generales es: “por la imposibilidad de establecer en la ley las pautas de conducta a las que han de someterse los administradores cada vez que han de adoptar decisiones discrecionales. Dada la multiplicidad y variedad de entornos en los que tales decisiones han de ser tomadas, resulta más “eficiente” para el legislador establecer un sistema de control que se limite ex ante a definir el estándar genérico que habrá de ser utilizado ex post por los jueces para resolver el conflicto una vez que haya surgido”.

⁵⁰⁴ En este sentido LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, ob.cit., pág. 47-48: “Constituye una característica común al deber de diligencia y al deber de lealtad el que ambos deberes carecen de un contenido específico y determinado. La razón de esta indeterminación del contenido se encuentra en la propia naturaleza de la prestación que constituye el contenido de estos deberes. Así, en relación con el deber de administrar con diligencia parece claro que no sólo resulta imposible prever ex ante una solución para todas las posibles situaciones futuras en las que los administradores de la sociedad deben tomar decisiones, sino que, además, seguramente, sería perjudicial para la propia sociedad y, por tanto, para los accionistas, pues, en general, restringiría las posibilidades de actuación en interés de la sociedad que podrían desarrollar los administradores...Señalar la indeterminación y su justificación como

En el caso del deber de diligencia, los administradores deberán observar una serie de conductas de carácter positivo que, pese a su imposibilidad de ser objeto de exigencia previa vía legal o estatutaria, integran también, atendiendo al principio general de cumplimiento de las obligaciones jurídicas conforme a las exigencias de actuación de acuerdo con el Principio general de la buena fe⁵⁰⁵, así como la actuación en interés ajeno⁵⁰⁶, el contenido de la relación gestora⁵⁰⁷.

característica común a ambos deberes es importante pues, es esta característica la que, a nuestro juicio, explica que deba darse entrada, como veremos más adelante, a todas aquellas situaciones que aunque no contempladas expresamente en el art. 127 de la LSA de 1989 también constituyen, sin embargo, supuestos concretos de infracción de los deberes generales”. En el mismo sentido RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, *El gobierno de...* Ob.cit., págs. 422-423.

⁵⁰⁵ Para RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de sociedades de Capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, 2012, pág. 77 que: “La fundamentación primera de los deberes de los administradores se encuentra en el principio general de la buena fe. Con ello, los deberes de cuidado y de lealtad pueden ser tratados como principios o subprincipios derivados del deber general. A través del soporte normativo de la buena fe y de las funciones informadora e integradora que le corresponden, los deberes de los administradores pueden ser objeto de reconstrucción, allí donde la regulación legal no ofrece determinación suficiente”.

De acuerdo con este principio el autor utiliza un modelo de círculos concéntricos para explicar la relación entre los diferentes deberes de conducta a los que se encuentran sometidos los administradores sociales, pág. 75: “El marco general que permite ordenar los deberes de los administradores en su contexto, se construye mediante un régimen de círculos concéntricos presididos por el deber de buena fe que rige en todo el ordenamiento y, en particular, en el Derecho privado.

Bajo la categoría general de la buena fe se encuentra el círculo más reducido del deber de diligencia, que gobierna la posición jurídica del deudor en el ámbito de la contratación. Dentro de la esfera del deber de diligencia se ubica el deber de fidelidad, categoría que agrupa las normas de conducta aplicables a las relaciones internas en los contratos de colaboración. Finalmente, como una de las subespecies derivadas de la colaboración, se distinguen las relaciones de gestión de intereses ajenos, en cuyo lugar se ubica la relación obligatoria de administración de sociedades. En este círculo interno es dónde aparecen los deberes de cuidado y lealtad, como deberes de conducta propios del gestor de la sociedad. Con ello se completa el esquema obligatorio del

administrador, estableciéndose las conexiones de jerarquía y especialidad entre los distintos deberes de conducta”.

Junto a este marco general el autor destaca también el papel desempeñado por el *deber de fidelidad* como principio unitario y categoría general que “presenta un fundamento común en todas las relaciones de colaboración: la actuación de los administradores en interés de la sociedad”.

De forma más breve: Id. *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., pág. 159; Id. “Comentario al art. 225”, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, ROJO, A., BELTRÁN, E., (dirs.), T.I, Civitas, Madrid, 2011, págs. 1608-1610.

⁵⁰⁶ En el ámbito anglosajón la Buena Fe aparece en sus inicios como un parámetro a considerar en la actuación de los administradores dentro del marco de aplicación de la Business judgement rule, así MANNING, B., “The Business Judgement Rule in Overview”, *Ohio State Law Journal*, Vol. 45, 1984, pág. 617: “...la idea general de la *business judgement rule* es que cuando un consejo de administración ha actuado con razonable cuidado y de buena fe, sus decisiones tienen que ser vistas como “juicios de negocios” y los administradores no serán responsables de los daños causados incluso cuando una decisión se demuestre ser perjudicial para la empresa”...pág. 620: “La articulación de la Model Business Corporation Act de la *business judgement rule* incluye el elemento de “buena fe”. Este elemento es un estándar y obviamente es importante. Sin embargo, de nuevo, el término es difícilmente auto-ejecutivo”, (La traducción es nuestra), contraponiendo el autor a continuación las concepciones entre buena fe subjetiva y objetiva.

Sin embargo, con el tiempo, surge un debate acerca de si “No obstante, existe un debate sobre si la buena fe por sí misma configura o no un deber fiduciario adicional e independiente a los de diligencia y lealtad, o si por otro lado la buena fe nada más se subsume en tales deberes. Algunos sectores de la doctrina alegan que el deber de buena fe siempre ha existido como tal e independientemente de los deberes de diligencia y lealtad; recientemente lo que ha ocurrido es que los tribunales han expresamente señalado al deber de buena fe, algo que anteriormente únicamente ocurría de manera implícita. Así apunta una sentencia del *Chancery Court* que concluye que el ejercicio de la diligencia y de la buena fe deben ser claramente diferenciados. Por otro lado, judicialmente también se ha alegado justamente lo contrario, que las obligaciones se limitan a la diligencia y a la lealtad, quedando la buena fe subsumida dentro de éstas. La discusión está lejos de estar finalizada, ya que en la propia sentencia en el caso *Disney* se afirma que «las decisiones de la Corte Suprema [del estado] de Delaware y de la *Chancery Court* están aún lejos de aclarar la existencia o no de un deber independiente de buena fe”. GROSS BROWN, S., “Deberes de administradores en el derecho comparado...”, ob.cit., pág. 317.

De acuerdo con lo anterior, la positivización en el ordenamiento jurídico español del deber de diligencia se produjo como consecuencia de la superación de la concepción dogmática de los administradores como meros mandatarios de la sociedad⁵⁰⁸, para pasar a concebirse, en cambio, como una

En contra de la consideración como fiduciario del deber de diligencia o deber de cuidado, CONAGLEN, M., *Fiduciary loyalty...*, ob.cit., págs. 35 a 39, para quien este deber aun siendo propio de quien ocupa una posición fiduciaria, se encuentra presente en otras muchas relaciones que no pueden portar dicho calificativo, por lo que, no puede predicarse el carácter estrictamente fiduciario de dicho deber.

⁵⁰⁷ Una definición de diligencia como estándar de conducta del que emanan obligaciones específicas de comportamiento puede encontrarse en RIBAS FERRER, V., *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador*, ob.cit., pág. 296: “Siguiendo el mismo esquema de razonamiento de la buena fe, la diligencia consiste en la conducta o actividad que una persona está obligada a llevar a término en una determinada situación jurídica. La diligencia es una fuente de especiales deberes de conducta que acompañan la obligación principal como deberes accesorios, si bien tales deberes gozan de cierta autonomía respecto de la prestación. Como normas de conducta presentan un carácter dependiente de una prestación y finalidad principal, dado que por sí misma, la diligencia no cumple finalidad económica alguna. Además, los deberes nacidos de la diligencia, al considerarse como auténticos deberes de conducta, han de diferenciarse de aquellos deberes que se entienden incluidos en el concepto de carga”.

⁵⁰⁸ Así lo sostiene FONT GALÁN, J.I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema...”, ob.cit., pág. 81: “la superación del esquema obligacional del mandato (art. 156 C. de c.) y, por tanto, el lógico abandono del referente obligacional relativo a la conducta del «*buen padre de familia*» son correlativos a la opción legal en favor de una concepción organicista de dicha posición jurídica del administrador en la sociedad y a su congruente modelo referencial de conducta del «*ordenado comerciante*» y del «*representante leal*», cuya diligencia reputa la ley inherente a dichos imaginarios sociales modélicos. Esta nueva concepción orgánica de la posición jurídica de los administradores sociales les confiere un perfil y una función profesionales, lo que explica su sujeción a un modelo de comportamiento profesional. Se abandona así, de modo congruente, aquel modelo de conducta de carácter contractual (esto es, el del mandatario, a su vez referenciado en el del «*buen padre de familia*») por otro de carácter socio empresarial (el del «*ordenado comerciante*» y «*representante leal*»), de donde se extrae -sólo- el valor de la diligencia como cualidad inherente a este imaginario socio empresarial”.

figura autónoma y diferenciada a la cual le corresponde un tipo específico y cualificado de diligencia, la del *ordenado empresario*⁵⁰⁹ que actúa en interés de la sociedad, por lo que la mayoría de la doctrina española incluye dentro del mismo el deber de fidelidad⁵¹⁰, en cuanto principio orientador de la conducta del gestor diligente.

Sobre la evolución en la concepción del administrador por razón de la diligencia exigible en el ejercicio de su cargo, Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, *El gobierno de...* Ob.cit., págs. 424 – 433.

Para una crítica acerca de la teoría que calificaba la relación que unía a los administradores con la sociedad, como relación contractual de mandato, Vid. MORILLAS JARILLO, M^a.J., *Las normas de conducta de los administradores...*, ob.cit., págs. 76 – 80.

⁵⁰⁹ En relación con el carácter cualificado de exigencia del deber de diligencia HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales...*, ob.cit., pág. 53: “La exigencia no es ya la de un “buen padre de familia”, sino la de un ordenado empresario”. De tal remisión se ha de reconocer la existencia de un estándar de conducta especial, en relación con la gestión en los asuntos de una empresa actuante en un mercado en competencia, y no ya de meros asuntos privados; típica, en cuanto a la imposición de un particular “estatuto jurídico”, el propio del empresario, y cualificada, en relación con la necesidad de adoptar los mecanismos que garanticen el desarrollo de una actividad en interés de la sociedad, y por la necesidad de adquirir los conocimientos y adoptar las medidas específicas que en cada caso requiera el cumplimiento del cargo”.

En el mismo sentido LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, ob.cit., pág. 51: “En general, la imposición del deber de diligencia a los administradores de las sociedades anónimas, no es más que una manifestación concreta del deber de diligencia al que está sujeto cualquier deudor cualquiera que sea la naturaleza de la obligación que haya contraído (ex. Art. 1033 CC). Lo que distingue el deber de diligencia propio de los administradores del deber de diligencia común a todos los deudores es el modelo de conducta al cual deben adecuar su actividad para satisfacer las exigencias del deber de diligencia y no incurrir, en caso de infracción, en la correspondiente responsabilidad. Así, frente al modelo de conducta común que según el art. 1104 II del CC, es el del “buen padre de familia”, el modelo de conducta de los administradores de las sociedades anónimas es el del “ordenado empresario” y “representante leal”.

⁵¹⁰ La Ley de sociedades anónimas en su versión modificada por la ley 17/2003 de Transparencia, recoge expresamente entre los deberes de los

administradores, el deber de fidelidad (art. 127 bis). En la actualidad este deber no aparece expresamente recogido en el articulado del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

No obstante lo anterior, el deber de fidelidad siempre ha sido entendido como un deber de carácter transversal a todo el resto de deberes de los administradores, así FONT GALÁN, J.I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema...”, ob.cit., págs. 95-98: “Aunque procedente del Derecho anglosajón (- *fiduciary duty* -), en realidad, el deber de fidelidad al interés social tiene su raigambre en el Derecho español como concepto fino de la diligencia, de la lealtad y de la confidencialidad, con un alto valor sincrético del sistema jurídico de deberes de los administradores, lo que explica su función nutricia dadora de significaciones y encomendadora de funciones normativas a cada uno de estos deberes. Trasciende su propia significación jurídica de deber al presentarse como razón ética con valor normativo que quiere no sólo fundamentar sino también moldear y concretar la definición, la función y el contenido de todos los deberes legales establecidos. La fidelidad al interés social viene a ser, en este sentido, una razón ética que se impone como concepto-valor normativo estructurante de cada uno de los deberes en particular y del sistema jurídico que los vertebraba. Los deberes de diligencia, lealtad y confidencialidad justifican su existencia por esta razón ética que es la fidelidad al interés social. El cumplimiento de tales deberes sólo se acredita si el administrador desempeña su cargo con fidelidad al interés social. Cabe decir, así, que la fidelidad al interés social se configura en el sistema jurídico de deberes de los administradores como valor normativo de conducta que injerta e irriga su savia desde la raíz del viejo tronco de la diligencia del ordenado empresario y el representante leal hasta el ramaje de los nuevos deberes de lealtad y confidencialidad... El artículo 127 bis, al estatuir el deber de fidelidad al interés social, proporciona al intérprete un importante prisma para mejor comprender y aplicar los deberes de diligencia y de lealtad. Ser fiel al interés social es el modo de ser auténtica y plenamente diligente y leal. Se manifiesta aquí la doble faceta, proactiva y propositiva, del deber de fidelidad. Es más, lo que se pone de manifiesto es la virtualidad estructurante del sistema de deberes de los administradores anudada al deber de fidelidad al interés social. Esta virtualidad estructurante del sistema de deberes desplegada por el deber de fidelidad al interés social no desplaza, sin embargo, al deber de diligente administración en su calidad de sustrato de gran cláusula general de los deberes de los administradores sociales. En realidad, el deber de diligencia es el gran concepto sustantivamente estructurado por el gran concepto funcionalmente estructurante que no es sino el deber de fidelidad. Este deber, al estructurar el sistema de deberes de los administradores sociales, respeta y mantiene la tradicional auctoritas y primacía normativas del deber de diligencia del ordenado empresario y del representante leal y, por tanto, su función normativa de cláusula general reguladora de la conducta gestora de los administradores en el desempeño del cargo. En concreto, la función

El administrador social deberá por tanto en el desempeño ordinario de su cargo⁵¹¹, observar las exigencias de

normativa estructurante de la cláusula de fidelidad al interés social nutre de nuevas significaciones y compromisos normativos al deber de diligencia del ordenado empresario y del representante leal”.

De acuerdo con lo anterior, en la actualidad y aún pese a su no enumeración de forma expresa en el texto legislativo se considera que el mismo aparece incluido dentro del deber general de diligencia. Así, de nuevo FONT GALÁN, J.I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema...”, ob.cit., pág. 96: “El compromiso de fidelidad al interés social supone una concreción cualificada de la diligencia que resulta de este modo sobreexigida merced a dicho compromiso. Hoy, el administrador diligente es cumplidor de los deberes impuestos por las leyes y los estatutos y procurador y defensor del interés social de la sociedad. En efecto, la interpretación del deber de diligencia se ha de afrontar desde el magnetismo de la fidelidad al interés social”.

Una manifestación concreta de la influencia del deber de fidelidad sobre el de diligencia puede verse en la configuración del deber de vigilancia como manifestación del anterior, en RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de...”, ob.cit., pág. 102: “El deber de vigilancia se manifiesta en la doble vertiente de los deberes de fidelidad. Por un lado, cada uno de los consejeros debe estar atento respecto del cumplimiento de los deberes de cuidado de los administradores ejecutivos. De ahí que los consejeros pondrán atención en que la actividad de dirección del negocio se corresponda con los estándares, instrucciones y normas exigibles. El conocimiento de la infracción de tales exigencias, comporta el deber de oponerse a su continuación y a desarrollar todos aquellos actos necesarios para evitar que causen un daño a la sociedad. Por otro lado, uno de los aspectos de mayor relieve que ofrece el deber de vigilancia tiene lugar respecto de la observancia del deber de lealtad y las particulares conductas interesadas o desleales de los administradores. En efecto, cuando tengan lugar los conflictos de interés, los administradores deben intervenir, valorando la situación, procediendo a su eventual autorización o rechazo e informando a los socios”.

⁵¹¹ A propósito de la aplicación de *la business judgement rule*, MANNING, B., “The Business Judgement Rule and the director’s Duty of Attention...”, ob.cit., pág. 1494, hace hincapié en que: “La formulación tradicional de la *business judgement rule* explícitamente asume que se encuentra disponible para proteger al administrador, si y solo si, se ha realizado algún acto específico transaccional. Como se ha demostrado aquí de diversas formas, sin embargo, la mayor parte de la vida y de la actividad del consejo de administración no consiste en la adopción de una acción afirmativa en

comportamiento positivo y negativo en las que se concreta el deber general de diligencia correspondiente a un ordenado empresario⁵¹², incurriendo en responsabilidad para con la sociedad en caso contrario⁵¹³.

asuntos individuales, es por el contrario un continuo fluir de un proceso de supervisión puntuado solo ocasionalmente por alguna decisión transaccional”

Id. “The Business Judgement Rule in Overview”, ob.cit., pág. 621: “El trabajo de un administrador es un proceso continuo, una continua y generalizada supervisión, control y evaluación. En realidad es en este proceso en el que el director debe realizarlo con el “debido cuidado”. El derecho de daños no ofrece un remedio análogo para esta situación”. (La traducción es nuestra)

⁵¹² Una reciente delimitación del contenido concreto del deber genérico de diligencia exigible a los administradores a través del modelo del ordenado empresario puede encontrarse en ORIOL LLEBOT, J., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”..., ob.cit., págs. 31 – 34; RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de...”, ob.cit., págs. 96 a 102 y Id. “Comentario al art. 225”..., ob.cit., págs. 1613 – 1620:

“Deber de atención: Participación activa en las tareas encomendadas y en los asuntos correspondientes a su función. Incluye: (i) informarse debidamente, preparar adecuadamente las reuniones y hacer un seguimiento regular de los asuntos que le corresponden; (ii) asistir y participar activamente en las deliberaciones y promover reuniones extraordinarias que sean pertinentes; (iii) mantener una actitud de vigilancia respecto del cumplimiento de los acuerdos y resoluciones sociales por parte de los ejecutivos; (iv) estar atentos a los riesgos del negocio y a las irregularidades en la gestión social y en la conservación y custodia de los bienes materiales; (v) llevar a término aquellas iniciativas que, aunque no estén expresamente asignadas, sean propias del desempeño de sus funciones, tales como oponerse a los acuerdos sociales contrarios al interés social o a aquellos actos y decisiones contrarias a la legislación vigente (societaria, medioambiental, del sector regulado, de orden fiscal, etc.).

Deber de profesionalidad: Conocimiento por parte del empresario de los deberes y las obligaciones jurídicas que le son propias al desempeño de sus tareas. Deber de actuar con los conocimientos y capacidades que se requieren para desempeñar las funciones delegadas (administrador ejecutivo) o como miembro de una comisión específica. El administrador no puede alegar el desconocimiento de las obligaciones de su cargo para excusar su responsabilidad, se presume su conocimiento.

Deber de prudencia: La obligación del administrador es una obligación de medios y no de resultado, los administradores disponen de un margen de

discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones que les incentiva a tomar decisiones que comporten riesgos, ahora bien esta libertad está limitada por la prudencia razonable que el administrador debe mostrar en su comportamiento, prudencia en relación a la previsión y valoración de los riesgos ex ante: en estos casos, el administrador no sólo debe informarse razonablemente, sino además adoptar una actitud activa, fundamentando las decisiones en criterios racionales que eviten exponer el patrimonio social a riesgos injustificados (“Business judgement rule”).

Deber de vigilancia: El administrador está sujeto a un deber de vigilancia respecto del comportamiento de los administradores y altos directivos con tareas ejecutivas. el consejo de administración no sólo cumple con la función de seleccionar y reemplazar a los consejeros delegados, sino que tiene el deber de evaluar su conducta de forma regular”.

Sobre este último aspecto incide particularmente JUSTELGATUA MENCÍA-ARREGUI, J.F., “Deberes de los Administradores. (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 24, 2005, págs. 87-88 al afirmar en sede de análisis de la incidencia de la Ley de Transparencia sobre la configuración legal del deber de diligente administración que: “La única manifestación del deber de diligencia que ha sido atendida por el legislador consiste en la obligación de todo administrador por informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad...Con lo anterior, la ley rechaza la figura del consejero “durmiente” o desinteresado o que puede reputarse conveniente a la vista de que el consejo (de las grandes sociedades) parece estar llamado a cumplir funciones de mera supervisión, y ha de estar integrado por una mayoría de consejeros externos, cuya función ha de apoyarse en una información suficiente, que en principio deben recabar del Secretario del Consejo de administración”.

Anteriormente y apuntando ya estas concreciones del deber de diligencia, LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, ob.cit., págs. 54 a 73. En el mismo sentido MORILLAS JARILLO, M^a.J., *Las normas de conducta de los administradores...*, ob.cit., págs. 345-372.

Para una visión comparada de estas cuestiones en el derecho inglés y francés Vid. SCHOLASTIQUE, E., *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés droits français et anglais*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999.

⁵¹³ Hablamos en esta sede de la “Business judgement rule”, doctrina cuya función consiste en: “evitar que las decisiones empresariales tomadas por los administradores sean cuestionadas y materialmente sustituidas por el juez en el juicio de determinación de la infracción del deber de diligencia anudado al procedimiento de reclamación de responsabilidad de los administradores... **Esta doctrina construye unos criterios de enjuiciamiento del cumplimiento o incumplimiento del deber de diligencia.** (La negrita es nuestra). Con estos criterios, en realidad, se procura la determinación del

De acuerdo con lo anterior, el deber de diligencia y las exigencias de comportamiento en las cuales se concreta, actúan como parámetro delimitador de la libertad de actuación del administrador en el ejercicio de su labor técnica de maximización de la producción de valor para la sociedad, estableciendo un margen de maniobra definido mediante conceptos amplios, que permiten dar cabida a multitud de escenarios y comportamientos a la vez focalizados en aspectos clave de la gestión y administración empresarial, dentro del cual los administradores gozan de la libertad necesaria para la ejecución y ordenación de sus tareas, así como para la asunción de riesgos en interés de la sociedad y fuera de los cuales es posible la exigencia de su responsabilidad por los eventuales daños causados a la sociedad⁵¹⁴.

contenido mínimo o inexcusable del deber de diligencia... Se trata, en verdad, de criterios presuntivos del cumplimiento del deber de diligencia y, en su reverso, por tanto, de criterios enervadores del juicio de infracción de la diligencia y de la consiguiente imputación de responsabilidad por daños a la sociedad causados por los administradores:

a) La constatación de que los administradores han cumplido de modo adecuado con el deber de informarse sobre las cuestiones relativas a las decisiones adoptadas y a las operaciones realizadas; b) el cumplimiento respetuoso de los procedimientos o protocolos legales, estatutarios y reglamentarios estatuidos en el proceso de toma de decisiones; c) el aseguramiento de que las decisiones u operaciones han sido adoptadas o ejecutadas con fidelidad al interés social, sin que, por consiguiente, estén predeterminadas por el interés personal de los administradores conseguible siquiera sea de modo indirecto; y d) la verificación de que, pese al cumplimiento de los anteriores requisitos, la decisión adoptada o la negociación celebrada no resultan de tal grado irracionales que haga sucumbir la fidelidad al interés social” FONT GALÁN, J.I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema...”, ob.cit., págs. 100 – 101.

En el mismo sentido, FLEISCHER, H., “La Business Judgement Rule a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 246, 2002, págs. 1727 – 1754.

⁵¹⁴ Así, en varios trabajos en los que se analiza la reforma del sistema de deberes de los administradores sociales, PAZ-ARES, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, ob.cit., págs. 73-74. ; Id. “Deber de lealtad y gobierno corporativo”, *Gobierno corporativo y Derecho Penal...*, ob.cit., págs. 43-44. Id. “La responsabilidad de los administradores como

B) El deber de lealtad.

Si el deber de diligencia delimita la vertiente positiva de la actuación de los administradores en el ejercicio de su cargo como gestores de la sociedad y defensores del interés social, el

instrumento de gobierno corporativo”, *InDret*, págs. 31. Id. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *ob.cit.*, págs. 86 a 89, aboga por un régimen de indulgencia o benignidad con el tratamiento de la responsabilidad por *mismanagement* o falta de diligencia, señalando que: “El camino a seguir consiste justamente en aislar aquella franja de actividad de los administradores en que la responsabilidad puede ser más costosa para la sociedad -la relativa a las decisiones empresariales, a las decisiones que afectan a la organización y al negocio de la compañía, que es donde la incertidumbre sobre el juicio de negligencia es más elevada- y en proteger *la discrecionalidad técnica de los administradores*. Para alcanzar este objetivo, es preciso garantizarles que sus decisiones empresariales no serán revisadas por los jueces desde el punto de vista de su corrección técnica o adecuación al estándar de diligencia del ordenado empresario. Se trata, por consiguiente, de crear un espacio de inmunidad. La propuesta equivale a incorporar a nuestros sistemas jurídicos la *business judgement rule*, tempranamente desarrollada por la jurisprudencia norteamericana. Las razones generales que justifican la sustracción de esta franja de actividad al escrutinio judicial son las mismas que abonan la política de indulgencia; las particulares que hacen preferible esta técnica de indulgencia a otras a pueden sintetizarse así: (i) no existe una *lex artis* consolidada que pueda servir de referencia para juzgar las decisiones empresariales; no existe y no sería bueno que existiese toda vez que lo que se espera en este ámbito de decisión es la innovación y la asunción de riesgos; (ii) los jueces están poco preparados para revisar la actividad desarrollada por los administradores en el ámbito empresarial o de negocio y, en todo caso, no parece sensato sustituir las decisiones gerenciales por decisiones judiciales (una política judicial agresiva con los errores de gestión equivaldría a replicar los costes de la gestión e intervención de las empresas por el Estado); y (iii) el riesgo asociado al “sesgo de selección” está agravado en materia empresarial, pues las demandas de responsabilidad tienden a proliferar cuando ha habido malos resultados y, siendo así, puede resultar difícil sustraerse a la tentación de concluir que el origen de los daños que han aparecido *ex post* está en decisiones negligentes adoptadas *ex-ante*”.

En el mismo sentido, en ORIOL LLEBOT, J., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”..., *ob.cit.*, págs. 34- 35.

deber de lealtad, por su parte, delimita la vertiente negativa de la actuación de los mismos en interés ajeno⁵¹⁵.

La posición fiduciaria que ocupa el administrador frente a la sociedad impone a éste, en su labor ordinaria de gestión de intereses ajenos, la obligación de promover y defender el interés de la sociedad – actuación en interés ajeno⁵¹⁶ –, lo que comporta, con carácter general, la prohibición de actuaciones interesadas por parte del administrador que puedan atentar contra la consecución de dicho interés⁵¹⁷.

⁵¹⁵ En este sentido LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, ob.cit., págs. 91-92: “El deber de lealtad, en tanto que contenido de la obligación de desempeñar el cargo de administrador, exige ante todo, al igual que el deber de diligencia, que los administradores antepongan en todo momento el interés de la sociedad a su propio interés. El contenido específico del deber de lealtad consiste, en cambio, en que, como consecuencia de la obligación de los administradores de perseguir en el desempeño del cargo exclusivamente la satisfacción del interés social, deben abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad”.

También, en ORIOL LLEBOT, J., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”..., ob.cit., pág. 38: “La imposición del deber de lealtad y las responsabilidades que en caso de infracción incurren los administradores, no sólo por los daños causados al patrimonio social, también cumplen una función preventiva de la conducta de los administradores en el sentido de adecuarla al modelo prescrito”.

⁵¹⁶ Esta caracterización de las relaciones de gestión es reconocida por nuestra jurisprudencia, así por ejemplo, en la STS (Sala Primera), 662/2011, de 4 de octubre de 2011, RJ 2012\759, F.D 2º: “En las denominadas relaciones de gestión en las que el gestor dispone de poderes para afectar la posición jurídica del principal, nuestro ordenamiento, como concreta manifestación del principio general conforme al cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, impone a aquel en quien el tercero ha depositado su confianza una pluralidad de deberes (deberes fiduciarios) de entre los que destaca el de lealtad o primacía de los intereses del principal en el eventual conflicto de intereses entre el gestor y quien en él ha confiado, de tal forma que exige la anteposición de los de este sobre los de aquel”.

⁵¹⁷ En este sentido, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 216 – 217: “En su aspecto obligatorio, la idea de promover y defender el interés del principal establece una directiva de comportamiento dirigida al gestor que no sólo le obliga a perseguir esta finalidad, sino que le impide promover intereses contrarios. Es decir, cuando

Ahora bien, la amplitud que caracteriza a la tarea gestora conlleva que sea imposible prever con carácter *ex ante* todas las obligaciones y prohibiciones a las que debe sujetarse el administrador en el ejercicio de su cargo, de forma que el recurso a un principio o estándar general de conducta con base en la posición fiduciaria que ocupa el gestor⁵¹⁸, constituye una

el gestor actúa promoviendo iniciativas a favor de su interés o de un tercero, su comportamiento interesado resulta opuesto a la finalidad perseguida en la gestión. En este orden de cosas, la directiva protectora del interés del principal establece una limitación al comportamiento del gestor en la medida que le restringe su actuación en el ámbito de las conductas interesadas”.

A este respecto señala la resolución de la DGRN, núm. 3291 de 13 de febrero de 2012, RJ 2012/5945 F.D 4º: “El ordenamiento jurídico trata de garantizar que la actuación de los gestores de bienes y negocios ajenos se guíe exclusivamente por la consideración de los intereses del principal o « dominus negotii » sin interferencia de los propios del gestor, objetivo que se evidencia en muy diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico como son: a) los que establecen una prohibición de compra para el mandatario o gestor, que opera incluso en supuestos en que este último ni decide la venta del bien que gestiona ni determina su precio (cfr. artículos 221 y 1459, números 1 a 4, del Código Civil); b) los que sustraen expresamente al ámbito de poder del representante aquellos actos en que medie conflicto de intereses (cfr. artículos 162-2 y 221 del Código Civil); c) los que configuran una prohibición de concurrencia del gestor en los negocios del principal (cfr. artículos 288 Código de Comercio y 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hoy derogada). En la actualidad, el artículo 229 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital señala: «1. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera”.

⁵¹⁸ Analizando los deberes de comportamiento de los administradores desde la perspectiva del análisis económico del Derecho y los costes de agencia RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., pág. 129-130: “En particular, aquellos contratos que regulan la relación de agencia entre el administrador y la sociedad no pueden prever todos los supuestos de conflicto de intereses, de forma que los costes de contratación *ex ante* son prohibitivos, sino impracticables. Si resulta imposible hacer previsiones respecto de todas las contingencias futuras a través de una regulación contractual completa y detallada, los deberes fiduciarios pueden cumplir con la función de suplir las reglas contractuales

herramienta versátil para delimitar la libertad de actuación del administrador social en el ejercicio de su cargo.⁵¹⁹

De acuerdo con lo anterior, la imposición de un deber de lealtad al administrador social en cuanto gestor de intereses ajenos⁵²⁰, constituye un mecanismo de protección del interés del principal frente al riesgo de conductas interesadas por parte del

no negociadas, sirviendo de esta forma para completar o integrar el contrato de sociedad”.

En el mismo sentido PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de las sociedades...*, ob.cit., págs. 22 -23.

⁵¹⁹ En este sentido, ALCALÁ DÍAZ, M^a.A., “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN DE VELASCO, G., (coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999, pág. 450: “El análisis del conflicto de interés entre los administradores y la sociedad parte de la necesidad de control interno de aquellas situaciones en las que pueda existir un enfrentamiento de intereses entre aquellas personas que asumen las funciones de gestión, administración y representación de la sociedad y el interés social. Desde esta perspectiva, la regulación de los conflictos de interés administrador-sociedad opera como un instrumento de control de la administración que se orienta a la finalidad de evitar que, en uso de las facultades y funciones que son legalmente atribuidas al órgano de administración, los administradores antepongan sus intereses privados y personales propios o ajenos a los de la sociedad”.

⁵²⁰ Acerca del carácter fiduciario de este deber GUERRA MARTIN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses...*, ob.cit., págs. 443 – 444 expone como: “De forma prácticamente paralela a la imposición del deber de diligencia, los tribunales estadounidenses comenzaron a imponer también a los administradores desde finales del siglo XVII, como consecuencia de su caracterización como fiduciarios, del deber de “cumplir sus responsabilidades” hacia la sociedad, deber que tradicionalmente se conoce como *duty of loyalty* o *duty of fair dealing* y al que haremos referencia como deber de lealtad... La finalidad del deber de lealtad consiste así, en alinear los intereses de la sociedad y de los administradores, imponiendo para ello no una obligación de evitar que se originen situaciones de conflicto entre ellos, ya que ello no resultaría factible en la práctica y en sí mismo no supone un hecho perseguible, sino una obligación de anteponer, cuando estas situaciones se produzcan, el interés social al personal y abstenerse de obtener un beneficio que debería haber sido obtenido por la sociedad”.

administrador, especialmente en el caso de conflictos de intereses⁵²¹.

En nuestro ordenamiento jurídico, el deber de lealtad ha sido objeto de diversas redacciones a lo largo del tiempo, apareciendo como una mera cláusula general en sus primeras redacciones⁵²², pasando en las últimas – y por influjo del proceso de mejora del gobierno corporativo antes reseñado – a una redacción que incorpora junto a una nueva cláusula general, varios supuestos específicos de conflictos de intereses que constituyen concreciones de dicho deber general de lealtad⁵²³.

⁵²¹ Según RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., pág. 125: “El deber de lealtad surge como un recurso del ordenamiento dirigido a la protección del principal en caso de producirse conflictos de intereses en las relaciones de gestión. En este sentido, el deber de lealtad consiste en una obligación propia y esencial de las relaciones gestoras, que despierta sus efectos en los casos en que el gestor se sitúa en una posición de conflicto de intereses, estando obligado, en tal caso, a actuar en interés del principal y a abstenerse de realizar conductas interesadas”.

⁵²² Así el art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y el art. 127.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (Real Decreto Legislativo 1564/1989), en la redacción dada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, recogen que: “Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”.

Acerca de la derivación de un deber de lealtad por parte del administrador social que se interpreta de forma reforzada como un deber de fidelidad, Vid. DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, ob.cit., págs. 116 -118, en los que se aparece cita de la doctrina consolidada interpretando esta cláusula de la forma antes reseñada.

⁵²³ Artículo 226. Deber de lealtad.- “Los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos”.

Artículo 227. Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador.- “Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas”.

Artículo 228. Prohibición de aprovechar oportunidades de negocio.- “Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él

Atendiendo a su configuración jurídica, y ante la ausencia de una definición legal al respecto, el deber de lealtad puede definirse como “la obligación del administrador de actuar en interés de la sociedad en caso de conflicto de intereses, debiendo subordinar su interés personal a favor de la sociedad, salvo que previa notificación de su posición de conflicto, la sociedad autorice su actuación interesada. Con ello se puede afirmar que el contenido nuclear derivado del deber de lealtad del administrador se funda sobre dos pilares: la prohibición de

vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador”.

Artículo 229. Situaciones de conflicto de intereses.- “ Los administradores deberán comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera.

Los administradores deberán, asimismo, comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan”.

Las situaciones de conflicto de intereses previstas en los apartados anteriores serán objeto de información en la memoria.

Artículo 230. Prohibición de competencia.- “ Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general, a cuyo efecto deberán realizar la comunicación prevista en el artículo anterior.

En la sociedad de responsabilidad limitada cualquier socio podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior.

En la sociedad anónima, a petición de cualquier accionista, la junta general resolverá sobre el cese de los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora”.

actuar interesadamente y la obligación de comunicar la situación de conflicto a la sociedad”⁵²⁴.

⁵²⁴ La definición es de RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de...”, ob.cit., págs. 92.

Anteriormente y haciendo hincapié sobre los dos últimos aspectos de la definición, el mismo autor en su obra *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., pág. 218, había definido el deber de lealtad como: “La obligación de todo gestor de actuar en interés del principal en caso de conflicto de intereses, subordinando los propios intereses en favor de los intereses del principal, salvo que previo *disclosure* del gestor, el principal autorice su actuación interesada”.

Respecto a la obligación de actuar en interés del principal en caso de conflicto señala el autor págs. 221-223 que: “La regla general que ordena el contenido del deber de lealtad y de la que derivan otras manifestaciones, consiste en la exigencia dirigida al gestor de actuar en interés ajeno y de subordinación del interés propio en aquellas situaciones en las que el comportamiento del gestor se contrapone a los intereses del principal. La exigencia jurídica de resolver la situación de conflicto en interés del principal concuerda con la finalidad de tutela que el ordenamiento establece cuando el gestor se sitúa en una posición de conflicto, exigiéndole que no actúe interesadamente y subordine sus intereses en favor del principal. Con el deber de abstención o prohibición de actuar en conflicto de intereses se afirma la propia finalidad y función económica de la gestión. De otro lado, la prohibición está en consonancia con la voluntad de las partes de la relación gestora. Es decir, el gestor de intereses ajenos tiene limitado o restringido su ámbito de actuación en virtud de su compromiso a gestionar los intereses de otro en su único interés. De ello se sigue que los comportamientos del gestor que signifiquen conflictos de intereses con el principal deben considerarse contrarios a la prohibición de actuar en conflicto. Salvo que el principal autorice el comportamiento ampliando el ámbito de poder del gestor, estos comportamientos deben calificarse como extralimitación del poder de gestión”.

Por lo que atañe a la obligación de transparencia, págs. 227-229: “El deber de informar o de *disclosure* consiste en la exigencia dirigida al gestor de comunicar la posición de conflicto en la que se encuentra. El contenido obligatorio de este deber de *disclosure* deriva de la propia obligación gestora y consiste en uno de los deberes básicos de todo gestor de intereses ajenos. Su fundamento se encuentra en el deber de fidelidad, y en particular, en las obligaciones generales de informar y consultar respecto del desarrollo de la ejecución y conclusión de los negocios, en cuyo ejercicio requiere al principal instrucciones precisas para llevar a cabo la gestión y los comportamientos conexos. La finalidad de esta obligación consiste en que (i) el gestor informe al principal sobre la posición de conflicto en la que se

En relación con la anterior definición, existirá una situación de conflicto de intereses cuando se dé una situación que, objetivamente contemplada, por su naturaleza y finalidad, resulte idónea para poner en riesgo los intereses de la sociedad⁵²⁵. De esta forma obsérvese como el requisito de

encuentra y (ii) lleve a término una consulta sobre la ejecución de un acto o negocio que supone un riesgo para los intereses del principal. De esta forma el principal podrá conocer la situación y decidir sobre lo que más se ajusta a sus intereses”.

⁵²⁵ La legislación española no ofrece una definición de conflicto de intereses, sino que se limita a tipificar situaciones que considera suponen un conflicto de intereses. La definición dada en el texto es acuñada por RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de...”, ob.cit., pág. 38.

Al respecto de la autocontratación como situación de conflicto de intereses, Vid. la resolución de la DGRN, núm. 3291 de 13 de febrero de 2012, ob.cit., F.D 4º: “Cuestión distinta, como ha puesto de manifiesto esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 17 de noviembre de 2000 [RJ 2001, 865] y de 21 de mayo de 1993), es que no hay duda de que existe un supuesto de autocontratación cuando una misma persona actúa como administrador único de sociedades que tienen intereses contrapuestos en el negocio jurídico realizado (cfr. artículos 221.2.º del Código Civil [LEG 1889, 27] y 267 del Código de Comercio [LEG 1885, 21]). Y para el supuesto en que concurre esta figura, es doctrina consolidada que en la atribución genérica de las facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte. **En la defensa de intereses contrapuestos es regla, confirmada por el artículo 267 del Código de Comercio, que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades correspondientes da para ello licencia o autorización especial. En otro caso, el acto realizado sería considerado nulo, sin perjuicio de su ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó** (cfr. artículos 1259 y 1727.2.º del Código Civil)... Según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 3 de diciembre de 2004 [RJ 2004, 7933]), **el administrador único, como representante orgánico de la sociedad sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por la Junta General o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato»** (cfr. respecto de esta última precisión, Vid. las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966; así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Se trata así de evitar que el administrador, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales de la sociedad y el suyo propio o

idoneidad de la situación no exige la efectiva producción de un daño al interés de la sociedad, sino, tan solo un riesgo de daño⁵²⁶, cosa que no ocurre en el caso de infracción del deber de diligencia, en la cual es necesaria la prueba de que dicha infracción ha llevado aparejada la causación de un daño concreto a la sociedad⁵²⁷.

los de aquélla y el tercero cuya representación ostente, objetivo legal éste del que existen otras manifestaciones en nuestro Derecho positivo (cfr. artículos 162.2º, 221 y 1459, números 1.º al 4.º, del Código Civil; 267 y 288 del Código de Comercio; 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; y 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre). Por ello, existe también auto-contratación en los supuestos en que una de las sociedades aparezca representada por una persona y otra sociedad aparezca representada por otra que nombró la primera” (La negrita es nuestra).

⁵²⁶ En este sentido, RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de...”, ob.cit., pág. 39: “Al fundamentar el conflicto en una situación de riesgo para los intereses del principal, el hecho de que el resultado eficiente, fruto de la ejecución del negocio o conducta del administrador, no comporte una lesión al interés social, no excluye la deslealtad del acto. De esta suerte, la existencia de una lesión del interés del principal es irrelevante para la determinación del supuesto”.

⁵²⁷ QUIJANO LÓPEZ, J., “Responsabilidad de los consejeros”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN DE VELASCO, G., (coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999, págs. 571-572: “En los deberes de lealtad, al menos en buena parte de los casos, la infracción es más apta (respecto al deber de diligencia) para producir daño de modo directo. Si el consejero satisface su interés personal en vez del social en un supuesto de conflicto...la probabilidad del daño en el patrimonio social es mucho más cierta y la relación de causalidad mucho más ostensible. Hasta cierto punto, la misma constatación de la infracción puede llegar a equivaler en el caso concreto a una presunción de daño a la sociedad. Cosa distinta será la cuantía del daño, cuyo cálculo dependerá de las circunstancias: (por ejemplo), si se infringe el deber de confidencialidad o se maneja información no pública, habrá que demostrar el daño y su cuantía en cada caso”.

HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales...*, ob.cit., pág. 170, califica esta responsabilidad de cuasi-objetiva: “En la sistematización de los deberes inherentes al desempeño del cargo, el legislador ha optado por establecer unos criterios programáticos definidores de los deberes de diligente administración y fidelidad. Mientras, la regulación de los deberes de lealtad y

De acuerdo con esta caracterización, el deber de lealtad recogido tanto en la cláusula general como en los posteriores supuestos específicos de concreción⁵²⁸, delimita la libertad de actuación del administrador ya no en la faceta técnica de creación de valor para el principal a través de la gestión – deber de diligencia –, sino en el ámbito de la distribución del valor creado de acuerdo con la finalidad que inspira la relación de gestión: la actuación en interés ajeno y la reversión de los beneficios del negocio gestor en el principal.

III. Los deberes de conducta en las redes empresariales.

secreto contempla un abanico de conductas que ordenan el comportamiento de los administradores...Reconocido lo anterior, respecto de estas obligaciones, la relación entre el acto o la omisión y el daño no precisa de determinación del nexo causal entre ambos. El incumplimiento por el administrador determina ipso iure el reconocimiento de un nexo causal en la producción del daño o perjuicio a la sociedad, los accionistas y los acreedores. En tanto que se produce automáticamente la imputación de responsabilidad al administrador por el incumplimiento de los deberes legales y estatutarios de carácter social que se incorporan a su particular “estatuto jurídico”, cabe reconocer una responsabilidad de carácter cuasi-objetivo”.

⁵²⁸ Acerca de la combinación de cláusulas generales con otras más específicas en la delimitación del deber de lealtad, Vid. PAZ- ARES, C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, ob.cit., pág. 37; Id. “Deber de lealtad y gobierno corporativo”, *Gobierno corporativo y Derecho Penal...*, ob.cit., pág. 27 Id. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret*, pág. 14 Id. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, ob.cit., pág.75: “La técnica a seguir en la elaboración del catálogo es la propia de las cláusulas generales de alcance intermedio, que permiten operar por grandes grupos o constelaciones de casos. Hay que dejar un amplio margen de holgura a los jueces y aplicadores del derecho para que puedan ubicarla tecnología siempre renovada de la extracción de beneficios privados. Y en todo caso, las prohibiciones intermedias deberían estructurarse como meramente ejemplificativas, dejando abierta siempre la puerta de la cláusula general matriz del deber de lealtad. En suma, se trata de compaginar la necesidad de un precepto de textura abierta, que deje espacio para el desarrollo judicial del derecho, con la necesidad de proporcionar al aplicador del derecho un mapa que le permita orientarse dentro de este proceloso y siempre cambiante mundo”.

Las relaciones entre los miembros de una red empresarial son relaciones entre empresarios autónomos, jurídica y económicamente independientes, pero vinculados jurídicamente – a través de contratos de colaboración de larga duración, de contratos plurilaterales, estructuras consorciales, grupales o societarias – y económicamente – como consecuencia de su interdependencia fruto de su colaboración empresarial –⁵²⁹. De este modo, los miembros de la red mantienen entre sí relaciones contractuales de distinta naturaleza (contenido obligacional, grado de formalización, etc.), a la vez que también, como sujetos independientes que son, conservan en su actuación, junto al interés compartido de creación de valor para la red e interés divergente de aprovechamiento del máximo valor obtenido por la red, sus propios intereses individuales, legítimos y divergentes⁵³⁰.

Esta caracterización de las relaciones negociales en el seno de las redes empresariales presenta elementos comunes con las notas definitorias de la relaciones gestoras: existencia de dos sujetos independientes, relación estable y duradera entre ellos, existencia de una relación de confianza entre las mismas – elemento que se encuentra en el génesis de ambos tipos de relaciones⁵³¹ – y existencia inicial de unos intereses individuales diferenciados: gestor y principal en el caso de la relación gestora y miembros de la red entre sí en el caso de la red empresarial.

⁵²⁹ Sobre la noción jurídica de red empresarial, con mayor amplitud, Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 1. La definición de red que se toma como punto de partida para este trabajo es acuñada por RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 87.

⁵³⁰ Sobre esta idea, en profundidad, Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado C). El desarrollo de esta teoría es realizado por RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 115 -116; Id., “Business networks as...”, ob.cit., pág. 2904. Id., “Del contrato bilateral a la relación de red”, ob.cit., pág. 11.

⁵³¹ Con mayor detalle sobre la confianza como nota definitoria de las relaciones dentro de la red empresarial, Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado F).

Los intereses iniciales individuales se ven atemperados como consecuencia de la participación de sus titulares en la relación comercial en cuestión: en el caso de la relación gestora, la actuación en interés ajeno como nota definitoria de la misma, conlleva una subordinación del interés propio del gestor en favor del interés del principal; en el caso de las redes empresariales, la interdependencia y las sinergias que se crean entre las prestaciones empresariales de los distintos miembros, así como en su caso el hecho de compartir la explotación de un determinado bien inmaterial⁵³², justifican la existencia junto al interés individual de cada miembro, de un interés de red que comprende tanto el interés compartido en el buen funcionamiento de la red empresarial en su conjunto, como el legítimo interés divergente de cada miembro al aprovechamiento máximo de las sinergias y beneficios generados de la participación en la red con un coste mínimo.

En todo caso, el interés ajeno en las relaciones de gestión y los intereses de red, actúan como límites a la libertad de las partes como sujetos autónomos en el marco de una u otra institución jurídica, imponiendo deberes de actuación positivos y negativos a los mismos, los cuales concretarán el ámbito de discrecionalidad con el que cuentan las partes en el ejercicio de su actividad.

Los deberes de conducta dimanantes de la actuación en interés ajeno han sido analizados anteriormente en sede de representación voluntaria y orgánica, categorías ambas de las relaciones gestoras, que han dado lugar a una diversa tipología y configuración de los deberes por razón del contexto en que cada negocio representativo tiene lugar.

En el caso de las redes empresariales, es necesario realizar un estudio de cómo se incardina la actuación en “interés de la red” con la posición que ocupa en la misma cada miembro, identificando, en primer lugar, cuáles son los deberes a que se

⁵³² Acerca de la interdependencia y de la propiedad industrial compartida en las redes, Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartados D) y E) respectivamente.

encuentra sometido el miembro de la red en su actuación como consecuencia de la posición que ocupa dentro de la estructura organizativa interna de la red, en segundo lugar, cuál debe ser el contenido de dichos deberes y, por último, cómo esos deberes modulan el ejercicio de los derechos y obligaciones del empresario en cuanto sujeto que forma parte de la red empresarial.

III.1 Fundamento de los deberes de conducta en la red empresarial.

En la red empresarial, la interdependencia de las prestaciones empresariales, así como el hecho de compartir el uso de un determinado derecho de propiedad industrial, provocan que el resultado de la actividad de un miembro de la red no resulte inocuo para el resto de miembros, sino que proyecte sus efectos sobre éstos, pudiendo influir o incluso condicionar el ejercicio de su actividad.

De esta forma, cada miembro de la red, cuando contrata con terceros en nombre propio – se entiende en el caso de negocios que tienen que ver con el objeto de la red empresarial –, no lo hace como un sujeto completamente separado y aislado de la red, sino que los efectos de dicho negocio jurídico van a producir consecuencias más o menos intensas sobre el resto de miembros de la red, lo que lleva a la posibilidad de plantearse la existencia de algún tipo de relación gestora implícita entre los miembros de la red⁵³³.

⁵³³A esta posibilidad apunta RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit. pág. 103 afirmando que: “Todo contrato de los que por medio de su estipulación repetida permite la creación de las redes implica un cierto grado de representación en sentido lato del miembro de la red respecto del cabeza de red. En efecto, si tal afirmación resulta indudable en los casos en que los miembros de la red sean representantes en sentido estricto, esto es, agentes dotados de poder de representación o autorizados por el cabeza de red a contratar en nombre y por cuenta de éste, no es menos cierto que en los casos del agente autorizado exclusivamente a promocionar las operaciones pero no a concluir las, en el de los concesionarios, licenciarios, franquiciados, prestadores de servicios técnicos, abanderados o aun en el de los distribuidores selectivos, existe

En este sentido, la actuación en nombre propio del miembro de la red pero cuyo resultado de su actividad produce efectos en el patrimonio de un tercero, nos sitúa en el esquema negocial propio de los negocios gestores visto anteriormente, ya sea en el ámbito de la gestión de negocios ajenos o bien, en el de algún tipo de relación de representación, sea esta voluntaria u orgánica.

La gestión de negocios ajenos es una situación cuasicontractual que se produce siempre que una persona toma en su mano espontáneamente y sin obligación ni facultad específica alguna, los negocios de otra y realiza para ella los actos que cree útiles. Se trata pues, de actuación en interés y por cuenta de un tercero sin haber recibido mandato suyo⁵³⁴.

En este sentido, la actuación del gestor de negocios ajenos es siempre una actuación voluntaria⁵³⁵ y desinteresada (sin ánimo

igualmente un cierto grado de representación, muchas veces voluntaria y en ocasiones subsumible en la gestión benevolente de negocios ajenos”.

⁵³⁴ La definición es de LACRUZ BERDEJO, J.L, “La gestión de negocios sin mandato”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 507, 1975, pág. 245.

⁵³⁵ Afirma, SÁNCHEZ JORDÁN, M^a.E., *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 92-93, que: “Siempre que la actuación del gestor responda a la existencia de un encargo u obligación hacia el sujeto beneficiado, del tipo que sea, nos encontraremos ante un supuesto de cumplimiento de una obligación y, en ningún caso, ante una hipótesis que pueda calificarse de gestión de negocios ajenos. Se trata de poner de manifiesto, pues, como la ausencia de ese carácter espontáneo que se viene exigiendo al acto de gestión excluye la presencia de esta figura: si existe algún tipo de vínculo jurídico entre las partes que dé lugar al nacimiento de la obligación de actuar...es imposible entender que exista injerencia espontánea del gestor, pues su intervención se deberá, en todo caso, a la existencia de dicha relación previa, bien voluntariamente establecida, bien impuesta por mandato legal, desapareciendo por tanto la espontaneidad exigida por el art. 1888 CC, debiendo ser sustituida la normativa reguladora de la gestión de negocios ajenos por la propia de la relación jurídica de que se trate”. También al respecto, LACRUZ BERDEJO, J.L, “La gestión de negocios sin mandato”, *ob.cit.*, págs. 252-253.

de lucro)⁵³⁶, que tiene por objeto la realización de una determinada prestación en favor de un tercero.

Son precisamente estas dos notas las que plantean mayores problemas en el intento de subsumir los efectos derivados de la interdependencia entre los miembros de la red en la categoría de la gestión de negocios ajenos: Existe una falta de la nota de voluntariedad desde el momento en que la causa de alguno de los contratos constitutivos de red responde, precisamente, a la actuación en interés del principal – por ejemplo, en una red de distribución o de subcontratistas⁵³⁷ – ; falta también la nota de

⁵³⁶ Acerca del altruismo como elemento definitorio de la gestión de negocios ajenos, destaca la aportación de PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos: estudio crítico de sus caracteres...*, ob.cit., pág. 63: “...no basta con que el gestor quiera intencionadamente, gestionar los asuntos ajenos y prestarles un servicio; además, es necesario que ese sea el móvil *exclusivo* de su actuación, sin que pueda coexistir un interés propio, personal, en el “animus” del gestor al emprender su actividad, puesto que, en tal caso, desaparecería el altruismo. Si se observa, la conclusión es de una coherencia extraordinaria: como sólo el altruismo permite a un tercero la injerencia unilateral en la esfera jurídica ajena, y como sólo el altruismo explica y justifica los beneficios concedidos al gestor por la “*actio negotiorum gestorum contraria*”, entonces será obligado exigir, en el “animus” del gestor, un *desinterés* absoluto en el resultado de la gestión; lo contrario sería abrir la puerta a las inmisiones en la esfera ajena en provecho o interés propio siquiera sólo sea parcialmente propio”.

Una matización de esta concepción del altruismo es defendida por SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª.E., *La gestión de negocios ajenos*, ob.cit. pág. 191 quién opta por la sustitución de este criterio por el del elemento volitivo de “la intención del gestor de atribuir a un tercero los resultados de su intervención”, señalando que: “Esta flexibilidad se traduce en que la concepción que aquí se sostiene no exige al gestor la prueba de su intención de actuar para otro, sino la de su voluntad de atribuirle los efectos de su actuación, dato que normalmente se desprenderá de las circunstancias concurrentes en el caso; pero es que, además, tampoco deja huérfano de protección al *dominus*, sujeto afectado por la intromisión del agente, ya que la exigencia de la intención del gestor de atribuir los resultados de su actuación al dueño conduce a que este reciba los beneficios y ventajas derivados de la intervención de aquél”.

⁵³⁷ La causa de estos contratos reside en la voluntad del principal de establecer una red de distribución de sus productos, sirviéndose para ello de la celebración de contratos con distintos empresarios cuyo objeto lo constituye la promoción o promoción y venta de los productos del principal,

altruismo ya que, la principal motivación para la integración de un empresario en la red, es la obtención de beneficio individual procedente de las sinergias que se generan entre los miembros de la misma – legítimo interés divergente –, todo ello, con independencia de que la actuación de un miembro de la red con un tercero, por efecto de la interdependencia, no sólo produzca efectos para sí mismo, sino también para otros partícipes de la red⁵³⁸.

En cambio, la representación implica una actuación en favor de un tercero que se produce no de forma voluntaria, sino como consecuencia de una obligación de carácter legal o contractual⁵³⁹, y que, si bien en principio presenta carácter

de forma que la actuación de los distribuidores se produce como consecuencia de la conducta debida por exigencia contractual. En este sentido y a propósito del debate entre una noción amplia o restringida de derecho de la distribución MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit. pág. 37: “Este Derecho de la distribución vendría constituido por el conjunto de relaciones a través de los cuales los intermediarios profesionales colaboran de manera estable con el productor en orden a la difusión de sus bienes, constituyendo el eslabón entre aquél y los consumidores, o bien, entre aquél y otro miembro del canal de distribución”.

En el ámbito de la subcontratación el objeto del contrato para el subcontratista es la ejecución de la parte del contrato que le ha asignado el contratista, único responsable frente a la Administración Pública.

⁵³⁸ Debe llamarse la atención en esta sede sobre la admisión por parte de la jurisprudencia alemana, de considerar la existencia de una gestión de negocios ajenos en los casos en que el gestor actúa impulsado por una obligación contractual contraída con un tercero y en virtud de la cual genera ventajas a otro sujeto distinto. Vid. al respecto SÁNCHEZ JORDÁN, M^a.E., *La gestión de negocios ajenos*, ob.cit págs. 161 – 164.

⁵³⁹ Sobre las especies de las relaciones representativas atendiendo a su origen LEÓN ARCE, A., “La representación”, ob.cit., págs. 238-239.

Analizando la representación indirecta DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho civil*, Marisal, Madrid, 1972 pág. 126 señala que: “Cabe todavía mantenerse fiel al sentido de las palabras y ver en la representación indirecta una especie del fenómeno representativo; bien diferenciado de la gestión de negocios ajenos, precisamente por el especial carácter de la gestión, cuando ésta se hace por cuenta y encargo del representado”.

gratuito, nada obsta a la remuneración del representante en contraprestación a su labor gestora⁵⁴⁰.

El miembro de la red cuando contrata con terceros, lo hace habitualmente – caso del agente aparte – actuando en nombre propio, si bien, como consecuencia de la interdependencia, y en su caso del hecho de compartir la explotación de un derecho de propiedad industrial, su actuación puede tener reflejo en la esfera patrimonial de otros miembros de la red. Esta actuación en nombre propio con efectos sobre terceros es propia de la representación indirecta o mandato sin representación⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Art. 1711 CC: “A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a la que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo”:

⁵⁴¹ Según DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., pág. 45: “Existe una representación indirecta – se dice – cuando el agente o gestor actúa en su propio nombre con el tercero con quien contrata, de manera tal que es él y no el *dominus* quien queda directamente vinculado por el contrato. Se sigue de ello que en este tipo de representación el principal no tiene acción contra el tercero, sino contra el representante; del mismo modo, el tercero tampoco tiene acción contra el principal y puede únicamente dirigir sus reclamaciones contra el representante. De aquí parece deducirse que es el representante quien adquiere los derechos y asume las obligaciones que derivan del contrato celebrado con el tercero, por lo cual tendrá únicamente una posterior obligación de transmitir, atribuir o destinar al principal los derechos adquiridos y una facultad de exigir que éste le resarza de las obligaciones que sobre él pesen o de los desembolsos que haya realizado”.

La representación indirecta “se caracteriza porque el representante, actuando por cuenta y en interés del representado, lo hace en nombre propio de forma que el tercero que contrata con él no conoce cuál es la intención de quien celebra el negocio con él, ignorando la existencia del representado. LEÓN ARCE, A., “La representación”, ob.cit., pág. 267.

Acerca del mandato sin representación, GALGANO, F., *El negocio jurídico*, ob.cit., pág.377: “En este caso, el mandatario actuará por cuenta del mandante, pero en nombre propio, con la consecuencia de que él, y no el mandante, adquirirá los derechos y asumirá las obligaciones derivadas del contrato celebrado con el tercero (1705). El contrato interno de mandato, que lo liga al mandante, comportará estas consecuencias: el mandatario está obligado a transferir al mandante, mediante un nuevo contrato, los derechos que ha adquirido y tiene derecho a ser reembolsado por el mandante por

Ahora bien, la extensión de efectos al resto de miembros es producto de la interdependencia, y ésta, es una realidad fáctica de las redes, derivada de la integración de sus prestaciones empresariales, con total independencia de la existencia o no de un mandato tácito o expreso, con o sin representación entre sus miembros⁵⁴².

Recuérdese que anteriormente y como consecuencia de esta propagación de efectos, los contratos de red han sido calificados como contratos “con eficacia refleja frente a terceros”, contratos complejos, coligados, conexos o vinculados⁵⁴³.

Recuérdese igualmente el análisis realizado anteriormente en sede de *governance* de las redes empresariales, acerca de la viabilidad para tal fin del uso de cláusulas contractuales que preveían deberes mutuos de control de la actividad, o de cláusulas que preveían el establecimiento de condiciones de vinculación entre los contratos, ambas como forma de intentar disciplinar la interdependencia de las prestaciones empresariales en la red⁵⁴⁴.

Sostenemos por tanto, la dimensión representativa de la actuación de los miembros de la red como una consecuencia derivada de la interdependencia propia de las redes empresariales y de la capacidad de afectación con su comportamiento de unos miembros de la red sobre otros. En ningún caso estamos hablando de la caracterización de la red empresarial como un conjunto de empresarios unidos mediante relaciones contractuales implícitas de agencia o representación – postura que conllevaría que un tercero, al contratar con la red,

cuanto, habiéndose obligado en nombre propio, ha debido pagar al tercero contratante”.

⁵⁴² Art. 1710 CC: “El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario”.

⁵⁴³ Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado D) *in fine*.

⁵⁴⁴ Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 2, subepígrafe 4, apartados A) y B).

por virtud de este entramado relacional implícito, estuviera en realidad contratando con todos los miembros de la red –⁵⁴⁵.

La representación indirecta constituye un marco derivado de la autonomía, interdependencia, convivencia de intereses contradictorios y relaciones de confianza propias de la red empresarial, en el cual es posible analizar el comportamiento de sus miembros, estableciendo aquellas conductas que, por ser acordes con la naturaleza reticular de la relación en la que se insertan, deben ser observadas por los miembros de la red, así como también, señalando aquellas otras prácticas y conductas que, por constituir un comportamiento defectuoso, abusivo o contrario respecto a la naturaleza de la relación de red en que tienen lugar, lesionan los intereses de uno o varios miembros de la red, o de ésta en su conjunto.

⁵⁴⁵ Esta es la caracterización de Möschel, desarrollada por su discípulo Rohe que critica TEUBNER G, en su obra *Network as connected contracts*, ob.cit., pág. 54 argumentando que: Esto es obviamente una ficción enorme. La representación implícita, mutua y multilateral de los miembros de la red entre sí y la creación de un gran número de poderes de agencia para hacer frente a terceros ajenos a la red (en toda su delimitación implícita secundaria reclamaciones contractuales) - no guarda relación con la negociación real y los procesos de contratación de las redes con el exterior. Si existieran los poderes de representación y la agencia, solo serían ficciones legales establecidas frente a las operaciones de las redes sociales muy diferentes de las reales. La calificación de un contrato de "red" sobre la base de la representación implícita de todos los miembros de la red que está aducida de una pluralidad de poderes igualmente implícitos de agencia, es una total incomprensión de la coordinación de la red. No se basa en el acuerdo contractual mutuo de todos los participantes. En su lugar, un acto de unión de dos partes (mayormente son de carácter contractual, aunque no siempre) se concluye con un solo miembro de la red – con la expectativa legítima de que este miembro de la red está conectado con los miembros de la red. Con esto, surgen expectativas sociales que son vinculantes para los participantes. Los poderes de representación y agencia son claramente categorías jurídicas no son adecuadas para tener en cuenta esas expectativas. Si uno quisiera hacer un uso serio de ellos, entonces la construcción jurídica resultante requeriría obligatoriamente un acuerdo contractual entre todas las partes, el cual no sólo sería contrario a la realidad, sino que sería además contraproducente para las partes en las transacciones en las redes”. (La traducción es nuestra).

Teniendo en cuenta la anterior precisión, la extensión de los efectos de la actuación individual de un miembro de la red sobre el resto, fruto de la interdependencia de sus prestaciones empresariales, provoca que la actuación de dicho sujeto deba concebirse inserta en un marco negocial más amplio que el de una simple relación bilateral. En este sentido el empresario, al contratar con terceros, pese a hacerlo como un sujeto aislado e independiente, es a la vez miembro de la red empresarial, de forma que su actuación frente a terceros conlleva una cierta dimensión representativa⁵⁴⁶ – directa en algunos casos, indirecta en la mayoría – sobre el resto de miembros de la red, actividad representativa que se origina y fundamenta en el carácter *intuitu* de las relaciones entre los miembros de la red⁵⁴⁷.

Así por ejemplo, el distribuidor o franquiciado que contrata con terceros, lo hace en su propio nombre, si bien, dicha

⁵⁴⁶ Vid. nota 171. Analizando las fuentes de dicha relación representativa RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit. pág. 104: “Los miembros de la red actúan como representante del cabeza de red respecto de cuestiones tales como las reparaciones complejas que precisan la intervención de éste, la ejecución de la garantía comercial, la aceptación y remisión de quejas, o la reposición de los productos defectuosos y la indemnización de los daños sufridos, por tres vías distintas. De una parte, como consecuencia de un deber surgido del contrato, de otra, en el marco de las actuaciones debidas, exigidas por la buena fe en los contratos de colaboración de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1258 del Código civil, y en ocasiones, como hemos indicado en uso de su autonomía de la voluntad como gestión voluntaria de negocios ajenos confirmada posteriormente por el cabeza de red”.

⁵⁴⁷ Sobre la confianza como nota definitoria de las relaciones dentro de la red empresarial Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado F), añadiendo RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit. págs. 102 y 103 que: “La existencia de relaciones de confianza derivadas del *intuitu personae* se produce en diversos tipos de contratos en los que las partes suelen compartir un interés común, y entre ellos, en el caso de contratos por medio de cuya estipulación se conforman redes y en particular redes de distribución... El principio de confianza en el ámbito del derecho contractual se refiere, en nuestra opinión, a la previsibilidad del comportamiento de la contraparte y a que éste resultará ajustado a la consecución del fin común y tomará en cuenta necesariamente los intereses de la contraparte contractual”.

contratación responde en realidad a la realización del objeto de un contrato anterior existente entre principal y distribuidor cuya finalidad económica es la distribución de los productos del primero en el mercado. De esta forma, el distribuidor, pese a actuar en su propio nombre, concluye contratos con terceros cuyos efectos acaban extendiéndose en beneficio del principal: la venta de productos, promoción, captación de clientela, servicio post-venta, que de otro modo hubiera tenido que realizar por él mismo⁵⁴⁸.

En el sector de la subcontratación o de las cadenas de montaje/producción se observa el mismo efecto: el subcontratista o suministrador de componentes actúa de forma autónoma en el mercado y en la organización de su actividad, proporcionando un bien o prestando un servicio que de otra

⁵⁴⁸ Acerca de la distribución como superación del esquema de contratos de intercambio, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., págs. 120-122: “El acto distributivo otorga una nueva dimensión cuantitativa y cualitativa al comercio tradicional e introduce criterios de especialización técnica en la tradicional mediación entre producción y consumo...el elemento inspirador se este proceso es la articulación de intereses convergentes mediante la colaboración...La creación del canal, sistema, o red de distribución, crea una interdependencia entre los contratantes que no acaba con la realización de las operaciones singulares, como en la simple compraventa, y supera igualmente al suministro no sólo por su mayor interdependencia económica, sino por la creación de deberes de asistencia anteriores o posteriores a la mera transmisión del producto. Colaborar implica establecer convencionalmente un equilibrio entre las múltiples opciones de reparto y coordinación de funciones económicas posibles, siempre sin anular la autonomía de los contratantes...Un contrato de distribución integrada crea, además, una redistribución del capital implicado en cada comercialización, pues cada detallista no se apropia, como en el caso de la compraventa, del conjunto de beneficios resultante de la diferencia de precios en la operación, ya que actuando bajo el control y dirección del concedente y bajo imagen unitaria, con sus operaciones dedica una fracción de beneficio real o potencial a la propia red de distribución, aspecto del que se beneficia no sólo el líder del sistema, sino igualmente el distribuidor local, que recoge a su vez, una cuota de mercado creada tanto por el concedente como por los restantes miembros de la red”.

manera debería haberlo asumido el principal y que, una vez entregado o finalizado revierte en el interés de éste⁵⁴⁹.

Ahora bien, en el caso de las redes hegemónicas, el efecto representativo puede predicarse también en la dirección contraria, es decir, del cabeza de red hacia los miembros de la red. En este sentido, cuando el cabeza de red diseña y organiza su estrategia empresarial, no lo hace como un sujeto aislado, al contrario, su actuación conlleva importantísimas repercusiones sobre los intereses de los miembros de su red. En consecuencia, la actuación del cabeza de red lleva también aparejada una dimensión representativa respecto de los miembros de la misma – en este caso representación indirecta –, en la medida que los actos realizados en su propio nombre producirán efectos sobre la esfera patrimonial de terceros independientes: los miembros de su red⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ Al respecto señala GALGANO, F., *El negocio jurídico*, ob.cit., págs. 390-391: “Los modernos sistemas de producción o distribución integrados han determinado un relance del mandato sin representación. Este caracteriza desde hace tiempo figuras clásicas de auxiliares autónomos del empresario como el comisionista (art. 1731) o el comisionista de transportes (art. 1737); pero ha recibido un nuevo impulso debido a la contratación atípica: así, por ejemplo, es práctica de las sociedades de publicidad concluir en nombre propio, aunque por cuenta de las empresas clientes, los contratos con los *mass media*”.

Posteriormente, págs. 392 y ss, analizando el régimen jurídico del consorcio, se ve más clara esta relación de representación indirecta: “Del hecho de que el consorcio estipule los contratos de obra en nombre propio deriva que, en la relación con el comitente y, en general, en las relaciones externas, contratista es solamente el consorcio. Del hecho de que el consorcio actúa, aunque en nombre propio, por cuenta de las empresas adheridas deriva que, en las relaciones internas, contratistas son solamente estas empresas...La fuente del vínculo (en virtud del cual cada una de las empresas ejecutan los contratos de obra estipulados por el consorcio y asignados a ellas) es anterior a la asignación y reside en la misma relación consorcial: con la adhesión al consorcio, y con la sumisión de su estatuto, las empresas singulares partícipes confieren a los órganos consorciales el encargo: a) de asumir contratos de obra por cuenta de ellas y en nombre del consorcio; b) de determinar cada vez a cuál de ellas deben “asignarse” los contratos de obra estipulados”.

⁵⁵⁰ Así por ejemplo, a propósito del ejercicio de la facultad de control en el marco del contrato de master franquicia, MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de*

De esta forma, en una red de distribución, por ejemplo, el cambio en la estrategia de marketing decidido por el cabeza tendrá repercusiones sobre la actividad de los miembros de su red, que deberán adaptarse a la misma, pudiendo ocasionar cambios en la posición de mayor o menor importancia estratégica que ocupa cada uno de ellos dentro de la red.

En el caso de la subcontratación o de las cadenas de montaje/producción, el bien o producto final presentado por el principal es el resultado de la contribución de todos los miembros de la red, de forma que la reputación, oportunidades de negocio y estrategia comercial adoptadas por el primero tendrá una influencia trascendental sobre los negocios del resto de los miembros de la red: de nuevo la actuación del principal se reviste de una eficacia refleja frente a terceros, lo que conlleva que en su actuación en el mercado, el principal deba tomar en consideración que no sólo se representa a sí mismo, sino que, como consecuencia de dicha propagación de efectos, representa de forma indirecta al resto de miembros de la red.

En todos estos casos, la actuación de los miembros de la red, en cuanto es susceptible de afectar a los intereses ajenos, implica el sometimiento de los mismos a un estatus jurídico cualificado por razón de la cierta dimensión representativa que implica su

master franquicia, ob.cit. págs. 407-408: “El contrato de master franquicia tiene que conjugar dos planos igualmente relevantes en el seno de una red: subordinación y mantenimiento de autonomía empresarial. Debe haber un equilibrio entre homogeneidad de la red y autonomía empresarial de sus miembros...Su finalidad es comprobar la correcta y uniforme explotación del modelo de empresa. Su justificación radica en la ejecución de la explotación conjunta de un mismo modelo de empresa titularidad del franquiciador. Pero, su límite, derivado de la conjunción de los dos planos, está en la actividad desplegada por todos aquellas en la explotación del modelo de empresa, sin que, en ningún caso, su ejercicio pueda conducir a situaciones de dependencia que no sean meramente funcionales, puesto que todos los miembros de la red – franquiciador, master y franquiciados –, mantienen su propia condición de empresarios independientes. Por tanto, el control del franquiciador como derecho no es una facultad libérrima sino que se limita a los fines de optimización comercial que constituyen intereses convergentes entre todos los miembros de la red”.

actuación, sujetando a los mismos a unos especiales deberes de conducta en interés de sus representados.

III.2 El carácter fiduciario de los deberes de conducta de los miembros de la red.

Anteriormente se ha señalado que la actuación gestora – así como la actuación representativa, especie de la anterior –, en cuanto tiene como finalidad económica la realización del interés ajeno, se encuentra sometida a unos especiales deberes de conducta positivos y negativos que delimitan la libertad de actuación del gestor⁵⁵¹.

En el caso de las redes empresariales, pese a producirse también dicha actuación representativa, la misma no comparte la anterior finalidad económica, pues dicha relación no presenta la naturaleza de medio o instrumento a través del cual conseguir la satisfacción del interés de un tercero, sino que es una consecuencia de la interdependencia. En este sentido, la dimensión representativa de la actuación del miembro de la red es intrínseca a su propia condición como tal, y, además, es expresión del interés compartido propio de la red.

Ahora bien, el interés de red al que atiende la dimensión representativa de la actuación del miembro de la red incorpora, como expresión del interés compartido, junto al interés propio del actor, el interés del resto de miembros de la red en dicha operación, interés que, desde la perspectiva del actor, puede calificarse como los intereses ajenos propios de la relación gestora⁵⁵².

⁵⁵¹Vid. Epígrafe 2, subepígrafe 1 de este capítulo.

⁵⁵² En sede de calificación de la relación de gestión RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 25-27 sitúa el interés común, que no interés compartido como una de las modalidades de colaboración en interés ajeno: “El conjunto de relaciones de colaboración, generalmente basadas en la confianza, se agrupa y encuentra su característica común alrededor de la actuación en interés ajeno, elemento que preside el comportamiento del obligado. En efecto, las relaciones de colaboración encuentran en el interés ajeno el elemento unitario y distintivo respecto de la generalidad de relaciones de intercambio, con el que se singularizan frente a otras relaciones jurídicas...La colaboración puede tener lugar en interés

Así– dejando aparte los casos de representación directa –, en la medida en que la actuación de los miembros de la red implica una cierta representación de carácter indirecto y que la actuación individual de los mismos implica también una cierta actividad de gestión orientada hacia la consecución del interés compartido, se puede afirmar que el miembro de la red se encuentra en una posición fiduciaria en su actuación respecto del resto de componentes de la red⁵⁵³:

exclusivo del principal o en interés común. El interés común es un concepto instrumental que revela una concurrencia de intereses o expectativas económicas entre las partes de un negocio que no han de ser necesariamente iguales ni equivalentes”.

La admisión del interés común como modalidad de realización del interés ajeno permite considerar el interés compartido, por cuanto supone un grado de integración menor que el anterior, también como una modalidad de realización del interés ajeno.

⁵⁵³ La figura del negocio fiduciario es admitida por la jurisprudencia, así en la STS (Sala Primera) 460/2007, de 7 de mayo de 2007, RJ\2007\3559, F.D 2º: “La posibilidad, y la licitud, de la *fiducia cum amico* ha sido establecida con claridad por la jurisprudencia, en Sentencias como las de 16 de julio de 2001, 17 de septiembre de 2002 y 13 de febrero de 2003, entre las más recientes. La primera de las citadas (16 de julio de 2001), en que con justeza se remontaba el instituto a las Instituciones de Gayo (II, 60) decía que en esta modalidad de negocio "el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza". Y la Sentencia de 30 de abril de 1992 destacaba la proximidad al mandato de la figura, en un supuesto en que se utilizaba una sociedad, caracterizada como pequeña empresa, para conseguir un préstamo que iba a beneficiar a determinados socios. La Sentencia de 8 de febrero de 1996 , recogiendo doctrina que ya se contenía en las de 3 de marzo de 1932 , 14 de octubre de 1959 , 6 de octubre de 1977 y 3 de enero de 1978 , consideraba la validez del contrato no obstante haberse expresado una causa falsa, cuando se demuestra que está basado en una verdadera y válida, doctrina que sigue vigente, en Sentencias como las de 19 de diciembre de 1999 SIC, 1 de abril de 2000 , 2 de abril de 2001 , 23 de octubre de 2002, entre otras.

Esta posición, que caracterizadísima doctrina consideró como "fiduciaria en sentido lato" se basa, en definitiva, en una adquisición

En este sentido, el funcionamiento de la red empresarial aparece presidido por los principios de interdependencia entre las prestaciones empresariales y confianza entre los miembros de la red, lo que permite la coordinación de sus ciclos productivos y la obtención de las sinergias derivadas de dicha integración. Como consecuencia de lo anterior, cada miembro de la red conoce la posición que ocupan el resto en la misma y confía y espera la realización por su parte de un determinado comportamiento, el cual, producto de los desplazamientos patrimoniales internos (cadena de producción o de distribución) va a tener además una eficacia refleja sobre su propia esfera empresarial⁵⁵⁴.

realizada por encargo, un mandato para adquirir... La doctrina lo ha explicado al señalar que "el mandante adquiere una propiedad sustancial, mientras que el mandatario, frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mandato, una propiedad formal". A lo que se añadiría, según la autorizada doctrina a que nos referimos, que se trata "en suma, de algo idéntico a lo que ocurre en el negocio fiduciario, entre fiduciante y fiduciario" (La negrita es nuestra).

En el mismo sentido, la STS (Sala Primera), 349/2011, de 17 de mayo de 2011, RJ2011\3973, F. D. 9º: "La sentencia recurrida sostiene que en el caso nos encontramos ante una "fiducia cum amico" cuyo precedente histórico, como afirma la sentencia de esta Sala nº 518/2009 de 13 julio , se halla en las Instituciones de Gayo (II, 60,"sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint") y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia (entre las más recientes cabe citar las de 15 de marzo de 2000 ; 5 de marzo y 16 de julio de 2001 ; 17 de septiembre de 2002 ; 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003 ; 30 de marzo de 2004 ; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007); siendo así que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, de modo que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza".

⁵⁵⁴ Al respecto, Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 1, subepígrafe 2. Sobre la importancia de la actuación conforme a la confianza suscitada en la contraparte, Vid, a propósito de la aplicación de la doctrina de los propios actos a las redes empresariales, Capítulo Quinto, Epígrafe 1, subepígrafe 2.

En este sentido, y a propósito de una red de franquicia, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., pág. 383: "La igualdad de las

Siendo esto así, en toda actuación individual de un miembro de la red concurre una dimensión de gestión o administración, si se quiere indirecta, de los intereses de los otros miembros de la red⁵⁵⁵, fundamento dicha actuación de su consideración como

posiciones jurídicas de los franquiciados, y la conexión jurídica y económica que se deriva de la repetición del modelo de contrato y explotación conjunta de la clientela puede ocasionar que contratos individuales repercutan en un “segundo grado” en la órbita ajena, en virtud de la conexión fáctica existente entre las diversas relaciones jurídicas. Ello, bien entendido que **nos encontramos ante una consecuencia del negocio, la afección a la esfera jurídica de quien en principio es tercero, y no ante una finalidad directa del negocio. Efecto, en consecuencia, que no se vincula a la voluntad de las partes, y se sitúa más allá de su disponibilidad, pues tratamos con una consecuencia inevitable del negocio**”. (La negrita es nuestra).

⁵⁵⁵ Esta dimensión es puesta de relieve por CAFAGGI, F., “La governance del contratto di rete”, ob.cit., pág. 60 -61, cuando identifica los deberes a los que se ve sometido el Órgano Común de una red paritaria en cuanto gestor de los intereses de las empresas miembros de la red en él representadas.

De nuevo en sede de franquicia ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., pág. 383: “Considero por ello, que pese a que los franquiciados no se encuentren entre sí directamente dentro del alcance obligacional de sus propios negocios, nos encontramos ante realidades jurídicas que no se pueden desconocer y permiten la invocabilidad del negocio frente a “terceros” conectados por la realidad económica del negocio común. Un contrato de franquicia podrá por ello utilizarse como causa legitimadora y justificante de diversas acciones o intervenciones sobre el comportamiento de otros miembros de la red, y en especial, servir de prueba para la valoración del posible perjuicio derivado de la actuación de terceros franquiciados, demostrar el carácter injustificado del enriquecimiento, etc. Igualmente, parece posible la oponibilidad material o sustancial del contrato singular a otros franquiciados, con el fin de exigir a franquiciados terceros, el respeto a la existencia y consecuencias jurídicas de la operación propia, oponiéndose a la realización de operaciones contradictorias o perjudiciales con el propio derecho”.

Al mismo respecto, y en sede de contrato de comisión, GARRIDO, J.M, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, ob.cit., págs. 103-104: “La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales se traduce, desde el punto de vista de la ejecución del encargo, en la incorporación al contrato de un deber general de protección de los intereses del comitente. La particularidad del contrato de comisión es la confianza que el comitente concede a un sujeto para que éste gestione sus intereses. Puesto que la actuación del comisionista incide, de manera directa o indirecta, sobre un patrimonio ajeno, es necesario que se comporte con arreglo a la buena fe,

fiduciario⁵⁵⁶ y no como mero representante⁵⁵⁷, y que, consecuentemente comportará el sometimiento a unos deberes

para evitar perjuicios patrimoniales al comitente. Por este motivo, la buena fe en la ejecución de la comisión, sin perjuicio de otras manifestaciones de menor importancia, equivale a tener en cuenta los intereses del comitente de modo que, en el caso de existir varias opciones abiertas a la discrecionalidad del comisionista en la ejecución del encargo, éste deberá elegir aquella que sea menos gravosa para el comitente”.

⁵⁵⁶ La consideración como fiduciaria de la posición de los empresarios que forman parte de la red ya ha sido defendido en alguno de los contratos típicos de red, entre ellos la franquicia, especialmente en el ámbito norteamericano, tal como expone ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., págs. 328-329, sosteniendo el autor que: “La existencia de los deberes fiduciarios se liga, en definitiva, a la existencia de intereses comunes, juntamente a los individuales...A la misma conclusión nos conduce la noción de contrato de interés común (de la franquicia) que en su formulación recoge como caracteres básicos, la corrección del poder de decisión, al imponer una moderación de los intereses particulares, por criterios de justicia y equidad. La convergencia de las partes en un interés común, junto al elevado nivel de integración económica, implicaría a las claras una atribución de poderes de dirección sin contraposición de intereses, antes bien, en condiciones de confianza y equidad”.

⁵⁵⁷ Así, Díez Pícazo, L., *La representación en el Derecho Privado*, ob.cit., págs. 279 y 280, deslindando la representación indirecta del negocio fiduciario: “Cuando una persona, cumpliendo instrucciones o pactos establecidos con otra, adquiere para esta última una cosa de un tercero ajeno por completo, parece en principio que el esquema negocial pertenece de lleno al campo de la llamada representación indirecta y que no tiene nada que ver con la fiducia. Sin embargo, en la hipótesis pura de representación indirecta, según la doctrina dominante, el representante está obligado a transmitir inmediatamente al representado los derechos nacidos del negocio representativo y, según las conclusiones a las que nosotros hemos llegado más arriba, se ha producido una adquisición directa en favor del representado.

Estos datos permiten diferenciar la pura representación indirecta o mandato para adquirir de las hipótesis de carácter fiduciario en que la representación indirecta se encuentra teñida de fiducia o involucrada en esta última. Así, puede ocurrir que, de acuerdo con las estipulaciones existentes entre las partes, el representante deba o pueda no sólo adquirir, sino también conservar las cosas o derechos en su titularidad o a su nombre, durante un cierto tiempo o hasta que se cumplan las finalidades internas...**Para que haya fiducia es preciso que la titularidad que el representante adquiere y que formalmente ha de conservar en su poder por cierto tiempo, quede**

de conducta que delimiten su libertad de actuación en garantía del respeto al interés del resto de miembros de la red: los deberes fiduciarios⁵⁵⁸.

De acuerdo con lo anterior, y en líneas generales, la actuación de los miembros de la red empresarial deberá ajustarse a las exigencias de comportamiento exigidas por el principio de buena fe, lo que comportará junto a los deberes secundarios de conducta que del mismo se derivan, unas exigencias de especial diligencia en el ejercicio de su cargo, también en garantía de la consecución del interés compartido en creación de valor para la red⁵⁵⁹.

afectada o destinada a una finalidad específica fiduciaria (garantía, gestión, etc)”. (La negrita es nuestra).

En el mismo sentido señala LEÓN ARCE, A., “La representación”, ob.cit., pág. 271, en sede de comentario de la representación indirecta que: “Afirma Gullón que el mandante (representado) adquiere una propiedad sustancial y el mandatario (representante), frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores de su existencia, una propiedad formal, al igual que sucede en los negocios fiduciarios entre fiduciante y fiduciario”.

⁵⁵⁸ A este respecto y en el ámbito de la franquicia, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., págs. 324-325: “Tanto franquiciador como franquiciado son enormemente vulnerables a los riesgos de una actuación incompetente o desleal de su contraparte, actuación cuyos efectos pueden no cesar en los propios contratantes, pues de algún modo serán compartidos con los terceros integrantes de la red mediante el deterioro de la imagen y operatividad comercial. Factores como el interés común y la creación de una comunidad de intereses, por efecto de la comercialización bajo elementos identificadores unitarios, indican claramente los peligros de un comportamiento que no se rija por la más estricta lealtad y diligencia en la ejecución contractual”.

Acerca del origen, evolución, significado y contenido de la fiducia, negocio fiduciario, relación fiduciaria y deberes fiduciarios, Vid. Epígrafe 2, subepígrafe 3 de este capítulo.

⁵⁵⁹ Así, afirma RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, ob.cit., pág. 18: “También trae causa en la intensificación del deber de buena fe propia de las redes, la existencia de especiales deberes de diligencia que pesan sobre sus miembros, y especialmente respecto a quien dirige la red. Quien dirige la red debe hacerlo diligentemente”.

Asimismo, como gestor de intereses ajenos, el miembro de la red se encontrará sometido a un deber de lealtad respecto al resto de miembros de la red como consecuencia del respeto al interés compartido⁵⁶⁰, lo que implicará un deber positivo de actuación de forma que se favorezca la consecución de dicho interés y un deber de abstención respecto de aquellas conductas que puedan perjudicar la consecución del mismo⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ La enunciación del sometimiento en su actuación al deber de lealtad por parte de los miembros de la red ha sido anteriormente manifestada, Vid. Capítulo Primero epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado G) y capítulo Segundo, Epígrafe 1, subepígrafe 1, apartado B) a propósito de la imposición de un deber de lealtad a la actuación del Órgano Común en el caso de las redes paritarias.

Acerca de la extensión del deber de lealtad a las relaciones de colaboración mercantil, si bien el autor habla de un “interés común” en las mismas y no un “interés compartido”, Vid. RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 315-318: “La extensión del deber de lealtad se plantea también en el grupo de las relaciones caracterizadas por la colaboración en el interés común. En estas relaciones una persona se obliga a actuar en interés de la otra, al momento que actúa en su propio interés, destacan, en primer lugar, las relaciones de colaboración mercantil, en las cuales la concurrencia del interés común configura uno de sus elementos estructurales del negocio. De este grupo de relaciones, son de nuestro interés los contratos de distribución en sentido estricto: la concesión comercial, la distribución selectiva y la franquicia. La especial relación que existe entre las partes de tales contratos ha llevado a afirmar la existencia de un genérico y recíproco deber de lealtad. Su proximidad con las relaciones de gestión deriva del hecho de que una de las partes se obliga a la promoción económica de los intereses de otro, lo cual distancia la figura de los contratos de intercambio y los acerca al contenido propio de los contratos de colaboración. En este sentido, puede decirse que estas figuras pueden considerarse como relaciones de colaboración en su sentido material o económico”. A mayor abundamiento, Vid. bibliografía aquí citada.

⁵⁶¹ En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit. pág. 105: “Fuera de estos casos (representación), el deber de lealtad o fidelidad, se vincula al carácter *intuitu personae* del contrato presente en todos los contratos de colaboración y entre los que figuran aquellos cuya estipulación genera la creación de una red.

Estos contratos generan, por tanto, como todos los celebrados *intuitu personae*, una expectativa mayor de que el comportamiento de la contraparte estará guiado por la buena fe, esto es, que actuará sin motivos ocultos, y por

No parece predicable, en cambio, la existencia de un deber de fidelidad por el cual el interés individual divergente de cada miembro deba subordinarse al interés compartido de la red en caso de conflicto, tal y como sucede en el ámbito societario con la salvaguarda del interés social entendido como interés común de todos los socios. Esto es debido al mayor grado de autonomía e independencia de los miembros de la red, característica que justifica, precisamente, el uso del término “compartido” y no “común” para la identificación del interés propio de la red⁵⁶².

la lealtad, que actuará en interés de la contraparte contractual, o que actuará incluso haciendo prevalecer el interés del miembro de la red respecto al suyo propio si aceptamos que derive del contrato un deber de fidelidad.

Dado que se trata de contratos de colaboración, en los que existe un fin común compartido por las partes del contrato, el deber de lealtad o fidelidad operará precisamente en el ámbito de consecución del mismo”.

A propósito de este deber de lealtad y del riesgo de conductas oportunistas por parte de los miembros de la red se plantea TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, *ob.cit.*, pág. 28 si: “Puede el vencerse el oportunismo limitando la autonomía de los actores de la red a través de la imposición de deberes de lealtad hacia los otros actores, el centro de la red y el objetivo de la misma? ¿La introducción de la categoría jurídica de “objetivo de red”, similar al derecho de sociedades a su artículo de asociación (objetivo/fin de la empresa), es concebible? ¿Puede el concepto jurídico de “objetivo de red” limitar a los actores de red, por ejemplo, en el caso de terminación contractual antes del plazo?

⁵⁶² Para un balance entre ambos tipos de intereses en caso de conflicto, Vid. de nuevo RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *ob.cit.*, págs. 115-116: “La actuación del interés compartido por parte de la dirección de la red no debe, por regla general, lesionar innecesariamente los intereses divergentes —a la apropiación del valor— de sus miembros, tal y como están contractualmente definidos, o se desprende de la interpretación o integración del contrato de acuerdo con las reglas de la buena fe.

Una eventual lesión del interés divergente solo queda justificada si resulta imprescindible —ausencia de alternativas menos o no lesivas— para tutelar el interés compartido y obtener una finalidad económica legítima propia de la red.

La lesión debe además ser proporcional respecto del beneficio obtenido para la red por medio de la actuación del interés compartido.

III.3 Los deberes fiduciarios del cabeza de red.

Las redes de carácter hegemónico, caracterizadas por la presencia en las mismas de un empresario que se encuentra en una situación de hegemonía respecto al resto, presentan una fisionomía singular y diferenciada derivada de la concentración del poder de dirección y organización entorno al cabeza de red⁵⁶³.

La posición reforzada que este sujeto ocupa, junto con las especiales prerrogativas que se derivan de la misma⁵⁶⁴, obliga a

En ningún caso puede darse un tratamiento desigual, no justificado, que determine la lesión del interés divergente de un miembro de la red frente a otro.

El miembro de la red cuyo interés divergente resulta lesionado debe de ser compensado adecuadamente a cargo del beneficio obtenido para la red con la actuación del interés compartido que genera la lesión del interés divergente”.

Acerca de la distinción entre el deber general de comportamiento de acuerdo con el Principio de buena fe aplicable a todos los sujetos y el exigible a los fiduciarios, FARNSWORTH, E ALLAN., “Good Faith in Contract Performance”, *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMANN, D., eds., Clarendon Press, Oxford, 1995, pág. 154, declara que: “El estándar de buena fe en la ejecución de los contratos no es tan preciso como el exigido a los fiduciarios, quienes están obligados a actuar consecuentemente con el interés de otra persona. Como ha declarado el Tribunal Supremo de Utah, el deber de buena fe en la ejecución de los contratos “no significa que una parte sujeta a un derecho específico deba ejercitar el mismo en su propio detrimento y en beneficio de otra parte del contrato”. (La traducción es nuestra).

⁵⁶³ Sobre esta cuestión Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 1, subepígrafe 1, apartado A) y Capítulo Segundo, Epígrafe 1, subepígrafe 2, apartado A);

⁵⁶⁴ Acerca de las fuentes del poder que ejerce el cabeza de red, en un apartado dedicado a enumerar las especificidades propias de las redes empresariales RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit. pág.19: “b) De la concesión en cada uno de dichos contratos al cabeza de red, en modo paralelo y con carácter de contenido típico desde la perspectiva de la tipicidad social, de facultades de coordinación, dirección y de control respecto de la actuación de los miembros de la red; c) de la titularidad por parte del cabeza de red del bien jurídico cuyo uso es compartido por todos los miembros de la red; d) del monopolio de admisión a la red que le confiere el principio de autonomía de la voluntad dado que el ingreso a la misma presupone la contratación con el cabeza de red...e) del monopolio de exclusión de la red dado que de una parte , el

un estudio más detallado y pormenorizado acerca del contenido de los deberes de conducta a los que, como representante de intereses ajenos se encuentra sometido el cabeza de red.

En este sentido, es especialmente necesario destacar que, el ejercicio del poder de organización/dirección de la red, acentúa la dimensión administrativa o gestora de la actuación del cabeza de red en interés de la misma (interés compartido), en comparación con la del resto de miembros. Esta actividad cualificada de administración implica, consecuentemente, que el cabeza de red se sitúa, respecto del resto de empresarios que forman parte de la red, en una posición fiduciaria reforzada, por cuanto tiene una mayor capacidad real de afectación, no sólo al interés compartido, sino también incluso a los intereses divergentes de los miembros de la red⁵⁶⁵.

principio de autonomía de la voluntad y la prohibición de las vinculaciones perpetuas le habilitan para renovar un contrato por tiempo determinado o para resolver, con el correspondiente preaviso, un contrato por tiempo indeterminado sin necesidad de justa causa; y de otra, puede expulsar a un miembro de la red mediante la resolución unilateral del contrato, justa o abusiva, en este segundo caso ilícita, pero no por ello menos efectiva y real y cuyo carácter abusivo deberá ser probado por el miembro de la red que la sufra bajo el principio general de la prueba de quien alega la prueba. f) e incluso del poder de mediación en los conflictos entre miembros de la red, reservado mediante pacto contractual expreso, en particular, respecto a las cuestiones de territorialidad.

Por todo ello es preciso reconocer que el cabeza de red se encuentra en una posición distinta que el mero contratante de un contrato bilateral de cambio y en particular en una posición de poder respecto a los miembros de la red”.

⁵⁶⁵ RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, *ob.cit.*, pág. 19, tras plantear una mirada hacia el Derecho de sociedades como fuente de referencia para la elaboración de soluciones adaptadas a los problemas específicos de dirección de la red afirma que: “En consecuencia, quien dirige la red no sólo soportará los deberes de lealtad y diligencia propios de todo miembro de la red, sino que además soportará los derivados de su función de dirección y administración de la red, que no siempre tendrán el mismo contenido”.

En referencia a esta asimetría de poder se pregunta TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, *ob.cit.*, pág. 28: “En concreto, la pregunta surge en torno a si y en qué grado puede regularse legalmente la apropiación del cabeza de red de las ventajas de la misma a través de la imposición de deberes de

Piénsese por ejemplo que, en una red de distribución, es el cabeza de red el que fija la política comercial y de expansión de la misma, de forma que sus decisiones y actuaciones tienen una influencia trascendental sobre la actividad de los empresarios que forman parte de dicha red. En este sentido, y siguiendo con el ejemplo anterior, la elaboración de una campaña publicitaria por parte del cabeza de red que resulte dañina para la marca objeto de distribución, tendrá un efecto directo sobre el volumen de ventas de los miembros de la red. Puede verse entonces como la dimensión gestora que reviste la actuación individual del cabeza de red, conlleva unos efectos o consecuencias especialmente cualificadas sobre la actividad o patrimonio de las empresas indirectamente representadas, las empresas miembros de la red⁵⁶⁶.

Por ello, los deberes de conducta a los que se encuentra sujeto el cabeza de red por razón de dicha posición fiduciaria – deberes fiduciarios – presentarán un carácter reforzado respecto a los ostentados por el resto de miembros de la red. Carácter reforzado que, no obstante deberá conjugarse con el componente relacional de confianza, flexibilidad y, en ocasiones, informalidad, propio de las redes empresariales, dando lugar a unas obligaciones de conducta amplias en su enunciación, pero con unos límites bien definidos en garantía del respeto a los legítimos intereses compartido y divergente de la red.

El contenido de estos deberes y su aplicación al cabeza de red será objeto de análisis en los siguientes capítulos.

promoción o deberes de distribución de los beneficios y los riesgos. En líneas generales, el problema es si la revisión judicial de contratos estándar puede hacer frente a la transferencia de riesgo inadecuada del centro de la red los a miembros de la misma”. (La traducción es nuestra).

⁵⁶⁶ Es posible además predicar el carácter cualificado de esta influencia ya no solo desde la perspectiva de los caracteres estructurales de la red como en el ejemplo, sino también en comparación con la dimensión gestora y capacidad de influencia real sobre el patrimonio propio, de la actividad del resto de miembros de la red en posición no hegemónica. Así por ejemplo, el daño causado a la reputación e imagen de marca por un distribuidor local será siempre mucho menor al causado por el cabeza de red en el ejemplo del texto.

Capítulo 4

*El deber de buena fe en las redes
empresariales: información precontractual y
redacción del contrato.*

I. El principio de actuación conforme a las exigencias de la buena fe.

En el capítulo anterior se ha analizado con carácter general, tanto a nivel internacional como, con mayor detalle, en relación al ordenamiento jurídico español, el significado y funciones de los Principios Generales del Derecho, poniendo de relieve su función modalizadora de las relaciones jurídicas en garantía de los axiomas y valores que los mismos recogen⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ A este respecto señala DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 59, que “La idea que presidía el ordenamiento tradicional de las relaciones económicas, podía considerarse asentada sobre la regla de que jurídicamente los pactos deben siempre ser cumplidos y cumplidos en sus propios términos (*pacta sunt servanda*) y de que, en orden al cumplimiento, hay que atenerse ante todo a la letra del contrato...Desde la segunda década del siglo pasado, sin embargo, puede observarse una corriente de pensamiento dentro del Derecho privado, que, en paralelo con la superación del literalismo en la interpretación, propugna **la introducción de corrientes de moralización en los negocios jurídicos con el fin de impedir resultados que de otra manera se consideran contrarios a los postulados de la justicia**...Es una lucha en favor de la moralización de la tendencia a la interdicción o, por lo menos, a la reducción del campo de operatividad de los negocios abstractos con el fin de conocer las situaciones subyacentes y no otorgar la protección jurídica a aquellos que no aparezcan como dignos de ella” (La negrita es nuestra).

También DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho*, ob.cit., pág. 64: “Las reglas particulares del derecho no son realmente inteligibles si no se las pone en relación con los principios de los cuales descienden; si bien éstos pueden no estar, y la mayor parte de las veces, no están, formulados en el Código. De aquí la necesidad, incluso para la acertada práctica judicial, de una honda elaboración científica del derecho, es decir, de una construcción lógica y sistemática del mismo, en la cual las ideas directrices y los principios

De entre todos estos principios, el Principio de buena fe es el que aparece recogido, bajo distintas formas, en un mayor número de ordenamientos jurídicos nacionales⁵⁶⁸, normativa de

informadores de todo el sistema ocupen, naturalmente, el primer lugar, en relación con las disposiciones particulares. El estudio de éstas puede solamente dar lugar al conocimiento de aquellos principios, mediante el referido procedimiento retrospectivo, en cuanto precisamente los principios mismos habían ya informado con anterioridad las normas particulares; las cuales, no obstante, sólo en parte reflejan”.

⁵⁶⁸ En el caso español aparece recogido por partida doble, como principio general informador de la conducta de los operadores jurídicos (art.7 CC) y, con carácter específico como principio integrador del contenido de los contratos, art. 1258 CC; en el caso francés aparece reflejado también como norma integradora de las obligaciones pero entendido como equidad, art. 1135 Code Civil: “Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”; o deber de correteza en el caso italiano art. 1175 Codice civile: “Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza” y en el BGB alemán § 242 Leistung nach Treu und Glauben: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”.

Un estudio comparativo sobre el origen y contenido de cada una de las principales concepciones nacionales (Alemania, Francia e Inglaterra) de la buena fe puede encontrarse en WHITTAKER, S., ZIMMERMANN, R., “Good faith in european contract law: surveying the legal landscape”, *Good faith in European Contract Law*, ZIMMERMANN AND WHITTAKER eds., Cambridge University Press, 2000 págs. 8-62.

Acerca de la introducción del concepto de buena fe en los ordenamientos jurídicos de la órbita anglosajona Vid. BEATSON, J., FRIEDMAN, D., “Introduction: from “Classical” to Modern Contract Law”, *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMAN, D., eds., Oxford University Press, 1997, págs. 3-22.

En este ámbito y conocedores de la tradicional reticencia de los ordenamientos del common law al reconocimiento de un Principio General de Buena Fe en su ordenamiento, destacamos en el ámbito norteamericano la previsión del §1-203 Uniform Commercial Code, según la cual: “Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement”, y el §205 (2d) del American Law Institute's Restatement of Contracts: “Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement”.

contratación internacional⁵⁶⁹, así como también en las diversas iniciativas internacionales de armonización como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales⁵⁷⁰, los PECL⁵⁷¹, o el DCFR⁵⁷².

⁵⁶⁹ Art. 7.1 Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980, (convención de Viena): “**En la interpretación** de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de **asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional**”. (La negrita es nuestra).

⁵⁷⁰ Así, art. 1.7: Las partes **deben actuar con buena fe** y lealtad negocial en el comercio internacional. Las partes **no pueden excluir ni limitar este deber**”. (La negrita es nuestra).

Comentando estos principios, PERALES VISCASILLAS, M^a P., , “El derecho uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm.223, págs. 284-287, que precisa que: “el reconocimiento de la buena fe y lealtad negocial, no expresamente como un principio de interpretación del texto de los Principios sino como un estándar de comportamiento obligatorio para las partes contratantes, es una de las mayores y más acertadas innovaciones que presentan los Principios respecto de otros textos de Derecho Uniforme, en particular respecto de la Convención de Viena... Y así de entre los principios interpretativos se ha extraído el de la buena fe, que se ha situado en una disposición independiente y de corte imperativo [sin embargo la naturaleza dispositiva de los Principios de UNIDROIT] (*Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber*, art. 1.7.2.) a la vez que se le ha dotado de su natural contenido (*Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional*, art. 1.7.12”.

⁵⁷¹ Dentro del texto de los PECL, el principio de actuación conforme a las exigencias de la buena fe aparece recogido en la Sección 2: Deberes generales. Artículo 1:201: Buena fe contractual: (1) Cada parte tiene la **obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe** (2) Las partes **no pueden excluir este deber ni limitarlo**. (La negrita es nuestra).

Analizando el papel del principio de Buena Fe como parte del Derecho Europeo de Contratos, MARTÍNEZ SANZ, F., “Buena fe”, *Derecho Privado Europeo*, CÁMARA LAPUENTE., (coord.), Colex, Madrid, 2003, págs. 481-500, señalando el autor en la págs.. 497 -498 que: “Por lo que se refiere a la afirmación de que no existe un genuino concepto de “buena fe europea”, probablemente sea cierta, siendo ello debido al hecho de que el Derecho Europeo de contratos es aun enormemente fragmentario e incompleto. Por ello, en lugar de ser un obstáculo al uso de conceptos indeterminados, debiera

Sin embargo, el Principio de buena fe, en cuanto especie del género de los Principios Generales del Derecho, comparte la misma problemática que éstos, a saber, su carácter abstracto y genérico, el cual si bien presenta ventajas obvias desde el punto de vista de iniciativas de armonización legislativas o como cauce para la adaptación y evolución del Derecho a las nuevas realidades sociales⁵⁷³, plantea de nuevo el problema de enfrentarse a la delimitación exacta de su contenido.

I.1 Noción, concepciones y funciones de la buena fe.

servir para fomentar la armonización en el ámbito del derecho de contratos, donde los conceptos jurídicos indeterminados (buena fe, razonabilidad, etc.) podrían ser interpretados con la ayuda de textos comparados, como es el caso de los “Principios de Derecho contractual Europeo”, u otros semejantes”.

⁵⁷² Book III. – 1:103: Good faith and fair dealing

“(1) A person **has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship.**

(2) **The duty may not be excluded or limited by contract.**

(3) Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for non-performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have”. (La negrita es nuestra).

⁵⁷³ A propósito del papel de la buena fe como cláusula general, GRISI, GIUSEPPE, *L'obbligo precontractuale di informazione*, Pubblicazioni della Rivista Critica del Diritto Privato, Jovene Editore, Napoli, 1990, pág. 37: “La función que en el interior del ordenamiento jurídico realizan las cláusulas generales (por lo tanto, también la de la buena fe), permite apreciar mejor la potencialidad normativa. Prevé un grado necesario de indeterminación del contenido que permite una aplicación diferenciada, según los diversos contextos en los cuales en los que se encuentra un deber concreto de operar...El recurso a las cláusulas generales es, en su lugar, igualmente necesario, porque garantiza al máximo grado la vinculación entre el Derecho y la realidad social y porque permite el ingreso, en el mundo del Derecho, de criterios, principios y valores, muchos de los cuales no encuentran inmediato acomodo en las previsiones normativas singulares, pero que no por esto resultan concretamente menos idóneos para servir de guía a las decisiones”.

Definir un concepto jurídico de carácter abstracto que además se inserta en la esencia de múltiples instituciones y manifestaciones normativas concretas a lo largo de los distintos ordenamientos jurídicos como es la buena fe, no constituye una tarea nada sencilla y tampoco corresponde abordarla en este trabajo.

A los efectos que aquí nos interesan baste con señalar que la buena fe es un concepto jurídico indeterminado⁵⁷⁴, el cual precisa del recurso a la realidad para su determinación y aplicación al caso concreto⁵⁷⁵, que, instrumentado como un

⁵⁷⁴ Asumimos en este trabajo el concepto de buena fe acuñado por FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., pág. 80: “Entendemos que la buena fe es un elemento de la Vida de relación, pero no se incorpora al Derecho tal cual se da en la realidad, sino que recibe una carga o un plus que resulta de las precisiones técnicas necesarias. Una vez ingresado al campo jurídico, el concepto de buena fe es un concepto jurídico indeterminado, pero aun siendo un concepto jurídico, tiene un sustrato real y, más aún, su carácter de “indeterminación” impone el recurso a la realidad para salvar esta indeterminación. No es una creación (en el sentido de elaborar partiendo de cero) del legislador, sino que él, partiendo de la realidad, adscribe a la buena fe ciertos contenidos y le impone determinadas limitaciones. Por ello, aun cuando creemos que puede hablarse de un principio general de buena fe, con su contenido más o menos uniforme en todos los sistemas jurídicos, no podemos desconocer que en cada ordenamiento concreto habremos de encontrar matices que, sin afectar a la esencia del principio, modifiquen sí su aplicabilidad, su alcance y sus efectos”

En el mismo sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 7”, *Comentario del Código Civil*, T-I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 38: “No es posible esperar una tipificación completa de los diversos supuestos de aplicación del principio porque su misma naturaleza y función lo impiden...La indeterminación es inmanente al principio general de la buena fe y precisamente mantenerla constituye una estrategia del Ordenamiento Jurídico para facilitar constantes adaptaciones a la realidad”.

⁵⁷⁵ Realizando una revisión desde una perspectiva tópica de la buena fe, DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Bosch, Barcelona, 1965, pág. 21 afirma que: “La conclusión de todo ello es que no sólo es imposible, por la variedad de la materia o por el empleo profuso que de ella hace el ordenamiento positivo,

Principio General del Derecho dotado de normatividad propia⁵⁷⁶
– y no caracterizado como un mero estándar de conducta⁵⁷⁷ –,

dar un concepto general de la buena fe, ni siquiera, como hacen algunos autores, distinguiendo las diversas funciones de la misma; porque a pesar de esas distinciones, no cabe esclarecer conceptos generales de los que, por vía de deducción, vayan a establecerse consecuencias particulares, sino una serie de criterios de orientación que requieren, en cada caso, una precisión distinta, según el contenido al que respondan y la posición que ocupen en relación con el ordenamiento, sensiblemente diferente, conforme a los tipos de organización técnica de la buena fe, y a su colocación en relación con las normas y con las instituciones”.

⁵⁷⁶ FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 153-154: “La normatividad de la buena fe puede ser de dos formas: directa o refleja. Es directa cuando actúa por sí, como principio general al que el ordenamiento se refiere explícita o implícitamente. Es refleja, cuando actúa por intermedio de normas concretas que son derivados más específicos de las directivas generales abstractas contenidas en el principio. Desde otro punto de vista, la normatividad puede presentar dos grados distintos. Las dos formas descritas (directa y refleja), constituyen manifestaciones de la normatividad de primer grado, mientras que cuando la buena fe es tomada en cuenta como elemento descriptivo o caracterizador de un supuesto de hecho, su normatividad es de segundo grado”:

⁵⁷⁷ FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 98-102, rechaza la idea de la caracterización de la buena fe como un estándar de conducta argumentando que: ““La idea de los “standards” surge como su propio nombre lo indica en la teoría anglosajona del Derecho y es trasladada o generalizada. Un standard es un parámetro, una medida, un patrón. El standard jurídico es un “arquetipo o modelo de conducta social que, por una parte, se impone en determinados casos de modo expreso, y por otra parte, implica que se niegue la tutela jurídica como sanción cuando se produce un comportamiento de signo contrario. Siendo un patrón, el standard jurídico funciona como criterio de contrastación de comportamientos concretos, para determinar su adecuación o no con la medida elegida como base por el legislador, o por el juez en los sistemas de Common Law. Los standards jurídicos no generan normas o directivas de comportamiento. Sirven para que el legislador los tome como punto de referencia – en cierta forma como medida ejemplar – para indicar cuál es la conducta debida por un sujeto en determinada circunstancia... Los standards jurídicos, como cualquier otro patrón, plantean el problema de la determinación de su contenido, es decir de la delimitación de su ámbito sustancial... “el buen padre de familia” no es por sí mismo un criterio normativo, sino un modelo que el ordenamiento toma en cuenta como “causa ejemplar” y sobre el cual ha de juzgar la conducta concreta de las personas... **Nosotros entendemos que la buena fe**

supone la introducción de un elemento modalizador de las normas jurídicas, en garantía de que el comportamiento de los destinatarios de las mismas sea conforme al arquetipo social ético de conducta imperante⁵⁷⁸, el cual entronca a su vez con la

es un principio general y no un mero standard jurídico. La diferencia esencial entre estos dos elementos del sistema, radica en la normatividad propia del primero, de la que carece el segundo. El standard el “hombre medio” ¿Puede generar normas? No. Simplemente indica el molde en el que han de volcarse las conductas concretas. Tomemos ahora un principio general, la buena fe o el enriquecimiento sin causa ¿Generan normas? Sí, y no sólo eso, sino que en sí mismos son ya normas, aunque su estructura formal-técnica no esté muy desarrollada, imponen ciertas formas de conducta, de ellos derivan obligaciones, surgen consecuencias jurídicas”. (La negrita es nuestra)

También distinguiendo entre ambas figuras, DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe...*, ob.cit., pág. 53: “Los *standards* son “directivas generales” de que el juzgador puede servirse, a fin de llegar a una solución más justa basada en el examen de las circunstancias especiales del caso que conoce. Constituyen por tanto “criterios axiológicos” para juzgar del comportamiento objeto de un deber o un derecho...Por consiguiente, el carácter general de la norma *standard* no debe hacernos creer que se trata de un simple principio. El principio descansa en sí mismo, tanto si es una máxima como si es un axioma. En cuanto tal, no procede de una determinada concepción, ni suministra criterios. El *standard* proporciona un criterio por el procedimiento de remitir a las concepciones vigentes de lo que es valor, deber o diligencia, o también por inclusión de un concepto valorativo que ha de ser sustanciado a discreción del juez”.

La concepción de la buena fe como un estándar de conducta es defendida, entre otros, por DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 61 “En este sentido, la buena fe es lo que se ha llamado un “estándar” jurídico o un modelo de conducta social, que sería aquella conducta social que la conciencia social exige en cada caso conforme a un imperativo ético dado”. La misma afirmación puede encontrarse en otras obras del autor, así Id. “Prólogo”, *El principio general de la buena fe*, ob.cit., págs. 12-13; Id. *La doctrina de los propios actos*, ob.cit, pág. 139.

⁵⁷⁸ Acerca de los elementos a los que acudir para dotar de contenido el concepto de buena fe, FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., pág. 113: “Reiteramos que, a nuestro juicio, habrá que remitirse a las estimaciones de la sociedad en su conjunto, pues el Derecho no está dirigido a los juristas, sino a todos los miembros de la comunidad. Porque, además, el Derecho no es un producto cultural exclusivo de lucubraciones científicas de los juristas, sino una creación cultural en la que

idea de justicia como máxima hacia cuya consecución tiende el ordenamiento jurídico⁵⁷⁹.

De acuerdo con este enunciado, tradicionalmente se ha distinguido entre dos concepciones – dos facetas o formas de aproximación para los defensores de una concepción unitaria⁵⁸⁰ – de la buena fe: la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva.

en mayor o menor medida intervienen todos los miembros de la comunidad, con su conducta, sus necesidades, sus aspiraciones e ideales, etc. Porque el Derecho, y sus elementos, son la resultante de aplicar o concretar ciertas aspiraciones de carácter axiológico que representan los valores esenciales de la humanidad toda y no de un grupo de técnicos.

Para dotar de contenido al concepto habrá que recurrir entonces a elementos meta-jurídicos ¿Qué elementos? Principalmente las estimaciones morales, las consideraciones éticas vigentes en la comunidad, aunque también podrán tenerse en cuenta las circunstancias económicas, culturales, sociales, que tipifican y cualifican la situación total de una sociedad dada”.

En este sentido y por referencia a los valores éticos que refleja llama la atención la definición de buena fe dada por la Section 1-201 (19) del Uniform Commercial Code: “honesty in fact in the conduct or transaction concerned”.

⁵⁷⁹ Acerca de la coordinación de las valoraciones fruto de aplicación de la buena fe con el ordenamiento jurídico, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 66: “Por ello, hay que entender que **las valoraciones que comporta la regla o principio de buena fe tienen que hacerse dentro del sistema legal con el que tienen que resultar compatibles**, de tal manera que las susodichas valoraciones sean conciliables con aquellas otras que el legislador haya efectuado al consignar en los diferentes textos las normas legales, pues no existen dos sistemas distintos, ni se reproduce la conocida quiebra histórica que separó un conjunto de derechos legales frente a otro conjunto de derechos puramente equitativos. **La regla de buena fe forma parte del sistema legal y es, dentro de él, o bien una forma de definir un elemento del supuesto de hecho de una norma legal, o bien, una forma de definir, muy abstractamente, una consecuencia jurídica.** Por la misma razón la regla de buena fe tiene que coordinarse con las exigencias del orden público y con el Derecho imperativo, de suerte que, en ningún caso, el recurso a la buena fe o la alegación de obligaciones de buena fe pudiera erigirse en coartada para barrenar los mandatos contenidos en las normas legales o sus efectos”. (La negrita es nuestra).

⁵⁸⁰ A favor de una concepción unitaria de la buena fe, FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 91-92: “Resumiendo,

La primera se ha entendido tradicionalmente como la creencia individual de un sujeto de que su actuación es correcta o no causa ningún perjuicio a un tercero, de forma que es causa de exoneración de responsabilidad por ello⁵⁸¹.

diremos que la clasificación tradicional de la buena fe distingue: 1. buena fe objetiva, la buena fe actúa como regla de conducta, portadora de normas en sí, o generadora de normas concretas; 2. Buena fe subjetiva, la buena fe consiste en la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma...**Para nosotros la buena fe es una**, aunque puede funcionar de diversa manera. Es uno el principio general de la buena fe del que se derivan múltiples corolarios, pero todos reconocen en ese principio su origen, esencia y fundamento” (La negrita es nuestra).

En contra de la concepción unitaria de la buena fe, de forma explícita MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 7”, ob.cit., pág. 40: “En mi opinión, los intentos de reconducir a unidad el concepto de la buena fe, aunque bien intencionados, están condenados de antemano a permanecer en las alturas de la vaguedad y de la abstracción, en un plano por tanto, pobre en información, que no aporta los desarrollos necesarios para la aplicación fundada del principio...Hay que advertir, por lo demás, que reducir a unidad el concepto de buena fe tiene consecuencias perturbadoras para la comprensión de su funcionamiento en las distintas instituciones, y en alguna medida perjudica la depuración del concepto sobre todo en su vertiente subjetiva”.

⁵⁸¹ Así señala DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, ob.cit., pág. 136: “En un primer grupo de textos la buena fe es considerada como “ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho”, hay entonces un acto que es objetivamente antijurídico e irregular y que, sin embargo, la persona ha realizado con la convicción de que su comportamiento era regular y permitido.... Id. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 60: “En una primera acepción, buena fe significa honradez subjetiva de una persona, o lo que es lo mismo, la creencia nacida de un error excusable, de que la conducta que realiza o ha realizado no va contra derecho; y, en una segunda acepción, alude a una serie o conjunto de reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico”. Id. “Prólogo”, *El principio general de la buena fe*, ob.cit., pág. 19: “La buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma”.

Para DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe...*, ob.cit., pág. 57: “La buena fe subjetiva se refiere a la correcta situación del sujeto dentro de la

La buena fe objetiva, por su parte “significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos”⁵⁸².

relación jurídica, no al contenido o a los efectos de la misma...consiste en la creencia o ignorancia *de no dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho*”.

Según RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentarios al art. 7 CC”, RAMS ALBESA, J y MORENO FLÓREZ, R.Mª; *Comentarios al Código Civil*, Vol I, J.M Bosch editor, 2000, pág. 216 - 218: “Para la concepción subjetiva, la buena fe se basa en un conocimiento inexacto de la realidad: unas veces, en la creencia de que el interesado se halla correctamente instalado en una situación jurídica; otras, en la ignorancia de cierta ilicitud o incorrecta situación. Se basa, por tanto, en la posición subjetiva, psicológica, de una persona. La eticidad de su conducta consiste en su error, que debe ser dispensable... La buena fe es una forma de conducta de los protagonistas implicados (actúan o no de buena fe); es algo que los tribunales deben de tomar en consideración como uno de los elementos de ciertos supuestos de hecho o requisito de algunos efectos jurídicos. Por ello deben constatar los tribunales si existe o no la buena fe en las situaciones o casos que juzgan, si las conductas de los operadores jurídicos son de buena o mala fe”.

⁵⁸² La definición es de DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, ob.cit, pág. 137; Id. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 61.

Para ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., “Comentario al art. 1258 CC”, *Código civil Doctrina y jurisprudencia*, ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., SANTOS BRUZ, J., Tomo IV, Trivium; Madrid, 1992 págs. 585: “Partiendo del concepto literal de buena fe, como honradez y rectitud, debe distinguirse de otros conceptos afines pero distintos, como los de crédito y confianza, buenas costumbres, fidelidad contractual. Para evitar los riesgos que al intérprete afectarían en supuestos de una aplicación excesiva de este principio, la buena fe debe considerarse como un módulo de carácter objetivo, que se determinará según los usos del tráfico y atendiendo en primer lugar a las circunstancias del caso concreto, y en ningún caso eludiendo la expresión legal coactiva”.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al art. 7 CC”, *Comentario del Código Civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., coord., Bosch, Barcelona, 2006, da una definición de buena fe objetiva argumentando que, pág. 120: “De este modo la buena fe equivaldría a un modelo de conducta que la consciencia social exige por imperativos compartidos por la gran mayoría de los

Por lo que respecta a las funciones que desempeña la buena fe en cuanto Principio General del Derecho en el ordenamiento jurídico, podemos distinguir cuatro: la función informadora del ordenamiento jurídico, la función como criterio interpretativo de las normas, la función delimitadora de la conducta jurídicamente admisible de las partes y, por último, la función integradora del ordenamiento⁵⁸³.

ciudadanos, de muy distinto origen: religiosos, humanistas, políticos, tradicionales, etc. Todos estos imperativos obran en el interior de la conciencia social de una manera continuada y entremezclada, dando como precipitado aquel arquetipo. Claro está que siempre quedará una dosis de subjetivismo en el aplicador del derecho, pues éste es el que ha de captar el modelo de conducta apropiado en cada ocasión, pero es el riesgo propio de toda utilización de normas genéricas y abiertas”.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentarios al art. 7 CC”, RAMS ALBESA, J y MORENO FLÓREZ, R.M”; *Comentarios al Código Civil*, ob.cit., pág. 216: “La concepción objetiva considera la buena fe como una norma de conducta correcta, adecuada a los parámetros de lealtad y honradez que la ética social aprueba y considera como razonablemente exigibles. Tal comportamiento es independiente de la creencia individual, acertada o errónea: de ahí le viene su calificación de objetiva”.

⁵⁸³ Esta enunciación de cuatro funciones es apuntada, tras una revisión de la postura sostenida por otros autores, por FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 162-164.

Una delimitación tripartita de las funciones desempeñadas por la buena fe, aunque paralela a la recogida anteriormente, en la medida en que la función informadora no aparece recogida explícitamente, sino implícitamente de forma transversal en las diversas figuras, lo cual es en realidad la esencia y expresión de la misma, la constituye la división de DÍEZ PICAZO, L., ya apuntada en *La doctrina de los propios actos*, ob.cit., págs. 138-139 y mantenida en “Prólogo”, *El principio general de la buena fe*, ob.cit., pág. 19 y *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., págs. 60 -62: “La buena fe es tenida en cuenta a) como causa de exoneración o de atenuación de la sanción que el ordenamiento jurídico impone a un acto subjetivamente irregular o incorrecto; b) como presupuesto o como causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de un poder jurídico, c) como fuente de creación de especiales deberes de conducta, exigibles en cada caso según la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad perseguida por las partes a través de ella”.

En primer lugar, la buena fe actúa como criterio informador del ordenamiento jurídico, inspirando el contenido de las normas e instituciones que lo componen, así como también, dando origen a otras nuevas⁵⁸⁴, dotando en última instancia de

A nivel jurisprudencial destaca SAP Barcelona (Sección 15ª), de 23 de febrero de 2004, JUR 2004/96267, F.D 4º: “En el Derecho privado la buena fe, además de un instrumento de descripción sintética del supuesto de hecho de alguna de sus normas, constituye un principio general del derecho que, de acuerdo con el artículo 1.4 del Código Civil, opera con un carácter informador del ordenamiento jurídico y se aplica en defecto de Ley y costumbre.

Como principio informador del ordenamiento, la buena fe pone en relación al sistema jurídico con las normas nuevas, como la adecuación de los supuestos de hecho vigentes a las concepciones aceptadas en el momento de su aplicación, a modo de canon o criterio de orientación de la labor interpretativa.

La buena fe no solo actúa como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, sino también como fuente general de deberes de conducta y de prohibiciones, en situaciones de otro tipo.

Ello sentado, en una materia tan íntimamente unida a las circunstancias de cada caso, como es la exigibilidad de los deberes de conducta por efecto del principio general de buena fe, carecería de sentido negar en abstracto la posibilidad de que, no obstante el cumplimiento de los requisitos legales o estatutarios sobre convocatoria de juntas generales de accionistas, concurra alguna anomalía y, en particular, una infracción del Standard o modelo de comportamiento exigible a la sociedad o al órgano de administración en tal coyuntura, en especial, en aquellos casos en que el socio podía confiar, con fundamento, en el cumplimiento de algún requisito más que garantizara su conocimiento”.

⁵⁸⁴ Así, por ejemplo se reconocen como instituciones derivadas de la aplicación del principio de buena fe, o más concretamente surgidas como consecuencia de la infracción de este principio: el abuso del derecho, agotamiento del derecho, regla de los propios actos, “tu quoque”, retraso desleal en el ejercicio de los derechos o abuso de las acciones de nulidad. Sobre todas estas figuras, con carácter general, CARRASCO PERERA, A., “Comentario al art. 7”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ-CANO, R., coord., Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 46-50 y explícita MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 7”, ob.cit., págs. 47 - 56.

coherencia y legitimación a la mismas y, por ende, al conjunto del ordenamiento⁵⁸⁵.

La trascendencia de la función informadora es tal que algún autor ha sostenido que el resto de funciones que cumple la buena fe son, en realidad, una derivación o consecuencia de dicha

⁵⁸⁵ De forma muy clara FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 176-177: “Nosotros entendemos que la función informadora significa la incorporación al ordenamiento de un sentido propio; mediante ella se infunde a las normas particulares una tensión valorativa que es, a la vez, fundamento, inspiración y fuente de legitimación... El principio de buena fe informa todo ordenamiento jurídico en mayor o menor medida, inspirando normas concretas e infundiendo al conjunto una orientación hacia el respeto de valores fundamentales. Frente al sistema, podrá decirse que la buena fe lo caracteriza, pero se trata de una característica fundacional y justificante, interna o mejor dicho interior”. Añadiendo en las págs. 180 -181 que: “**Para poder informar hay que existir antes de aquello que ha de informarse...**en el plano genérico de los principios generales, como un todo abstracto, se discutirá la cuestión airadamente, pero si nos circunscribimos a la buena fe, creemos que nadie podrá simultáneamente reconocer que la buena fe informa al sistema jurídico, que infunde un sentido determinado al fenómeno total del Derecho, y sostener que es una creación de las normas positivas. Esto es un auténtico contrasentido, es negar la realidad en aras de un positivismo axiomático y nefasto...La buena fe por su contenido valioso, por su profunda conexión con la realidad de la sociedad, por encarnar las ideas morales básicas respetadas por el grupo, desempeña un papel importantísimo como principio rector de la conducta compartida. Encarnando esta significación actúa respecto al Derecho como principio informador; principio informador de lo jurídico en general, y de las normas concretas, en particular. **La buena fe representa una de las ideas esenciales del fenómeno proteico que denominamos Derecho; no la única, pero sí una de las más trascendentes y comprensivas.** Siendo ello así, surge como consecuencia lógica su elevada función conformadora y justificante de las normas jurídicas positivas que forman el conjunto de los diversos ordenamientos jurídicos”. (La negrita es nuestra).

En el mismo sentido y acerca de los caracteres derivados de la consideración de la buena fe como un Principio General del Derecho DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe...*, ob.cit., pág. 123: “...la buena fe inspira el ordenamiento jurídico y conforme a ella, como uno de los criterios rectores, éste, ha de ser convenientemente interpretado, situándose en el mismo plano que el principio de equidad, legalidad, orden público, causalidad, certeza, seguridad, equilibrio de razones y aún razones sistemáticas”

función⁵⁸⁶. Sin embargo, y pese a que dicha postura nos parece digna de una consideración más detallada, preferimos abordar ahora de forma separada el estudio de cada una de estas funciones, siempre conscientes del nexo común del que parten: la caracterización de la buena fe como Principio General del Derecho.

Precisamente en atención a esta naturaleza, la interpretación de las normas debe hacerse, con carácter general, de acuerdo con el contenido del Principio general de la buena fe⁵⁸⁷. Ahora bien, no puede desconocerse la vigencia en el ordenamiento jurídico de preceptos que refieren a la forma de interpretación de las normas legales y contractuales⁵⁸⁸, cuya observancia deberá conjugarse con el respeto al Principio General⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ “Del carácter informador de la buena fe derivan las demás funciones que a continuación analizaremos; precisamente porque el principio de buena fe informa todo el ordenamiento debe tenerse presente en la interpretación del mismo; por la misma razón, es criterio supremo de conducta con trascendencia jurídica; y también por su función informadora, es el criterio apto para integrar no sólo las declaraciones de voluntad provenientes de los particulares, sino del ordenamiento jurídico mismo”. FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., pág.187.

⁵⁸⁷ Acerca de la relación de los Principios Generales del Derecho con la interpretación de las normas jurídicas FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 53-55, concluyendo que: “En resumen, la función que cumplen los principios en la interpretación es la de fiscalizar que el resultado del proceso no sea contrario a lo que ellos postulan; en cierta medida cumplirían una función de legitimación de la solución concreta...Sucede en este tema, como en muchos otros, que no todos los principios funcionan exactamente igual. La buena fe tiene una función en el transcurso mismo de la interpretación, el sentido de las normas debe buscarse teniendo en cuenta la buena fe, es decir lo que de buena fe puede entenderse. Otros principios no actúan en el desarrollo del proceso interpretativo, sino que aparecen al final, al igual que también lo hace la buena fe, para contrastar la solución descubierta con sus contenidos y evitar que la interpretación vaya en contra de la esencia de los principios”.

⁵⁸⁸ Respecto a la interpretación de las normas legales, art.3 CC: “1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación

con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”.

Por lo que respecta a la interpretación de las normas contractuales, artículos 1281-1289 CC:

Art. 1281: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”. Art. 1282 “Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”. Art. 1283: “Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar”. Art. 1284: “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”. Art. 1285: “Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”. Art. 1286: “Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato”. Art. 1287: “El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”. Art. 1288: “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad”. Art. 1289 “Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo”.

⁵⁸⁹ De forma explícita al respecto DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, ob.cit., págs. 139-140: “Todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en armonía con el principio general. Toda interpretación de una norma, que conduzca a un resultado jurídico contrario a la buena fe, debe ser rechazada o, por lo menos, considerara como excepcional, por ser “contra tenorem rationis” de la organización general. La misma regla debe ser aplicada a los negocios jurídicos realizados por los particulares. Todo

De acuerdo con lo anterior, por lo que respecta a la interpretación de las normas de origen legal, parece que el contenido del Principio General deberá identificarse con la concepción objetiva de la buena fe⁵⁹⁰, concepción que, en el caso de las normas de origen contractual, se erige también como parámetro objetivo para interpretar las declaraciones de las partes más allá de la intención de las mismas⁵⁹¹. Nótese que nos

negocio jurídico debe ser objetivamente interpretado en armonía con este principio”.

⁵⁹⁰ Esta identificación se extrae de la clasificación mantenida por FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 196-197: “Creemos que hay dos grandes grupos de normas en cuya interpretación la buena fe juega un papel importante. En el primer grupo incluiremos aquellas normas que generan derechos o deberes específicos; ya hemos visto que de las funciones que desempeña la buena fe es la de ser límite al ejercicio de los derechos, o con mayor precisión, límite de la conducta admisible. El principio de buena fe actúa en esta función con independencia de su reconocimiento específico por parte de los textos legales. Siendo así, la interpretación de toda norma que genere derechos o deberes en cabeza de un sujeto, deberá interpretarse conforme a las normas que surgen del principio de buena fe. En el otro grupo incluiremos aquellas normas que sin establecer derechos o deberes, resultan claramente inspiradas en el principio y por tanto, siendo informadas por éste, requieren su intervención al tiempo de desentrañarse su sentido”.

⁵⁹¹ Así DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, ob.cit., pág. 140: “Los pactos, las cláusulas y las condiciones contenidas en un contrato o, en general, en un negocio jurídico, deben ser entendidos de buena fe; es decir, entendidos de manera que conduzcan a un resultado empírico que sea conforme con la buena fe”.

En el mismo sentido FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 202-203: “En nuestra opinión, la interpretación de los contratos y demás declaraciones de voluntad de acuerdo a la buena fe no implica tanto la remisión al espíritu que motivó al o a los emisores de la declaración, sino a lo que de acuerdo con la buena fe quiso decirse. Esta forma de entender la actuación de la buena fe como criterio hermenéutico tiene su base en la presunción de que las partes actúan de acuerdo a las reglas encarnadas con el principio y, además, que una actuación conforme a esas reglas es exigida en el ejercicio de todos los derechos, y la emisión de declaraciones de voluntad con trascendencia jurídica es, sin duda, en sentido amplio, el ejercicio de un derecho”.

situamos en todo caso en sede de interpretación y no de integración, es decir, se trata de descubrir el sentido de una declaración que podrá ser más o menos inteligible, pero no de completar la misma, pues esto corresponde a la integración contractual.⁵⁹²

Una vez interpretadas las declaraciones de las partes, el influjo del Principio de buena fe no cesa en este punto, sino que se extiende también a una faceta más dinámica: la función delimitadora de la conducta jurídicamente admisible de las partes o de límite al ejercicio de derechos⁵⁹³.

⁵⁹² Acerca de esta distinción, DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe...*, ob.cit., págs. 180-181: “En la integración, la buena fe viene a completar el cuadro de los efectos del negocio jurídico; en cambio la interpretación, aún la llamada interpretación integradora, únicamente se refiere al contenido de la declaración de voluntad...De manera que, aunque la interpretación tienda a fijar los efectos jurídicos de un contrato, no lo hace directamente, porque, propiamente hablando, lo que trata de fijar es el contenido de la declaración de la voluntad; los efectos derivan, después, del valor jurídico que se concede al contrato mismo, y ahí es donde tiene aplicación el art. 1258 CC, que no impone necesariamente una integración del contrato, sino cuando ello sea necesario, porque aquella voluntad previamente interpretada sea insuficiente. Es decir, la interpretación constituye una tarea previa a la integración, en el orden lógico-natural y aún en el lógico-jurídico de la técnica de aplicación del Derecho, en este campo, como la mejor doctrina modernamente ha esclarecido”.

⁵⁹³ Acerca de la función de los Principios Generales como límite al ejercicio de Derechos, FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., págs. 55-56: “Aparece aquí con claridad la función normativa de los principios, ellos mismos en sí considerados son normas jurídicas que imponen una dirección al comportamiento. A ellos debe atenerse el comportamiento de los hombres en sus relaciones jurídicas con los demás. Generalmente se ha referido esta función en especial al ejercicio de los derechos, pero queda también incluido el cumplimiento de los correspondientes deberes. Se trata de los principios actuando como reglas de conducta.

Entendemos que los principios cumplen esta función aun cuando el ordenamiento no se la atribuya expresamente. Al formar parte del acervo jurídico de la humanidad han sido tenidos presentes siempre por la jurisprudencia que, haciendo uso de ellos, ha limitado una y otra vez el ejercicio de los derechos individuales”.

Es claro que los derechos no presentan un carácter absoluto⁵⁹⁴ y, en este sentido, el ejercicio de los mismos por parte de sus titulares se encuentra sometido a unos determinados límites – por supuesto de carácter legal⁵⁹⁵ –, pero también a otra limitación que puede calificarse como inherente a la naturaleza del derecho que se es titular, los usos del tráfico y las legítimas y razonables expectativas despertadas en la contraparte: la buena fe⁵⁹⁶.

En este sentido, la buena fe actúa como criterio delimitador positivo de la conducta de las partes en el ejercicio del

⁵⁹⁴ Así, ocurre por ejemplo con la concepción del Derecho a la propiedad, paradigma de todos los derechos de carácter privado, en la Constitución Española, art. 33: “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.”

⁵⁹⁵ Ejemplos paradigmáticos son el art. 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”; y art. 1271 CC: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”.

⁵⁹⁶ A este respecto DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, ob.cit, pág. 141: “El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico. **El derecho subjetivo, se dice, debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas.** Los derechos subjetivos han de ejercitarse siempre de buena fe. Más allá de la buena fe el acto de ejercicio es inadmisibles y se torna antijurídico”. (La negrita es nuestra)

derecho⁵⁹⁷, criterio que se complementa con su equivalente en la vertiente negativa: conducta contraria a la buena fe o que conduce a la figura del abuso de derecho⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Señala GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al art. 7 CC”, *Comentario del...*, ob.cit., pág. 121: “El derecho debe, pues, ejercitarse siempre de buena fe. Más allá de la buena fe, el acto del ejercicio de un derecho se torna inadmisibile y es antijurídico, y ello obliga a reconocer al lesionado unos medios de defensa, aunque no únicos, que le legitiman para enervar, repeler o detener la pretensión del titular del derecho, medios a los que se puede llamar *exceptio doli*.” Señalando a continuación el autor, por referencia a Cossío, las limitaciones en el uso de la figura anterior: carácter subsidiario, comprobación de que el resultado injusto no es consecuencia natural de la norma y ausencia de dolo por parte de quien invoca esta figura frente a la otra parte.

⁵⁹⁸ Acerca de esta doble delimitación, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 62: “La regla de la buena fe se dirige, ante todo, al titular de un derecho subjetivo y le impone que el derecho se ejercite de acuerdo con las normas de la lealtad, de la confianza y de la consideración que el sujeto pasivo del derecho puede razonablemente pretender o esperar.

Aunque no resulta fácil tipificar los actos de ejercicio de los derechos subjetivos que puedan resultar extralimitados por violar el mandamiento de la buena fe, en términos generales, la doctrina y, en algunas ocasiones la jurisprudencia de los tribunales, ha situado entre ellos: la figura del abuso de derecho, la interdicción de *venire contra factum proprium*, la inadmisibilidad del ejercicio de pretensiones especialmente retrasadas y el llamado abuso de la acción de nulidad por motivos de carácter meramente formal”.

En el mismo sentido, FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., pág. 223: “Por un lado cabe señalar que mientras la buena fe impone un deber positivo, señala una forma de conducta a seguir, la figura del abuso del derecho contempla la conducta desde el punto de vista negativo, imponiendo una sanción – en sentido genérico –, frente a un hecho que considera reprobable. Representando el iter de la vida jurídica de un determinado comportamiento, diremos que ambos criterios marcan el mismo punto límite, pero al tiempo que la buena fe está presente en todo el sector de lo admisible, el abuso marca el punto en que se traspasa el límite de lo aceptable por el Derecho y está presente en el reto del trayecto, hasta que se llega a ciertas conductas que exceden el concepto del mero abuso del derecho, para rayar en el actuar abiertamente doloso. El punto límite entre los dos primeros sectores es el mismo, aunque la buena fe y abuso del derecho lo contemplen desde puntos de mira diversos”.

De esta forma, la buena fe señala el conjunto de conductas cuya ejecución se considera adecuada a la naturaleza del derecho, usos, comportamiento coherente⁵⁹⁹ y expectativas despertadas en la contraparte, considerándose por tanto dichas conductas ajustadas a Derecho y dignas de protección⁶⁰⁰.

Por su parte, las conductas contrarias a la buena fe, identifican aquellos comportamientos que se consideran una extralimitación en el ejercicio del derecho⁶⁰¹, y por tanto, están sancionados por el ordenamiento jurídico⁶⁰².

⁵⁹⁹ Acerca de la exigencia de coherencia en el comportamiento DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, ob.cit, págs. 142-143: “La exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza”.

⁶⁰⁰ “Para nosotros los comportamientos conforme a la buena fe son conductas jurídica y socialmente valiosas y como tales el ordenamiento las protege”, analizando en la pág. 236 cuáles son las consecuencias beneficiosas del comportamiento de buena fe al margen de la tutela jurisdiccional: “a) mantenimiento de situaciones que siguiendo un criterio de legalidad estricta, no subsistirían, ni producirían efecto, pero que en atención al comportamiento de buena fe del sujeto se respetan (por ejemplo, los casos de apariencia); b) otorgamiento de ventajas materiales en mérito a la conducta observada (claramente en materia posesoria, otorgamiento de frutos, etc).” FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., pág. 235-236.

⁶⁰¹ Una distinción entre el ejercicio de un derecho de forma contraria a la buena fe y el abuso del derecho, ambas figuras por oposición al ejercicio del derecho de buena fe en su función delimitadora del ejercicio de derechos es abordada por MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 7”, ob.cit., pág. 46: “De modo aproximado podemos decir que **el ejercicio del derecho contra la buena fe ataca la confianza suscitada en la otra parte**, o bien una regla de coherencia de la propia conducta por imperativos éticos; la buena fe también condena el ejercicio de un derecho obtenido de forma desleal. **Se desenvuelve en el marco de una relación especial entre las partes, en la que impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca.** En el

Finalmente, la integración ⁶⁰³ refiere a la función de complemento del contenido de una determinada relación jurídica

abuso del derecho hay una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos o de la idea axiológica ínsita en el derecho subjetivo o en la norma. **En el abuso del derecho, el problema se ha visto, inicialmente al menos, más bien desde la óptica de los derechos absolutos**, por ejemplo la propiedad, como un problema del ámbito de libertad reconocida por el derecho o la norma...**El abuso del Derecho parece haber surgido del conflicto entre los derechos absolutos definidos de modo individualista y criterios finalistas modalizadores y socializadores. La buena fe se desarrolla para resolver los conflictos entre los valores de la honestidad, fidelidad, confianza legítima, con las reglas *ius strictum***". (La negrita es nuestra).

En el ámbito norteamericano, a propósito de un intento de definición del concepto de buena fe desde la vertiente negativa, es decir aquellos comportamientos que la misma no incluye o se consideran de mala fe, el comentario a la previsión de buena fe contenida en el §205 (2d) del American Law Institute's Restatement of Contracts, señala que: "Un completo catálogo de los tipos de mala fe es imposible, pero los siguientes tipos se encuentran entre los que han sido reconocidos por la jurisprudencia: evasión del espíritu del acuerdo, falta de diligencia, ejecución defectuosa por falta de voluntad, **abuso de poder en la especificación de los términos e interferencia con o falta de cooperación en la prestación de la otra parte**", (La negrita es nuestra), FARNSWORTH, E ALLAN., "Good Faith in Contract Performance", ob.cit., pág. 161. (La traducción es nuestra).

⁶⁰² Art. 7.2 CC: "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

⁶⁰³ Para RAGEL SÁNCHEZ, L.F., "Principios y criterios legales de la interpretación del contrato", *Aranzadi Civil: revista doctrinal*, núm. 3, 2009, págs. 2810-2813: "Integrar es una labor ulterior que consiste en rellenar un contrato incompleto en su auto-regulación o declaración. Es imposible que las partes contratantes hayan previsto todas las eventualidades que pueden acaecer en el futuro, por lo que puede suceder que se plantee alguna cuestión que no esté regulada en el contrato. Por otra parte, también puede darse el caso de que una o varias cláusulas contractuales hayan sido declaradas nulas por un órgano judicial, conservando su validez el resto del contrato, supuesto conocido como nulidad parcial. Las lagunas en uno y otro caso se completan entonces por medio de la integración". A continuación distingue el autor

que desempeña la buena fe, bien imponiendo especiales deberes de conducta a las partes, o bien llevando a cabo una extensión de los ya previstos⁶⁰⁴.

entre dos modos de integración: autointegración y heterointegración, siendo esta última: “no es otra cosa que rellenar las lagunas acudiendo a las demás fuentes, especialmente la ley dispositiva y la costumbre”, citando a continuación el art. 1258 CC como ejemplo de este tipo de integración.

Otra definición es la aportada por GARCÍA AMIGO, M., “Integración del Negocio Jurídico”, ob.cit., pág. 84: “El fenómeno de la integración tiene entidad propia y diferenciada; y consiste en determinar la norma o normas aplicables para regular en su totalidad la relación negocial; siempre conscientes que relación jurídica negocial y norma reguladora se implican mutuamente, siendo solo dos aspectos – subjetivo y objetivo – de una realidad unitaria. Desde un plano funcional, la integración se dirige a determinar los efectos del negocio; la calificación tiende a fijar la naturaleza del mismo y la interpretación tiene como meta patentizar la voluntad de las partes o *lex privata*. No obstante, hay que destacar que la integración se apoya en la calificación y ésta en la interpretación, habiendo un encadenamiento lógico y sucesivo”.

⁶⁰⁴ En este sentido DÍEZ PICAZO, L., Prólogo”, *El principio general de la buena fe*, ob.cit., pág. 19: “La buena fe es tenida en segundo lugar como una causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y por la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben solo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe”. En el mismo sentido, Id., *La doctrina de los propios actos*, ob.cit., págs. 140-141. Id., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit pág. 63: “No es discutible que pueden existir entre las partes deberes de conducta, no estipulados expresamente, que en ocasiones constituyen genuinas prestaciones de carácter accesorio, mientras que en otros casos son modalizaciones en el cumplimiento de una obligación principal. Puede haber en este sentido especiales deberes de información entre las partes, que no sólo se refieren a una información precontractual, sino a una información sobre la marcha de los asuntos..., deber de llevar a cabo las actividades necesarias para que la prestación sea definitivamente útil, como puede ocurrir con la facilitación de instrucciones sobre el manejo de máquinas especialmente complejas o en relación con la instalación de las mismas”.

Igualmente, SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios...”. ob.cit., pág. 301: “Pues bien, la que podríamos denominar como “buena fe integradora” produce un enriquecimiento del contenido contractual, ya que a través de ella se dota de un sentido más amplio a los

En este sentido, la integración se distingue de la interpretación en que la primera tiene un mayor grado de incidencia sobre la declaración de voluntad de las partes, llegando a modalizar la misma en el caso de suplir la falta de regulación jurídica (laguna). Esta actividad integradora tiene como objetivo que la declaración de voluntad de las partes se ajuste al contenido que, de acuerdo con el principio de buena fe, es propio de una relación jurídica como la que es objeto de controversia⁶⁰⁵.

La función integradora se encuentra a su vez sometida a unos límites tanto externos como internos: los primeros delimitan las hipótesis en las cuales podrá haber cabida para la integración, mientras que los segundos se refieren al posible contenido de esta integración. En el primer caso cabe atribuir a la integración

deberes creados por el negocio jurídico y también se crean una serie de deberes especiales, que atienden particularmente a la naturaleza del contrato y a su finalidad”.

⁶⁰⁵ En este sentido, para LASARTE, C., “Sobre la integración del contrato: la Buena Fe en la contratación...”, ob.cit., pág. 78: “Es evidente que la buena fe es, por definición, el más evanescente de los medios integradores del contrato, pero no por ello el menos importante. Es, por así decirlo, el instrumento último – *last but non least* – al que acude el legislador para tratar de que los efectos del contrato se adecúen al ambiente normativo en que el acuerdo contractual ha de insertarse; intenta evitar que la inexistencia de normas legales o de usos en sentido normativo lleven a conclusiones de todo punto injustas y reprobables por la conciencia jurídica del momento. Su evanescencia, entonces, no es más que el corolario necesario e ineludible de la alta y amplia misión que cumple de adecuar o ajustar los efectos del contrato a las reglas objetivas de conducta honorable exigidas por el propio tráfico jurídico y que, individualizadas casuísticamente por el T.S, constituyen derivaciones concretas del principio general del derecho referido. Se convierte así a la buena fe en un criterio normativo, un constante criterio modalizador en manos de los Tribunales, cuya aplicación no sólo es necesaria, sino que debe verse incrementada en un mundo como el actual, en el que la celebración y práctica de los contratos es obvio que no responde a la actitud reposada y claramente personalizada que, de acuerdo con los moldes clásicos de la teoría general del contrato, habría de subyacer en la formación del mismo”.

una función supletoria y correctora, y, en el segundo caso, una función expansiva de la voluntad de las partes⁶⁰⁶.

De acuerdo con lo anterior, se habla en esta sede de “deberes secundarios de conducta” – “obligaciones implícitas” en el ámbito internacional⁶⁰⁷ –, deberes que tienen su origen en la

⁶⁰⁶ En relación con ambos límites señala FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., pág. 259, por lo que respecta al primero que: “Siendo la buena fe la máxima que debe presidir la actuación con trascendencia jurídica, y tratándose además de uno de los principios informadores del ordenamiento, no puede ampararse o impedirse la corrección, de aquellas reglas que contradigan sus dictados. Pero, reiteramos, será menester que la parte afectada manifieste un requerimiento en tal sentido, ya que el interés genéricamente amparado por la buena fe es el propio de cada uno de los sujetos que toman parte en una relación jurídica, o a los que afecta cierta conducta de otro”. En lo que incumbe al segundo límite, señala la autora que: “Nosotros estimamos que la integración no puede limitarse a una mera explicación de lo que ya está latente, para lo cual bastaría una interpretación amplia y respetuosa del espíritu del contrato, o de lo que las partes entendieron o quisieron hacer. La integración puede, si ello es necesario, ir más allá. La buena fe es la fuente más adecuada para llevar a cabo la integración y no significa recurrir a nada extraño a las partes, pues no puede presumirse que las partes hayan obrado intencionadamente de mala fe; la buena fe debe presidir la conducta de los hombres en sus relaciones, y si en la regulación de las mismas hay alguna laguna, nada más simple y lógico que recurrir a lo que de buena fe las partes debieron intentar”.

⁶⁰⁷ Así en sede de los PECL, Artículo 6:102: *Términos implícitos*.

Junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de:

a) La intención de las partes. b) La naturaleza y el objeto del contrato. c) Y la buena fe.

En sede de Principios Unidroit destacan, Artículo 4.8 *Integración del contrato*.

1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.

(2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

(a) la intención de las partes; (b) la naturaleza y finalidad del contrato; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común.

buena fe y que complementan el contenido de la relación existente entre las partes, al constituir especificaciones del general deber de obrar de forma honesta y leal (de buena fe) existente en toda relación jurídica⁶⁰⁸.

1.2 La cláusula general de comportamiento conforme a las exigencias de la buena fe del art. 7 del Código Civil.

Con ocasión de la reforma del Título Preliminar del Código Civil español de 1974 se introdujo, a los efectos que aquí nos interesan, por un lado el art. 1.4, que supone el reconocimiento del carácter informador de los Principios Generales del Derecho – entre ellos el de actuación conforme a las exigencias de la buena fe⁶⁰⁹ – y por otro lado, el actual art. 7 del CC según el

Artículo 5.1.2 *Obligaciones implícitas*

Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:

(a) la naturaleza y la finalidad del contrato; (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos; (c) la buena fe y la lealtad negocial. (d) el sentido común.

⁶⁰⁸ En este sentido, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit pág. 63: “La necesidad de comportarse de buena fe en las relaciones obligatorias, en las relaciones contractuales y, en general, en todas las relaciones jurídicas, da lugar al nacimiento de una serie de deberes especiales de conducta y en ocasiones también a una ampliación de los deberes negocialmente asumidos por las partes. Esta idea tiene un claro apoyo en las disposiciones contenidas en el art. 1258 CC y en el art. 57 Cdc”; añadiendo el autor en *La doctrina de los propios actos*, ob.cit, pág. 141: “Estos deberes accesorios exigidos por la buena fe son de naturaleza muy variada y dependen en cada caso de las especiales circunstancias que rodean a la relación jurídica: suministrar informes sobre las cosas y sus características o aclaraciones sobre la finalidad perseguida o sobre el sentido de la declaración; proceder con esmero, cuidado y diligencia en la prestación, evitando molestias; **prestar colaboración y ayuda a la otra parte para la consecución no sólo del fin negocial común, sino también de su particular y exclusivo interés, etc.**” (La negrita es nuestra).

Vid. al respecto el Capítulo Tercero, Epígrafe 2, subepígrafe 2.

⁶⁰⁹ De nuevo sobre la función informadora y a propósito de la buena fe, FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., pág. 294: “La función informadora es, en cierta medida, la base para las demás funciones que corresponden a los principios, es decir, el actuar como norma

cual: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”⁶¹⁰.

La introducción de este último precepto aparece justificada en la exposición de motivos de la norma: “Junto a la prohibición del fraude y del abuso viene proclamado el principio de ejercicio de los derechos conforme a la buena fe. Existen indiscutibles concomitancias entre aquellas prohibiciones y la consagración, como modulo rector del ejercicio de los derechos, de la buena fe, no obstante las más amplias manifestaciones de esta. Sin pretender una alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, ha parecido pertinente enunciarla como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico⁶¹¹”.

directa de conducta, como pauta de integración y como factor coadyudante a la integración. El reconocimiento de este carácter trae aparejada algunas consecuencias prácticas de relevancia; **si el principio de buena fe informa determinadas áreas del ordenamiento, la interpretación u la aplicación de las normas en cuestión no podrá contradecir los dictados de la buena fe...** Si reconocemos que la buena fe informa partes del ordenamiento, reconozcamos también que debe informar la Vida de esas normas, es decir, su aplicación, de la misma forma que informa y rige, sin necesidad de norma escrita alguna, la conducta jurídica de los hombres en sociedad”. (La negrita es nuestra)

⁶¹⁰ Resulta interesante destacar, tal y como señala RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentarios al art. 7 CC”, RAMS ALBESA, J y MORENO FLÓREZ, R.Mª; *Comentarios al Código Civil*, ob.cit., pág.214 que: El anteproyecto que elaboró la Comisión General de Codificación en 1962 preveía un art. 7 CC que decía: “Los derechos y las obligaciones deben ejercitarse y cumplirse conforme a las exigencias de la buena fe”. Finalmente el art. 7.1 reza: “Los derechos deberán ejercitarse conforme las exigencias de la buena fe”. La introducción de ese texto en el Título Preliminar, por un lado, y la parquedad e inconcreción de esa norma, por otra parte, dividieron la doctrina. Hubo quien criticó su mera presencia por innecesaria y porque poco añadía a un ordenamiento que ya había consagrado un principio de buena fe; y se criticó también la norma por inconcreta, en cuanto se refiere sólo a la buena fe en sentido objetivo, y en cuanto piensa sólo en el ejercicio de derechos y no en el cumplimiento de las obligaciones”.

⁶¹¹ Exposición de motivos decreto 1836/1974 de 31 de mayo.

De acuerdo con lo anterior, la primera observación a realizar es que el art. 7 CC supone un reconocimiento expreso en el texto de la ley al Principio de buena fe, reconocimiento que podría tacharse de vacuo en el sentido que la Buena fe, en cuanto Principio General del Derecho, siempre ha estado presente en la aplicación de las normas debido al carácter informador del ordenamiento que como principio le es propio, y ello con independencia de los reconocimientos legales de los arts. 1.4 o 7 CC⁶¹².

Ahora bien, siendo esto cierto, no debe despreciarse la utilidad práctica que presenta la positivización del Principio, por

En relación con la caracterización por la Exposición de Motivos de la buena fe como postulado básico, FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., pág. 294: “No puede caerse en el absolutismo de pensar que todas las normas de un determinado conjunto estarán directamente inspiradas por el principio de buena fe. Junto a éste estarán otros que también informan el ordenamiento y, al informarlo, llevan al legislador a la adopción de una solución en lugar de otra. Fuerza es reconocer, sin embargo, que el principio de buena fe por la generalidad de su contenido ético-social ejerce una influencia muy marcada y, más o menos nítidamente, está presente en todas aquellas disposiciones que regulan la actividad de los hombres en sus relaciones mutuas”.

⁶¹² Así en sede de abuso de derecho la STS (Sala Primera), de 14 de febrero de 1944: “...los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasó en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para terceros o para la sociedad”

En este sentido CARRASCO PERERA, A., “Comentario al art. 7”, *Comentarios al Código Civil*, ob.cit., págs. 46-47: “El artículo 7 CC es el precepto nominalmente más aplicado en la jurisprudencia civil española. Y sin embargo difícilmente puede considerarse que contenga este precepto una regla de Derecho. En primer lugar, porque, como demuestra la jurisprudencia anterior a 1974, los tribunales no necesitan de un precepto explícito para imponer las exigencias de la buena fe. En segundo lugar, porque las prohibiciones genéricas que se contienen en los dos párrafos del artículo 7 no disponen de elementos de determinación suficientes para que los tribunales puedan subsumir el caso en la norma. Es evidente que los derechos no deben ejercitarse contra la buena fe y que la ley no ampara el abuso de derecho.

cuanto facilita la tarea de invocación y argumentación del mismo en la práctica jurídica⁶¹³.

Dicho esto, la siguiente delimitación que conviene realizar viene dada por el propio texto de la ley, y es que la expresión “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, presenta una aparente doble limitación del alcance del reconocimiento legal del Principio de buena fe:

Una primera de carácter funcional y es que, de acuerdo con la exposición teórica realizada anteriormente, de las funciones que son propias de la Buena fe, el art. 7 CC se centra en una, el ejercicio de los derechos, o lo que es lo mismo, la actuación conforme a las exigencias de la buena fe⁶¹⁴.

Sin embargo, esta limitación de carácter legal es sólo aparente, pues debe recordarse que los Principios Generales informan todo el ordenamiento jurídico – independientemente del reconocimiento positivo de esta función –, por lo que no cabe entender la acción de la buena fe en el ordenamiento jurídico español como restringida únicamente al ámbito del ejercicio de los derechos, sino que sus efectos, de acuerdo con el art. 1.4 CC informan todo el ordenamiento jurídico, por lo que deberá tomarse en consideración dicho Principio, también, en sede de interpretación e integración⁶¹⁵.

⁶¹³ En este sentido, FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general...*, ob.cit., pág. 301: “En nuestra opinión, la expresa mención de la buena fe – o de cualquier otro principio general – no suma nada al principio, ni a su potencialidad normativa; pero, sin duda, desde el punto de vista práctico, trae aparejada la posibilidad de recurrir a los textos legales, sin rodeos, ni construcciones, lo cual en un momento de marcado legalismo y reclamo de seguridad jurídica, resulta una forma casi indispensable de dinamizar el proceso de flexibilización del Derecho”.

⁶¹⁴ Sobre las distintas funciones que son propias del Principio de buena fe, Vid. el subepígrafe anterior.

⁶¹⁵ Vid. nota 616.

En el mismo sentido, la STS (Sala Primera), de 5 de julio de 1985, RJ\1985\3642: “el principio de buena fe, recogido para el ejercicio de los derechos subjetivos en general por el artículo séptimo, párrafo uno, del Código Civil, y para las relaciones obligatorias en particular por el artículo

De acuerdo con estas consideración, el Principio de buena fe recogido en el art. 7 CC despliega sus efectos no sólo en el ámbito del ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones, sino que, por su propia naturaleza, como Principio General del Derecho – en especial como consecuencia de su función informadora - extiende también sus efectos a sede de interpretación e integración normativa⁶¹⁶.

La segunda limitación al art. 7 CC es de carácter interpretativo y sigue la misma tendencia extensiva que la anterior: el precepto habla solamente del “ejercicio de los derechos”, pero este ejercicio del derecho no excluye al “cumplimiento de las obligaciones”, pues ambos son las dos facetas, de una misma relación jurídica⁶¹⁷. En este sentido es

mil doscientos cincuenta y ocho del mismo Cuerpo legal, es informador de todo el ordenamiento jurídico que impone rechazar las interpretaciones que conduzcan a un resultado contrario a la buena fe; lo que tiene lugar, entre otros supuestos, cuando el poder en que el derecho subjetivo consiste se utiliza con una finalidad económico-social distinta de aquélla para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico o se ejercita en circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico”.

En opinión de MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 7”, ob.cit., pág 39 “La adopción de una cláusula general en la ley, creo que significa el reconocimiento de su función correctora de la ley, o si se prefiere, la remoción de los obstáculos formales para ese reconocimiento. El art. 7, entendido como una autorización para la búsqueda de fundamentaciones de las decisiones judiciales en valores como la honestidad, fidelidad y protección a la confianza suscitada por la otra parte, permite al juez la realización de los mismos, pero le exige una labor de concreción para la que el legislador no le presta ayuda en el mismo art. 7.1”.

⁶¹⁶ De forma contundente sobre esta pluralidad de funciones que entraña la buena fe del art. 7 CC, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 62: “De todo lo dicho hasta aquí se desprende que la exigencia o el mandato de buena fe que contiene el art. 7 del Código civil presenta dos vertientes claramente distintas: como un límite de los derechos subjetivos y como una fuente de especiales deberes de conducta”

⁶¹⁷ En este sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al art. 7 CC”, *Comentario del...*, ob.cit., págs. 120 – 121; RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentarios al art. 7 CC”, RAMS ALBESA, J y MORENO FLÓREZ, R.Mª; *Comentarios al Código Civil*, ob.cit., pág.214; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.,

comúnmente admitido que en el seno de una relación obligatoria, la prestación constituye el deber central y primario del deudor, pero que, junto a ella, el deudor en su actuación se encuentra también sujeto a otros deberes especiales o accesorios de conducta, derivados precisamente del Deber general de buena fe⁶¹⁸.

“Comentario al art. 7”, ob.cit., pág 48: “Aunque el art. 7.1 se refiere al ejercicio de los derechos, no puede entenderse que la función de la buena fe en ese ámbito se ciña exclusivamente a la de límite del ejercicio de los derechos. No sólo se ve afectado el ejercicio del derecho por la buena fe, sino que su misma existencia puede verse comprometida por reglas derivadas del principio- Afecta también a las facultades y poderes y, en general, a las situaciones jurídicas”.

⁶¹⁸ Así, por todos, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II, ob.cit., págs. 141-142: “El deber central y primario del deudor, sobre esto no cabe duda de ningún género es el deber de realizar la prestación... Junto a este evidente deber central del deudor, que consiste en realizar la prestación debida, aparece sin embargo, como ha puesto de relieve la doctrina alemana, toda una serie de deberes accesorios (Nebenpflichten)... **El principio general de buena fe y el deber de comportamiento, de acuerdo con los usos del tráfico, permiten una generalización de los mismos y, por tanto, un ensanchamiento del deber de prestación.**

Como quiera que el deudor tiene que actuar de acuerdo con las exigencias de buena fe y con referencia a unos determinados usos del tráfico, está obligado a hacer todo aquello que sea necesario para permitir que el acreedor consiga plenamente la prestación debida y obtenga con ella el resultado esperado. ESSER señala que son deberes que no se concretan de manera inmediata en la prestación misma, sino que la sirven de apoyo y que además la hacen idónea para el logro del fin a que se dirige”. (La negrita es nuestra).

Explícitamente acerca de la buena fe en el art. 7 CC como fuente de especiales deberes de conducta para las partes STS (Sala Primera), de 21 de septiembre de 1987, RJ\1987\6186, F.D 3º: “el artículo 7.º-1.º del Código Civil que con todo acierto el pronunciamiento judicial invoca, como ya expresó la sentencia de esta Sala de 8 de julio de 1981 (RJ 1981\3053), es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar ni el ámbito de la confianza ajena, y que la norma referida en cuanto consagra el principio de buena fe como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, precisa según sancionó la sentencia de esta propia Sala de 21 de mayo de 1982 (RJ

Fruto de esta delimitación funcional e interpretativa se extrae que el contenido del Principio de buena fe no puede establecerse desde una concepción subjetiva⁶¹⁹ – mero ejercicio individual de derechos –, sino objetiva de dicho Principio, de forma que, la doctrina y jurisprudencia españolas identifican la noción de buena fe contenida en el art. 7 CC desde la concepción objetiva de la misma⁶²⁰.

1982\2588), la fijación de su significado y alcance y en este sentido la Sentencia de 29 de enero de 1965 (RJ 1965\262), al establecer una serie de supuestos típicos cuya concurrencia autoriza, en términos generales, a admitir que contradicen dicho principio, concreta que se falta a la buena fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios, señalando igualmente la doctrina científica moderna más autorizada que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro, vulnerando con dicha conducta las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho las que, lejos de carecer de trascendencia, determinan que su ejercicio se torne inadmisibles”. En el mismo sentido STS (Sala Primera), núm. 918/2001 de 15 octubre de 2001, RJ\2001\9441, F.D 5

⁶¹⁹ Una referencia a la concepción subjetiva de la buena fe puede encontrarse en la STS (Sala Primera), de 11 de mayo de 1992, RJ\1992\3895, F.D 2º: “(buena fe) cuya institución puede resumirse en una noción omnicomprendiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de los derechos de acuerdo con la propia conciencia contrastada debidamente con los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas notas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se coherente con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que se apruebe o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad)”.

⁶²⁰ Así, por todas STS (Sala Primera), de 8 de julio de 1981, RJ\1981\3053: “Que no hay que olvidar el instrumento jurídico que el legislador, al reformar el título preliminar del C. Civ., proporcionó a los jueces y Tribunales para que introdujeran en la solución de los litigios un principio fundamental del derecho como es el de la buena fe en sentido objetivo (art. 7.º, 1.º del C. Civ.), es decir, el de una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena exigencia que es aplicable, aún más si cabe, en la esfera procesal, donde el juez, árbitro de un conflicto de intereses, pero también de un combate leal entre servidores del Derecho y de la justicia, debe vigilar para impedir que al socaire de tecnicismos o habilidades se mermen las justas proporciones en el

Como consecuencia de esta consideración objetiva de la buena fe como Principio General informador de todo el ordenamiento y también de la conducta de las partes, el art. 7 CC se configura como un precepto cuyo supuesto de hecho es demasiado genérico para una aplicación directa del mismo⁶²¹, lo

reconocimiento y declaración de los derechos en pugna”;

STS (Sala Primera), de 2 de febrero de 1984, RJ\1984\571 : “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe , de tal manera que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a las medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso... como tiene proclamado esta Sala en sentencias, entre otras, de 24 febrero y 22 septiembre 1959, la facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada, pues que el principio de buena fe , por modo general, ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas; aparte que la teoría del abuso de derecho, inicialmente reconocida por la jurisprudencia y actualmente expresamente acogida en el meritado párr. 2º del art. 7.º del C. Civ., en concordancia con el principio de buena fe proclamado en el párr. 1.º del mismo precepto legal, debe merecer la extensión y amplitud que demanda las exigencias morales impuestas por las circunstancias del caso y características del vivir social actual, que, como en el presente caso ocurre, evidencian una actuación no adecuada al verdadero espíritu y finalidad de la norma en que el derecho ejercitado se ampare”.

Y más recientemente y en relación con la competencia desleal STS (Sala Primera), 754/2001 de 21 de octubre de 2005, RJ\2005\8274, F. D. 6º: La buena fe a la que se refiere el precepto es la objetiva, en la que se prescinde de la culpabilidad (dolo o culpa) del sujeto, y que como principio rector del ejercicio de los derechos se recoge en el art. 7.1 CC, tal y como indican, entre otras, las Sentencias de 16 junio 2000 y 15 octubre 2001 . La aplicación de esta regla de conducta debe ponderarse en atención al estándar o patrón de comportamiento exigible en el mercado, teniendo en cuenta la libertad de empresa, la protección de la competencia (que es la finalidad de la Ley) y el ámbito objetivo de la LCD concretado en el art. 2º –los actos que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales–. La buena fe objetiva exige un comportamiento justo y honrado, conforme a los valores de la moral, honestidad y lealtad – SS. 25 julio 2000 y 22 febrero 2001”.

Para la concepción objetiva de la buena fe a nivel doctrinal por referencia al art. 7 CC Vid. nota 593.

⁶²¹ En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 7”, ob.cit., pág 38: “Es claro que una sentencia que tan sólo mencione o reproduzca el art. 7.1, no contiene una verdadera fundamentación por la extrema vaguedad

que implica una necesidad de concreción en cada caso, atendiendo a las particulares circunstancias concurrentes⁶²².

e indeterminación del mismo. Se requiere que concrete la regla que hace contrario a la buena fe, el ejercicio del derecho en cuestión, y la consecuencia jurídica que esa regla impone, porque nada de eso se desprende directamente del art. 7.1CC. Son necesarios desarrollos mediante los cuales se vayan agrupando las distintas constelaciones de casos para poder ofrecer criterios diferenciados y concretos para la adecuada fundamentación de las decisiones judiciales en los casos típicos u por analogía que se vayan presentando”.

⁶²² Así, por todas STS (Sala Primera), de 21 de septiembre de 1987, RJ\1987\6186, F.D 3º: “el artículo 7.º-1.º del Código Civil que con todo acierto el pronunciamiento judicial invoca, como ya expresó la sentencia de esta Sala de 8 de julio de 1981 (RJ 1981\3053), es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atencimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar ni el ámbito de la confianza ajena, y que la norma referida en cuanto consagra el principio de buena fe como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, precisa según sancionó la sentencia de esta propia Sala de 21 de mayo de 1982 (RJ 1982\2588), la fijación de su significado y alcance y en este sentido la Sentencia de 29 de enero de 1965 (RJ 1965\262), al establecer una serie de supuestos típicos cuya concurrencia autoriza, en términos generales, a admitir que contradicen dicho principio, concreta que se falta a la buena fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios, señalando igualmente la doctrina científica moderna más autorizada que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro, vulnerando con dicha conducta las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho las que, lejos de carecer de trascendencia, determinan que su ejercicio se torne inadmisibles”;

A nivel doctrinal, por todos, CARRASCO PERERA, A., “Comentario al art. 7”, *Comentarios al Código Civil*, ob.cit., pág. 47: “...las prohibiciones genéricas que se contienen en los dos párrafos del artículo 7 no disponen de elementos de determinación suficientes para que los tribunales puedan subsumir el caso en la norma. Es evidente que los derechos no deben ejercitarse contra la buena fe y que la ley no ampara el abuso de derecho. Pero si la regla genérica que establece estos mandatos carece de criterios más concretos de integración de estos conceptos indeterminados, serán los tribunales los que deban crear subreglas específicas en que se concrete el principio general. Por eso no tiene sentido «interpretar» el artículo 7 CC, sino exponer las concretas subreglas jurídicas que los tribunales han elaborado y los criterios que integran el concepto de buena fe o el de abuso de derecho”.

A nivel procesal, esta necesidad de concreción se traduce en una consideración de la buena fe como una cuestión fáctica y, por lo tanto sometida a la libre apreciación por el Juzgador de la Instancia, si bien la calificación que de dicha apreciación se realice resulta revisable en sede de recurso de casación⁶²³.

⁶²³ Por todas, STS (Sala Primera), de 5 de julio de 1985, ob.cit.,: “...es criterio generalizado en la doctrina de esta Sala que la existencia o inexistencia de la buena fe es cuestión de hecho, y por tanto, de la libre apreciación del Juzgador de instancia -Sentencias de once de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro (RJ 1954\1870), cinco de junio de mil novecientos ochenta y uno (RJ 1981\2496), nueve de mayo de mil novecientos ochenta y tres (RJ 1983\2678) y otras-;lo que no obsta para que también se haya declarado que la buena fe es un concepto jurídico dedicado libremente por el Tribunal sentenciador, valorando los hechos que le sirven de origen, dentro de los hechos acreditados que a ellos se refieren -Sentencia de diez de abril de mil novecientos cincuenta y seis (RJ 1956\1927)-y que su calificación es impugnabile al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil -Sentencia de veinticuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis (RJ 1956\4138)-; b)la anterior citada doctrina no es en realidad contradictoria, sino que denota que por un lado se ha de partir de los hechos acreditados, y, por otro, que su apreciación integra una valoración jurídica, en cuanto la buena fe en sí no es un hecho sino una de las llamadas en el proceso «máximas de experiencia», cuya apreciación compete a esta Sala de casación”;

STS (Sala Primera), de 3 de diciembre de 1991, RJ\1991\8912, F.D 1º: “Es doctrina reiterada de esta Sala, manifestada en SS. 5-7 y 12-11-1985 (RJ 1985\3642yRJ 1985\5582), 30-6 y 18-12-1986 (RJ 1986\4403yRJ 1986\7677), 19-12-1988 (RJ 1988\9481) y 30-11-1990 (RJ 1990\9220), entre las más modernas, que la declaración acerca de la existencia de buena o mala fe posesoria es una cuestión fáctica reservada a la apreciación de los Tribunales de instancia que ha de ser respetada y mantenida en casación en tanto no sea atacada eficazmente por la vía procesal adecuada para ello, la del número cuarto del art. 1692 de la Ley Procesal Civil”.

STS (Sala Primera), núm. 209/1999, de 6 marzo de 1999, RJ 1999\1854, F.D 2º: “El concepto jurídico descansa sobre necesarias premisas fácticas y su control casacional sólo procede si se impugnan con éxito los hechos probados, en los que se fundamenta tanto la situación positiva de buena fe, como la negativa de mala fe (SS. de 5-7-1990 [RJ 1990\5776], 22-10-1991 [RJ 1991\7234], 8-6-1992 [RJ 1992\5171] y 7-5-1993 [RJ 1993\3465]), lo que no ha acontecido en el caso que nos ocupa”.

I.3 La buena fe integradora del contrato del art. 1258 del Código Civil.

El art. 1258 CC recoge lo que la jurisprudencia ha llamado Principio de buena fe en la contratación o principio de buena fe contractual⁶²⁴, término que sin embargo resulta poco preciso, pues si se lleva a cabo una interpretación conjunta de este precepto con los anteriormente comentados arts. 1.4 y 7 CC, se advierte que no puede hablarse de una buena fe estrictamente contractual e independiente del Principio general de buena fe, sino que la primera constituye una manifestación concreta del segundo, el más amplio Principio General que informa todo el ordenamiento jurídico⁶²⁵.

Contextualizado el precepto en su relación con el Principio de buena fe, procede a continuación, abordar el análisis de su contenido. Establece el art. 1258 que: “Los contratos se

⁶²⁴ Así, por todas y por ser la más explícita al respecto, la STS (Sala Primera), 909/1993, de 9 de octubre de 1993, RJ\1993\8174, F.D 2º: “En el motivo cuarto se alega infracción por la sentencia recurrida del principio de la buena fe recogido en el art. 7º del Código Civil en relación con el art. 1258 y con el art. 57 del Código de Comercio. La buena fe contractual, entendido este concepto en su sentido objetivo como comportamiento justo y adecuado, consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento”.

En el mismo sentido ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., “Comentario al art. 1258 CC”, *Código civil Doctrina y...*, ob.cit., pág. 586: “La buena o mala fe es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas deducidas de unos hechos (S 29 de noviembre de 1958); que la apreciación de la buena fe es un concepto jurídico deducido libremente por el Tribunal sentenciador, valorando los hechos que le sirven de origen, dentro del respeto a los hechos acreditados que a ellos se refieren (S 10 de abril de 1956)...Por otro lado, se ha dicho que la existencia o inexistencia de la buena fe es cuestión de hecho, u por tanto de la libre apreciación del Juzgador de instancia (SS 11 de junio de 1954 y 25 octubre de 1988)”.

⁶²⁵ Acerca del ámbito de aplicación más amplio del meramente contractual del art. 1258 CC pero con distinto fundamento al expresado en texto, DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe...*, ob.cit., pág. 124: “Norma (1258) que, dada la fuera expansiva de la regulación de los contratos, habrá que entender aplicable al negocio jurídico en general”.

perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”⁶²⁶.

Una primera lectura del precepto basta para tomar consciencia de que la consideración de la buena fe en esta sede viene hecha por referencia a su función integradora, en concreto, del negocio jurídico patrimonial del contrato⁶²⁷. Ahora bien, pese a ser esto cierto, debe tenerse en cuenta que, al igual que sucedía en sede del art. 7 CC, los efectos que despliega la buena

⁶²⁶ Debe reseñarse, tal y como pone de manifiesto GARCÍA AMIGO, M., “Integración del Negocio Jurídico”, ob.cit., pág. 86 que: “Una norma similar no aparece en el B.G.B, por lo que la doctrina alemana ha debido “forzar” el alcance de los párrafos 157 y 242 – relativos a la interpretación de los contratos y al cumplimiento de las obligaciones respectivamente – para cubrir la laguna legal, acudiendo a la llamada interpretación integrativa. Por su parte, el derecho inglés, cubriendo una función similar, distingue en el contrato entre *express terms* e *implied terms*, y englobando entre los últimas las *implied in fact*, *implied in Law* e *implied by costum*”.

⁶²⁷ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 92: “La celebración, la interpretación y la ejecución de los negocios jurídicos patrimoniales ha de llevarse a cabo de conformidad con las exigencias de la buena fe. La buena fe debe presidir el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio”. Acerca de la distinción entre acuerdo y contrato como manifestaciones de negocios jurídicos patrimoniales, pág. 94: “El contrato es el negocio bilateral o plurilateral en el cual existen unos intereses contrapuestos que tratan de encontrar una composición o un arreglo...El acuerdo es el negocio, normalmente plurilateral, aunque también en ocasiones bilateral, en el cual se conciertan intereses paralelos, que convergen hacia un propósito común”.

También sobre el concepto de integración, a propósito de la función desempeñada por la buena fe, DÍAZ- REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., “Comentario al art. 1258 CC”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ-CANO, R., coord., Aranzadi, Elcano, 2001, pág. 1462: “Por integración del contrato hay que entender la reconstrucción del mismo mediante la utilización de fuentes externas a la voluntad contractual, ya que, de lo contrario, estaríamos en el terreno de la interpretación. Esta heterodeterminación o heterointegración es efectuada con las fuentes suministradas por la norma (buena fe, uso ley) de un modo objetivo, sobre la premisa del carácter incompleto de la reglamentación contractual presentada por las partes”.

fe no pueden quedar constreñidos a los previstos en su precepto de reconocimiento en el ordenamiento jurídico, de forma que si bien el art. 1258 aborda expresamente la problemática de la función integradora de la buena fe, no por ello este Principio va a dejar de desplegar el resto de efectos que le son propios en el ámbito de la contratación⁶²⁸.

Aclarado este punto, y antes de entrar en el análisis de la función propiamente integradora, es importante delimitar previamente la concepción de la buena fe a la que refiere el art. 1258 CC y que servirá de base para la integración. De nuevo, y como muestra de la coherencia resultado de la función informadora del ordenamiento por el Principio de buena fe, doctrina y jurisprudencia asumen la buena fe de este precepto desde su concepción objetiva⁶²⁹.

⁶²⁸ En este sentido, ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., “Comentario al art. 1258 CC”, *Código civil Doctrina y...*, ob.cit., pág. 585: “Las funciones principales que la buena fe cumple en la contratación son: ser un amortiguador del rigor de las normas; señalar a las partes la conducta a seguir según la equidad, y ser una defensa contra el dolo y el ejercicio inadmisibles de los derechos. La buena fe contractual se dirige al deudor para que cumpla la obligación, ateniéndose no sólo al texto literal de la misma, sino también a su espíritu. También se dirige al acreedor para que actúe según la confianza depositada en él por la otra parte, y a los demás participantes en la relación obligatoria para que se conduzcan según el sentido y finalidad de aquélla.”

⁶²⁹ Así señala la STS (Sala Primera), núm. 758/2002, de 12 de julio de 2002, RJ\2002\6047, F.D 4º: “La buena fe a que se refiere el art. 1258 es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal... (Sentencias 26 octubre 1995 [RJ 1995, 8349] , 6 marzo 1999 [RJ 1999, 1854] , 30 junio [RJ 2000, 6747] y 25 julio 2000 [RJ 2000, 6196] , entre otras) que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato (S. 22 septiembre 1997 [RJ 1997, 6858]). Supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena (Sentencias 16 noviembre 1979 [RJ 1979, 3850] , 29 febrero [RJ 2000, 812] y 2 octubre 2000 [RJ 2000, 8131]); de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por los valores de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida (SS. 26 enero 1980 [RJ 1980, 167] , 21 septiembre 1987 [RJ 1987, 6186] , 29 febrero 2000). Aplicando en concreto el instituto al campo contractual, integra el contenido del negocio en el sentido de que las partes quedan obligadas no sólo a lo que

se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales, de tal modo que impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (todas, S. 26 octubre 1995). En sede de compraventa esta Sala ha aplicado el art. 1258 CC para establecer que el vendedor respondía no sólo de la entrega de la casa, sino también de efectuarla con utilidad para su destino, es decir, con la condición de habitabilidad (S. 16 diciembre 1996 [RJ 1996, 9018]), sin embargo dicha Sentencia se refiere a la venta de una vivienda, y en el caso se vende una finca con las condiciones o circunstancias que tenía perfectamente conocidas por el adquirente, por lo que ni siquiera es necesario valorar la apreciación fáctica de la Sentencia recurrida consistente en que según «resulta de lo actuado en los locales se ha venido ejerciendo actividad de bar y existe en los diversos inmuebles contadores que recogen los suministros de gas y electricidad». Por todo ello no se ha infringido el art. 1258 CC y doctrina jurisprudencial dictada en su aplicación, porque por el vendedor se ha dado al contrato cumplida y adecuada efectividad en relación con el fin concreto propuesto (Sentencias 6 marzo 1999 y 30 junio 2000), sin que en modo alguno quepa desorbitar el alcance de lo estipulado, que podría romper el justo equilibrio de las prestaciones en juego”.

Igualmente la STS (Sala Primera), núm. 213/1998, de 12 marzo de 1998, RJ 1998\1563 F.D 4º: “la buena fe de que habla el artículo 1258, que no es la subjetiva (creencia, situación psicológica) sino la objetiva (comportamiento honrado, justo) a la que alude el artículo 7 del Código Civil, que consagra como regla general el principio de ese nombre”. En el mismo sentido, STS (Sala Primera), núm. 763/1997, de 31 julio de 1997, RJ 1997\5616 F.D 1º.

Por su parte la STS (Sala Primera), núm. 88/1996, de 17 febrero de 1996, RJ 1996\1408 F.D 2º: “Dice la Sentencia de esta Sala de 9 octubre 1993 (RJ 1993\8174) que « la buena fe contractual, entendido este concepto en su sentido objetivo, consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento”.

Añade la STS (Sala Primera), núm. 209/1999, ob.cit., F.D 2º: “La buena fe contractual en sentido objetivo consiste en dar al contrato debida efectividad para que se realice el fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales (Sentencias de 11-12-1987 [RJ 1987\9422], 3-12-1991, 9-10-1993 [RJ 1993\8174], 22-3-1994 [RJ 1994\2564] y muchas más)”.

Y la STS (Sala Primera), núm. 911/1998, de 9 octubre de 1998, RJ 1998\7561 F.D 3º que: “La buena fe contractual, según posición consolidada en la doctrina civilista, supone un complejo de normas jurídicas que carecen de una formulación positiva concreta y que conforman una serie de principios que la conciencia social estima como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el Legislador, ni establecido por los usos contractuales”.

El art. 1258 CC contiene una modalización del principio de autonomía de la voluntad de las partes, pues abre la puerta a una modificación de lo acordado por éstas, tanto en situaciones de falta de previsión por parte de las mismas⁶³⁰, como en situaciones de previsión defectuosa⁶³¹, completando el contenido

A nivel doctrinal Vid., ALMAGRO NOSETE, J., “Comentario al art. 1258 CC”, *Comentario del Código civil*, SIERRA GIL DE CUESTA, I., coord., Barcelona, Bosch, 2006, págs. 590-591: “El artículo que comentamos, sin desligar el concepto de lo que es un recto y honesto proceder subjetivo, sitúa más bien la buena fe en el plano objetivo de los principios normativos, esto es, en el ámbito social y cultural de las conductas exigibles, que no deben producir perjuicios ni lesiones gratuitas o abusivas a los derechos de la otra parte”. En el mismo sentido, DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe...*, ob.cit., págs. 128 – 136; DÍAZ- REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., “Comentario al art. 1258 CC”, *Comentarios al...*, ob.cit., pág. 1463.

⁶³⁰ En este sentido DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe...*, ob.cit., págs. 124-125: “Se habla de función integradora, porque la buena fe influye en el contenido del negocio, ya que no siempre la voluntad privada es capaz de prever todas las posibilidades que se derivan del mismo y, por ello, se hace inútil acudir a una voluntad presunta”.

Para SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios..”, ob.cit., pág. 288-289: ““el principio general de corrección y de buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquéllas previstas por la ley; como suele decirse “cierra” el sistema legislativo, es decir ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se pueden manifestar en las múltiples y variadas situaciones de la Vida económica y social”

⁶³¹ A esta función de corrección de situaciones de previsión defectuosas refiere DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe...*, ob.cit., pág. 125: “En el mismo sentido se habla también de función correctora; pero además, en otro todavía que es específico y propio de la buena fe y no de los usos o de la norma dispositiva, ya que, en función de la voluntad manifestada, por aplicación de la buena fe, se pueden excluir determinados efectos, propios del tipo negocial al que las partes se han dirigido a obligarse, se encuentra lo que es propio de la función interpretativa de la buena fe...; y asimismo cabe, en fin, que por la buena fe se modifiquen o atenúen determinadas normas que aplicadas en su rigidez producirían un resultado injusto, lo que es típico de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones”.

En el mismo sentido, LASARTE, C., “Sobre la integración del contrato: la Buena Fe en la contratación...”, ob.cit., pág. 73: “La aplicación del art. 1258 y la función modalizadora de los criterios de integración del contrato no requiere, pues, de forma necesaria, la preexistencia de una laguna contractual,

de la relación contractual – deberes accesorios⁶³² –, mediante el recurso a elementos externos que permitan a la misma desenvolverse de acuerdo con los caracteres o la naturaleza que le es propia⁶³³.

En este sentido, la buena fe actúa como catalizador de normas contractuales que determinan pautas de conducta para las partes tendentes a garantizar la ejecución de la relación jurídica patrimonial en los términos que le son propios, identificando como contrarias a la buena fe (mala fe y derivados), todas aquellas cláusulas normativas que, por incompletas o

que lleve a inducir la voluntad conjetural o hipotética de las partes, en el sentido de integrar el contenido contractual. Antes bien, parece que, al contrario, presuponiendo la norma la existencia de un previo acuerdo contractual, indica que el contenido del mismo se compone, necesariamente tanto de lo expresamente pactado, cuanto de las consecuencias derivadas de las fuentes heterónomas de integración del contrato. La adecuación entre regla autónoma y ordenamiento jurídico ha de contemplarse, por tanto, como un *continuum*, tanto en el caso de que las partes hayan establecido una regla autónoma e incompleta o insuficiente, como cuando el acuerdo contractual contradiga, en relación con el contenido del contrato, alguna regla heterónoma de la que no pueden disponer las partes por ser de aplicación imperativa (norma de tal carácter o buena fe)”.

⁶³² DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II, ob.cit. pág. 143: “Los casos originarios de aplicación de la figura de los deberes accesorios aparecen en torno a la idea del completamiento y ensanchamiento de un deber principal de prestación dentro de una relación obligatoria. Estos deberes accesorios integran y ensanchan el contenido de la prestación principal y forman de manera inmediata una parte esencial de ella. La buena fe y los usos del tráfico encuentran muchas veces su apoyo en normas especiales que puntualizan el alcance de los deberes principales”.

⁶³³ En este sentido, ALMAGRO NOSETE, J., “Comentario al art. 1258 CC”, *Comentario del...*, ob.cit., pág. 590: “Esta integración se superpone a la voluntad de las partes, de manera que, si del contrato resultan “lagunas” en la regulación, ya escapa a la voluntad de aquéllas el modo de suplirlas, pues es la “naturaleza” del contrato la que sirve de referencia para establecer “las consecuencias” desde el triple aspecto que recoge la norma. La “naturaleza” del contrato “objetiviza” los pactos puesto que este término ha de relacionarse con la “causa” del contrato que, por encima de la intención subjetiva de los contratantes, establece, con dimensión objetiva, el fin contractual”.

defectuosas impidan la ejecución de la relación jurídica en los términos antes indicados⁶³⁴.

De acuerdo con lo anterior, puede verse como el Principio de buena fe genera para los contratantes una serie de deberes secundarios de conducta⁶³⁵ que, por ser conformes a la naturaleza de la relación jurídica mantenida entre las mismas se consideran incorporados al contrato, bien imponiendo nuevas obligaciones a las partes⁶³⁶, bien modificando aquellas por ellos

⁶³⁴ Así se pronuncia ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., “Comentario al art. 1258 CC”, *Código civil Doctrina y...*, ob.cit., pág. 586 “Se ha declarado que es principio fundamental en materia de contratación que los efectos de los contratos son no sólo los expresamente previstos por las partes que los celebra, sino aquellos que se deriven de la naturaleza especial de cada contrato, como declara el artículo 1258. Y la buena fe se refiere principalmente al modo de obrar en la ejecución y cumplimiento de los contratos (S de 22 de junio de 1950), y consiste, en sentido objetivo, en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento (S de 9 de diciembre de 1963). El abuso de derecho y el fraude de ley presuponen carencia de buena fe (SS de 14 de febrero de 1982), así como el *venire contra factum proprium* (SS 14 de junio de 1934 y 27 de enero de 1966)”.

⁶³⁵ En este sentido, SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios...”. ob.cit., pág. 304: “Dentro de este contexto, el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos, que se denominan “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe”.

⁶³⁶ En el ámbito alemán y acerca de estas obligaciones secundarias de conducta, EBKE, WERNER, F., STEINHAEUER, BETTINA M., “The Doctrine of Good faith in German Contract Law”, *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMANN, D., eds., Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 177 -178: “Hoy en día, la doctrina de la buena fe juega su papel más importante en el campo emergente de los obligaciones secundarias de conducta, el incumplimiento de las cuales hace a la parte infractora responsable frente a la otra parte bajo la doctrina de la ruptura del contrato. En el Derecho alemán, la obligación primaria de las partes de un contrato es su ejecución. Además, ambas partes deben estar sujetas a adicionales deberes “secundarios” o “auxiliares”. El propósito de estos deberes secundarios es

establecidas que no resulten conformes a la naturaleza del mismo⁶³⁷, respetando siempre, eso sí el límite fijado por el art. 1283 CC en sede de interpretación de contratos⁶³⁸.

especificar cómo las partes deben ejecutar el contrato. Los deberes secundarios incluyen, entre otras, obligaciones expresamente proveídas por ley, estatuto, contrato o acuerdo. Además, los tribunales han establecido obligaciones implícitas en los casos en los que las partes deberían haber completados esas obligaciones como parte de sus contratos o acuerdos...Dentro de estas obligaciones secundarias de conducta se incluyen, el deber de cuidado (*Obhutspflicht*), deber de negociar de buena fe (*Aufklärungspflicht*), deber de realizar aquellas conductas tendentes a asegurar la ejecución del contrato (*Leistungstreuepflicht*), **obligación de asistencia de una parte a la otra para asegurar la ejecución del contrato** (*Mitwirkungspflicht*), y la **obligación de transparencia** (*Auskunftspflicht*)". (La negrita y la traducción son nuestras).

⁶³⁷ Afirma DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 65: "La buena fe que invoca el art. 1258 es mucho más que una directriz en la interpretación del contrato. Ella misma entraña deberes para los contratantes: por de pronto, un deber de honestidad; pero también, con un sentido mucho más positivo, un deber de cooperación y un criterio para puntualizar derechos y deberes de las partes. "La observancia - dice Messinneo - de la buena fe objetiva (lealtad) por parte de los contratantes, acreedor y deudor, significa que el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su derecho, y el deudor no puede pretender dar menos, de aquello que el sentido de la probidad exige, tenida en cuenta la finalidad del contrato".

Llama la atención López y López (ob.cit., pág. 305) sobre el hecho de que la norma contenida en el art. 1258 contempla la buena fe como un conjunto de normas o deberes que vinculan a las partes de una relación obligatoria contractual, aunque nada se haya dicho de ellos en el contrato. El incumplimiento de estos deberes exigidos por la buena fe es siempre un ilícito y, por consiguiente, fuente de responsabilidad (arts. 1101 y 1902 CC) en la medida en que cause un daño, a la que se puede llegar a aparejar la ineficacia del acto cumplido contraviniendo la buena fe y la exigencia coactiva en forma específica de satisfacción del deber incumplido".

A nivel jurisprudencial se reconoce también el art. 1258 CC como fuente de deberes secundarios de conducta STS (Sala Primera), num. 914/1995, de 26 octubre de 1995, RJ\1995\8349, F.D 2º: "La buena fe , como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de

I.4 La buena fe en el ámbito mercantil.

A) El art. 57 del Código de Comercio.

Se ha afirmado que las redes empresariales están conformadas por empresarios que integran toda o parte de su actividad en la estructura organizativa que constituye la red empresarial. De acuerdo con este enunciado, las relaciones que se establecen entre los miembros de la red pueden calificarse como relaciones mercantiles⁶³⁹, lo que determina, entre otros

forma que quien contrata u oferta contratar (precontrato) queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales ; así, quien contrata o emite un consentimiento cual el promitente u oferente queda obligado , por un principio de normalidad instaurado en el art. 1258 del Código Civil, a todas las consecuencias que, según la manifestación de voluntad y su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley”.

⁶³⁸ En este sentido, es importante señalar la necesidad de concreción del art. 1258 CC en un supuesto concreto dado su carácter genérico, así se pronuncia la STS (Sala Primera), de 3 de diciembre de 1991, ob.cit., F.D 3º: “Si bien es doctrina de esta Sala la de que la buena fe, en su sentido objetivo consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento (SS 9-12-1963 y 11-12-1987), también se ha sentado por la misma **que el carácter genérico del 1258 ha de armonizarse con los más específicos que para cada contrato y en cada supuesto contiene el Código Civil**, y que la posibilidad de ampliar o modificar, a su amparo, lo estrictamente convenido, ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación, es decir, que la expansión de los deberes al amparo del art. 1258 debe ser lo más restringida posible, pues no puede escindirse este artículo del contenido del 1283, según el cual, en los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidas cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar”.

⁶³⁹ Así las califica RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág. 116: “Los contratos en red son contratos mercantiles en cuanto se estipulan entre dos empresarios y tienen por objeto el desarrollo de su actividad empresarial. Es cierto que alguno de los empresarios que pactan estos contratos tienen carácter civil – fundamentalmente empresarios individuales y sociedades no capitalistas, que realizan actividades profesionales y se integran en redes de prestadores de servicios –, pero aún en estos casos puede defenderse la mercantilidad del contrato, de acuerdo con el tradicional criterio contractual en cuanto constituyen un eslabón de un tráfico económico profesional y la tendencia a

efectos, que les sea de aplicación la exigencia de comportamiento de acuerdo con los dictados del Principio de buena fe propia del ámbito mercantil⁶⁴⁰ y que, en el ordenamiento jurídico español⁶⁴¹ aparece recogida en el art. 57 del Código de Comercio, según el cual:

equiparar al empresario mercantil a cualquier empresario e incluso a cualquier operador profesional a los efectos de regular su actuación en el mercado entre la cual se incluye la contratación”.

⁶⁴⁰ Extremo que pone de relieve DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe...*, ob.cit., pág.137: “No sólo porque en materia de contratos mercantiles rige el Código civil, como Derecho supletorio, según lo establece el artículo 50 del propio Código de Comercio, sino porque el art. 57 del mismo, además, así lo reconoce y determina, la buena fe cumple un papel sobresaliente en materia de contratos mercantiles, ya no en vano el propio Derecho mercantil se inspira de forma más directa e inmediata en el principio de la buena fe que el Derecho civil, incluso históricamente, como sabemos tanto en el Derecho romano como en el Derecho común o en el propio Derecho moderno, el campo del Derecho mercantil es una de las zonas donde más libre e intensamente se ha desarrollado el principio de buena fe”.

La doctrina mercantilista ya puso de relieve este extremo, así, por todos, BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, ob.cit., pág. 426: “Los contratos mercantiles deben cumplirse (y, por ende, previamente interpretarse) según los dictados de la buena fe, a la cual debe atenderse, si cabe, más que en los contratos civiles”.

Recoge la especial importancia de la buena fe en el ámbito mercantil la STS (Sala Primera), de 14 de mayo de 1992, RJ\1992\4121, F.D 1º: “El principio de buena fe que informa toda la normativa comercial”.

⁶⁴¹ Puede encontrarse igualmente una noción de buena fe propia para los comerciantes en el ámbito del Derecho norteamericano, así el §2-103 (1) (b) del Uniform Commercial Code, en la que buena fe significa no sólo “honesty in fact in the conduct of the transaction concerned”, de acuerdo con el estándar general del §3-103 (a) (4) , sino también: “the observance of reasonable standards of fair dealing in the trade”, es decir, se impone a los comerciantes una noción cualificada de buena fe.

Acerca de la noción de razonabilidad sobre la que orbita esta concepción de la buena fe en el ámbito anglosajón, desde una óptica española, Vid. el trabajo de GONZÁLEZ CASTILLA, F., “El criterio de “razonabilidad” de las condiciones comerciales impuestas en los contratos de distribución”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, págs. 175 – 191.

“Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

Una primera lectura del precepto pone de manifiesto como el mismo incide especialmente sobre las vertientes de la buena fe correspondientes a la ejecución e interpretación de los contratos⁶⁴², asumiendo para estas funciones, al igual que sucede en el ámbito civil, una concepción objetiva respecto de dicho Principio General⁶⁴³.

No obstante la redacción del precepto, tal y como se ha afirmado en repetidas ocasiones, el carácter informador propio del Principio General, convierte en indiferente la forma en que el mismo aparezca reconocido positivamente por el ordenamiento para que la buena fe despliegue todos los efectos

⁶⁴² Para un análisis de este precepto desde la perspectiva de su correlación con las normas civiles de interpretación de los contratos Vid., VILA FLORENSA, P., “Comentario al art. 57”, *Comentarios al Código de Comercio*, SALA REIXACHS, A., dir., BALDÓ DEL CASTAÑO, V., RUEDA MARTÍNEZ, J.A., coords., T-I, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 502 -504.

⁶⁴³ Respecto a cuál es la concepción de la buena fe a la que se refiere el art. 57 Cdc, VICENT CHULIÁ, F.V., *Introducción al Derecho Mercantil*, ob.cit, págs. 811-812: “El artículo 57 del Código de Comercio es esencialmente coincidente con el art. 1258 del Código Civil en la noción de buena fe en sentido objetivo, como pauta de conducta social”.

A nivel jurisprudencial, se pronuncia la STS (Sala Primera), núm. 129/2013 de 7 marzo de 2013, RJ 2013\3152 FD. 4º: El artículo 57 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) exige que los contratos mercantiles - como es el litigioso: artículo 439 del mismo Código - se interpreten dando por supuesto que los contratantes obraron de buena fe y en los términos en que fueron redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras escritas. Lo que constituye una llamada a la interpretación objetiva, que atiende al sector del tráfico profesional en que se convino, y, a la vez, integradora, para que no se restrinjan los efectos que naturalmente se deriven del modo en que las partes contrajeron sus obligaciones”.

que le son propios⁶⁴⁴, por lo que nos remitimos en esta sede a lo expuesto anteriormente en materia de efectos de la buena fe.

B) La buena fe del art.4 de la Ley de Competencia Desleal.

Otra manifestación del Principio de buena fe en el ámbito mercantil se encuentra contenido en la normativa española reguladora de la competencia desleal – Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, modificada como consecuencia de la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales⁶⁴⁵ – en la que

⁶⁴⁴ En este caso, falta la mención expresa a la función integradora, si bien la misma, en nuestra opinión, puede entenderse derivada del inciso final del art. 57: “...efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

Acerca de las funciones de la buena fe Vid. Epígrafe 1, subepígrafe 1 de este capítulo.

⁶⁴⁵ Directiva 2005/29/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la directiva 84/450/CEE del Consejo, las directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el reglamento (ce) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («directiva sobre las prácticas comerciales desleales»).

Acerca de los principios inspiradores de la Directiva, su proceso de incorporación al ordenamiento jurídico español – Sentencia del TJCE, 8ahora TJUE) incluida – y la adecuación de la norma como iniciativa armonizadora véase RUIZ PERIS. J.I., “El laberinto de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 30, 2009-2010, págs. 439 – 443, señalando el autor al respecto que: “La Directiva tan solo regula las conductas desleales que tienen como sujeto pasivo a los consumidores...Las soluciones comunitarias adoptadas se muestran imptentes para conseguir el fin pretendido desde la perspectiva del mercado interior, puyesto que si es cierto que como se indica “las leyes de los Estados miembros relativas a la prácticas comerciales desleales muestran marcadas diferencias que pueden generar distorsiones apreciables a la competencia y obstaulizar el buen funcionamiento del mercado interior”, no lo es menos que una gran parte de dichas prácticas comerciales desleales, esto es, las realizadas entre operadores profesionales, continúan reguladas por leyes nacionales diversas”.

En el mismo sentido Id. “La reforma de la cláusula general de la ley de competencia desleal”, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*

dicho Principio se positiviza, como es propio, con el carácter de cláusula general.

De esta forma y fruto de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la citada Directiva, se llevó a cabo una reformulación de la cláusula general de buena fe prevista en el anterior art. 5 LCD, ahora art. 4 LCD, en la que, si bien por un lado se mantuvo la redacción ínsita en el anterior precepto efectivamente con carácter de cláusula general: *Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*; se incorporó a continuación lo que la doctrina ha llamado “cláusula general para las relaciones con consumidores y usuarios”⁶⁴⁶, disposición que tanto por sus dimensiones, como por lo intrincado de su redacción, nada tiene que ver con lo que es formal y sistemáticamente deseable de una cláusula general⁶⁴⁷.

(estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de consumidores y usuarios), RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 41 – 47.

⁶⁴⁶ La interpretación del vigente art.4 LCD como comprensivo en su interior, en realidad de dos cláusulas generales de buena fe es defendida por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Comentario al art.4 Cláusula General”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (dir.), Aranzadi, 2011, págs. 96-97: “Por lo que es evidente es que el precepto incluye dos cláusulas generales diversas. La primera, reproducida de la Ley en su texto original de 1991 que rige con carácter universal aparentemente, puesto que no es aplicable a las relaciones de las empresas con los consumidores. Y la segunda cláusula general, que es la que tiene que ser necesariamente aplicada a las relaciones de las empresas con los consumidores, que es la norma que se complementa con una serie de nociones definidas todas ellas para explicar lo que significa la “diligencia profesional” que es la expresión que sirve para establecer el criterio de lo que es desleal”.

⁶⁴⁷ Art.4 LCD: “1. ...En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica,

Más allá de valoraciones acerca de la inadecuación de la modificación de la redacción original de la cláusula de buena fe – y en particular sobre la añadidura y contenido de la llamada “cláusula general para las relaciones con consumidores y usuarios” – de las que la doctrina española está llena⁶⁴⁸, se hace

si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.
- d) La conservación del bien o servicio.
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo.

⁶⁴⁸ Con especial dureza, RUIZ PERIS. J.I., “El laberinto de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal”, ob.cit., pág. 444, e Id. “Una reforma consumerista de la ley de competencia desleal o reforma no siempre significa mejora”, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de*

necesario poner de relieve, a los efectos que aquí ahora nos interesan, como de nuevo el Principio de buena fe se convierte, también en sede de represión de prácticas desleales, en fuente de obligaciones de conducta.

En este sentido, la previsión de la Buena fe del art.4 LCD refiere a la concepción objetiva de la buena fe, erigiéndose de este modo como parámetro para el enjuiciamiento de los actos realizados por los partícipes del mercado, independientemente de la motivación – buena o mala fe subjetiva – de su conducta⁶⁴⁹, y constituyendo un supuesto autónomo de práctica desleal con sustantividad propia⁶⁵⁰.

consumidores y usuarios), RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 20: “El artículo 4 de la LCD tras la reforma incluye una cláusula general laberíntica que adolece de gigantismo y de confusión conceptual. No parece razonable llamar cláusula general a un texto de 392 palabras, ni se ve la necesidad de incluir las definiciones o los supuestos especiales relativos a los grupos de consumidores vulnerables en la misma cláusula general.

Aunque siempre es deseable que una cláusula general sea elegante, basta para que sea funcional, que sea clara y sintética. Dado su carácter, no debe incluir tampoco elementos particulares ni supuestos especiales. Nada de esto podemos encontrar en la abigarrada y opaca redacción de la pieza central de nuestra normativa de competencia desleal. Si parte de la culpa la tiene el legislador comunitario otra, inexcusable, la tiene el español que no ha sabido estar a la altura del reto de trasponer una directiva farragosa que parecía surgir de un autor inexperto y sin suficiente nivel jurídico”.

En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Comentario al art.4 Cláusula General”, ob.cit., pág. 95: “El artículo resultante es totalmente criticable por la forma en que ha sido integrado, que difícilmente puede asimilarse con la idea de lo que puede ser una cláusula general”; CUÑAT EDO, V., *Competencia desleal y protección de los consumidores*, Lecciones Magistrales, Valencia 2010, págs. 35 -36: “Sin prejuzgar la bondad del contenido sustantivo de la Ley y su adecuación para incorporar la Directiva, no puede afirmarse que estemos ante un resultado feliz. Resulta bastante más confusa la lectura de la cláusula general de nuestro artículo 4 añadida a su texto anterior, que la de la Directiva de la que trae origen y pretende su incorporación”; TATO PLAZA, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERREA PETRUS CH., *La reforma de la ley de competencia desleal*, ob.cit., págs. 66-68.

⁶⁴⁹ STS (Sala Primera), núm. 754/2005, de 21 de octubre de 2005, RJ 2005\8274, F.D 6º: “La buena fe a la que se refiere el precepto es la objetiva,

en la que se prescinde de la culpabilidad (dolo o culpa) del sujeto, y que como principio rector del ejercicio de los derechos se recoge en el art. 7.1 CC, (LEG 1889, 27) tal y como indican, entre otras, las Sentencias de 16 junio 2000 (RJ 2000, 5288) y 15 octubre 2001 (RJ 2001, 9441) . La aplicación de esta regla de conducta debe ponderarse en atención al estándar o patrón de comportamiento exigible en el mercado, teniendo en cuenta la libertad de empresa, la protección de la competencia (que es la finalidad de la Ley) y el ámbito objetivo de la LCD concretado en el art. 2º –los actos que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales–. La buena fe objetiva exige un comportamiento justo y honrado, conforme a los valores de la moral, honestidad y lealtad – SS. 25 julio 2000 (RJ 2000, 6196) y 22 febrero 2001 (RJ 2001, 2609) –. La competencia no es leal cuando, sin más, contraviene la buena fe del mercado concurrente, o se actúa vulnerando los elementales principios de respeto a lo ajeno, o se obtengan logros no por el esfuerzo propio, sino por la apropiación de los así conseguidos por los demás (SS. 14 julio 2003 [RJ 2003, 4634] y 3 febrero 2005 [RJ 2005, 1458]).

⁶⁵⁰ STS (Sala Primera), núm. 256/2010, de 1 de junio de 2010, RJ 2010\2662, F.D 3º: “La doctrina jurisprudencial relativa al art. 5º LCD ha venido reiterando que no se trata de una norma integrativa o complementaria de los tipos de ilícitos descritos en los artículos siguientes (SS., entre otras muchas, 20 de febrero de 2.006 (RJ 2006, 5783) ; 23 de noviembre de 2.007; 19 de mayo de 2.008; y 30 de junio de 2.009). Por ello, no tiene como función completar los ilícitos previstos en los artículos 6º a 17 cuando falten algunos de los requisitos exigidos en éstos (SS. 20 de febrero y 24 de noviembre de 2.006 (RJ 2007, 262) ; 14 de marzo, 30 de mayo y 10 de octubre de 2.007; 19 y 28 de mayo de 2.008 y 30 de junio de 2.009 (RJ 2009, 6459) ; entre otras).

En virtud de dicha doctrina, que reserva la aplicabilidad de la norma del art. 5º a comportamientos en el mercado no contemplados en los artículos que le siguen, no cabe valerse de dicha norma, ni en invocación conjunta, ni sustitutiva, para obtener la sanción de una conducta cuya incardinación en un determinado supuesto típico no resulta posible, bien por la restricción legal de éste, o bien porque en el supuesto fáctico histórico falta alguno de los elementos exigidos por el tipo. Se trata de evitar, como dice la S. de 19 de mayo de 2.009, que "tipos intencionadamente restrictivos -según el preámbulo de la Ley- se apliquen, con una amplitud superior a aquella con la que fueron formulados, a actos que se hubieran incluido en el específico modelo de referencia de haber reunido todos los elementos que el respectivo precepto tipificador señala como necesarios para su aplicación". La observancia práctica de la doctrina exige tener en cuenta la "ratio" de la norma que configura el respectivo ilícito y la naturaleza y caracteres del acto, a fin de determinar si debe ser enjuiciado a la luz de alguno de los preceptos que configuran supuestos típicos (SS. 19 de mayo de 2.008 (RJ 2008, 3090) y 30 de junio de 2.009)".

De esta forma puede verse como el Principio de buena fe en el ámbito de la legislación represora de las prácticas desleales en el mercado, revestido de la forma de cláusula general, constituye una fuente autónoma y con sustantividad propia de obligaciones de conducta para los partícipes del mercado, de forma que es posible anudar sanciones – en este caso la calificación como desleal de una determinada práctica – al incumplimiento de estas obligaciones que, sin necesidad de ser objeto de concreción previa vía contractual o legal, integran el contenido de su forma de comportamiento en el mercado.

II. Contextualización de la buena fe en las redes empresariales.

A lo largo de los capítulos anteriores se ha analizado el concepto de red empresarial y sus caracteres definatorios; se han delimitado los parámetros dentro de los cuáles debe operar una efectiva *governance* para las redes empresariales; se ha revisado la adecuación de los instrumentos societarios y contractuales para su aplicación a la *governance* de las redes; se ha revisado el contenido de los deberes de conducta en las relaciones de gestión (representación voluntaria y representación orgánica); y, teniendo en cuenta lo anterior, se ha identificado la dimensión representativa que conlleva la actuación del empresario miembro de la red respecto del resto de componentes de la misma; finalmente, se ha caracterizado como fiduciaria la posición ocupada por los miembros de la red entre sí, posición que, en el caso de las redes hegemónicas, se encuentra particularmente reforzada sobre el cabeza de red.

Como resultado de todos estos estudios previos se puede concluir que la red empresarial constituye un modelo de organización económica entre cuyos rasgos principales destaca – junto a su carácter estable y duradero, la autonomía de sus miembros y la interdependencia de prestaciones –, la relación de confianza (*intuitu*) existente entre los miembros que la componen.

Con carácter general, la caracterización de confianza de las relaciones empresariales, conlleva un refuerzo del influjo del Principio de buena fe como fuente de especiales deberes de conducta para las partes, tanto en sede de comportamiento, como de interpretación e integración de la relación jurídica, fruto de la apariencia o legítimas expectativas despertadas en la contraparte⁶⁵¹.

En el caso de las redes empresariales, la confianza se erige en un parámetro organizador interno de primera magnitud, ya que, por un lado, da origen a la existencia de una multiplicidad de formas – grado de formalización y contenido – en las relaciones

⁶⁵¹ Con carácter general, sobre la intensificación del Principio de buena fe en las relaciones de confianza, GARCÍA AMIGO, M., “Integración del Negocio Jurídico”, ob.cit., pág. 104: “Las aplicaciones concretas del principio de buena fe dentro del campo negocial se producirán, sobre todo, **en aquellos actos que impliquen confianza recíproca**; por tanto, especialmente en los bilaterales o plurilaterales: en tal sentido, se afirma la exigencia de conducta de buena fe en la celebración de los negocios, tanto si llegan a perfeccionarse como si se rompen los tratos y contactos prenegociales – buena fe en el negocio como hecho –; asimismo se exige expresamente por el Código civil para el ejercicio de todos los derechos – en el art. 7 del CC –, y, por tanto, también de los nacidos de un contrato: implícitamente se imponen en el cumplimiento de las obligaciones, al exigirse la buena fe en la ejecución y cumplimiento de los contratos, observando lealmente lo prometido – art. 57 Cdc –, es decir, buena fe en relación negocial; finalmente, y en la manifestación que ahora interesa, se recoge la buena fe por el artículo 1258 como fuente subsidiaria de último grado para integrar la norma reguladora de una relación contractual, que origina derechos y deberes específicos y propios”. (La negrita es nuestra).

Igualmente, SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios...”, ob.cit., pág. 286: “el orden jurídico y, particularmente, el orden jurídico privado, no está fundamentado en el “personalismo ético” sino que es imprescindible contar con un elemento ético-social, el cual se logra incorporar al ordenamiento por la vía de la buena fe. Siguiendo a KARL LARENZ en este punto, podemos señalar que la buena fe descansa en la consideración de que la convivencia social se conseguirá cuando la confianza que se deben dispensar las partes en una relación, no será defraudada sino, por el contrario, confirmada. El imperativo de no defraudar la confianza dispensada y exigida halla su expresión en el Código Civil en la exigencia de observar la ‘buena fe’”

entre los distintos miembros de la red⁶⁵², y, por otro lado, unida a la interdependencia de las prestaciones empresariales, permite fundamentar el carácter fiduciario de la actuación de los miembros de la red entre sí⁶⁵³.

Ambos fenómenos constituyen una manifestación del carácter especialmente cualificado que, sobre la base de la confianza inherente al componente relacional propio de la red, revestirá la buena fe en este tipo de relaciones⁶⁵⁴, siendo así reconocido también por la jurisprudencia, especialmente en el ámbito de los contratos de distribución⁶⁵⁵.

⁶⁵² Sobre esta cuestión Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado B), Capítulo Segundo, Epígrafe 1, subepígrafes 2 y 3.

⁶⁵³ Vid. Capítulo Tercero, Epígrafe 3, subepígrafes 2 y 3

⁶⁵⁴Expresamente en este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, ob.cit., pág. 17: “Admitida claramente en nuestro ordenamiento la exigencia de la buena fe en la estipulación de los contratos y en su ejecución, esta exigencia es todavía más intensa en casos como el de las redes contractuales en los que los contratantes quedan vinculados por largos períodos, comparten una misma posición de mercado frente a los restantes competidores, comparten tecnología y marcas, organizan su empresa de acuerdo con las necesidades de la red y comparten intereses”.

Id. *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág. 101: “En efecto, tal y como hemos indicado, la relación de confianza existente entre las partes de los contratos a través de los cuales se conforman las redes, dado su carácter de contratos de colaboración, en los que juega un papel relevante el *intuitu personae*, del que deriva la imposición a cada una de las partes de un deber de actuar lealmente respecto de la otra – deber de lealtad –, refuerzan su deber de actuar de acuerdo con las reglas de la buena fe, haciendo que dichos contratos puedan ser considerados de *uberrima fidae*, en cuanto exigen a las partes un comportamiento en su negociación y ejecución, que va más allá del mero comportamiento de buena fe, y que se caracteriza no solo por una actuación acorde con el estándar exigible a un empresario que contrata en el mercado, sino que exige la toma en consideración del interés de la contraparte”.

⁶⁵⁵ STS (Sala Primera), núm. 6/2000, de 20 de enero de 2000, RJ\2000\112, F.D 5º: “De consiguiente con lo expuesto, en el caso de autos se está por principio, en un llamado contrato de distribución en exclusiva, que tiene características distintas, y que, por lo tanto, como razona el Juzgado de Primera Instancia, cuya Sentencia se acoge en lo atinente, es preciso subrayar, que siendo un contrato de tracto sucesivo, han de ponderarse las

Es por ello que, a continuación, se expondrán varios supuestos en los que el Principio de buena fe parece exigir a los miembros de una red empresarial, en especial al cabeza de red, unos determinados deberes de comportamiento más elevados de

circunstancias del cumplimiento del mismo, con los criterios de la lealtad y la buena fe, y no sólo en lo referente al plazo de duración sino en el mantenimiento de las previsiones pactadas y, sobre todo, que al tratarse de un contrato de confianza o personalista, cuando se produzca una resolución unilateral, han de respetarse esos modelos de buena fe y mutua confianza, sin que, por ende, se irroguen unos perjuicios a quien ha prestado su aparato y estructura negocial para servir a las finalidades de la contraparte”.

En el mismo sentido, también sobre contrato de distribución en exclusiva y tras citar la anterior sentencia, STS (Sala Primera), núm. 622/2003 de 26 junio de 2003, RJ 2003\4308, F.D 6º: “Se desprende de esa doctrina que son notas sobresalientes del contrato, su carácter personal o «intuitu personae» que permite su resolución unitaria en cualquier tiempo haya o no preaviso, y sea por tiempo cierto o indefinido. Y que, sobre todo, por su carácter continuado o de tracto sucesivo (a resultas de un embebido contrato de suministro, que es el que ampara las remesas de productos de la exclusiva a distribuir para con la observancia del sinalagma funcional por envío periódico de los productos que constituyen el negocio trabado) condiciona a la observancia una mutua confianza o respeto a lo pactado en los términos de la buena fe, «affidamento», de tal modo que cualquiera que sea aquella libertad resolutoria habrá de respetarse ese módulo de impedir quebrantos o perjuicios en la posición que ocupa el efecto por la decisión extintiva de la contratante”.

También en sede de contrato de concesión STS (Sala Primera), núm. 360/2000, de 26 de abril de 2002, RJ\2002\5244, F.D 4º: “En cuanto a su Naturaleza jurídica, cabe afirmar de Contrato complejo con prestaciones coaligadas propias en su acervo contractual de la compraventa o de suministro, del mandato, del depósito, de la gestión de Rendición de cuenta o de resultados, de cooperación, del pacto de exclusiva como prestación significativa, e, incluso, del contrato de comisión mercantil subsidiaria, siendo sus caracteres específicos con su correspondiente cobertura normativa en el Código Civil y Código de Comercio , los relativos en todo contrato personalista o de confianza «intuitu personae» (art. 1161) y de tracto sucesivo, en el que privan el Juego de la buena fe o lealtad contractual (art. 1258), el Mantenimiento del equilibrio prestacional o equivalencia económica (arts. 1256, 1274, y 1289), la libertad contractual, el respeto a lo pactado y al «ius variandi» ínsito. (arts. 1255 y 1278), la Acomodación durante el tracto al «statu quo» pactado, el reajuste prestacional (arts. 1255 y 1258) y el principio de confianza habilitante de la resolución unilateral. Sus efectos (arts. 1719, 1720, 1728, 1733 y 1736). (arts. 1700, 1705, y 1707)”.

los que corresponden a las partes de una relación bilateral de intercambio⁶⁵⁶, precisamente como consecuencia de la posición fiduciaria que ocupan los miembros de la red, fruto de la confianza existente a nivel relacional entre ellos.

III. El deber de información precontractual en las redes empresariales.

III.1 El deber de información precontractual.

El contrato, como fuente autónoma de obligaciones para las partes requiere para su constitución, como es sabido, de tres elementos: consentimiento, objeto y causa. La determinación de estos tres elementos se realiza durante la llamada fase precontractual o de tratos preliminares⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ Acerca de la posibilidad de la sujeción al Principio de buena fe de nuevas conductas presentes en el tráfico comercial, RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág. 98: “Por supuesto, no existe un conjunto tasado de supuestos de conductas contrarias a la buena fe dado su carácter de principio o norma legal abierta. Cabe, por tanto, definir nuevos supuestos por parte de doctrina y jurisprudencia, que impliquen contrariedad a la buena fe, y ésta suele ser la vía por la que se introducen nuevas instituciones jurídicas en nuestro Derecho”.

En el mismo sentido, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 64: “En realidad, como ha destacado A.M López y López, establecer de antemano cuáles sean los deberes derivados del principio general de la buena fe es imposible. Y tal imposibilidad forma parte de la esencia de la buena fe, puesto que una determinación a priori de deberes concretos iría en contra de algo fundamental que se persigue con esta exigencia ética y que cuadra perfectamente con su carácter de principio general del Derecho: contemplar cada acto de ejercicio de los poderes jurídicos en su singularidad, según la concreta expectativa de confianza que se haya generado en el sujeto pasivo, y en relación directa con la especialidad de la relación jurídica existente entre él y el sujeto activo. Se trata de deberes implícitos que acompañan a todo derecho contemplado en un acto especial de ejercicio”

⁶⁵⁷ STIGLITZ, R., STIGLITZ, A., *Responsabilidad precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, págs. 15-17 define los tratos preliminares como: “...diálogos preliminares que, en el *iter negocial*, se ubican en una etapa que precede al perfeccionamiento del contrato...Se las identifica por el accionar positivo que realizan quienes participan en ellas, consiste en la formulación

Durante esta fase y hasta la eventual celebración del contrato, es cierto que no existe una genuina relación jurídica entre las partes⁶⁵⁸, pero ello no obsta a que doctrina y jurisprudencia

de interrogantes o sondeos que se realiza para obtener respuestas (información); enunciación de necesidades (información), a los fines de verificar, si es factible, que una ulterior contratación satisfaga su interés contractual...En el curso de las tratativas, que pueden ser escritas o verbales, las partes discuten no sólo las condiciones económicas del acuerdo sino, además, el contenido de los preceptos de autonomía que habrán, eventualmente, de vincularlas”.

GARCÍA RUBIO, M^a PAZ., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 121 acota el período en el *iter negocial* que corresponde a los tratos preliminares señalando que: “Los tratos preliminares constituyen una serie de contactos, más o menos complejos y prolongados, que los interesados entablan con vistas a la celebración de un futuro contrato. Nada impide, y así lo pone de manifiesto la doctrina, que estos contactos se inicien, precisamente, con una oferta contractual que el otro interesado no acepta inmediatamente, sino que reacciona emitiendo una contraoferta planteando la posibilidad de discutir la primera. Seguiremos entonces en el período de conversaciones o negociaciones preliminares, que solo concluirán una vez que la oferta de una de las partes sea aceptada por la otra, pero entonces no es la oferta, sino la celebración del contrato, lo que pone fin al iter preparatorio de éste, es decir, a los tratos”.

⁶⁵⁸ Señala, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 311: “Estas conversaciones, proyectos o minutas (términos usados para referirse a los tratos preliminares) no constituyen, per se, ningún acto jurídico en sentido estricto, pues de ellos no derivan efectos jurídicos de manera inmediata. No puede decirse que entre las partes se cree una relación jurídica originada por la voluntad de iniciar los tratos o las conversaciones...**Hay evidentemente una relación social o, como dicen los alemanes un “contacto social”. Aunque no sea una genuina relación jurídica, el hecho de relacionarse o de entrar en contacto determina entre las partes unos ciertos deberes**”. (La negrita es nuestra).

Acerca de esta figura, VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad precontractual*, Reus, Madrid, 2012, págs. 59 – 61: “La teoría del contacto social fue elaborada por la doctrina alemana, fundamentalmente por DÖLLE: Las conversaciones que preceden a la celebración de un contrato constituyen un supuesto de contacto social, **el cual genera una situación de confianza, de la cual nacen determinados deberes que encuentran apoyo en el principio de buena fe.**” (La negrita es nuestra)

En el ámbito del Derecho anglosajón aparece la figura del llamado “*contract to negotiate*”, vehículo a través del cual puede insertarse la referencia a la

hayan reconocido la existencia sobre las mismas de unos especiales deberes de comportamiento tendentes a garantizar la plena conformación de la voluntad contractual, y evitar comportamientos que pudieran causar daño a alguno de los sujetos intervinientes⁶⁵⁹.

buena fe en la contratación, noción ajena al Derecho anglosajón, COHEN, NILI, “Pre-contractual duties: two freedoms and the Contract to Negotiate”, *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMANN, D., eds., Clarendon Press, Oxford, 1995, pág. 37: “La dificultad se refiere al contenido del contrato para negociar: ¿Cuál es el contenido de ese contrato? Este contrato impone un deber positivo de negociar donde ese deber no existía previamente. Sin embargo, todavía le permite a la parte desistir por una justa causa. Como sugieren los demandantes, una justa causa debe ser comprobada con el estándar de buena fe”.

⁶⁵⁹ Así, STIGLITZ, R., STIGLITZ, A., *Responsabilidad precontractual*, ob.cit., pág. 19: “En esta etapa las partes se deben, recíprocamente lealtad y corrección, pues ambas tienen razones para creer y confiar en la otra, especialmente que las negociaciones se desenvuelvan seriamente, con diligencia y sin mala fe configurativa del dolo, positivo o negativo”.

También GARCÍA RUBIO, M^a PAZ., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, ob.cit., pág. 130: “La relación que se entabla entre las partes en el período de tratos o conversaciones previas no comporta la obligación de contratar; los negociadores conservan el poder o la facultad de retirarse hasta el momento de la conclusión del contrato. No obstante, aquella relación precontractual sí impone un deber de **comportamiento correcto y leal, de cuya violación deriva la obligación de indemnizar los daños causados a la parte que vio defraudadas sus expectativas**”. (La negrita es nuestra).

En sede específica de contratos de red, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato Mercantil de Concesión*, ob.cit., pág. 158: “En esta fase preliminar surgen ya para las partes unos deberes de información y de comportamiento leal que inciden no sólo en la adecuada conformación de su voluntad negocial sino también, una vez celebrado el contrato, en la valoración de la efectiva realización de las expectativas creadas atendiendo al contenido de estos tratos preliminares ya que su inobservancia puede dar lugar, concurriendo determinadas circunstancias cualificadoras del supuesto de hecho, al surgimiento de responsabilidades. Así pues, pese a la ausencia de un régimen jurídico general aplicable a esta fase de tratos preliminares, se constata la importancia que su configuración tiene para el Derecho”.

En el ámbito anglosajón la presencia de estos deberes se explica por la salvaguarda de la libertad contractual, tanto positiva como negativa. En este sentido COHEN, NILI, “Pre-contractual duties: two freedoms and...”, ob.cit., pág. 25: “Por lo que respecta al principio positivo de libertad contractual, este

A la consecución del primero de los fines anteriores se dirige el deber de información precontractual, mientras que a la

principio significa que la formación del contrato y la elección de sus términos deben ser el resultado de la libre voluntad de las partes. La cuestión crucial es que puedan encontrarse las necesarias precondiciones que garanticen la libertad contractual sobre la que el contrato se funda...La libertad de actuación en el proceso de negociación está limitada del siguiente modo: la parte contratante no está autorizada a actuar de forma que, mediante su actuación, frustre las pre-condiciones necesarias para la existencia de la libertad contractual. Si esto sucede, el contrato no será vinculante, o podrá ser anulado y, en ocasiones, la parte causante puede verse sujeta a responsabilidad extracontractual... (pág. 27) “La libertad de acción que es la idea subyacente a la libertad de contratar (libertad contractual negativa) puede ser objeto de abuso. Si una parte realiza una promesa no contractual, es decir una promesa que no es vinculante de acuerdo con las reglas formales ¿debe tener la capacidad para renunciar incluso si ha inducido a la otra parte a creer en la promesa? ¿Cómo se realiza el balance de la tensión entre la necesidad de respetar los requisitos formales y la protección de esta confianza?”

Para una visión comparada de las consecuencias derivadas de la ruptura injustificada de los tratos preliminares Vid. WHITTAKER, S., ZIMMERMANN, R., “Case 3: Breaking of negotiations” *Good faith in European Contract Law*, ob.cit., pags. 236 – 257.

A nivel jurisprudencial destaca, a pesar de su situación en el marco de las relaciones laborales la STS (Sala Sexta), de 2 mayo 1984, RJ 1984\2950, cuyo considerando primero señala que: “... ni han quedado por consiguiente vinculadas aquellas partes que de haberse conseguido tal confluencia hubieran sido contratantes, compatible todo ello con la obligación de indemnizar que haya podido surgir para la empresa y en favor del trabajador a consecuencia de los tratos preliminares que conforme a la doctrina más general, vienen a ser como el **elemento objetivo de una relación jurídica precontractual o prenegocial de características propias y específicas que evidentemente pueden ser y son frecuentemente fuente de obligaciones para quienes con su conducta dolosa o culposa producen un daño a la otra parte que, en virtud del principio de confianza, fundamental en el tráfico jurídico, llevó a cabo determinados gastos o dejó de obtener ciertas ganancias**, por todo lo cual procede desestimar el motivo, sin perjuicio por tanto, como con acierto destaca el Magistrado de instancia, de que el actor pueda ejercer la acción por daños y perjuicios derivada del alegado incumplimiento por parte de la empresa de la oferta de contrato por ésta realizada y que en este caso cristalizó incluso en un principio de acuerdo muy próximo pero no identificable con el contrato mismo”. (La negrita es nuestra).

garantía del segundo fin corresponden los deberes de negociar de buena fe, el deber de protección y el deber de confidencialidad⁶⁶⁰; en suma, tanto unos como otros, resultado de la extensión de los efectos del Principio General de buena fe también a la fase precontractual⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ Para una breve exposición a modo de referencia del contenido de estos tres últimos deberes, Vid., DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., págs. 312-314.

⁶⁶¹ Esta es la postura mayoritaria sostenida por la doctrina española, así VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad precontractual*, ob.cit., pág. 95, a propósito de la caracterización de la buena fe como Principio General del Derecho: “Todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica, deben comportarse de buena fe en sus relaciones recíprocas. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contrahendo) y que deben comportarse también lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos... (114) Así, bien sea como cláusula general expresa, bien como principio general implícito en el ordenamiento, la buena fe aplicable a la fase precontractual es generalmente entendida como un criterio objetivo de valoración de la conducta de quienes están inmersos en la etapa preparatoria de un contrato. Como tal, resulta fuente de creación de determinados deberes de conducta exigibles en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella”. A continuación el autor dedica las págs. 110 a 113 la postura de otros varios autores que defienden la extensión del ámbito de aplicación de los arts. 7 y 1258 CC también a la fase precontractual. En el mismo sentido, SACRISTÁN BERGIA, F., “Tratos preliminares y contratos de distribución”, *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZA, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A. J., dirs., La Ley, Madrid 2010, págs. 435 – 437.

Para una visión de la doctrina comparada insistiendo en la misma idea Vid. HILSENRAD, A., *Las obligaciones precontractuales*, Anacleto Editorial, Pamplona, 2005 págs. 77-83.

A nivel legislativo, los países que no prevén una reglamentación expresa de la fase de tratos preliminares, fundamentan la misma en una extensión del deber de buena fe, así sucede en Finlandia donde doctrina y jurisprudencia sostienen que las partes no tienen permitido negociar de mala fe proporcionando información errónea o causando daños. Si la parte contractual ha sido inducida de forma fraudulenta, todo el contrato es nulo o pueden haber razones para la compensación. Sobre las similitudes y diferencias de la doctrina finesa y alemana de la buena fe RANTASAARI,

El deber de información precontractual reviste una importancia especialmente cualificada en la fase de tratos preliminares, pues el correcto cumplimiento y contenido del mismo determina la correcta emisión de la declaración de voluntad de las partes⁶⁶² y, en su caso, la aplicación o no del régimen de responsabilidad precontractual – dolo o error como vicio del consentimiento contractual⁶⁶³ –.

TOMI., *Culpa in contrahendo in cross-border business transactions*. (2007)
Disponible en: <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/4786>.

En general, en los países nórdicos, el requisito general de mutua lealtad y honestidad puede verse en la sección 33 de la Joint Nordic Contracts Act: “A transaction that would otherwise be binding shall not be enforceable if it was entered into under circumstances that would make it incompatible with honour and good faith for anyone knowing of those circumstances to invoke the transaction and the person to whom the transaction was directed must be presumed to have known of the circumstances.”

⁶⁶² En este sentido, STIGLITZ, R., STIGLITZ, A., *Responsabilidad precontractual*, ob.cit., pág. 70: “El contenido del deber se acota a lo que sea relevante y suficiente en miras a la toma de una decisión. La importancia de la cuestión, radica para cuando la falta de información determinó el consentimiento, entendiéndose ello en el sentido de que, de haber conocido la información que le fue retaceada o falseada, no habría concluido el contrato, o lo habría hecho bajo otras condiciones, obviamente más favorables”.

Añade VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad precontractual*, ob.cit., págs. 135-136: “El objeto central de los deberes precontractuales de información lo integran aquellos datos que son decisivos para la formación de la voluntad negocial, para decidir si se contrata o no, o si se está dispuesto a hacerlo en las condiciones proyectadas u otras distintas; a tal objeto, serán relevantes todos los datos que afecten a las presuposiciones del contrato, así como también a los motivos personales de cada contratante si se dieron a conocer al otro.

⁶⁶³ Para una definición clásica de esta figura en la doctrina, Vid., por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, ob.cit., pág. 111, según el cual: “El error relevante como vicio del negocio, consiste en la creencia inexacta, respecto de algún dato que se ha de valorar como un motivo principal del negocio, según y conforme resulte de la conducta negocial de las partes, en las concretas circunstancias del negocio...El dato respecto al que existe el error ha de ser estimado de importancia decisiva para la celebración del negocio, para quien alegue el vicio y, además, que, en sí mismo, pueda ser considerado base del negocio (condición “sine qua non”), teniendo en cuenta

lo que resulte expresa o tácitamente de la conducta de quien o quienes hayan dado lugar al negocio”.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial del dolo y el error como vicio del consentimiento, por todas al recopilar la doctrina de los Tribunales al respecto y al recaer en materia de uno de los contratos de red (franquicia), SAP Madrid (Sección 14ª), núm. 618/2007, de 6 noviembre de 2007, AC 2008\8, F.D 5º: “Es doctrina comúnmente admitida la que, de acuerdo con el principio de conservación del negocio, recogido en preceptos dispersos del ordenamiento jurídico, como es el artículo 1284 del Código Civil (LEG 1889, 27) , y acogido claramente por la doctrina (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2302] y sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8594] , viene exigiendo para la nulidad contractual, por la concurrencia de error o dolo, que pueda ser apreciada una equivocación sustancial al contratar. Así, estando caracterizado el dolo civil por ser producto de la astucia, maquinación o artificio, incidente en el motivo esencial determinante de la decisión de otorgar el contrato, abarcando no sólo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1981 [RJ 1981, 4001] , 15 de julio de 1987 [RJ 1987, 5494] y 27 de septiembre de 1990 [RJ 1990, 6908]), es doctrina reiterada (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998 [RJ 1998, 6199] y 29 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9380] , la que viene exigiendo, en el caso de dolo, la inducción del error por maquinaciones graves que formen un mecanismo engañoso captatorio de la voluntad del contratante, por suponer el dolo la conjunción de dos elementos, el subjetivo, o ánimo de perjudicar, y el objetivo, consistente en el acto o medio externo, debiendo en todo caso quedar probada inequívocamente dicha actividad dolosa, sin que basten meras conjeturas o indicios (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3664] , pues el dolo no se presume (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1998 [RJ 1998, 6199].

En cuanto al pretendido error, es doctrina reiterada (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1978 y 14 de febrero [RJ 1994, 1469] y 29 de marzo de 1994 [RJ 1994, 2304]) que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en los artículo 1265 y 1266 del Código Civil (LEG 1889, 27) , ha de reunir los dos fundamentales requisitos de ser esencial y excusable, es decir, que es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración, y que, aparte de no ser imputable al que lo padece, el referido error no haya podido ser evitado mediante el empleo por el que lo padeció, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino de la otra parte contratante, cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o por la conducta de ésta

Desde un punto de vista económico el deber de información precontractual tiene por objeto asegurar la eficiencia en la gestión de los recursos⁶⁶⁴, mientras que, desde un punto de vista jurídico la salvaguarda de la efectiva libertad contractual de las partes a través de la protección del contratante que se encuentra en una situación de mayor debilidad frente a su contraparte, son las causas que constituyen su fundamento⁶⁶⁵.

(sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1953, 27 de octubre de 1964 y 4 de enero de 1982), siendo mayor la diligencia exigida cuando se trata de un profesional o un experto, y menor cuando se trata de una persona inexperta que entra en negociaciones con un experto (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1974, 4 de enero de 1982 [RJ 1982, 179] y 18 de febrero de 1994 [RJ 1994, 1096]). Además, es igualmente doctrina reiterada (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1998 [RJ 1998, 408] , que cita las de 8 de mayo de 1962 y 14 de mayo de 1968 [RJ 1968, 3733]), que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado".

⁶⁶⁴ Esta idea es expuesta y desarrollada por GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, La Ley, 1994, quien señala pág. 19: “cierto tipo de información es necesario para el óptimo reparto y la explotación más racional y provechosa de los recursos económicos (escasos) de un país; asimismo lo es para fomentar las condiciones de transparencia y competencia en el mercado: caso de que éste funcione correctamente, al haber una información suficiente – tanto en su contenido como en su difusión –, sobre los diversos bienes y servicios que se ofrecen...De ahí que sea un objetivo económico potenciar la inversión en la adquisición y difusión de información socialmente útil; y ello, además, al menor coste posible, para lo cual se cuenta, en principio, con los mecanismos de protección de la confianza y, por tanto, con los deberes de información...Ese objetivo económico de potenciar la inversión en la adquisición y difusión de la información puede verse entorpecido por la afirmación general e indiscriminada de un deber precontractual de información sin unos contornos precisos, que desincentivaría, por simple cálculo de costes y rendimiento, cualquier búsqueda de conocimientos. De ahí que, al determinar cuándo han de establecerse los deberes de información, se manejen desde el punto de vista económico una serie de criterios”, criterios expuestos en las págs. 20 a 26 y que referenciamos aquí: coste de adquisición de la información; carácter revelador o devaluador de las informaciones; y simetría o asimetría de los costes de adquisición de la información”.

⁶⁶⁵ En este sentido, RONCERO SÁNCHEZ, A., “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen previsto en el Proyecto de Ley de

Ahora bien, este deber no presenta un carácter absoluto, sino relativo, por cuanto su aplicación no se realiza siempre con la misma intensidad, sino que depende de una serie de circunstancias que es necesario valorar caso por caso: la naturaleza del negocio, la personalidad de las partes y su concreta posición en la futura relación jurídica⁶⁶⁶.

La naturaleza del negocio jurídico es la más amplia de las anteriores circunstancias refiriendo a cuestiones tanto de naturaleza técnica como de tipo funcional-organizativa. Respecto la primera vertiente, el deber y contenido de la información precontractual dependerá de la complejidad –

contratos de distribución de 29 de junio de 2011), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, pág. 143: “Sin embargo, del principio de buena fe no deriva que en todos los contratos deba establecerse una fase de negociación previa a su celebración, sino, exclusivamente, que las partes deben suministrarse la información necesaria para que la otra parte pueda formar adecuadamente su consentimiento, por lo que el silencio, la reticencia o el engaño podrían así dar lugar a la invalidación del consentimiento. La cuestión no es que exista dicho deber de información que, insistimos, entendemos existe en toda relación contractual, sino su alcance o extensión en atención a las circunstancias del caso”.

De nuevo, GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, ob.cit., pág. 15: “Los deberes de información tienen, en fin, una finalidad protectora, que les sirve al propio tiempo de justificación; pretenden proteger al que se halla en una posición más débil, por su escasa información o por su inexperiencia negocial”.

STIGLITZ, R., STIGLITZ, A., *Responsabilidad precontractual*, ob.cit., pág. 72: “A manera de síntesis, podemos afirmar que el fundamento del deber de informar, halla su fuente en la desigualdad, o si se quiere, en el desequilibrio de los conocimientos entre los futuros contratantes. Y añadimos, que lo expuesto cabe presumirlo, especialmente en las relaciones entre profesionales y consumidores no profesionales, todo ello agravado por las complejidades técnicas crecientes de ciertos productos y servicios”.

⁶⁶⁶ La calificación como “relativo” del deber de información precontractual y la enumeración de circunstancias que lo determinan es de GARCÍA RUBIO, M^a PAZ., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, ob.cit., págs. 49-52.

incluido jurídica⁶⁶⁷ – del negocio en cuestión, de la novedad del mismo y de los riesgos asumidos por las partes – tanto personales como patrimoniales⁶⁶⁸.

Por lo que respecta a la faceta funcional-organizativa de la naturaleza del negocio jurídico, cuestión que va ligada a la circunstancia de la concreta posición de las partes en la relación jurídica, refiere al tipo de relación – principalmente de confianza o no – entre las partes a la que va a dar lugar el negocio jurídico que en esta fase se prepara⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ En este sentido, GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, ob.cit., pág. 94 Respecto a la complejidad en sentido jurídico destaca la autora que “...ha de tomarse como punto de referencia el derecho positivo y que habrá tanto más deberes especiales de información cuando más se alejen de ese derecho las reglas del concreto contrato que está siendo negociado y cuanto más imprevisibles o ventajosas sean para quien se va a someter a ellas en virtud del contrato. Incluso si tales reglas se establecen en condiciones generales de contratación se someten a controles más estrictos que el de la sola información sobre su contenido a quien ha de aceptarlas”.

⁶⁶⁸ Para una explicación más detallada de estos tres parámetros Vid. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, ob.cit., págs. 94-96; de los que destacamos dos aspectos a propósito de la novedad y riesgo. Respecto al primero, señala la autora: “La novedad puede ser, pues, un dato determinante de mayores deberes informativos en cuanto suele determinar un menor grado de conocimiento y también menores posibilidades para el ignorante de adquirirlo por su cuenta”. Respecto al riesgo: “Cuando un contrato o negocio comporte importantes riesgos patrimoniales o pueda afectar al nivel de Vida de una persona durante muchos años, puede ser preciso hacer especial hincapié en ello: así, cuando se trata de casos en los que no se aprecia a primera vista la extensión de la prestación y contraprestación, o en que la parte que asumiría los riesgos de celebrar el contrato no está en condiciones de comprender o valorar debidamente su trascendencia por sí sola, o se halla en una situación especialmente dedicada como para asumir los riesgos de que se trate”.

⁶⁶⁹ Así sucede en el ámbito del contrato de seguro, en el que la obligación de declaración del riesgo por el tomador, previa a la celebración del contrato y las consecuencias que al cumplimiento o incumplimiento de esta calificación se anudan, permiten calificar a dicho contrato como de *uberrima fides*.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, por todas, STS (Sala Primera), de 29 febrero 1984, RJ 1984\816, considerando tercero: “...como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencia de 4 noviembre 1947 (RJ 1947\1212), «la mera declaración inexacta del asegurado, aun de buena fe,

En cuanto a las circunstancias personales de las partes, este parámetro hace referencia principalmente al carácter profesional

con influjo en la estimación de los riesgos, exigidos por prescripción terminante de dicho precepto la nulidad del contrato», a causa de que, como también ha tenido ocasión de proclamar esta Sala en S. de 25 abril 1949, el objeto del seguro es el riesgo, y por tanto debe aquilatarse su eventualidad por las manifestaciones claras y exactas del contratante, de tal manera que cuando, aun sin obrar con dolo específico, el asegurado omite u oculta hechos que han de influir en dicha eventualidad del riesgo, no puede exigir que la Compañía aseguradora haga frente a sus obligaciones, porque, como queda manifestado, el contrato es nulo radicalmente «ab initio».

Un resumen de las posturas mantenidas hasta la definitiva configuración del deber de declaración del riesgo, en el que se observa la correlación entre los deberes de información de una y otra parte puede verse en CAMPUZANO TOMÉ, H., “El cumplimiento del deber de declaración del riesgo. Especial problemática derivada de los seguros vinculados a contratos de préstamo”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 21, 2008, págs. 109-110: La postura doctrinal que después de abandonó pero sirve para dejar constancia de la importancia de la confianza y buena fe en este tipo de relaciones contractuales reflejaba que, “...dado el carácter de confianza y buena fe que preside la celebración del contrato de seguro, el deber de declaración debería extenderse más allá del de responder única y exclusivamente a las preguntas formuladas por el asegurador en el cuestionario. En su opinión, tal deber habría de entenderse ampliado a la declaración de todos aquellos datos o circunstancias, incluso las no contempladas en el cuestionario, que el tomador conociera y que considerara relevantes para la valoración del riesgo. Ello por cuanto que, una cosa es afirmar que con la LCS se abandona la idea de que el contratante del seguro debe tomar la iniciativa en el deber de declaración, y lo haya configurado como un deber de respuesta, y otra que el tomador del seguro pueda acogerse a este principio para burlar otro de mayor importancia, como es el de la buena fe, y pueda, de esta manera, ocultar fraudulentamente datos o circunstancias que sabe positivamente o simplemente crea que debe declarar”. Sin embargo esta postura decayó por una reforma legal operada por el art. 3 de la Ley 21/1990, de forma que “...la jurisprudencia más reciente consagra la doctrina según la cual, junto al deber del asegurado de formular la más veraz y posible declaración del riesgo, se ha de exigir a las entidades aseguradoras, en contrapartida, un cierto deber de diligencia. De esta manera, sólo podrá considerarse que una declaración es falsa allí donde exista una evidente discordancia entre lo manifestado por el asegurado en este formulario y la realidad. Queda así consagrada la mutua condicionalidad entre el deber de declaración del riesgo y el de presentación del cuestionario”.

o no de la contraparte⁶⁷⁰, lo que significa, en uno u otro caso, la imposición de unos límites distintos tanto por lo que respecta al deber de autoinformación, como al deber de información de las partes⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ Así, por ejemplo, en el ámbito del Draft Common Frame of Reference, puede verse como la condición de empresario o no de la contraparte determina un cambio en el nivel de exigencia de la información, pasando del parámetro “información que la otra persona puede razonablemente esperar” (de nuevo la noción de razonabilidad) a, en el caso de que la otra parte sea empresario, “información que se derivaría de una buena práctica comercial”, lo que determina un refuerzo del estándar de lo razonable a través del recurso a los usos, prácticas y también buena fe propios de la práctica comercial que se trate:

II. – 3:101: Duty to disclose information about goods and services

(1) “Before the conclusion of a contract for the supply of goods or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods or services to be supplied as the other person can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances.

(2) In assessing what information the other party can reasonably expect to be disclosed, the test to be applied, if the other party is also a business, is whether the failure to provide the information would deviate from good commercial practice”.

⁶⁷¹ A este respecto, GARCÍA RUBIO, M^a PAZ., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, ob.cit., pág. 50: “Las circunstancias personales de los eventuales contratantes, relevantes en la disciplina del CC en materia de vicios ocultos (art. 1484 CC), han sido tomadas en amplia consideración por la jurisprudencia. En general, se opina que, cuando más especializado sea un “tratante” en la materia objeto del futuro contrato, más amplio será su deber de informar al otro sobre las circunstancias del negocio, salvo que este último sea también un especialista”.

Respecto a las condiciones que originan el nacimiento de esta obligación de informar por excepción a la regla-base, a saber, deber de auto-información de cada parte, GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, ob.cit., pág. 87: “Presupuesto es, en cualquier caso, que la ignorancia o el error de uno pueda considerarse justificado y, por tanto, excusable, ya que el deber de cada contratante de informar al otro termina allá donde comienza el deber de autoinformarse; y luego, que medie alguna razón para estimar la necesidad de proteger a una de las partes, considerando a la otra obligada a corregir el error o la ignorancia ajenas”.

Por último, la circunstancia atinente a la concreta posición de las partes en la futura relación jurídica, refiere a la determinación de cuál de las mismas puede identificarse o merecer el apelativo de “contratante débil” – con independencia de su condición o no de consumidor –, lo que conlleva un reajuste final de los deberes y obligaciones informativas

Analizando la excusabilidad del error como vicio del consentimiento, la STS (Sala Primera), de 4 enero de 1982, RJ 1982\179, considerando 5º señala que: elemento que la jurisprudencia exige, pese al silencio del C. Civ. -SS. de 14 junio 1943 (RJ 1943\719), 11 marzo 1964 (RJ 1964\1378), 8 junio 1968 y 7 abril 1976 (RJ 1976\1613)- aunque si mencionado en el campo del derecho foral (Ley 19, párr. 2.º, del Fuero Nuevo de Navarra), y por lo tanto **negando al error eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular**, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el art. 1484, in fine, para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar”. (La negrita es nuestra)

Más recientemente y recogiendo una doctrina jurisprudencial asentada, STS (Sala Primera), núm. 315/2009, de 13 mayo de 2009, RJ 2009\4742, F.D 2º: “Para anular el contrato por error de uno de los contratantes no exige expresamente el artículo 1.266 del Código Civil (LEG 1889, 27) que aquel sea excusable, pero sí lo hace la jurisprudencia - sentencias de 7 de abril de 1.976 , 21 de junio de 1.978 , 7 de julio de 1.981 (RJ 1981, 3052) , 4 de enero de 1.982 (RJ 1982, 179) , 12 de junio de 1.982, 15 de marzo de 1.984 (RJ 1984, 1243) , 7 de noviembre de 1.986, 27 de enero de 1.988, 14 de febrero de 1.994, 6 de noviembre de 1.996 (RJ 1996, 7912) , 30 de septiembre de 1.999, 12 de julio de 2.002 (RJ 2002, 7145) , 24 de enero de 2.003 (RJ 2003, 1995) , 12 de noviembre de 2.004 (RJ 2004, 6900) , entre otras muchas - al examinar el vicio de que se trata, además de en el plano de la voluntad, en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva - y al tomar en consideración la conducta de quien lo sufre. Por ello, niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. Y, en la situación de conflicto producida, la concede a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida”.

establecidos conforme a las dos circunstancias anteriormente descritas⁶⁷².

Analizados el fundamento y alcance del deber de información precontractual resta por dedicar unas líneas al estudio, si se quiere de carácter genérico, respecto del contenido del presente deber, tomando en consideración la necesidad de particularización de este contenido a las circunstancias del caso concreto.

En este sentido, una primera delimitación del contenido del deber de información precontractual puede establecerse de forma negativa: la información pre-contractual deberá abarcar todos aquellos datos que, por ser relevantes en la conformación de la voluntad contractual de la parte interesada⁶⁷³ y por ser

⁶⁷² Tras criticar las modernas teorías neoliberales que propugnan la igualdad entre los contratantes, STIGLITZ, R., STIGLITZ, A., *Responsabilidad precontractual*, ob.cit., pág. 108 concluye que: “Excepcionalmente el cliente puede ser más competente que el vendedor. Pero, precisamente esta hipótesis no es la que genera conflictos. La regla la constituye el supuesto inverso: quien vende, arrienda, facilita en préstamo, asegura, etcétera. Se halla informado, o mejor informado que la contraparte, sobre la cosa o servicio objeto de la prestación”.

También sobre este aspecto, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 312: “No puede decirse fácilmente que una de las partes esté en el deber de informar a la otra por el hecho de que esta última se encuentre en una situación de imposibilidad o gran dificultad de obtener la información por sí misma, por razones personales, por razones de complejidad técnica o de especialización, aunque es cierto que en algunos casos, especialmente en materia de protección de consumidores, la ley coloca en el empresario el deber de información”.

⁶⁷³ Nos referimos aquí a elementos tanto explícitos como implícitos que se extraen de la aplicación extensiva del Principio de buena fe ex arts. 7 y 1258 CC.

En este sentido se incluyen aquí las llamadas *presuposiciones del contrato*, esto es, la representación de la realidad que es tomada en cuenta por las partes a la hora de decidirse a contratar y de estructurar sus intereses en el contrato, debiendo atenderse a la voluntad de las partes y, en lo que no se deduzca directamente de ella, a los criterios de integración e interpretación del contrato, tales como la ley, los usos sociales, la buena fe y en los contratos onerosos, la equidad, para concretar cuáles son estas *presuposiciones*. GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de*

debidamente aportados en la fase de tratos preliminares, permiten enervar la invocación del error como vicio del consentimiento del art. 1266CC⁶⁷⁴.

Un desglose más pormenorizado de estos datos muestra cómo, el contenido de la información precontractual abarca aspectos relacionados tanto con los elementos subjetivos como con los objetivos del futuro contrato.

Respecto a la primera, la información sobre las condiciones subjetivas de la parte con que se contrata son relevantes tanto para alcanzar la plena eficacia del contrato objeto de negociación (condiciones relativas a la capacidad de la parte contratante), como, en el caso de negocios *intuii personae* o *uberrima fides* para garantizar la correcta ejecución del contrato. Especial trascendencia tiene en esta sede la acreditación de la solvencia técnica, profesional o financiera de la persona con quien se contrata y que, en definitiva constituye sus elementos

información, ob.cit., pág. 101 con cita a MORALES MORENO, en su comentario al art. 1266 del CC.

⁶⁷⁴ Una enumeración amplia de este contenido genérico del deber de información precontractual puede encontrarse en , VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad precontractual*, ob.cit., págs.135-136: “El objeto central de los deberes precontractuales de información lo integran aquellos datos que son decisivos para la formación de la voluntad negocial, para decidir si se contrata o no, o si se está dispuesto a hacerlo en las condiciones proyectadas o en otras distintas; a tal objeto, serán relevantes todos los datos que afecten a las presuposiciones del contrato (esto es, a la representación de la realidad tomada en cuenta en el mismo), así como también a los motivos personales de cada contratante si se dieron a conocer al otro. Así la información debida puede referirse: a datos personales propios (relevantes sobre todo cuando se negocian contratos en que el componente relacional es decisivo), o de la otra parte (cuando ha de reunir ciertos requisitos sin los cuales no podrá satisfacer la finalidad perseguida por el contrato); al objeto de la obligación que el obligado a informar debería cumplir de cerrarse el contrato (las características que describen el bien o servicio, así como lo relativo a su utilidad) o al alcance y riesgos de la contraprestación a que se comprometería el destinatario de la información; a la reglamentación jurídica del contrato; o finalmente a circunstancias que determinan la nulidad del mismo, la imposibilidad de su cumplimiento o la frustración de la finalidad pretendida con él por una de las partes”.

definitorios tomados en consideración para la celebración del negocio jurídico en cuestión.

Respecto a los elementos objetivos del contrato, la completa y correcta descripción de la prestación objeto del contrato resulta fundamental para la delimitación y comprensión de los derechos y obligaciones asumidas por cada una de las partes. En el caso de contratos que impliquen un cierto componente organizativo o de gestión de intereses ajenos, la correcta exposición de la posición a ocupar por el nuevo contratante dentro de la estructura organizativa preexistente, sus facultades, responsabilidades y modo de actuación, resultan indispensables para la correcta ejecución del negocio.

III.2 El deber de información precontractual en las redes: límite al libre ejercicio del derecho de control del acceso a la red por parte del cabeza de red.

A) Fundamento de un deber general de información precontractual en las redes empresariales.

Las negociaciones preliminares para la incorporación de un nuevo miembro a la red se producen dentro de un marco especial, con unos caracteres propios y diferenciados respecto al modelo contractual o societario, la red empresarial, lo que obliga, como punto de partida a remarcar ciertas consideraciones iniciales⁶⁷⁵:

En primer lugar, por lo que respecta al objeto del futuro contrato, la red empresarial es una estructura organizativa

⁶⁷⁵ En este sentido, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Transparencia y redes empresariales”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales.*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs 142-143: “Tradicionalmente se han indicado como razones que complementan la desigualdad informativa: el desequilibrio económico entre los contratantes; la condición de profesional o experto en el sector de uno de los contratantes; y la específica situación de confianza existente entre las partes. A estas razones cabe añadir el carácter duradero del contrato a estipular bajo unas condiciones económicas y jurídicas especiales – dependencia funcional – derivadas del ingreso en una particular estructura organizativa: la red”.

económica cuya incorporación al ámbito del Derecho es aún novedosa⁶⁷⁶.

Asimismo, la red empresarial implica complejos retos desde el punto de vista de su organización interna y su *governance*, en especial por lo que respecta al alcance, contenido e implicaciones del fenómeno de la interdependencia de las prestaciones empresariales⁶⁷⁷, fenómeno de no fácil acomodo dentro de la institución contractual y todavía no bien aprehendido por los operadores económicos.

Igualmente, y a diferencia de lo que ocurre en el ámbito societario, en la medida en que no existe una limitación de responsabilidad para los integrantes de la red empresarial, su participación en la misma supone la asunción del riesgo empresarial propio de un contratante ordinario en el tráfico económico, efecto resultado de la autonomía jurídica de los miembros de la red y que contrasta con el de la interdependencia económica por razón de sus prestaciones empresariales⁶⁷⁸

Todos estos hechos determinan que resulte especialmente costoso – cuando no imposible – para el nuevo contratante cumplir su deber de auto informarse, por lo que parece que debe pesar sobre la parte que ya es miembro de la red un deber de información precontractual especialmente cualificado, tendente

⁶⁷⁶ Acerca de la red como estructura económica Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 1, subepígrafe 2.

Acerca de la red empresarial como figura jurídica Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 1.

⁶⁷⁷ Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 1, apartado D) y específicamente en sede de los retos planteados en materia de *governance*, Capítulo Segundo, Epígrafe 1, subepígrafe 2.

⁶⁷⁸ Recuérdese que uno de los caracteres de la red empresarial es la responsabilidad ilimitada de sus miembros, en este sentido, RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 87: “...y la responsabilidad ilimitada de sus miembros, en el sentido de que cada uno de sus miembros, sociedad o persona, es responsable ilimitadamente de la propia actividad económica que realiza”.

a compensar la situación de desigualdad informativa inicial existente entre las partes.⁶⁷⁹

Junto a estos aspectos de carácter técnico, no debe olvidarse también que, el carácter *intuitu* de las relaciones mantenidas entre los miembros de la red – condición que se encuentra en la base para la existencia de una relación de gestión de negocios ajenos, así como de los deberes fiduciarios a los que se encuentran sometidos los miembros de la red – determina, en todo caso, y como punto de partida, un deber de información reforzado respecto al que podríamos calificar como estándar genérico del tráfico económico⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ En este sentido, GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, ob.cit., pág. 89: “La ignorancia de uno de los contratantes puede quedar justificada por la imposibilidad o gran dificultad de obtener por sí solo la información precisa. En estos caos la buena fe impone al otro negociante el deber de comunicar los datos relevantes para la contratación y de los que tenga o debiera tener conocimiento; su finalidad es claramente protectora de una de las partes, compensando la desigualdad existente entre ambas”.

En el ámbito norteamericano se habla de la doctrina del superior knowledge, que implica según palabras de la New York apelate Decision (Congress Fin. Corp. V. Jhn Moreell & Co., 790 F. Supp. 459, 475 1992), “Cuando una parte tiene un conocimiento superior de hechos esenciales, convierte a una transacción sin transparencia en inherentemente injusta o desleal”. Para una visión desde la comparativa de esta figura, MUSY.M., A., *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, Univeristà degli Studi diTrento, Trento, 1999, págs. 31-38.

⁶⁸⁰ Sobre la exigencia de una mayor información precontractual en las relaciones de confianza, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 312:”Puede admitirse que, en algunos caos, cuando entre las partes existe una **situación de específica confianza, esta determine un especial deber de información**, que puede dimanar de una relación previa existente entre las partes (bancos y clientes), **empresas que habitualmente negocian entre sí**, o las especiales condiciones de profesionales”. (La negrita es nuestra).

A nivel comparado, la calificación de una relación como fiduciaria comporta, de nuevo en el ámbito norteamericano, la aplicación de unas reglas mucho más severas y unas mucho mayores exigencias de información precontractual, al respecto MUSY.M., A., *Il dovere di informazione. Saggio di...*, ob.cit., págs 26 – 31.

Además, la existencia del legítimo diálogo de intereses compartidos y divergentes en el seno de la red, que determina una modalización de los comportamientos de sus miembros, es un fenómeno exclusivo del ámbito de las redes empresariales, de forma que el nuevo miembro solo puede tomar consciencia del mismo a través de la información suministrada por la contraparte⁶⁸¹. De hecho, puede darse el caso de que la motivación para su ingreso en la red descansa de forma exclusiva sobre uno de los dos intereses anteriores, ignorando por completo la existencia del otro y, en todo caso, desconociendo el deber de salvaguarda de ambos que implica la incorporación a la red, por lo que resulta especialmente útil que, previamente a la entrada en la red, el potencial nuevo miembro tenga un conocimiento completo de esta dualidad de intereses legítimos propios de la red y por cuya consecución deben velar todos los miembros de la misma.

De esta forma, la presencia simultánea de intereses divergentes y compartidos en la red empresarial, obliga a una ponderación de la obligación de información precontractual, en nuestra opinión, por razón de la utilidad de la misma para la conformación de la voluntad del aspirante. En este sentido, el objeto de la información precontractual deberá centrarse en aquellos datos relativos al funcionamiento de la red, que sirven para la consecución del interés compartido y que permiten al aspirante tomar una decisión con conocimiento de causa de su incorporación o no a la misma⁶⁸².

⁶⁸¹ El factor interés de las partes como parámetro para la determinación de la obligación de entrega de información precontractual es analizado por GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, ob.cit., pág. 97, señalando que, en el caso de intereses contrapuestos de las partes, cada una “deberá procurarse en mayor medida la información que le interese”, no siendo así en el caso de la existencia de un fin común, en el que, por razón de la consecución de este interés, ambas partes mantienen una colaboración y relación más estrecha que suaviza el deber de autoinformación individual.

⁶⁸² A propósito del deber de información precontractual en el ámbito de la franquicia, RUIZ PERIS, J.I., *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2000 págs. 142-145: “En efecto, previamente a la estipulación del contrato entre el franquiciador y el

Por lo que respecta a la información relativa a las estrategias de satisfacción de las expectativas divergentes de cada miembro de la red, habrá que distinguir según nos encontremos ante una red paritaria o una red hegemónica.

En el primer caso, la propia fisonomía de la red paritaria determina que los empresarios que deciden crear o integrarse en la misma, conocen ya a grandes rasgos de antemano, la forma en la cual procurar la satisfacción de su legítimo interés divergente, de hecho, se puede incluso predicar que la satisfacción del mismo es la principal motivación para la formación de la red, de forma que no sería necesario proporcionar información precontractual concerniente a este aspecto. Sería el caso, por ejemplo, de las redes de Investigación y Desarrollo, en las que las empresas partícipes del proyecto en desarrollo del interés compartido parten de la premisa inicial de beneficiarse de las sinergias creadas como consecuencia del trabajo conjunto para dicho proyecto.

En cambio, en el caso de las redes hegemónicas, parece que sí resulte adecuado transmitir al potencial miembro información acerca de los cauces legítimos de satisfacción de su interés divergente, tanto para facilitar la consecución de éste, como para evitar comportamientos realizados bajo la creencia errónea de actuar dentro de la esfera del interés divergente cuando, en realidad, se está actuando bajo un interés individual ajeno a la

franquiciado de produce el denominado “baile de los siete velos”. Con este término metafórico se hace referencia al proceso de desvelar progresivamente los secretos empresariales que permiten el correcto funcionamiento de la empresa cuyo modelo se franquicia. En este punto el franquiciador desearía un desvelado total de dichos secretos que le permitiera valorar con toda precisión la oferta contractual y decidir con pleno conocimiento de los hechos si acepta o no la misma. Pero esto, como es fácilmente comprensible, no es posible ya que en este caso el riesgo de ruptura de los tratos preliminares y utilización autónoma por parte del potencial franquiciado de los conocimientos adquiridos en el período de negociaciones se incrementaría exponencialmente... es por ello por lo que el futuro franquiciado debe tomar su decisión de contratar o no teniendo siempre una información incompleta sobre la empresa cuyo modelo va a reproducir”.

red. Así por ejemplo, en el ámbito de las redes de distribución, la integración de la red, aprehensión de un modelo de empresa y el sometimiento a las directrices del cabeza de red, otorgan al interés compartido un papel preeminente en la misma, de forma que es necesario informar al miembro de la red de la existencia de un también legítimo interés divergente a beneficiarse de las sinergias de la integración en la misma, incluso mostrándole ciertas estrategias para ello, acción que acaba redundando en una mayor implicación del miembro para con la red.

Todos estos factores traen como resultado que el aspirante a miembro de la red se encuentre en una posición de debilidad contractual respecto a los empresarios ya incorporados y, en especial, en el caso de las redes hegemónicas, frente al cabeza de red como sujeto que ocupa una posición hegemónica en la misma⁶⁸³.

En este sentido, es el cabeza de red el que ostenta la facultad de decisión sobre la entrada y salida de miembros de la red⁶⁸⁴, y el que posee el mayor volumen de información dentro de la misma – asimetrías de información –, lo que produce que la relación del aspirante con el cabeza de red, en la fase precontractual, esté revestida de unas mayores notas de confianza del primero sobre el segundo⁶⁸⁵ – se está negociando

⁶⁸³ No obstante lo anterior y a propósito del comentario del deber de transparencia previsto en el art. 4.3 del proyecto de Ley de contratos de distribución, RUIZ PERIS, J.I., “Las redes empresariales en el proyecto de ley de contratos de distribución español...”, ob.cit., pág. 84, defiende que el deber de transparencia: “...a nuestro juicio no solo debe afectar al proveedor investido de poder de dirección comercial, sino también a todos los miembros de la red, tanto en el momento contractual como durante la ejecución del contrato”.

⁶⁸⁴ Así lo afirma RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, ob.cit., pág. 11: “La admisión de la sociedad depende de los socios, en decisión adoptada por unanimidad o por mayoría, según los casos, o es abierta – sociedades cotizadas, cooperativas – a todos aquellos que cumplen las condiciones establecidas en los estatutos sociales, en tanto que en las redes de contratos paralelos depende de la libre decisión del cabeza de red”.

⁶⁸⁵ Acerca de la legítima confianza suscitada por el otro contratante como parámetro a tomar en consideración para el nacimiento de la obligación de información precontractual sostiene GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes*

con quien realmente conoce la red –, hecho que a su vez se erige como fundamento de una obligación de suministro de información precontractual reforzada del cabeza de red hacia el posible nuevo miembro de la red⁶⁸⁶.

Situaciones similares a las aquí descritas puede encontrarse en el ámbito de las redes de distribución, en especial por lo que se refiere al legalmente reconocido deber de información precontractual en materia de franquicia en España⁶⁸⁷. La

precontractuales de información, ob.cit., págs. 91-92 que: “El error o ignorancia de una de las partes pueden quedar justificados si se basan en una confianza legítimamente depositada en la otra parte, lo que puede deberse a diversas razones: *Al tipo de relación existente entre las partes*: relación de confianza mutua derivada de la continuidad o la frecuencia de los tratos entre ambos...*A la naturaleza del contrato a celebrar*: la doctrina francesa sitúa entre los contratos que presuponen una especial confianza entre las partes, el de mandato, sociedad personal y el contrato de trabajo; a ellos cabe añadir el seguro. *A las informaciones proporcionadas* por uno al otro: es clara la excusabilidad del error provocado por las afirmaciones o por el comportamiento del otro contratante, intencionadamente o no”.

⁶⁸⁶ En este sentido, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Transparencia y redes empresariales”, ob.cit., pág. 152: “Como se ha indicado, en general, dada la asimetría de información y poder económico entre un cabeza de red y todo potencial miembro, debe informarse en la fase precontractual de las características y riesgos de las actividades de ejecución del contrato que luego se deben desarrollar por parte de quien desea acceder a una red. Ello porque desde el momento que se emita el consentimiento contractual, la actividad empresarial va a quedar confiada a la explotación del bien jurídico ajeno – el modelo de empresa –, de cuyo éxito o fracaso responderá el potencial miembro – incluido el master – con su patrimonio empresarial, quedando éste subordinado y condicionado sustancialmente a las instrucciones del cabeza de la misma”.

⁶⁸⁷ Art. 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), y desarrollado por el art. 3 del Real Decreto 201/2010 de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

En países en los que no existe un reconocimiento legal de este deber de información en materia de franquicia, el mismo puede extraerse del deber general de información precontractual derivado del principio de Buena fe (caso de Finlandia, por ejemplo, en el que la doctrina ha establecido, con carácter general, que las partes no tienen permitido negociar de mala fe suministrando información falsa o causando daños. Para una visión

situación de debilidad puede existir también⁶⁸⁸ en el ámbito de los contratos de concesión, distribución exclusiva, o incluso en el contrato de agencia⁶⁸⁹, figuras todas ellas que constituyen

comparada de la doctrina alemana y finesa de la Buena fe Vid. Rantasaari 2007, 35–36. Rantasaari, Tomi (2007). *Culpa in contrahendo in cross-border business transactions*. Disponible en: <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/4786>); o, por aplicación analógica del régimen de otro contrato de distribución, como es el caso en Portugal del contrato de agencia: Decreto-Ley 176/86, de 3 de Julio, en la redacción dada por el Decreto-Ley 118/93, de 13 Abril, de trasposición de la Directiva 86/653/EEC de 18 de Diciembre, estableciéndolo así el Tribunal Supremo de ese país en varias ocasiones (Vid. STJ 9/01/07, 11/10/2007, 23/02/2010, 19/10/2010, 25/1/2011 – disponible en www.dgsi.pt/jstj).

⁶⁸⁸ Utilizamos la expresión “puede darse”, debido a que es posible también la situación inversa, es decir que el distribuidor o el agente sea la parte contratante fuerte, como puede ocurrir por ejemplo en el caso de una cadena de supermercados de implantación nacional frente a sus proveedores.

⁶⁸⁹ En la doctrina española, se defiende la aplicación extensiva del régimen de información precontractual propio de la franquicia a los contratos de distribución exclusiva mediante una interpretación teleológica del art. 62 LOCM MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato Mercantil de Concesión*, ob.cit., pág. 63 y 63: “Cuando la actividad empresarial del distribuidor vaya a llevarse a cabo bajo el nombre comercial, la marca o rótulo del fabricante y en régimen de exclusiva o casi exclusiva parece plenamente justificado que se adopten cautelas que aseguren que el eventual distribuidor vaya a recibir, en tiempo y forma, una información mínima que le permita integrar su consentimiento contractual. Y ello porque, enlazando con las expresiones del legislador en el art. 62 LOCM, su actividad empresarial va a quedar confiada a la explotación de un sistema de comercialización ajeno de cuyo éxito o fracaso va a responder con su patrimonio empresarial.

Destaca en este ámbito la referencia al llamado *protocolo de información precontractual*, Vid. al respecto, CALAVIA MOLINERO, J.M., “El contrato de distribución exclusiva”, *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, VAZQUEZ ALBERT, D., (dir.), Tirant lo blanch, Valencia, 2010, págs. 72 – 74.

Por lo que respecta al deber de información precontractual en sede de contrato de agencia, en el caso español aparece contenida la misma en el art. 10.2 de la LCA, como concreción del deber de comportamiento del principal de acuerdo con las exigencias de la lealtad y buena fe contenido en el art. 10.1 LCA. Sobre el contenido y extensión de este deber precontractual Vid., MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia mercantil*, ob.cit., págs.467-476; PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art. 10” *Comentario a la ley sobre*

tipos negociales a través de los cuales es posible conformar una estructura organizativa de tipo red.

De esta forma, predicar la existencia de un deber de información precontractual con carácter general en materia de redes empresariales, no supone la aplicación “ex novo” de este deber a una estructura organizativa nueva, sino que constituye un ejercicio de coherencia al suponer la extensión de unos deberes precontractuales ya reconocidos por doctrina y jurisprudencia en alguno de los contratos que sirven para la conformación de una red, a la categoría entera de “red empresarial”, de la cual, los anteriores son una mera

el contrato de agencia, ob.cit. págs. 209-218; MOXICA ROMÁN, J., *La Ley del contrato de Agencia*, ob.cit., págs. 111 – 116; LLOBREGAT HURTADO, M^a.L., *El contrato de agencia mercantil*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 152 -154.

En contra de la extensión generalizada de un deber de información precontractual a toda la categoría de contratos de distribución, PERALES VISCASILLAS, M^a P., “Formación del contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución”, *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA. C., ECHEVARRÍA SÁENZA, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A. J., dirs., *La Ley*, Madrid 2010, págs. 324 – 331, señalando la autora, pág. 328: “Aun siendo conscientes de que puede existir una desigualdad entre las partes entendemos que no toda situación de inferioridad informativa o asimetría de información ha de generar la intervención del legislador tendente a imponer un deber de información a los empresarios a favor de otros empresarios como si de un consumidor más se tratase” añadiendo en la pág. 327: “En nuestra opinión, el diseño de normas tuitivas de carácter imperativo sólo se justifica para aquellas relaciones contractuales que vayan a implicar una integración plena de distribuidor en el negocio del proveedor como sucede de forma intensa en la franquicia, donde el franquiciado se confunde con el franquiciador, y de forma semiplena en la concesión”.

De esta forma, las reticencias de la autora a la extensión del deber de información precontractual dependen del hecho de que se produzca una efectiva integración empresarial o no entre los contratantes, situación que, aparece siempre presente en las redes empresariales (interdependencia como característica definitoria de las mismas), por lo que las reticencias manifestadas anteriormente por la autora no serían oponibles, en nuestra opinión a la concepción de un régimen de información general para las redes empresariales, sino todo lo contrario, vendrían a reforzar nuestra hipótesis.

manifestación y con la que comparten el mismo sustrato y caracteres⁶⁹⁰.

Esto es lo que ocurrió con la iniciativa de regulación de un deber general de información precontractual en el ámbito de los contratos de distribución contenido en el decaído Proyecto español de Ley de Contratos de Distribución (PLCD), que preveía un régimen general de información contractual para los distintos tipos de contratos incluidos en dicha categoría⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ En este sentido, hablando de red de franquiciados, apunta MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit., pág. 245: “Así, la posición jurídica del franquiciador – titular del bien jurídico objeto del contrato – respecto a la información relevante a los efectos de la contratación...produce una asimetría de información entre las partes, derivada de costes asimétricos pero con posibilidad de repercutir una prima. Ello, unido a la condición de contratante experto y profesional del franquiciador, a la específica situación de confianza que se crea, y al carácter duradero del contrato a estipular bajo unas condiciones económicas y jurídicas especiales derivadas del ingreso en una particular estructura organizativa, convierten a este colectivo, los potenciales miembros de una red, en paradigmático en cuanto a la necesidad de tutela jurídica mediante la instauración de un deber legal de información precontractual”.

Así por ejemplo, señala FABRE-MAGNAN, M., “Duties of disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis”, *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMANN, D., eds., Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 99-100: “Una de las recientes evoluciones del Derecho contractual francés más llamativas es la multiplicación de los deberes de información precontractual. Estos deberes ahora existen no solo en las áreas tradicionales del Derecho de compraventa y seguro, sino también en otras muchas, como por ejemplo, préstamo de dinero y franquicia...distribuidores que firman contratos de exclusiva con minoristas, etc”.

⁶⁹¹ Artículo 6. *Deberes precontractuales de información*.- **1.** Sin perjuicio de las obligaciones que deriven de la aplicación del principio de buena fe previsto en el artículo cuarto, las partes deberán entregarse mutuamente, y con razonable antelación a la formalización del contrato, toda la información necesaria para que puedan obligarse con conocimiento de causa la celebración del contrato de distribución de que se trate. **2.** En particular, en el supuesto de ingreso en una red de distribución integrada el proveedor que organice y dirija la misma, y decida entablar negociaciones encaminadas a la posible perfección de un contrato de distribución, suministrará información por escrito si así lo solicita la otra parte: a) Datos principales de identificación

En todo caso, y de acuerdo con lo anteriormente señalado, el fundamento económico de un deber general de información precontractual en el ámbito de las redes empresariales, se correspondería con la consecución de una mayor eficiencia, así como mejores y más rápidos resultados, en la integración de un nuevo miembro en la red empresarial, al conocer de antemano la compleja realidad organizativa y relacional de la que va a formar parte⁶⁹².

del proveedor, incluyendo, en su caso, los que obren en los Registros especiales para determinados contratos de distribución. b) Descripción del contenido y características esenciales del negocio objeto de distribución comercial, así como del sector de actividad en el que se desarrolla el mismo. c) Estructura y extensión de la red de distribución que opera bajo la misma marca al tiempo de celebración del contrato. d) Titularidad y condiciones de uso de los signos distintivos que identifiquen el establecimiento, actividad, bienes o servicios de la red de distribución. e) Duración del contrato así como las condiciones de renovación y modificación del mismo. f) Derechos y obligaciones de las partes. g) Eventual existencia de pactos de exclusividad. h) Restricciones a la actividad del distribuidor y exigencias de actuación derivadas de su eventual incorporación a la red de distribución. i) Causas, formalización y efectos de la extinción del contrato. j) Precio o coste total de la operación propuesta, incluyendo los contratos con terceros que por indicación del proveedor deba celebrar el distribuidor para el correcto cumplimiento de sus obligaciones”.

⁶⁹² “La eficacia económica se alcanza adoptando criterios de distribución que tengan en cuenta el hecho que uno de los sujetos puede gozar de mejor oportunidad respecto al otro y, por tanto, puede estar en situación de recoger y/u obtener información con menor esfuerzo y a coste menor; el concreto planteamiento de la obligación recíproca de información que incumbe a las partes involucradas en los tratos preliminares, no puede no estar influenciada por la exigencia de dicha “economicidad”. Entonces, cuando en la relación precontractual sea evidente la disparidad (entendida en este sentido) entre las posiciones de las partes, la operatividad de un mecanismo de compensación, dirigido a recrear condiciones de equilibrio, no solo es conforme a los principios de igualdad, paridad y de igual trato de los intereses, que constituyen ahora “principios de derecho común”, sino que está también la función de la conservación de la eficiencia del sistema contractual”. GRISI, GIUSEPPE, *L’obbligo precontractuale di informazione*, ob.cit., pág. 90. (La traducción es nuestra).

Una visión desde el punto de vista del análisis económico del Derecho sobre esta cuestión puede encontrarse en GÓMEZ POMAR, F., GIL SALDAÑA, M., “Cuestiones de formación del contrato en la propuesta de anteproyecto de ley

Desde un punto de vista jurídico, el fundamento del deber de información precontractual en las redes empresariales descansa tanto, sobre la inexigibilidad de la diligencia desorbitada (cuando no imposibilidad) que supondría para el aspirante a nuevo miembro de la red la exigencia de auto informarse acerca de las condiciones subjetivas y objetivas relevantes de la red, como por los caracteres propios que presentará la relación negocial (carácter duradero, interdependencia de prestaciones...), todo ello para poder tomar una decisión debidamente informada acerca de la o no a la misma del aspirante⁶⁹³, manteniendo la autonomía que le es propia⁶⁹⁴.

de contratos de distribución”, *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA. C., ECHEVARRÍA SÁENZA, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A. J., dirs., *La Ley*, Madrid 2010, págs. 246-251, señalando los autores que: “Desde el punto de vista del análisis económico de los efectos de las normas, la utilización del Derecho de contratos como mecanismos para alterar el equilibrio de poder – o el reparto del excedente contractual, por utilizar términos más frecuentes en la jerga del análisis contractual – entre los contratantes, se enfrenta a serios obstáculos. Si se usan para ello reglas redistributivas imperativas que, aunque favorables para la parte presuntamente débil, no aumentan el excedente contractual conjunto – el valor del contrato para ambas partes - , la opción puede ser arriesgada: por un lado, porque las partes pueden deshacer la redistribución de poder mediante la alteración de otros términos de contrato, señaladamente, el precio, explícito o implícito: por otro lado, porque es posible que, en este intento de beneficiar a un grupo presuntamente desfavorecido, se le acabe perjudicando...De este modo, si una norma que pretende beneficiar a una parte en el contrato no incrementa a la vez el bienestar conjunto de los dos contratantes, el reajuste del precio y la cantidad que la seguirán producirán que, en el último extremo, se reduzca el bienestar de los pretendidos beneficiarios de la política retributiva pro-parte”.

⁶⁹³ En este sentido, GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, ob.cit., págs. 89 – 91, comenta como esta imposibilidad puede deberse a razones objetivas (complejidad técnica especialización, distanciamiento respecto del bien o servicio), pero también y como hemos referenciado antes, a las peculiares características personales del concreto negociante (imposibilidad subjetiva)”.

Acerca de la fundamentación del deber de información precontractual por referencia a una red de franquicia, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia. Comentario a la STS de 27 de febrero de 2012 (RJ

Por ello, parece que el Principio de buena fe imponga un deber de transparencia⁶⁹⁵ sobre la parte que sí tiene acceso

2012, 4631) (Civil)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284, 2012, pág. 405: “La obligación de información precontractual -fundada en el principio de buena fe imperante durante los tratos preliminares- encuentra su razón de ser en un desequilibrio de conocimientos, o asimetría de información, entre los contratantes. La información precontractual se convierte en un instrumento corrector del desequilibrio, o asimetría, entre las partes, **reordenando la distribución de ciertos riesgos y consiguiendo que la parte contractual desinformada emita su consentimiento contractual « libremente y con conocimiento de causa »**, esto es, **sin coacciones y con la posibilidad de comprender las consecuencias del contrato y los riesgos que se asumen** -en nuestro caso, con la incorporación a una red de franquicia-. Esta es la finalidad del deber de información precontractual. Y se trata, por tanto, de una medida tuitiva. Ahora bien, la desigualdad informativa entre los contratantes no es, por sí misma, razón suficiente para justificar un deber de información precontractual. Es imprescindible la existencia de alguna otra razón que justifique que la desigualdad sea compensada. Estas otras razones suele derivar de unas particulares circunstancias personales y/o económicas de la relación jurídica”.

Acerca de que la información proporcionada tenga la entidad suficiente para poder garantizar que el nuevo contratante emite su consentimiento con conocimiento de causa, RUIZ PERIS, JI., págs. “De la actividad comercial en régimen de franquicia”, *Comentarios a la ley de ordenación del comercio minorista y a la ley orgánica complementaria*, PIÑAR MAÑAS, J.L., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., dirs., Civitas, Madrid, 1997, págs. 503-504.

⁶⁹⁴ En este sentido y respecto a la franquicia señala ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., pág. 257: “La base del negocio de franquicia, tal y como queda perfilada, es la colaboración para la obtención de una posición privilegiada en el mercado y la racionalización o potenciación de la capacidad productiva de las empresas implicadas. Ausente la información, la empresa integrada se convierte de hecho en incorporada, pues el desequilibrio se cualifica al punto de permitir la instrumentalización de la empresa franquiciada. Instrumentalización, no funcional, como prevé el negocio, sino económica, y es que el sujeto desfavorecido por el desconocimiento, termina por convertirse en un mero factor o elemento de producción del franquiciador”.

⁶⁹⁵ Acerca del deber de información (deber de transparencia⁹ como deber secundario de conducta derivado del Principio general de buena fe, SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios...”. ob.cit., págs. 307-308: “Es claro que si de las dos partes involucradas en un determinado contrato, una es conocedora de una ciencia u oficio, o de los pormenores de un mercado, y la otra carece de conocimientos en los campos

efectivo a esta información compleja de forma sencilla, la ponga a disposición de la contraparte con el objetivo de que esta pueda adoptar una decisión con conocimiento de causa acerca de su incorporación o no a la red, corrigiendo el déficit de información existente entre las partes⁶⁹⁶ y excluyendo de esta forma la invocación del error como vicio del consentimiento⁶⁹⁷.

B) Contenido de la información precontractual.

Resulta difícil establecer, con carácter general cuál debe ser el contenido del deber de información precontractual en las redes empresariales. La dificultad deriva de la propia diversidad de las mismas, tanto por lo que respecta a su propia morfología (redes hegemónicas y paritarias), como por los especiales

citados, surgirá por virtud de la buena fe un deber en cabeza del sujeto informado de suministrar a su contraparte información objetiva, clara, oportuna y veraz, con el fin de que ésta disponga de elementos de juicio suficientes para poder adoptar decisiones”.

⁶⁹⁶ En este sentido, y a propósito de los contratos de distribución RONCERO SÁNCHEZ, A., “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen previsto en el Proyecto de Ley de contratos de distribución de 29 de junio de 2011), ob.cit, pág. 147: “...el fundamento de la imposición legal de un deber de información previo no viene constituido única y exclusivamente por la finalidad de protección del contratante débil, sino, de manera más general, por la finalidad de corregir los déficits de información que puedan plantearse en el momento de formación de la voluntad de las partes y que sean relevantes para el otorgamiento de su consentimiento en orden a la celebración de un contrato, sobre todo cuando se trata de relaciones contractuales complejas, lo que obviamente también puede plantearse en el contexto de la formación de un contrato de distribución”.

⁶⁹⁷ El fundamento en la buena fe de este deber reforzado de informar por razón también de la relación de confianza existente entre las partes es reconocido incluso en el ámbito anglosajón, que no reconoce el Principio General de Buena Fe, así. FABRE-MAGNAN, M., “Duties of disclosure and French Contract Law...”, ob.cit., pág. 105: “Los deberes de información deben limitarse a casos donde existe una legítima ignorancia de una parte. En particular, una parte tiene permitido ser inconsciente de una información si es imposible para ella conocer o si puede legítimamente confiar en la información dada por la otra parte. Este argumento explica por qué en el Derecho inglés hay deberes de transparencia en los contratos *uberrima fidei*, es decir, la máxima buena fe, porque en este tipo de contratos, una parte no puede nada más que confiar en la otra parte”.

caracteres organizativos que pueden revestir como consecuencia de la necesidad de adaptación al mercado concreto en el que operan⁶⁹⁸.

No obstante lo anterior, sí parece apropiado señalar y fundamentar cuáles deben ser los mínimos contenidos de información que, de acuerdo con las exigencias del Principio de buena fe en relación con los caracteres de las redes y la posición de las partes en la fase de tratos previos, deben suministrarse al aspirante a miembro de la red para asegurar la emisión de un consentimiento con conocimiento de causa primero, y una incorporación eficiente a la red en desarrollo del interés compartido como objetivo de fondo⁶⁹⁹.

En este sentido, la primera información que en nuestra opinión debe ser suministrada al potencial nuevo miembro no es tanto la relativa a la identificación de la contraparte contractual,

⁶⁹⁸ A esta problemática respecto al planteamiento del contenido de un deber de información precontractual con carácter genérico para las redes de distribución se refiere RONCERO SÁNCHEZ, A., “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen previsto en el Proyecto de Ley de contratos de distribución de 29 de junio de 2011), ob.cit, págs. 148 -149, señalando que: “Aun cuando puede admitirse la imposición de un deber de información precontractual con carácter general para todos los contratos de distribución (como también pasa para otras categorías contractuales), más discutible es que el alcance o extensión de dicho deber sea el mismo en relación con las diferentes modalidades contractuales que se incluyen bajo esa categoría negocial, así como también el grado de concreción con el que ha de detallarse la información que cada una de las partes del contrato debe proporcionar a la futura contraparte...pero, en general, puede establecerse un marco con la indicación de una información mínima que debería ser suministrada en todo caso”.

⁶⁹⁹ En el ámbito de los contratos de distribución, señalando el contenido mínimo de un deber general de información precontractual, ALONSO SOTO, R., “Bases para una futura regulación de los contratos de distribución”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, págs. 58-59 refiere a: “el objeto del contrato, las características principales del sistema de distribución que utiliza el proveedor y su funcionamiento, así como las cuestiones relativas a la imposibilidad inicial y al error y sus consecuencias jurídicas, teniendo en cuenta que lo que debe primar en este aspecto es el principio de conservación del contrato frente a la nulidad del mismo”.

como la referente a la descripción de la red en su conjunto, dentro de la cual, lógicamente, estará integrado el sujeto con el cual se contrata, más si cabe en el caso de una red hegemónica, en el que la incorporación se negociará habitualmente con el cabeza de red⁷⁰⁰.

Esta afirmación supone un leve cambio de perspectiva respecto a la ordenación tradicional de los contenidos de la información contractual en otros ámbitos – principalmente en el sector de la distribución comercial⁷⁰¹ –, en los que el primer y más importante conjunto de información precontractual corresponde a la completa identificación de la contraparte contractual.

Esta situación se produce como consecuencia de la tradicional falta de percepción de la red empresarial como estructura económica con sustantividad propia y, por el contrario, la focalización del Derecho en las diversas figuras – habitualmente contractuales – usadas para instrumentar redes

⁷⁰⁰ En este sentido, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Transparencia y redes empresariales”, ob.cit., pág. 152: “Se comprende, por tanto, que el núcleo del deber de información precontractual para formar un consentimiento informado en el seno de las redes debe versar sobre datos relativos a la estructura de la red, las condiciones de acceso a la misma, al régimen jurídico durante la pertenencia y, finalmente, a las consecuencias tras su expulsión. E igualmente se comprende que estos no son datos esenciales sólo para el potencial franquiciado sino para cualquier contratante que desea incorporarse a una red y, especialmente, por la complejidad jurídica del contrato, esta información resulta fundamental para que cualquier potencial master pueda emitir un consentimiento informado”.

⁷⁰¹ Así, art. 6.2 a) PLCD: “Datos principales de identificación del proveedor, incluyendo, en su caso, los que obren en los Registros especiales para determinados contratos de distribución”; y art. 3 a) RD 201/2010: “Datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el registro de franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se halla totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el Registro Mercantil, cuando proceda. Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, además, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores a que vengán obligados, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. De tratarse de franquiciado principal se incluirán, además, las circunstancias anteriores respecto de su propio franquiciador”.

empresariales. Como consecuencia de ello, se produce una falsa percepción de lo que constituye el objeto del negocio: se cree entablar simplemente una relación contractual con un empresario particular que organiza su propia red empresarial, percibiendo el negocio de incorporación como estrictamente bilateral – de ahí el acento en la información acerca de la contraparte contractual –, cuando, en realidad, lo que se está negociando es entrada del empresario a una estructura más amplia, la red, de la cual forma parte el sujeto con el que se negocia – sea o no cabeza de red –, con lo que es la información sobre el conjunto de la red y no sólo sobre la contraparte, la que realmente permite alcanzar al empresario interesado en entrar a formar parte de la red, una concepción plena y no sesgada de la relación jurídica que se inicia⁷⁰².

⁷⁰² Esta idea se ve reforzada por la consideración, cada vez más mayoritaria en doctrina y jurisprudencia de ciertos contratos de red, no ya como *intuitu personae*, sino como meramente *intuitu*, sin desmerecer por ello el carácter *uberrima fides* del que se ve impregnada la relación entre los miembros de la red. En este sentido, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia...”, ob.cit., pág. 407: “Es cierto que los contratos de franquicia son contratos *intuitu*, esto es, basados en la confianza entre las partes. Pero resulta, como mínimo discutible, calificarlo actualmente como *intuitu personae* -como tradicionalmente se había venido considerando-. Varios son hechos que permiten dudar de dicha calificación. El potencial franquiciado decide incorporarse a una red de franquicia, principalmente, por las condiciones del modelo de empresa objeto del negocio –esto es, por la importancia que atribuye a sus elementos: notoriedad de los signos distintivos, cualidades del *know-how*, etc.-, así como por sus capacidades de inversión y expectativas de ganancia en la explotación de dicho objeto. Ello no significa que la condición personal del franquiciador resulte irrelevante, pero sí que no es la «*causa principal*» del mismo. Por su parte, la mayoría de franquiciadores tienen unos estándares tipificados en cuanto a las cualidades que debe poseer todo potencial franquiciado para incorporarse a la red, con independencia de la persona que las posea. Lo relevante es el cumplimiento de los requisitos exigidos, no la persona; sin que ello tampoco signifique que las cualidades personales no sean un factor importante en la decisión de contratar. Como se ha indicado, el contrato de franquicia es un contrato *intuitu*, es decir, fundado en la confianza recíproca entre las partes. Por tanto, el elemento personal es un elemento relevante, pero no el más relevante, entendido como «*causa principal*» del contrato. Esa confianza a la que se alude ya no reside en la condición de la persona que actuará como

Además, debe tenerse en cuenta que, si bien en las redes hegemónicas el cabeza de red ostenta la facultad de decisión sobre la entrada y salida de la red, con lo que podría llegar a identificarse a éste como la contraparte “natural” en las negociaciones para entrar a formar parte de la misma, en el caso de las redes paritarias no existe un miembro de la red que ostente en exclusiva esta facultad – presencia de un Órgano Común o un apoderamiento conjunto y especial sobre un miembro de la red aparte⁷⁰³ – con lo que centrar el contenido de la información precontractual en los caracteres del empresario con el que se negocia, supone una mayor confusión y distorsión del objeto del negocio respecto a lo apuntado anteriormente.

Este cambio de perspectiva a nivel teórico encuentra una especial dificultad de aplicación en la práctica: como se ha señalado anteriormente, el concepto de red empresarial todavía no ha sido apprehendido entre los empresarios, de forma que, carecería de sentido predicar el deber de informar acerca de los caracteres de la red a la que se va incorporar el nuevo empresario cuando, ni éste ni los ya miembros de la red, son conscientes de que forman parte de una red empresarial.

Piénsese por ejemplo en el caso de un supermercado que compra habitualmente sus productos a unos determinados

contraparte, sino en las cualidades y elementos que posee. En este sentido, de la realidad del tráfico parece deducirse que los contratos de franquicia -y los contratos de distribución, en general- han ido variando su naturaleza realizando un proceso de cambio del *intuitu personae* inicial al *intuitu instrumenti* actual”.

A este propósito STS (Sala Primera), núm. 62/2012, de 27 febrero de 2012, RJ\2012\4631, F.D 6º. “la interpretación combinada de las cláusulas 13ª y 16ª del contrato de franquicia por el tribunal sentenciador, como de “carácter personalísimo no absoluto”, no tiene nada de irrazonable y sí mucho de razonada, ya que se funda en la literalidad de la cláusula 16ª, que excluía la cesión del contrato por el franquiciador como causa de resolución del contrato, en los diferentes cometidos e implicaciones de franquiciador y franquiciado en la marcha de la franquicia o, en fin, en la propia información a la hoy recurrente sobre el contenido del contrato y el tiempo del que dispuso para asesorarse al respecto”.

⁷⁰³ Acerca de estas figuras Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 3, subepígrafe 1.

empresarios con los cuales va celebrando sucesivos contratos de compraventa, – que a salvo de la presencia de elementos que demuestren la existencia de una cierta supervisión e integración de los empresarios con el supermercado, pueden considerarse contratos aislados de compraventa –, que pueden repetirse o no en el tiempo y que, en un determinado momento decide cambiar de proveedor de hortalizas. En este escenario, las partes (en especial el empresario proveedor), puede concebir su negocio como circunscrito al ámbito de un contrato aislado de compra de hortalizas, sin expectativas de creación de una relación contractual duradera, no percibiendo por tanto la necesidad de más información para la celebración del contrato que la referente a la identificación de su contraparte. En cambio el empresario dueño del supermercado, sí es conocedor de la intención o no de establecer una relación negocial duradera, pero este hecho aisladamente considerado sin ser conocedor de la noción de red empresarial, no le lleva al mismo a percibir la necesidad de suministrar a su contraparte más información que la necesaria para la conclusión del negocio.

El conocimiento de la noción de red empresarial así como de formar parte de ella significa la toma en consideración de la existencia de unos intereses económicos compartidos, y de eficiencias, que van más allá del marco del negocio bilateral en cuestión y que determinan que, ante la eventualidad de la incorporación de un nuevo miembro a dicha estructura, éste deba, en aras a la eficiencia y consecución de dicho interés compartido, conocer el conjunto de la misma, su forma de organización y funcionamiento y sus expectativas de crecimiento, para, no sólo ejecutar su prestación contractual comprometida de forma satisfactoria, sino ordenar su propia actividad en aras a seguir ofreciendo prestaciones eficientes futuras de acuerdo a las necesidades, fluctuaciones y desarrollos de la red en que se inserta, logrando así también, la maximización de su beneficio individual.

En este escenario, por tanto, la primera y principal información a suministrar al aspirante a miembro de la red, en cuanto que va a ser la determinante para la emisión de su

consentimiento contractual, es la relativa a los caracteres que identifican a la red.

De esta forma y tomando como base el contenido de la información precontractual previsto por el art. 3 RD 201/2010 en sede de contrato de franquicia, así como el art. 6.2 del abandonado PLCD, el deber de información precontractual en las redes empresariales parece que deba comprender la entrega y explicación⁷⁰⁴ de los siguientes datos:

En primer lugar, y de acuerdo con lo sostenido anteriormente, la primera información que habrá que suministrar al potencial nuevo miembro de la red es la referente a la descripción de la red, es decir, la actividad a la que se dedica y los principales bienes con los que cuenta.

En este sentido, parece adecuado proporcionar al potencial nuevo miembro de la red: una descripción del objeto de la actividad llevada a cabo por la red, fecha de inicio de la misma y memoria que refleje su desarrollo⁷⁰⁵, descripción que deberá ser

⁷⁰⁴ Como señala RONCERO SÁNCHEZ, A., “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen previsto en el Proyecto de Ley de contratos de distribución de 29 de junio de 2011), ob.cit, pág. 158: “El deber de información del proveedor no se limita a la entrega de una copia escrita del contrato que se proponen celebrar..., sino a explicar el alcance y efectos de su celebración; por esta razón, la información no debe concretarse simplemente en señalar los “derechos y obligaciones de las partes” o la “eventual existencia de pactos de exclusividad”, sino a explicar el sentido y alcance de aquellos o de estos, **particularmente cuando impliquen una alteración significativa del ámbito de autonomía del distribuidor en la organización de su actividad empresarial**”. (La negrita es nuestra).

⁷⁰⁵ Art. 3 RD 201/2010: “c) Descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia, que abarcará los datos más importantes de aquél. d) Experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, entre otros datos, la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada. e) Contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema del negocio objeto de la franquicia, las características del saber hacer y de la asistencia comercial o técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo. En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o

funcional y no meramente formal⁷⁰⁶; asimismo y con el objeto de contextualizar dicha actividad y proporcionar datos al potencial nuevo miembro para considerar las expectativas de ganancia de la red, será interesante aportar también una descripción del sector de actividad en el que se incardina la actuación de la red⁷⁰⁷.

resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios, que estén suficientemente fundamentados”.

Art. 6.2 b) PLCD: “Descripción del contenido y características esenciales del negocio objeto de distribución comercial, así como del sector de actividad en el que se desarrolla el mismo”.

⁷⁰⁶ A este respecto y sobre el contrato de franquicia concebido como contrato de red, RUIZ PERIS. J.I., *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, ob.cit., pág. 184: “La ley y el Real Decreto...obligan también al franquiciador a informar sobre las características del negocio franquiciado. A describir éste en la medida de lo posible, sin que ello suponga para el franquiciador deber alguno de comunicar secretos industriales al inversor interesado en la franquicia. Ello implica no sólo una descripción formal, que puede ser realizada mediante medios audiovisuales de la estética del establecimiento y de las condiciones necesarios para el ejercicio de la actividad..., sino también una descripción de carácter estructural sobre el funcionamiento de la franquicia y en especial sobre los pagos que debe soportar el franquiciado”.

⁷⁰⁷ De nuevo en sede de franquicia, aunque extrapolable a la categoría de red empresarial, RUIZ PERIS. J.I., *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, ob.cit., pág. 182: “El estudio de mercado, debe contener, todos los datos relevantes accesibles para el franquiciador, tanto a nivel nacional, como regional y local, si existen, sí como los estudios previos relativos a la zona en la que debe ser implantada la franquicia si éstos ya han sido realizados. El estudio debe estar realizado de modo que proporcione al franquiciado una información veraz. Ello implica que no deberá omitir datos relevantes del sector, ni falsear las expectativas de crecimiento del mismo que el franquiciador debe necesariamente conocer como empresario con experiencia en el mismo. La omisión de éstos o de su falseamiento serán comportamientos graves que impedirán al potencial franquiciado tomar su decisión con conocimiento de causa”.

Matizando la anterior afirmación, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia...”, ob.cit., pág. 414: No se trata de realizar un estudio de mercado completo y profundo, sino una presentación del mismo que incluya los datos principales sobre éste, como, por ejemplo, el volumen de negocios del sector,

Identificada de esta forma la actividad a la que se dedica la red y el crecimiento y expansión que la misma ha tenido en dicho ámbito, el siguiente elemento que requiere el potencial nuevo miembro para obtener una visión de la red en su conjunto es el conocimiento de los bienes estratégicos en base a los cuales la misma actúa: enunciación de los bienes de propiedad industrial que son usados por la red, propietarios de los mismos, títulos en virtud de los cuales son usados por los miembros de la red y carácter controvertido o no de los mismos⁷⁰⁸; así como

el número de empresas competidoras, las normas jurídicas aplicables, etc. Esto es, una descripción del sector de actividad en sentido económico, territorial y temporal. Que esta información sea «*veraz y no engañosa*» significa que sea «*justificada y justificable*», esto es, que debe realizarse con fundamento en estudios de mercado objetivos, evitando en la medida de lo posible las valoraciones subjetivas acerca de futuros desarrollos del mismo, generadoras de expectativas que eventualmente pueden verse luego insatisfechas. Por tanto, sobre el franquiciador recae un carga de veracidad en los datos suministrados, pero en ningún caso, una obligación de resultado. La celebración del contrato de franquicia comporta la adquisición de la condición de empresario del franquiciado -si no lo era anteriormente- y, por tanto, las situaciones coyunturales del mercado son riesgo empresarial propio. En consecuencia, si la información suministrada al franquiciado está justificada y es justificable objetivamente, el no acaecimiento de los datos estimados no podrá acarrear la anulabilidad del contrato por error invalidante como vicio del consentimiento. El contrato de franquicia no elimina el riesgo empresarial del franquiciado y no garantiza su éxito comercial -en este sentido, entre otras, la propia STS de 27 de febrero de 2012-.

⁷⁰⁸ La obligación de informar sobre los bienes de propiedad industrial propios de la red se prevé como la principal en el art. 330 del Código de Comercio francés, y la que da origen a la entrega de otra información precontractual, en especial, referente a la identificación de la contraparte: “Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.... Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat,

identificación y caracteres generales del know-how usado por la red⁷⁰⁹.

ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent”.

En el ámbito español analizando el deber de información precontractual en sede de franquicia sobre estos términos RUIZ PERIS. J.I., *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, ob.cit., págs. 178-182.

De igual modo, tal es la importancia de la correcta información sobre la situación de estos bienes de propiedad industrial en la red que, en determinados casos, el error sobre la misma puede ser objeto de nulidad del contrato. Así por ejemplo y respecto a la franquicia, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia...”, ob.cit., pág. 413: el error prototípico en esta sede, que es que el franquiciado creyera erróneamente que el franquiciador era titular o licenciatario de los signos distintivos de la red sin serlo -bien porque no lo era, bien porque creía que tenía concedido el registro que en realidad estaba solicitado y que finalmente se denegó-, no es un problema de anulabilidad del contrato, sino de nulidad por falta de objeto. En efecto, en un contrato de franquicia el franquiciador debe poder asegurar el uso pacífico de los signos distintivos al franquiciado. La imposibilidad del franquiciador de impedir la perturbación por terceros de los signos distintivos de la red tiene como consecuencia la nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto. No se trata ni de un problema de error invalidante, ni de un supuesto de incumplimiento contractual, ni de una hipótesis a resolver por la vía del Derecho de marcas. En este sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia menor. Así, entre otras, SAP de Madrid de 21 marzo de 2005, SAP de Barcelona de 21 de septiembre de 2004, SAP de Zaragoza de 16 de septiembre de 2003. Concluyéndose, en todas ellas, que la falta de titularidad registral de una marca por parte del franquiciador, o de su condición de licenciatario con derecho para autorizar el uso a terceros, puede suponer la nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto”.

⁷⁰⁹ MARTÍ MIRAVALLS, J., “Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia...”, ob.cit., pág.416: “...no puede considerarse que un error sobre el *know-how* pueda calificarse como «*riesgo asumido*» o «*riesgo a soportar*» por el franquiciado. No será hasta después de la celebración del contrato cuando el franquiciado pueda tener acceso completo al *know-how* del franquiciador. Por lo que, en determinados casos, este error del franquiciado sobre el *know-how* del franquiciador sí puede tener potencialidad suficiente como para anular el contrato por vicio del consentimiento, al cumplir los dos requisitos de «*esencialidad*» y «*excusabilidad*». Ahora bien, obsérvese como lo común no es tanto que se alegue en puridad el error del franquiciado sobre el *know-how*,

En segundo lugar, una vez perfectamente identificada la actividad a la que se dedica la red y los bienes estratégicos con los que la misma cuenta para el ejercicio de su actividad, parece que el segundo elemento del que tenga que tener conocimiento el potencial nuevo miembro de la red para emitir su consentimiento a la incorporación con conocimiento de causa, sea la identificación de los miembros de la red, empresarios autónomos con los que aspira a mantener una relación estable y duradera y a beneficiarse de las sinergias creadas por la interdependencia entre sus prestaciones empresariales⁷¹⁰.

sino que se cuestione su existencia o que se alegue su no adecuada o completa transmisión. Y, en ambos casos, la consecuencia jurídica es distinta entre sí y distinta de la anulabilidad del contrato por error. Si se alega su inexistencia, al igual que ocurría con los signos distintivos, estamos ante un problema de «*franquicia vacía*» y, por tanto, su consecuencia jurídica es la nulidad del contrato por falta de objeto -dado que se trata de un elemento esencial del contrato-. Por su parte, si se trata de la no adecuada o completa transmisión, ello no constituye un error del franquiciado sobre el objeto del contrato o sobre las principales causas de su celebración, sino un incumplimiento contractual del franquiciador”.

⁷¹⁰ Art. 3 RD 201/2010: “a) Datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el registro de franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se halla totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el Registro Mercantil, cuando proceda. Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, además, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores a que vengán obligados, de acuerdo con las leyes de su país o Estado de origen. De tratarse de franquiciado principal se incluirán, además, las circunstancias anteriores respecto de su propio franquiciador. f) Estructura y extensión de la red en España, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en España, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operen bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación de la población en que se encuentren ubicados y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción”.

Art. 6.2 PLCD: “a) Datos principales de identificación del proveedor, incluyendo, en su caso, los que obren en los Registros especiales para determinados contratos de distribución. c) Estructura y extensión de la red de

En este caso, creemos que, en concordancia con lo expuesto anteriormente debe distinguirse en función de que nos encontremos en presencia de una red hegemónica o paritaria.

En el primer supuesto, la información acerca del empresario cabeza de red revestirá un especial interés para el nuevo miembro en comparación con la información sobre el resto de componentes de la red, por razón de la posición que ocupa el cabeza en la organización de la misma⁷¹¹. En cambio, en el caso de las redes paritarias, al no haber un empresario en situación de hegemonía sobre el resto, lo importante será transmitir una información “suficiente” al empresario interesado en formar parte de la misma para poder emitir un consentimiento con conocimiento de causa.

A este respecto, dicha información parece que deberá hacer mención al menos, a la identificación de los empresarios miembros de la red⁷¹²; condiciones de solvencia de los mismos⁷¹³; fecha de incorporación a la red (experiencia)⁷¹⁴ así

distribución que opera bajo la misma marca al tiempo de celebración del contrato”.

⁷¹¹ Es lo que sucede en el caso de contratos de red de tipo hegemónico como el de franquicia, en los que la normativa reguladora del deber de información precontractual incide de forma muy especial e intensa sobre la información acerca del franquiciador, que, incluso en el caso español deberá estar inscrito en un Registro de Franquiciadores ex art. 5 RD 201/2010.

⁷¹² Nos remitimos aquí a los datos previstos para este apartado en el RD 201/2010 en sede de contrato de franquicia, que consideramos aplicables con carácter general a todo tipo de redes empresariales.

⁷¹³ Acerca de la información sobre los sujetos en el ámbito del deber de información precontractual destaca GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, ob.cit., págs. 102-115, 102: “El deber de informar sobre sí mismo cobra especial relevancia cuando se está negociando un contrato en el que el elemento personal juega un importante papel”. Así sucede en el ámbito de las redes empresariales, añadiendo posteriormente la autora que, pág. 104: Así la información sobre las propias condiciones de solvencia es un dato que cobra especial relevancia en el marco de ciertos contratos, aparte de algunos de los anteriores (como el de sociedad o el de mandato – Vid. art. 1732.2 CC –), se engloban también otros cuyo elemento caracterizador se puede situar en otra nota: así, en que den lugar a relaciones continuadas durante cierto tiempo”.

como mención de los empresarios que han dejado de formar parte de las mismas y las causas de ello⁷¹⁵; ámbito de actuación

⁷¹⁴ En general respecto al fundamento de exigencia de la experiencia previa y la inclusión de las previsiones de gastos para el funcionamiento de la franquicia así como ingresos iniciales Vid. RUIZ PERIS. J.I., *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, ob.cit., págs. 182 -186.

Acerca del carácter esencial o de la información sobre la experiencia previa del empresario MARTÍ MIRAVALLS, J., “Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia...”, ob.cit., pág.415: Esta información, que es relevante para todo potencial franquiciado -no es lo mismo tener experiencia como empresario que como franquiciador-, en cambio, parece que no superara el requisito de la esencialidad. En principio, parece que esta información sólo podría llegar a tener entidad suficiente como para cumplir el requisito de la esencialidad del error invalidante en una primera etapa de expansión de la red de franquicia, es decir, en relación con los primeros contratos de franquicia que celebra el franquiciador. Sólo podría llegar a considerarse suficientemente relevante esta condición en el caso de que el franquiciado creyera erróneamente que el franquiciador tuviera una significativa experiencia como franquiciador y, en realidad, era de los primeros franquiciados de la red. Ahora bien, toda red de franquicia tiene una fase inicial con pocos franquiciados. Resulta forzado sostener que esta circunstancia haría que un tercero en las mismas condiciones no celebraría el contrato, o lo haría en condiciones sustancialmente diferentes, cuando lo habitual en una red de franquicia que empieza a expandirse será, precisamente, que después del franquiciado que alega el error hayan habido terceros que contraten en condiciones similares -nuevos franquiciados-. Este argumento late en la STS de 27 de febrero de 2012 cuando, señalando que los planes de viabilidad entregados por el franquiciador -que es sobre lo que se estaba pronunciando- eran teóricos porque sólo habían tres establecimiento pilotos, añade que «*después de suscribirse los contratos litigiosos se fueron abriendo otros establecimientos de Cañas y Tapas*»; para concluir «... *en suma, lo que parece querer alegar la parte recurrente es que todo sistema de negocio objeto de la franquicia debe tener una experiencia tan constatada que, prácticamente, elimine cualquier riesgo para el franquiciado, pero esto no cuenta con apoyo alguno en ninguna de las normas que se citan como infringidas*». Pero, incluso, en el hipotético caso de que se pudiera considerar esencial el error, parece que al igual que los casos anteriores, esta información tampoco superara, con carácter general, el requisito de la inexcusabilidad, por ser un error que «*debería soportar*» el franquiciado”.

⁷¹⁵ Esta previsión tiene por objetivo proporcionar al potencial nuevo miembro de la red una imagen fidedigna de la solvencia de la red en su conjunto, pues una cosa es la solvencia y experiencia empresarial del cabeza de red en el

material y geográfico de los mismos, así como la presencia, en su caso, de derechos de exclusiva de diverso tipo⁷¹⁶, elemento este último que constituye tanto un aspecto de organización interna de la red, como un mecanismo de protección de la información industrial, que fomenta la confianza y estabilidad

ejercicio de su propia actividad, o incluso la de los miembros de la red, y otra es la solvencia, experiencia y obtención de resultados en la actividad en red. A este respecto, y analizando el requisito de experiencia previa del franquiciador, así como la información acerca de los “franquiciadores consolidados” al que refería el art. 12 Real Decreto 2485/1998, Vid., RUIZ PERIS, J.I., MARTÍ MIRAVALLS, J., “La reforma del régimen de transparencia en materia de franquicia: un paso adelante y una ocasión perdida”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 262, 2006, págs. 1371 – 1380.

En relación a esta información y el error como vicio del consentimiento, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia...”, ob.cit., pág. 420 : “Esta información, siendo relevante como es para todo potencial franquiciado, en cambio parece que, con carácter general, no tiene potencialidad suficiente como para cumplir los requisitos del error invalidante: ni el de esencialidad -ni siquiera por la vía de las principales circunstancias que llevan a celebrar el contrato- ni el de la excusabilidad -por ser el error riesgo que le corresponde soportar-. Si bien, no ocurriría lo mismo desde la perspectiva del error doloso -por ejemplo, en el caso de que el franquiciador omitiera una tendencia significativa de extinciones contractuales”.

⁷¹⁶ A los derechos de exclusiva hace referencia el RD 201/2010 en sede de contenido del contrato de franquicia: art. 3 “g) Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia.

El art. 6.2 PLCD, por su parte, enmarca esta información dentro del contenido genérico del deber de información precontractual del art. 6.2: ·g) Eventual existencia de pactos de exclusividad. h) Restricciones a la actividad del distribuidor y exigencias de actuación derivadas de su eventual incorporación a la red de distribución”.

de las relaciones entre sus miembros y disminuyendo el riesgo de comportamientos oportunistas⁷¹⁷.

⁷¹⁷ Este tipo de Derechos no es patrimonio particular de las redes de distribución, si bien es claro que este es su medio natural. El uso de estos pactos permite delimitar y asignar ciertos ámbitos de la actividad de la red a unos miembros concretos, asegurándoles por tanto la ganancia respecto de este ámbito.

En general sobre el fundamento y contenido deseado de los pactos de exclusiva en las redes de distribución, como fuente de referencia para su extrapolación general a las redes empresariales Vid., RUIZ PERIS. J.I., *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, págs. 201 a 209. Para una visión del tratamiento del tema desde el punto de vista del Derecho de Defensa de la Competencia Vid. RUIZ PERIS. J.I., *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, ob.cit., págs. 114-130.

A nivel jurisprudencial, sobre el contenido de estos pactos en el ámbito de la distribución y más en concreto en el sector de la franquicia, por todas, SAP Baleares (Sección 5º), núm. 357/2011 de 9 noviembre de 2001, AC\2011\2286, F.D 4º: “Para que el potencial franquiciado tenga información suficiente como para permitirle decidir su ingreso en la red con conocimiento de causa parece necesario que el franquiciador le informe respecto al territorio reconocido en el contrato como propio del franquiciado y sobre las características de la protección territorial contractual que se le va a dispensar. En particular parece necesario que se le informe respecto a si en dicho territorio existe ya otro franquiciado, o si el franquiciador se reserva el derecho de establecerlo en el futuro; si el franquiciador se reserva el derecho a instalar un establecimiento integrado en la red de su propiedad en dicho territorio. Así como si se distribuirán en dicho territorio los productos puestos en el mercado por el franquiciador a través de otros canales de distribución. En cuanto al territorio, debería informarse al franquiciado el que le corresponde con carácter mínimo, en el caso de que el franquiciador se reserve el derecho de establecer nuevos establecimientos propios integrados en la red, o de conceder nuevas franquicias en el territorio contractualmente definido como propio del franquiciado, o el radio mínimo de distancia dentro del cual no podrá ejercer su derecho de establecer un nuevo franquiciado o un nuevo establecimiento propio. Puede también indicar el mínimo de población que deberá quedar englobada en el territorio mínimo del franquiciado. También debe indicarse si dentro de dicho territorio la franquicia se desarrollará desde un local previsto en el contrato, si el local sede de la franquicia deberá ser aprobado por el franquiciador, y las condiciones bajo las cuales el franquiciador aprobará la reubicación del establecimiento franquiciado en otro punto del territorio contractual, o el establecimiento en el mismo de una sucursal del franquiciado. Del mismo modo deberían indicarse las posibles restricciones que soporte el franquiciador en cuanto a la

implantación de establecimientos o concesión de franquicias de un negocio competitivo, bajo otra marca e imagen comercial, en el territorio contractualmente definido. Así como respecto a la distribución de productos o prestación de servicios similares a través de otros sistemas de distribución y bajo otra marca en el territorio contractualmente definido. Las posibles restricciones que pesen sobre los franquiciados respecto a buscar clientes fuera del territorio contractualmente definido, o respecto a la posibilidad de aceptar encargos realizados por clientes que tengan su domicilio fuera del territorio contractualmente definido. Las restricciones que pesen sobre el franquiciador en cuanto a buscar clientes en el territorio contractualmente definido o aceptar órdenes procedentes de clientes con domicilio en dicho territorio, así como la posible compensación que el franquiciador pagará al franquiciado en estos casos, si aparece definida en el contrato. Los posibles derechos de tanteo y retracto que se concedan al franquiciado respecto a las nuevas franquicias a implantar en el territorio contractualmente definido o en territorios colindantes. Por último deberá indicarse si el mantenimiento de la exclusividad territorial depende de la realización, por parte del franquiciado, de un determinado volumen de ventas u otras circunstancias, así como las circunstancias en que el territorio del franquiciado podrá ser alterado. Ídem la SAP Barcelona de 15 de septiembre y 22 de abril de 1998". Añadiendo el F.D 5º: "El segundo grupo de "pactos de exclusiva" que suelen contener los contratos de franquicia se refieren a las fuentes de aprovisionamiento, para que el potencial franquiciado pueda formarse una idea precisa de la cuestión o para que de acuerdo con lo exigido por el art. 62 LOCM tenga información suficiente para decidir su ingreso en la red con conocimiento de causa, será necesario que el franquiciador le informe sobre las obligaciones que el contrato implica para el franquiciado de adquirir o arrendar productos u otro género de bienes muebles o contratar servicios, del franquiciador, o de proveedores designados o aprobados por éste, o de acuerdo con las especificaciones del franquiciador, tanto para la instalación como para el posterior funcionamiento de la franquicia. La información deberá indicar, para ser suficiente la descripción del método a través del cual o razones por las cuales el franquiciador elige a los suministradores y revoca su autorización respecto a los mismos, así como la forma a través de la cual modifica las especificaciones, en su caso. La indicación respecto a cuáles son las categorías de bienes para las cuales el franquiciador o los otros franquiciados son los únicos proveedores especializados, así como los posibles contratos existentes entre el franquiciador y los proveedores autorizados, indicando el beneficio que tales acuerdos reportan al franquiciado, los criterios a través de los cuales se determinan las cantidades que el proveedor autorizado entrega al franquiciador por las compras o contrataciones realizadas por los franquiciados (p.e. el porcentaje del precio que es entregado a éste) caso de que el contrato entre franquiciador y proveedor contenga disposiciones al respecto, y la cifra global anual obtenida en el ejercicio anterior por el franquiciador por dichos conceptos".

En tercer y último lugar, una vez proporcionada información suficiente acerca de la actividad y recursos estratégicos de la red, así como de los miembros que forman parte de la misma, parece conveniente señalar las obligaciones que surgirían para el potencial nuevo miembro en caso de incorporación a la misma y que son reflejo de la forma de organización interna de la misma – red hegemónica, red paritaria –, habiéndose podido deducir previamente, al menos en parte, de la descripción de los sujetos que conforman la red.

En este sentido parece que deberá informarse acerca de los gastos en los que el potencial miembro deberá incurrir para entrar a formar parte de la misma (incluido algún tipo de derecho de entrada si lo hay)⁷¹⁸; estimación, de gastos ordinarios y potenciales beneficios a obtener como consecuencia de la

⁷¹⁸ Acerca del carácter esencial de la información sobre las inversiones a realizar para la entrada en la franquicia, por extensión en nuestro caso a la red, MARTÍ MIRAVALLS, J., “Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia...”, ob.cit., pág 417: “La información sobre la estimación en inversiones resulta fundamental en la formación de un consentimiento contractual *«informado y con conocimiento»* de causa para la incorporación a una red de franquicia -esencialidad-... Ahora bien, tampoco cabe afirmar que todo error sobre las inversiones deba conllevar la anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento. Varias serán las cuestiones que habrá que tomar en consideración. Así, parece que debería distinguirse entre el error sobre inversiones genéricas, inversiones del mercado e inversiones específicas: inversiones específicas son *«aquellas que no puedan ser aprovechadas de modo real y efectivo, total o parcialmente, para usos alternativos o que sólo puedan serlo con grave pérdida para el inversor»*; inversiones de mercado son *«aquellas que son necesarias para la correcta ejecución del contrato y que pueden ser aprovechadas para usos alternativos»* ; e inversiones genéricas son *«aquellas propias del normal devenir de la actividad a desarrollar»* . Esta clasificación no es baladí. Ello porque mientras que el error sobre inversiones específicas se cumplirá en la mayoría de ocasiones los requisitos del error invalidante, pues sólo el franquiciador puede conocer la cuantía a la que ascienden dichas inversiones; en cambio, el error sobre inversiones genéricas o de mercado, aunque sean significativas, requerían de un análisis concreto del supuesto de hecho, puesto que en algunas ocasiones corresponderá al potencial franquiciado asumir el riesgo de dicho error o le corresponderá soportarlo – *inexcusabilidad*”.

incorporación a la misma⁷¹⁹; e información acerca de la forma de organización interna de la red – que será sustancialmente

⁷¹⁹ Acerca de las previsiones de ganancias MARTÍ MIRAVALLS, J., “Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia...”, ob.cit., pág. 420: “el caso de que el franquiciador decida realizar las «*estimaciones de ganancias*» , entonces se requiere que éstas deban tener una base fáctica razonable en el momento en que se proporcionan, es decir, éstas deben señalar las hipótesis más importantes que permiten su preparación y fundan su presentación, deben precisar si se basan en resultados efectivos de unidades de explotación existentes pertenecientes a establecimientos franquiciados o a establecimiento explotados directamente por el franquiciador, y deben indicar el porcentaje de unidades de explotación cuyos resultados corresponden al abanico de resultados expuestos, entre otras cuestiones”.

A nivel jurisprudencial, SAP Madrid (Sección 14ª), núm. 618/2007, ob.cit., F.D 5º: “Respecto de la nulidad del contrato de franquicia por vicios del consentimiento del franquiciado (dolo y/o error) fundamentada en la información engañosa suministrada al franquiciado sobre las inversiones y ganancias de la franquicia hemos de traer nuevamente a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona ya citada. Según razona la misma "(...) de acuerdo con el artículo 1.266 del Código Civil (LEG 1889, 27) , para que el error invalide el consentimiento, debe recaer sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre las condiciones principales del mismo que hubieren dado motivo a celebrarlo, e igualmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.270 del Código Civil, para que el dolo produzca la nulidad del contrato debe ser grave, lo que, entre otras cosas, significa que la insidia debe entenderse referida al núcleo principal del contrato (...) las prestaciones principales del contrato de franquicia a cargo del franquiciador son: 1.- La cesión al franquiciado del uso de los signos distintivos de los que es titular el franquiciador. 2.- La comunicación al franquiciado del "know how" o "saber hacer". 3.- La prestación continuada por el franquiciador al franquiciado de la asistencia comercial o técnica. **Por el contrario, no puede ser considerada una prestación principal a cargo del franquiciador la información al franquiciado sobre las previsiones de inversión y beneficios del negocio**, ya que, al regular la información que el franquiciador debe facilitar al franquiciado con una antelación mínima de veinte días a la firma del contrato o precontrato de franquicia, el artículo 3 e) del Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, **únicamente exige al franquiciador una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo, y en cuanto a las previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio**, ni siquiera se exige que deba ser suministrada esta información al potencial franquiciado, y **únicamente se requiere, en el caso de que el franquiciador haga entrega al franquiciado de esta información, que la misma esté basada en**

distinta en función que se trate de una red hegemónica o paritaria –, así como de la forma de actuación frente a terceros de la red, en especial por lo que respecta al régimen de localización y atribución de responsabilidades entre los miembros de la red⁷²⁰.

C) Los aspectos formales del cumplimiento del deber de información precontractual, como manifestación del deber de diligencia del cabeza de red.

Para que la información precontractual al potencial nuevo miembro de la red cuyo contenido se ha aventurado en el apartado anterior, sea eficaz será necesario que cumpla al menos dos requisitos: que sea conocida por el empresario con un tiempo de antelación suficiente para poder emitir un

experiencias y estudios, que estén suficientemente fundamentados. En consecuencia **únicamente el engaño en cuanto a alguna de las prestaciones principales del contrato de franquicia** (por ejemplo, que el franquiciador no fuera el titular de la marca cuyo uso cede al franquiciado; o que careciera de un "saber hacer" propio u original) **podría dar lugar a la nulidad del contrato por vicios del consentimiento.** Por el contrario, no puede entenderse que posea la relevancia suficiente para provocar la nulidad del contrato, el incumplimiento por el franquiciador de prestaciones accesorias precontractuales, como es la información sobre previsión de inversiones y gastos en un negocio tipo, y las previsiones sobre cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, atendido que en cualquier caso no puede entenderse que hubo en este supuesto un compromiso contractual asumido por el franquiciador de alcanzar una cifra de beneficios determinada, obligación que no aparece como tal descrita en el contrato, siendo así que lo que vincula a las partes, y lo que debe ser tenido en cuenta para declarar en su caso la nulidad del contrato, son los pactos cláusulas o condiciones contenidas en el contrato, y no en las negociaciones preliminares, de conformidad con las normas de los artículos 1254, 1255, y 1258 del Código Civil, estando pactada expresamente en el contrato, en su pacto duodécimo, la independencia comercial y jurídica de las partes, lo que se traduce en que el franquiciado como empresario independiente asume el pleno riesgo y ventura de la explotación". (La negrita es nuestra).

⁷²⁰ Cuestiones todas ellas que refieren a la problemática esencial de la governance de las redes empresariales y en las que se reflejan los caracteres de autonomía, interdependencia, larga duración y carácter intuitu de las relaciones entre los miembros de la red. Acerca de estas cuestiones Vid. Capítulo Primero Epígrafe 2, subepígrafe 2 y Capítulo Segundo, Epígrafe 1

consentimiento con conocimiento de causa, y que dicha información sea ajustada a la realidad, de forma que no concurra el régimen de nulidad del contrato por error o dolo como vicio del consentimiento.

El primer requisito – el conocimiento con antelación de la información precontractual –, nos lleva a plantearnos dos cuestiones: la primera, si debe predicarse la existencia de una obligación de oficio por parte del cabeza de red – en el caso de las redes hegemónicas –, o del contratante miembro de la red frente a terceros– en el caso de existir, para las redes paritarias –, de entrega del documento de información precontractual, o si al contrario la misma debe hacerse previo requerimiento de la parte interesada; y, segunda cuestión, con cuánta antelación y respecto de qué momento debe llevarse a cabo la entrega de dicho documento.

Respecto a la primera cuestión, parece que la opción por la imposición de una obligación de entrega de oficio al cabeza de la red sea la más garantista. Ello es así, ya que, debido precisamente a su anterior pertenencia a la red, es el cabeza el que se encuentra en una posición reforzada respecto al empresario interesado en formar parte de la red: conoce la estructura y organización de la misma e indirectamente es conocedor de la dificultad para obtener dichos datos si no se forma parte de la red, o bien, son suministrados al nuevo empresario por persona autorizada⁷²¹.

De ahí que cuando se inicie el período de tratos preliminares, el cabeza de la red en aras a la eficiencia del futuro negocio – que el nuevo empresario cuando se incorpora a la red cuente ya con un adecuado conocimiento del funcionamiento de la misma (fundamento económico) y se eviten posteriores problemas

⁷²¹ En este sentido, a propósito del deber de información (transparencia) como deber secundario de conducta derivado del Principio de buena fe, SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios...”. ob.cit., págs. 308: “Se considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación e, incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato”.

jurídicos (anulabilidad o nulidad del contrato por defectos en la información) –, deba poner a disposición del empresario interesado el documento con la información precontractual⁷²².

En el caso de las redes paritarias, en cambio, la no existencia de un miembro en una posición hegemónica respecto al resto, plantea la necesidad de identificar si el deber de suministro de la información precontractual pesa de igual forma sobre todos los miembros de la red, o si es posible, por el contrario, delegar en alguno de ellos el cumplimiento de esta función.

En un principio, tal y como se ha señalado anteriormente, todos los miembros de la red, por razón de su pertenencia a la misma, tienen un mayor volumen de información acerca de los aspectos técnicos y organizativos de la red con respecto al empresario aspirante a la incorporación de la misma. Esta realidad es especialmente patente, por la fisonomía que les es propia, en el caso de las redes paritarias y por oposición a las redes hegemónicas en las que gran parte de esta información puede encontrarse en exclusiva en poder del cabeza de red.

De acuerdo con lo anterior, parece que cualquier miembro de una red paritaria reúne las condiciones necesarias para ser sujeto de este deber de información precontractual. Sin embargo, existen dos factores a tomar en consideración: en primer lugar, y a diferencia de lo que sucede en la práctica en las redes hegemónicas, la incorporación de un nuevo miembro a una red paritaria no es algo que pueda decidirse en un contexto bilateral

⁷²² En el ordenamiento jurídico español el art. 3 RD 201/2010 atribuye esta obligación de suministro de oficio al franquiciador, mientras que en el art. 6 PLCD, la obligación de entrega de información, más allá de la genérica de toda relación contractual se dejaba a voluntad del empresario que quiere incorporarse a la red de distribución. Opción esta última que ha sido criticada por la doctrina al considerarla nada tuitiva con el contratante débil, en este sentido RUIZ PERIS, J.I., “Las redes empresariales en el proyecto de ley de contratos de distribución español...”, *ob.cit.*, pág. 84: “Resulta, como mínimo sorprendente que, el deber de información del cabeza de la red integrada se establezca a solicitud de parte – opción nada garantista como régimen de derecho tuitivo para la parte estructuralmente desinformada en un supuesto de clara asimetría de información –, al entablar negociaciones encaminadas a la posible perfección de un contrato de distribución”.

entre un miembro de la misma y un aspirante externo; y, en segundo lugar, que la información de carácter precontractual que se va a suministrar incluye datos sobre otros miembros de la red e información que puede ser calificada como “confidencial para la red”, de forma que, por razón de nuevo de la posición paritaria de los miembros en este tipo de redes, no parece que uno de ellos pueda libremente transmitir estas informaciones.

Es por todo ello que, en las redes paritarias, pese a poder predicarse respecto de cualquier miembro de las mismas la condición de sujeto encargado del cumplimiento del deber de información precontractual, parece que, correlativo al ejercicio de este deber deba pesar sobre el sujeto que lo realiza, junto a los límites derivados del *deber de confidencialidad*, un *deber de comunicación al resto de miembros de la red* de las negociaciones mantenidas con un tercero para su incorporación a la red, decisión sobre la que, en atención a la fisonomía de este tipo de redes, parece que pesará un cualificado *deber de deliberación conjunta*⁷²³.

Respecto a la segunda cuestión, período de antelación con el que debe suministrarse la información precontractual y respecto de qué momento, parece que la respuesta a la primera parte de la cuestión, atendida la pluralidad de plazos prevista en el Derecho comparado al respecto de la entrega de información precontractual en sede de franquicia⁷²⁴, deba ser “un período de tiempo razonable para que, el destinatario, en este caso un

⁷²³ Acerca del fundamento, contenido, alcance y ejercicio de estos deberes Vid. Capítulo Quinto, Epígrafes 2 y 3.

⁷²⁴ 14 días en el caso de la Ley Modelo Unidroit (art. 3.1); 20 días en el caso de Francia (art. 330 Code de commerce); y 30 días en el caso de Bélgica (art. 3 Loi 19/12/2005), Italia (Art. 4, par.1 Legge 6 Maggio, n. 129) y España (art. 3 RD 201/2010). A este respecto Vid. MARTI MIRAVALLS, J., “El deber de transparencia en la introducción de una red de franquicia en Italia”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 264-265, 2007, págs. 647-664; MARTI MIRAVALLS, J., RUIZ PERIS, J.I., “Deberes de información precontractual respecto a contratos de colaboración comercial: la nueva Ley belga de transparencia en redes”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm 17, 2006, págs. 25-37

profesional, pueda ser capaz de emitir un consentimiento plenamente informado”.

A título meramente indicativo, y tomando en consideración que los plazos generalmente establecidos oscilan entre los 15 días el mes, proponemos en esta sede un plazo de antelación de 20 días – coincidente con el de la normativa española –, por considerarlo razonable a los efectos de ser capaz de aprehender la estructura y funcionamiento de la red – incluso en los sectores más complejos como pueden ser las redes de investigación y desarrollo tecnológico –, no excesivamente gravoso para los casos en que pueda existir un conocimiento previo de la red o mayor facilidad para la aprehensión de la información, y en todo caso, permitir al empresario emitir un consentimiento con conocimiento de causa sobre los distintos aspectos de la relación jurídica.

En cuanto el momento a tomar como referencia para el cómputo del plazo de antelación de suministro de la información precontractual, son varios los criterios disponibles: la firma del precontrato o cualquier tipo de documento de confidencialidad previo a la celebración del contrato, la entrega de cualquier cantidad de dinero o, por supuesto, la firma del contrato⁷²⁵. En nuestra opinión y teniendo en cuenta la variedad morfológica propia de las redes así como las distintas necesidades de los sectores en que se encuentren, que condicionaran un determinado desarrollo de la fase precontractual u otro, entendemos que la opción más garantista para el contratante débil es tomar como punto de referencia para el cómputo del plazo de anterioridad de la entrega de la información precontractual, cualquiera de las anteriores opciones – en lugar

⁷²⁵ El criterio de momento de la firma del contrato es asumido por la Ley Modelo Unidroit, Bélgica, Francia, Italia, España e incluso Portugal y Finlandia, sin régimen expreso al respecto pero por aplicación del Principio General de buena fe en el primer caso y por aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia, Ley 176/86, de 3 de julio modificado por el Decreto Ley 118/93 de 13 de Abril; el criterio de la firma del precontrato es sólo seguido por la Ley Modelo Unidroit, España y también Finlandia; finalmente el criterio de la entrega de una cantidad de dinero es seguido por la Ley modelo Unidroit, Bélgica, Francia, España y también Portugal.

de escoger una y rechazar las demás –, es decir prever las mismas como alternativas y no como excluyentes entre sí. Esto permite aunar la flexibilidad necesaria para las redes con la seguridad jurídica que demanda el contratante débil.

Aclarados estos aspectos, por lo que respecta al segundo requisito formal del régimen de información precontractual – que dicha información sea ajustada a la realidad, de forma que no concurra el régimen del error por vicio del consentimiento – la doctrina habla en esta sede de información veraz, no engañosa y suficiente⁷²⁶ que por su contenido permita al interesado obligarse con conocimiento de causa⁷²⁷.

Este deber de corrección en el contenido de la información se integra dentro del contenido del deber de transparencia y constituye a su vez una expresión del Principio de buena fe⁷²⁸,

⁷²⁶ En este sentido RUIZ PERIS. J.I., *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, págs. 172 – 174, señalando el autor que: “El uso de los términos “veraz” implica que se corresponda a la realidad y, por “no engañoso”, hay que entender que no induzca a error al potencial franquiciado en modo alguno, incluyendo la presentación engañosa de la información, o la omisión de cuestiones relevantes, respecto a la oferta que se realiza. La falta de veracidad o el carácter engañoso de la misma conllevará que el franquiciado obre con error al prestar su consentimiento, con lo que éste quedará viciado, con las consecuencias previstas al respecto en el código Civil”.

Acerca del requisito de “suficiencia” de la información véase RUIZ PERIS. J.I., “De la actividad comercial en régimen de franquicia”, ob.cit., pág. 504.

⁷²⁷ Así, RONCERO SÁNCHEZ, A., “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen previsto en el Proyecto de Ley de contratos de distribución de 29 de junio de 2011), ob.cit, pág.159: “Entendemos, por tanto, que más allá de las concretas indicaciones que el proveedor deba transmitir al distribuidor (contando en todo caso con que deberá entregar una copia escrita del contrato que se proponen celebrar), la regulación del deber de información precontractual debe concretar claramente que, en tanto la finalidad de su imposición es posibilitar que el distribuidor pueda obligarse con conocimiento de causa, tiene por objeto explicar con el nivel de detalle correspondiente a las circunstancias del caso, el sentido y alcance de las obligaciones que asumirá el distribuidor, y **de los efectos del contrato sobre su ámbito de autonomía en la organización de su actividad empresarial**”. (La negrita es nuestra).

⁷²⁸ Tras calificar el deber de información (deber de transparencia) como deber secundario de conducta derivado de la buena fe SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La

de forma que la falsa percepción de alguno de los elementos de la futura relación negocial, como consecuencia de esta deficiente información, podrá dar lugar a la nulidad del contrato siempre que el dolo o el error recaigan sobre elementos esenciales del mismo⁷²⁹.

Finalmente, cabe considerar que todos los requisitos formales del deber de información precontractual analizados anteriormente constituyen, en última instancia, una manifestación del deber de diligencia al que el cabeza de red, por razón de la posición fiduciaria y de hegemonía que ocupa, se encuentra sometido en el ejercicio de sus funciones⁷³⁰.

En este sentido parece que dicho sujeto, por razón del mayor volumen de información que controla en la red y por el ejercicio de las funciones de organización y dirección que le son propias como consecuencia de su posición hegemónica, deba ser especialmente conocedor de: primero, la importancia de suministro de la información precontractual a un nuevo potencial miembro de la red para lograr la máxima eficiencia para la misma con su incorporación – deber de actuación en interés del negocio ajeno (la red) gestionado –; segundo, que por razón de su posición, él es el sujeto sobre el que debe recaer la obligación de suministro de dicha información – deber de atención –; y tercero, la corrección del contenido de dicha información, pudiendo incurrir en este último caso en una infracción del propio deber de profesionalidad e información del

buena fe contractual y los deberes secundarios...”. ob.cit., págs. 307-308 señala que: “El deber de información...presenta también una expresión negativa, consistente en el deber jurídico de abstenerse de engañar o inducir en error al otro contratante”.

⁷²⁹ Acerca del carácter esencial o no de cada uno de los elementos del contrato para la aplicación de la nulidad por dolo o error Vid. el apartado B) en este mismo subepígrafe aventurando un posible contenido del deber de información precontractual para las redes empresariales.

⁷³⁰ Sobre la atribución del carácter de fiduciarios en su actuación a los miembros de la red y, en especial, al cabeza de red, Vid., Capítulo Tercero, Epígrafe 2, subepígrafe 3, apartado A).

cabeza de red en cuanto gestor de intereses ajenos en posición fiduciaria⁷³¹.

D) Recapitulación: el deber de información precontractual como límite para el cabeza de red.

Se ha señalado anteriormente que los caracteres propios de las redes de carácter hegemónico determinan que el empresario que se encuentra en una posición de hegemonía respecto al resto (cabeza de red), ejerza de hecho con exclusión de los demás miembros de la red una facultad de control sobre el acceso a la misma de nuevos empresarios⁷³².

Este factor, unido al desequilibrio de información acerca de la organización y funcionamiento de la red entre las partes negociadoras en la fase de tratos preliminares determina que, el cabeza de red, parta de una posición extremadamente ventajosa en el momento de “negociar”⁷³³ los términos y condiciones para la entrada del nuevo miembro, de forma que la relación comercial entre los mismos puede acabar configurándose como extremadamente beneficiosa para el cabeza de red en detrimento del nuevo empresario, el cual puede encontrarse tanto en situaciones de “instrumentalización” de su participación en la red como de abuso por parte del cabeza.

Habida cuenta que este comportamiento lesiona el legítimo interés divergente del nuevo empresario que desea unirse a la red empresarial, pero incluso también puede afectar a la consecución del legítimo interés compartido en creación de valor para la red – instrumentalización de la misma a través de la instrumentalización progresiva de sus miembros –, el especial deber de buena fe que pesa sobre el cabeza de red en cuanto

⁷³¹ Sobre el contenido del deber de diligencia de los gestores de intereses ajenos Vid., Capítulo Tercero, Epígrafe 3, subepígrafes 2 y 3 respectivamente.

⁷³² Vid. apartado A) dentro de este mismo subepígrafe.

⁷³³ Utilizamos las comillas ante el hecho de que, en muchas ocasiones, los contratos de red en las redes hegemónicas presentan una naturaleza de contratos de adhesión, tal y como se expondrá más detalladamente en el siguiente epígrafe.

sujeto que ocupa una posición fiduciaria reforzada respecto al resto de miembros de la misma, parece imponer un deber de información precontractual al mismo en aras de la protección de los dos intereses legítimos de la red.

El deber de transparencia hace que funcione más armónicamente la red, pues deja más claros los deberes respecto al interés compartido y divergente de cada una de las partes. En este sentido, la protección del interés compartido se verá reforzada como consecuencia de, por un lado, la mayor eficiencia en la incorporación del nuevo miembro de la red gracias al suministro de información precontractual – fundamento económico del deber de información –, pero también, la consecución de dicho interés se verá reforzada en la medida que con la información precontractual se garantiza la autonomía del nuevo empresario frente al cabeza de red, lo que contribuye a la diferenciación del interés compartido respecto al divergente de red.

Finalmente, en la medida que se tutela la libertad y autonomía del nuevo empresario, se protege el desarrollo de su propio interés divergente, el cual, gracias a la información precontractual, podrá desarrollarse con mayor eficiencia al aprovechar de forma más eficaz desde un primer momento, las sinergias que implica la entrada en la red empresarial.

IV. El Principio de buena fe como límite como límite a la libertad de pactos.

Los particulares en el ejercicio de la autonomía de la voluntad que les es propia pueden crear las relaciones y negocios jurídicos que tengan por conveniente, dando lugar a contratos atípicos y también a realidades negociales nuevas como es el caso de las redes empresariales⁷³⁴.

En todo caso, tanto en esta faceta creadora como en lo que respecta a la función de dotar de contenido a tales relaciones, la autonomía de la voluntad se encuentra sometida, en garantía a la

⁷³⁴ Vid Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 1.

convivencia, paz social y respeto a los derechos de los demás, a unos límites que, en el caso del ordenamiento español aparecen recogidos de forma explícita en el art. 1255 del Código Civil: ley moral y orden público⁷³⁵.

Pudiera parecer que, en contra de los que sucede en otros textos internacionales con vocación de unificación legislativa⁷³⁶,

⁷³⁵ Sobre los límites de la autonomía de la voluntad, señala la STS (Sala Primera) de 2 de abril de 1946 que: “El principio de autonomía de la voluntad preside la contratación en nuestro CC, pero no de modo absoluto, puesto que, no obstante su sentido marcadamente individualista, restringe la libertad de pactos mediante normas imperativas o prohibitivas que cercenan o anulan la contratación, según estatuyen genéricamente los artículos 1116 y 1255 CC, y si desde el CC se para revista a la legislación posterior, pronto se advierte que la evolución jurídica camina decididamente hacia la infiltración cada vez mayor de elementos éticos y sociales de tono imperativo que de modo en general absoluto disciplinan las relaciones de derecho privado, imprimiéndolas de carácter público a expensas del principio de autonomía de la voluntad, que de esta suerte va perdiendo volumen en su clásica y amplia esfera de acción”.

⁷³⁶ Por lo que respecta a los PECL:

Article 1:102 - Freedom of contract

(1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.

(2) The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles.

En lo que se refiere al DCFR, con una redacción muy similar:

II. – 1:102: Party autonomy

(1) Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to the rules on good faith and fair dealing and any other applicable mandatory rules.

(2) Parties may exclude the application of any of the following rules relating to contracts or other juridical acts, or the rights and obligations arising from them, or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided.

(3) A provision to the effect that parties may not exclude the application of a rule or derogate from or vary its effects does not prevent a party from waiving a right which has already arisen and of which that party is aware.

el Principio de buena fe no operara como límite a la autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico español. Esta conclusión resultaría errónea por dos motivos.

En primer lugar, porque dado el carácter informador que presenta la buena fe como Principio General del Derecho, además de cómo criterio delimitador de la conducta jurídicamente admisible de las partes, con reconocimiento legal expreso de esta última faceta – recuérdese el art. 7.1 CC: “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe” –, el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de los particulares deberá realizarse de acuerdo con las exigencias y limitaciones que se derivan de dicho Principio⁷³⁷.

En segundo lugar, y desde una visión más positivista, porque la previsión que hace el art. 1255 a la ley como límite a la autonomía de la voluntad de los particulares, permite subsumir dentro de esta categoría, dado su reconocimiento legal, al propio Principio de buena fe (art. 7 y 1258 CC), de forma que de nuevo el renombrado Principio aparece como límite a la libertad de actuación de los particulares⁷³⁸.

⁷³⁷ Acerca de la función informadora del ordenamiento, así como delimitadora de la conducta jurídicamente admisible de las partes o de límite al ejercicio de derechos, Vid. Epígrafe 1, subepígrafe 1 de este capítulo.

⁷³⁸ En este sentido y en sede de condiciones generales de la contratación JORDÁ CAPITAN E., “El control de incorporación y la nulidad de las condiciones generales de la contratación: la pretendida exclusión en el ámbito de la contratación entre empresarios de un control de contenido específico”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, págs. 224-225: “La injusticia o abusividad de la cláusula deberá ser valorada, dentro de la libertad de contratación recogida en el art. 1255 CC, en función de los límites establecidos por este mismo precepto para, en definitiva valorar o no si se ha infringido la norma, junto a la obligación de ejercitar los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, *ex* art. 7.1 CC...¿De qué derecho estaríamos hablando en este caso? De aquel que permite a una de las partes introducir las cláusulas a través de las condiciones generales de la contratación y que no sería sino principal manifestación del principio de autonomía de la voluntad; de aquel derecho que, en virtud de lo dispuesto en este art. 7.1 Cc, debe respetar las buenas prácticas comerciales y desarrollarse dentro de los parámetros legales, morales y de orden público”.

En uno y otro caso se trata en esta sede de analizar el papel que juega el Principio de buena fe como límite a la autonomía de la voluntad o a la libertad de determinación del contenido contractual en sede de redes empresariales, y, en especial, por lo que respecta al cabeza de una red de carácter hegemónico, particularmente en razón de la naturaleza adhesiva del negocio jurídico de incorporación a la red antes reseñada⁷³⁹.

IV.1 Buena fe y cláusulas abusivas en las redes empresariales.

Como punto de partida debe recordarse el hecho que, en las redes empresariales, nos encontramos ante un negocio jurídico en el que ambas partes son empresarios, lo que excluye la

En la misma obra colectiva y poniendo de relieve los primeros remedios frente a las cláusulas abusivas contenidas en clausulados con condiciones generales, destacamos lo apuntado por CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M^a DE LA CONCEPCIÓN, “Control de las condiciones generales de contratación en los contratos celebrados entre empresarios: retrospectiva, perspectiva comparada y prospectiva de futuro”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, pág. 254: “Con carácter general, la observación del Derecho comprado europeo permite reconocer la existencia de dos fases en la evolución de la protección de los contratantes frente a cláusulas abusivas; una primera etapa viene caracterizada por la represión de las cláusulas abusivas a través de los principios generales presentes en el Derecho de contratos, en particular, la buena fe, el orden público y las buenas costumbres”.

⁷³⁹ En este sentido, y a propósito del *encroachment*, RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág. 109: “El hecho de que la buena fe, como las normas imperativas, constituya un límite a la libertad de pactos es especialmente relevante respecto a aquellos casos de *encroachment* en los que el cabeza de red ha impuesto en el contrato – aprovechando la diferencia de poder económico, el carácter adhesivo del contrato y el interés de la contraparte contractual en ser miembro de la red – una estipulación expresa que permita claramente al cabeza de red, de acuerdo con la jurisprudencia norteamericana que hemos analizado, abrir o reubicar establecimientos en las proximidades del que es objeto del contrato y establecer mediante ellos competencia directa con el que se concede, que hay que considerar impone un resultado contrario a la buena fe y no descontado en modo alguno del precio a pagar”.

aplicación en este ámbito de la normativa de protección al consumidor⁷⁴⁰.

No obstante, tal y como se ha señalado antes, el fundamento del deber de información precontractual del empresario miembro de la red, en especial el cabeza de red, respecto del nuevo aspirante, descansa en la existencia de una desigualdad de posiciones entre ambos sujetos, a pesar de su condición de comerciantes, corrigiéndose este desequilibrio a través, entre otras, de la obligación del primero, como manifestación del principio de Buena fe, de suministrar información de carácter precontractual al segundo, salvaguardando así su plena libertad contractual y la eficiencia económica del negocio⁷⁴¹.

La afirmación del deber de información precontractual en el ámbito de las redes constituye, por tanto, un reflejo de la desigualdad existente entre los empresarios miembros de la red y los ajenos a ella. Esta desigualdad se verá acentuada en el caso de la incorporación a una red de carácter hegemónico, en la cual, junto a las desigualdades informativas antes reseñadas, se unirá la presencia de un cabeza de red en situación hegemónica ejerciendo un poder director sobre la red⁷⁴².

⁷⁴⁰ En especial, por lo que respecta al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en especial arts. 59-65 sobre información precontractual e integración del contrato y arts. 80 a 91 sobre condiciones no negociadas individualmente y cláusulas abusivas.

⁷⁴¹ Señala CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, ob.cit., págs. 17-18 que: “Si nuestra doctrina no ha dudado en afirmar que la defensa del consumidor era una exigencia que se deducía ya de ambos preceptos (arts. 51 CE y art. 9.2 CE), podríamos afirmar que los mismos han de servir también para justificar la protección de cualquier contratante que – al margen de su condición o no de consumidor –, se encuentre en una situación de inferioridad respecto al otro; desde este punto de vista, las exigencias derivadas de los citados artículos de la Constitución incidirían en el clásico postulado de la libertad contractual, basado en la pretendida igualdad entre las partes”.

⁷⁴² Acerca de los caracteres de una red hegemónica Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 1, subepígrafe 1, en especial, apartado A).

Este hecho – unido al desequilibrio inicial ya comentado – provoca que, como medio de organización y gobierno de su red empresarial, el cabeza de red pueda servir de la utilización de contratos-tipo, es decir, contratos de adhesión⁷⁴³ con cláusulas

⁷⁴³ RUIZ PERIS, J.I., *Intrusión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., págs. 117: “En efecto, los contratos por medio de los cuales se constituyen las redes suelen ser contratos de adhesión en los que el cabeza de red estipula un contrato tipo con los diferentes miembros de la misma con un alto número de cláusulas respecto a las que no se presta un consentimiento efectivo por parte del empresario adherente...El carácter adhesivo puede predicarse igualmente de otros contratos cuando por medio de ellos se constituyen redes de licenciarios como es el caso de las licencias de software, o mixtas de marca, patente y know how”.

A nivel jurisprudencial a propósito de un contrato de concesión, señala la STS (Sala Primera), núm. 149/2011 de 3 marzo de 2011, RJ 2011\2622, F.D 4º: “...En orden a su forma, suelen pactarse por escrito y tratándose de grandes empresas y redes comerciales acostumbran a expresarse en forma de contratos de adhesión, si bien nuestro derecho no exige ningún requisito solemne para la perfección, validez y eficacia del contrato y así la jurisprudencia ha llegado a contemplar contratos verbales”.

En sede precisamente de interpretación de cláusulas generales en contratos entre empresarios STS (Sala Primera), núm. 652/2008 de 9 julio de 2008, RJ 2008\4369, F.D 2º: “...la sentencia impugnada, dando por sentado sin fundamento alguno que los contratos de adhesión, incluso celebrados entre comerciantes profesionales conocedores del sector, permiten por sí solos prescindir de parte de su contenido en beneficio de la parte menos potente económicamente; dando igualmente por sentado sin mayores razonamientos que el plazo de preaviso de siete días era abusivo; y presuponiendo igualmente que la denuncia unilateral del contrato por la demandada, pese a ser una facultad que se le reconocía en el contrato del mismo modo que al demandante, fue también abusiva, reconoce al actor una indemnización “prudencial y equitativa” de seis millones de pesetas desde una consideración muy general consistente en “seguir como criterio orientador lo establecido en la Ley reguladora del Contrato de Agencia” para, así, considerar procedentes en general las indemnizaciones tanto por clientela, aunque ésta finalmente se rechace, como por daños y perjuicios “aun cuando se hayan respetado los plazos de preaviso establecidos”. En definitiva el tribunal sentenciador, más que inspirarse en los criterios de la Ley reguladora del Contrato de Agencia (RCL 1992, 1216) , ha extendido la imperatividad de sus preceptos, establecida en el art. 3.1, a un contrato de subdistribución, vulnerando así la jurisprudencia de esta Sala que para los contratos de distribución y subdistribución establece, como criterio prevalente de decisión, el respeto a lo libremente pactado por las partes”.

generales⁷⁴⁴ para ordenar la entrada de nuevos miembros a la red⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ Señala el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) que: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

Para una definición de cláusula general en la doctrina española, por todos, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 437: “En la economía moderna, una parte muy importante de lo que en su momento llamamos “contratación en masa” se desarrolla a través de unas condiciones uniformes, preestablecidas o predisuestas por una empresa o grupo de empresas, que las imponen a sus posibles clientes, al celebrar cada uno de los concretos contratos, sin que exista posibilidad de modificación, ni de discusión”.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Supremo define las condiciones generales de la contratación por relación a los contratos de adhesión, señalando que, STS (Sala Primera), núm. 274/2003, de 21 marzo de 2003, RJ 2003\2762, F.D 2º: “(El contrato de adhesión), es aquel en que la esencia del contrato, y su cláusula, han sido predisuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente) – Sentencias 28 noviembre 1997 (RJ 1997, 8431) y 13 noviembre 1998 (RJ 1998, 8742) –. Son los redactados únicamente por una de las partes y en los que a la otra sólo le es permitido la manifestación de su aceptación o, eventualmente, de su rechazo – S. 27 julio 1999 (RJ 1999, 6578) –. No obsta que la reglamentación la hubiere redactado o confeccionado una de las partes, porque esta circunstancia no hace desaparecer el carácter y naturaleza contractual del negocio convenido libremente, pues lo relevante es si aquella reglamentación se alcanzó con total libertad de obrar y decidir – S. 30 mayo 1998 (RJ 1998, 4076)” –.

⁷⁴⁵ RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., págs. 119: “Las cláusulas que conforman dicho contenido adhesivo del contrato constituyen, como indicamos, verdaderas condiciones generales predisuestas y largamente meditadas por el cabeza de red y obedecen generalmente a un sosegado y minucioso estudio y a la integración de las experiencias previas adquiridas, tanto estrictamente contractuales como de red, en ocasiones durante décadas.

Mediante la utilización de este instrumento, el cabeza de red consigue una cierta uniformidad en el régimen jurídico de sus relaciones con los miembros de la red, lo que le puede permitir acentuar y perpetuar su posición hegemónica frente al resto de miembros, tanto en un primer plano, respecto a la relaciones a nivel bilateral mantenida con cada uno de los miembros⁷⁴⁶, pero también, y como consecuencia de la generalización de las mismas condiciones contractuales, en un segundo plano, a nivel de toda la red.

Independientemente de este efecto, es claro que, ante la presencia de un contrato con condiciones generales nos encontramos ante un supuesto de ausencia de consentimiento expreso para cada cláusula – “imposición” como carácter definitorio de las mismas⁷⁴⁷ –, y ello con independencia de la

Entre dichas cláusulas suelen encontrarse las relativas a las facultades del cabeza de red respecto a las nuevas aperturas o reubicación de establecimientos”.

⁷⁴⁶ Sin embargo, recuérdese la inadecuación del contrato bilateral como instrumento a partir del cual organizar la governance de las redes empresariales. Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 2, subepígrafe 4.

⁷⁴⁷ Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 126 – 127: “...la incorporación de las condiciones generales al contrato no se produce tras un proceso de negociación entre las partes sino a iniciativa exclusiva del predisponente sobre la base de “lo toma o lo deja”. En todo caso, no significa que sólo hay condiciones generales si el predisponente *ejercita una especial presión* sobre el adherente para que acepte las condiciones generales, sino simplemente *que es posible considerar a una de las partes como responsable exclusivo de la incorporación de las condiciones generales al contrato*. Es decir, las condiciones generales se presentan como inseparables de la prestación ofrecida por el empresario de modo que no le es dado al cliente obtener el bien o servicio sin admitir la validez de las condiciones generales. Así el cliente solo tiene dos opciones reales: contratar conforme a las condiciones preestablecidas o renunciar a contratar”.

Acotando el requisito de la imposición señala PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, *Tratado de contratos*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., dir., T.II, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, págs. 1594-1595: “La única forma de entender correctamente el requisito de la imposición de las condiciones generales es considerado como una expresión de la ausencia de consentimiento. En este sentido, no son

condición de empresario – y no de consumidor – de la contraparte⁷⁴⁸.

consentidas las cláusulas predisuestas relativas a los aspectos normativos del contrato, es decir, relativas a la reglamentación contractual, porque la selección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado se practica teniendo en cuenta el precio y su relación con el objeto del contrato, o sea, en atención al equilibrio económico, pero ignora las condiciones normativas del mismo”.

⁷⁴⁸ RUIZ PERIS, J.I., *Intrusión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., págs. 118: “Aunque este comportamiento sea aparentemente irracional, en particular cuando en ocasiones se pone en juego todo el patrimonio familiar, hay que recordar que el contrato suele ocupar un segundo plano en las preocupaciones de los empresarios cuando negocian su incorporación a una red frente a las potenciales expectativas de ganancias, que los empresarios, y entre ellos muchos de gran éxito, actúan muchas veces por estímulos, intuiciones, filias y fobias de carácter estrictamente irracional a la hora de adoptar sus decisiones...tal y como nos recuerda el viejo proverbio, por cierto norteamericano, de que los negocios se hacen con las tripas y no con el cerebro; **que suele existir una relevante asimetría de poder económico y sobre todo de información entre el cabeza de red y sus miembros** que facilita que el negociador del cabeza de red domine la negociación y evite la discusión detallada y que los negociadores de los cabezas de red suelen atenerse a un código de negociación, y poseer una formación específica tendentes a lograr, entre otros fines, la firma del contrato sin que se produzca la negociación de las cláusulas que constituyen el contenido adhesivo del mismo”. (La negrita es nuestra).

En general sobre la posibilidad de que un empresario sea considerado parte contratante débil, PASTOR VITA, F.J., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, *La Ley*, año XXVI, núm. 6367, pág. 1223: “Parto de la base de considerar que los empresarios deben ser objeto de protección cuando celebran contratos con otros empresarios más poderosos, cuando éstos les imponen cláusulas o condiciones manifiestamente gravosas o desproporcionadas. Esta protección deberá proporcionarse, en especial, a aquellos empresarios que se encuentren en una posición de dependencia económica o tecnológica del predisponente, o cuando se trate de pequeños o medianos empresarios que carecen de los medios y recursos económicos suficientes para afrontar con garantías de éxito las presiones de empresarios o grupos empresariales poderosos que controlan determinados sectores del mercado”.

Específicamente en sede de condiciones generales y contratos de red, JORDÁ CAPITAN E., “El control de incorporación y la nulidad de las condiciones generales de la contratación...”, ob.cit., pág. 197: “Es cierto que se menciona al consumidor como parte más débil de la relación jurídica planteada en este

Este hecho, unido al inicial desequilibrio a nivel informativo existente entre las partes antes referido, constituye el terreno idóneo para la inclusión por parte del cabeza de red dentro del clausulado de condiciones generales, de cláusulas que podrían ser calificadas como abusivas respecto los otros empresarios miembros de la red⁷⁴⁹.

Ahora bien, el problema es que, a nivel legislativo, al menos en el caso español, la legislación en materia de condiciones generales de la contratación no otorga a los empresarios más protección que la derivada del control de incorporación de las mismas al contrato⁷⁵⁰, pero una vez válidamente incorporadas,

supuesto, pero habría que referirse en general a la parte débil, sin ninguna otra connotación **porque esa parte débil lo mismo puede ser el consumidor que otro empresario o profesional teniendo en cuenta, respecto a estos últimos, que no todos tienen el mismo poder u ocupan la misma posición en el mercado**". (La negrita es nuestra).

⁷⁴⁹ En referencia a las anteriores condiciones que pueden dar lugar a la predisposición entre cláusulas abusivas también entre empresarios, RUIZ MUÑOZ, M., "Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial), *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA. C., ECHEVARRÍA SÁENZA, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A. J., dirs., La Ley, Madrid 2010, pág. 353: "Las denominadas cláusulas abusivas de la contratación, en tanto que cláusulas contractuales no negociadas individualmente (condiciones generales de la contratación) y contrarias a las exigencias de la buena fe, tienen su causa de ser en las típicas situaciones de información asimétrica y en los correspondientes costes de transacción, que provocan o incentivan comportamientos oportunistas por parte de aquellos empresarios que ostentan una cierta posición de privilegio en el mercado y que tienen un cierto poder de mercado. Este fenómeno se produce tanto frente a los consumidores como a los empresarios que no ostenten dicha posición, esto es, frente a los denominados de manera genérica partes débiles del contrato o acreedores o contratantes ignorantes".

⁷⁵⁰ Art. 7 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación: "No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: **a)** Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. **b)** Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la

no es posible, al menos con base estrictamente en la normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación, declarar la nulidad por abusividad de las mismas⁷⁵¹.

Independientemente de lo anterior, y habida cuenta de la situación en el Derecho comparado, donde por ejemplo en Alemania, se puede declarar la ineficacia de una condición general “cuando cause al adherente (con independencia de que sea empresario o no) un *perjuicio desequilibrado*, en contra del principio de buena fe”⁷⁵², y en Francia donde existe un listado

normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

⁷⁵¹ Art. 8 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación: “Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

⁷⁵² En Alemania, el §310.1 BGB, mediante remisión al §307 BGB, permite la aplicación de un control de contenido a las condiciones generales entre empresarios, declarando la ineficacia de las mismas “cuando causen al adherente un *perjuicio desequilibrado*, en contra del principio de buena fe”; noción la de perjuicio desequilibrado que se desarrolla en el propio §307 BGB.

Así, en la traducción inglesa del BGB ofrecida por el Langenscheidt Translation Service, disponible en http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0989:

§ 310 BGB: “1)Section305 (2) and (3) and sections 308 and 309 do not apply to standard business terms which are used in contracts with an entrepreneur, a legal person under public law or a special fund under public law. Section307 (1) and (2) nevertheless apply to these cases in sentence 1 to the extent that this leads to the ineffectiveness of the contract provisions set out in sections308 and 309; reasonable account must be taken of the practices and customs that apply in business dealings. In cases coming under sentence 1, section307 (1) and (2) do not apply to contracts in which the entire Award Rules for Building Works, Part B [Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B - VOB/B] in the version applicable at the time of

general de prácticas perjudiciales (cabe entender abusivas) en la contratación entre empresarios⁷⁵³, en España, a pesar de la

conclusion of the contract are included without deviation as to their content, relating to an examination of the content of individual provisions”.

§307 BGB: “1) Provisions in standard business terms are ineffective if, contrary to the requirement of good faith, they unreasonably disadvantage the other party to the contract with the user. An unreasonable disadvantage may also arise from the provision not being clear and comprehensible.

(2) An unreasonable disadvantage is, in case of doubt, to be assumed to exist if a provision

1. is not compatible with essential principles of the statutory provision from which it deviates, or

2. limits essential rights or duties inherent in the nature of the contract to such an extent that attainment of the purpose of the contract is jeopardised.

(3) Subsections (1) and (2) above, and sections 308 and 309 apply only to provisions in standard business terms on the basis of which arrangements derogating from legal provisions, or arrangements supplementing those legal provisions, are agreed. Other provisions may be ineffective under subsection (1) sentence 2 above, in conjunction with subsection (1) sentence 1 above.

⁷⁵³ Previsto en el Article L442-6 du Code de commerce Modifié par LOI n°2010-874 du 27 juillet 2010 - art. 14 (V). Para evitar hacer la lectura demasiado compleja citamos solo los apartados I y II del precepto, apercibiendo al lector que dentro del apartado I aparece un listado de 13 prácticas que son consideradas por el Derecho francés iure et de iure como abusivas. El texto completo está disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>.

“I.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

II.-Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;

b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;

confusa redacción del art. 8.1 y 8.2 de la LGCC que ha dado lugar a numeroso debate doctrinal⁷⁵⁴, se ha impuesto, también a

c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ;

d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ;

e) D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence postcontractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans.

L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables».

⁷⁵⁴ Las posturas doctrinales contradictorias son resultado de la redacción de los apartados 1 (régimen general de nulidad) y 2 (régimen de abusividad) del art. 8 LCGC así como de la mención explícita al tema contenida en la Exposición de Motivos de la norma.

Art. 8 1. “Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario”.

Exposición de Motivos p.8: “Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre

nivel jurisprudencial, la consideración de que es posible declara la abusividad de las condiciones generales entre empresarios por referencia a las normas generales del Código Civil, en especial arts. 6.3, 7, 1255, 1256, y 1258, en definitiva, al Principio de buena fe⁷⁵⁵.

profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”.

Las aportaciones más importantes del debate doctrinal acaecido en la materia pueden encontrarse perfectamente referenciadas en el trabajo de JORDÁ CAPITAN E., “El control de incorporación y la nulidad de las condiciones generales de la contratación...”, ob.cit., págs. 211 a 219, al cual nos remitimos a efectos meramente expositivos.

⁷⁵⁵Así por ejemplo, la SAP de Alicante (Sección 5ª), núm. 84/2006, de 22 de febrero de 2006, AC 2006\381, F.D 4º y 5º: “Respecto de la naturaleza del contrato y su sujeción a la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960) , sobre Condiciones Generales de Contratación, puede compartirse la tesis de la sentencia objeto de recurso de que el **hecho de que sus disposiciones no otorguen una especial protección a los no consumidores** finales respecto de la redacción abusiva de las cláusulas impuesta en base a una posición dominante **no excluye el hecho de que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir un abuso de posición dominante**, pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual, en especial cuando la cláusula en cuestión sea contraria a la buena fe y cause un importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate, como en el caso presente, de contratos entre profesionales o empresarios. A tales efectos, **debe añadirse que la circunstancia de que los contratantes, sociedades mercantiles en el procedimiento, no se encuentren en igualdad de planos a la hora de negociar no implica por sí misma que lo negociado deba ser tenido, sin más, por abusivo**, pues la desigualdad entre los contratantes constituye la situación más común por regla general y no es determinante de abuso si no se acredita una imposición forzosa y desproporcionada”. (La negrita es nuestra). En el mismo sentido, SAP de Barcelona (Sección 14ª), de 9 de diciembre de 2002, JUR 2003\61972.

También y de forma más precisa, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª), núm. 49/2001, de 14 mayo de 2001, AC\2001\1676, F.D 5º: “En definitiva, que según la interpretación más adecuada para la defensa de la igualdad contractual entre las partes, parece mejor interpretación la que entiende que el legislador, si bien no quiso «estereotipar» un catálogo de cláusulas de «abuso de posición predominante» cuando se trata de contratos entre profesionales, a diferencia de los celebrados con los consumidores, sin embargo extiende igualmente a los

Atendiendo a las anteriores posturas, la situación en el Derecho comparado y al papel desempeñado en general por el Principio de buena fe como límite a la libertad de determinación del contenido contractual por las partes, creemos que, en el caso de las redes empresariales, las especiales circunstancias que se dan entre las partes – asimetría de información, mayor especialización, situación de hegemonía y autoridad del cabeza de red⁷⁵⁶ –, fundamentan que, con base en el Principio de buena fe, pueda llevarse a cabo un control de contenido de las cláusulas generales predispuestas en los contratos utilizados por

referidos contratos el concepto de abusividad, entendido como «desequilibrio contractual o desigualdad de condiciones entre las partes», tal y como lo expone la inicialmente citada STS de 18-12-1995, si bien la interpretación de tal abuso no ha de hacerse conforme al repetido catálogo, sino al amparo de los preceptos generales que el CC y el CCom establecen en materia de obligaciones y contratos en general, tal y como lo dispone el art. 8.1 de la Ley, en concreto a los arts. 1255, 1258 y 1275, en relación con el art. 6.3, del CC y a sus concordantes del mismo Código y del CCom”.

Nótese en las resoluciones citadas el carácter a-técnico del empleo de las expresiones “abuso de posición dominante” y similares, que refieren a conceptos perfectamente acuñados y con entidad propia en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia y cuyo uso por parte de los tribunales fuera de este contexto, no solo no es apropiado, sino que puede inducir a confusión o interpretaciones erróneas por los operadores jurídicos.

⁷⁵⁶ A similares parámetros hacen referencia PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, ob.cit., pág. 1657, enumerando los parámetros a tomar en cuenta para el enjuiciamiento de la contrariedad o no a la buena fe del contenido de una condición general incluido en un contrato entre empresarios. Así en palabras del autor habrá de estarse: “1º La posición de dominio que en el mercado ocupe el empresario predisponente...2º La amenidad del contrato realizado del ámbito normal del empresario adherente. Cuanto más ocasional y extraño al ámbito de actividad normal del empresario adherente sea el contrato que realiza con condiciones generales, menor será la protección que su propia experiencia en el mercado puede proporcionarle frente al empleo de cláusulas abusivas por la otra parte y menor será, por lo tanto, también, el grado de consentimiento o de autodeterminación que ha podido tener en relación con las mismas...3º La transparencia en la predisposición de las condiciones generales”.

el cabeza de red (contratante fuerte) para la incorporación de nuevos empresarios (contratante débil) a la misma⁷⁵⁷.

En este sentido, el enjuiciamiento por referencia al Principio de buena fe del contenido de las cláusulas generales⁷⁵⁸, deberá en el caso de las redes empresariales tomar en consideración los caracteres que les son propios – autonomía, interdependencia y relaciones de confianza entre sus miembros, principalmente –, lo que permitirá identificar aquellas cláusulas que, por alterar alguno de estos caracteres, suponer un falseamiento de los

⁷⁵⁷ En este sentido, a propósito de un contrato de distribución, señala la STS (Sala Primera), núm 360/2000, de 26 de abril de 2002, RJ\2002\5244, F.D 4º: “En cuanto a su Naturaleza jurídica, cabe afirmar de Contrato complejo con prestaciones coaligadas propias en su acervo contractual de la compraventa o de suministro, del mandato, del depósito, de la gestión de Rendición de cuenta o de resultados, de cooperación, del pacto de exclusividad como prestación significativa, e, incluso, del contrato de comisión mercantil subsidiaria, siendo sus caracteres específicos con su correspondiente cobertura normativa en el Código Civil y Código de Comercio, los relativos en todo contrato personalista o de confianza «intuitu personae» (art. 1161) y de tracto sucesivo, en el que privan el Juego de la buena fe o lealtad contractual (art. 1258), el Mantenimiento del equilibrio prestacional o equivalencia económica (arts. 1256, 1274, y 1289), la libertad contractual, el respeto a lo pactado y al «ius variandi» ínsito. (arts. 1255 y 1278), la Acomodación durante el tracto al «statu quo» pactado, el reajuste prestacional (arts. 1255 y 1258) y el principio de confianza habilitante de la resolución unilateral. Sus efectos (arts. 1719, 1720, 1728, 1733 y 1736). (arts. 1700, 1705, y 1707)”. Y por el juego de esos principios relevantes de la buena fe o lealtad contractual, libertad y «pacta sunt servanda»; son sus consecuencias: a) **Depuración del clausulado y expulsión de condiciones leoninas o prepotentes. Símil con los contratos de adhesión (arts. 1255 y 1288)**”. (La negrita es nuestra).

En el mismo sentido, SAP de Barcelona (Sección 14ª), de 9 de diciembre de 2002, JUR 2003\61972, Fundamento de Derecho 2º.

⁷⁵⁸ Una exposición de algunas cláusulas abusivas calificadas como típicas en los contratos celebrados entre empresarios puede encontrarse en PASTOR VITA, F.J., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios, ob.cit., págs. 1120-1223.

mismos o conducir a situaciones abusivas⁷⁵⁹, puedan calificarse como “prepotentes”⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ El concepto de abuso de dependencia económica en la legislación italiana se recoge en el art. 9 de la ley 192/1998 (legge sulla subfornitura), según el cual: “È vietato l’abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un’impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

L’abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

Il patto attraverso il quale si realizzi l’abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni.

Ferma restando l’eventuale applicazione dell’art. 3 l. 10 ottobre 1990 n. 287, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato può, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell’attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell’istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall’art. 15 l. 10 ottobre 1990 n. 287, nei confronti dell’impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso”.

Un completo análisis del fundamento, alcances e implicaciones de este precepto es realizado por NERVIA., *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associative*, ob.cit., págs. 147 – 226. La comparación con la situación en el Derecho español y la especulación acerca de su importación a nuestro ordenamiento constituiría un apasionante tema de estudio con implicaciones directas sobre la teoría de la abusividad de las cláusulas generales entre empresarios. Sin embargo, el objeto de este trabajo así como las dimensiones que ocuparía un estudio de dichas características exceden con mucho el ámbito y pretensiones de este trabajo, si bien somos conscientes de la oportunidad y conveniencia de un estudio monográfico como el apuntado anteriormente.

⁷⁶⁰ El término es utilizado por RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág.111: “En efecto, desde la perspectiva de la buena fe como límite a la libertad de pactos parece claro que la estipulación de contratos en los que no exista protección territorial para los miembros de la red de franquicias no convierte el contrato en leonino. De otra parte la estipulación de cláusulas que autoricen al cabeza de

No obstante, la correcta identificación de estas cláusulas requiere tomar también en consideración el legítimo diálogo de intereses (interés compartido y divergente) de sus miembros, lo que obliga a que el enjuiciamiento de su contenido deba incorporar también la perspectiva relacional propia de la red. Esto implica que, junto a la buena fe integradora del contenido de las relaciones negociales, en el ámbito de las redes empresariales deba tomarse también en consideración los límites a la libertad de actuación de las partes impuestos por el deber de lealtad existente entre los miembros de la red.

IV.2 El deber de lealtad como límite a la libre determinación del contenido contractual por el cabeza de red.

En las redes empresariales, la determinación del carácter prepotente de una cláusula contractual creemos que debe considerarse no sólo desde la perspectiva de la relación bilateral entre el cabeza de red y el empresario, sino desde una perspectiva más amplia, tomando en consideración también el respeto al interés de red, compartido y divergente, pues la consecución del mismo constituye el fundamento último de la red y es la causa de la entrada del nuevo miembro que, mediante la consecución del mismo, satisface simultáneamente su interés individual.

En este sentido, el carácter prepotente de una cláusula en el contexto de un contrato de red, no depende sólo del efecto causado sobre la contraparte –vinculación del contrato a la sola voluntad del otro contratante, falta de reciprocidad, renuncia de derechos, etc. – , sino que también debe tomarse en

red a la apertura de nuevos establecimientos o a la reubicación de los ya existentes o incluso aquellos que le autoricen a hacerlo expresamente en las cercanías de los ya existentes directamente o concediendo nuevas licencias a terceros compitiendo directamente con aquéllos tampoco convierte el contrato en leonino.

La concesión de dicha libertad aparentemente ilimitada al cabeza de red por el contrato sí que entra en cambio en conflicto con la razonable expectativa de quien estipula un contrato de colaboración de una actuación leal y de buena fe por la contraparte contractual, con lo que su presencia en el contrato sólo puede ser explicada como consecuencia de su carácter prepotente”.

consideración si el contenido de dicha cláusula, pese a no suponer un perjuicio para la contraparte, puede suponer la generalización de una conducta o de un efecto que perjudique la consecución de los intereses propios de la red o que produzca una apropiación abusiva o indebida de los beneficios derivados del mismo por parte del cabeza de red.

Es por ejemplo el caso de una cláusula que declarara que, en caso de extinción de la relación contractual, el cabeza de red tuviera una opción preferente de adquisición de todos los bienes (incluidos inmateriales como clientela), del empresario que abandona la red, con preferencia al resto de miembros de la misma.

Esta cláusula supone una apropiación individual directa y automática de bienes por parte del cabeza de red, sin verificar que dicho sujeto sea el empresario idóneo para la explotación eficiente de los mismos, pudiendo, por el contrario, ser otro miembro de la red el que, por diversas razones (proximidad, mayor contacto previo o mayor interacción), podría llevar a cabo una explotación más eficiente y, por tanto, una mejor consecución del interés compartido, de la red. Parece en cambio que el otorgamiento de un derecho de compra preferente/obligación de venta preferente a favor de todos los miembros de la red, sí estuviera justificado en atención al interés compartido que constituye la finalidad económica de la misma⁷⁶¹.

Pero es que, además, la posición fiduciaria derivada de la condición de gestores de intereses ajenos de los miembros de la red, y en especial, del cabeza de red en cuanto poseedor de una mayor capacidad efectiva de afectación no sólo al interés

⁷⁶¹ En este sentido, si bien centrado en un contexto concursal señala RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, ob.cit., págs. 18-19: “Igualmente forma parte de los deberes derivados de la buena fe, el deber de ofrecer una opción preferente al conjunto de los miembros de la red, en particular, en caso de insolvencia inminente de quién dirige la red. Esto es, en el ámbito concursal parece que la buena fe imponga a quien dirige la red, el deber de tratar de consensuar una solución de continuidad con los miembros de la red, cuando sea posible, antes de acudir al concurso”.

compartido, sino también incluso a los intereses divergentes de los miembros de la red⁷⁶², exige del cabeza de red un deber de lealtad hacia la consecución de dicho interés, de forma que, con carácter general, debe abstenerse de la realización de aquellas conductas que pudieran atentar contra el mismo, en este caso, la inclusión de cláusulas como las señaladas anteriormente.

Por todo lo anterior, la obligación impuesta al cabeza de red por el deber de lealtad al que se encuentra sometido, de abstención de la realización de conductas que atenten a la consecución del interés compartido, debe ser también tenida en consideración en el enjuiciamiento del carácter prepotente de una condición general predispuesta con base en el Principio de buena fe. De esta forma se garantiza no solo que la relación comercial bilateral entre el miembro y el cabeza de red se desarrolle dentro del marco fijado por los caracteres propios de la misma, sino que se impide una posible instrumentalización de la red a favor del cabeza como consecuencia de la generalización de contratos que, aún incluso conformes en su clausulado con las exigencias de la buena fe, otorguen excesivas prerrogativas a favor del cabeza en perjuicio del interés compartido e, indirectamente, del divergente de cada uno de sus miembros.

⁷⁶² Vid. Capítulo Tercero, Epígrafe 3, subepígrafes 2 y 3.

Capítulo 5

El deber de buena fe en las redes empresariales: límite a la libertad de actuación del cabeza de red

En el capítulo anterior se ha abordado el estudio general del significado, contenido y aplicaciones del Principio de buena fe en el ordenamiento jurídico y, en particular, se ha incidido en la especial influencia de este Principio en el ámbito de los negocios jurídicos patrimoniales. Una vez encuadrada teóricamente la cuestión, se ha procedido a estudiar la incidencia de dicho principio en la fase preparatoria y de redacción de los negocios contractuales, y en especial, por lo que respecta a su aplicación a las redes empresariales.

A través de este estudio se ha pretendido poner de relieve los límites a los que, durante la fase preliminar y de redacción del contrato, se encuentra sometido en su actuación el cabeza de red, en coherencia y respeto tanto de los caracteres propios de la red empresarial, como de los legítimos intereses divergentes de sus miembros, identificándose de este modo un cualificado deber de transparencia respecto a la fase precontractual, así como unos deberes de corrección y claridad – deber de diligencia –y de lealtad, referentes a la fase de redacción del contenido contractual.

No obstante, y como también ha sido puesto de relieve anteriormente, la buena fe no agota su influjo en estos estadios preliminares de la relación negocial, sino que los efectos de la misma se extienden también a la ejecución de dicha relación, modalizando el ejercicio de derechos y deberes por las partes⁷⁶³,

⁷⁶³ Acerca de las diversas funciones desplegadas por la buena fe en las diferentes fases de la relación negocial Vid. Capítulo Cuarto, Epígrafe 1, subepígrafe 1.

lo que dará lugar a la identificación, en este ámbito, de deberes secundarios de conducta derivados precisamente del Principio general de buena fe⁷⁶⁴.

La influencia del Principio de buena fe en la fase de ejecución del contrato, de acuerdo con lo señalado en el capítulo anterior, se instrumentaliza por tres vías distintas: como criterio orientador del ejercicio de los bienes y derecho – art. 7 CC –, como criterio interpretativo de la voluntad de las partes y como

⁷⁶⁴ Sobre el origen en la buena fe de los deberes secundarios de conducta señala SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios...”. ob.cit., pág. 304: “El carácter orgánico de la relación (obligatoria) también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos que se denominan “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe”.

En el mismo sentido, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II, ob.cit., pág. 143: “Los caos originarios de aplicación de la figura de los deberes accesorios aparecen en torno a la idea del completamiento y ensanchamiento de un deber principal de prestación dentro de una relación obligatoria. Estos deberes accesorios integran y ensanchan el contenido de la prestación principal y forman de manera inmediata parte esencial de ella- La buena fe y los usos del tráfico encuentran muchas veces su apoyo en normas especiales que puntualizan el alcance de los deberes principales”.

El reconocimiento de una acción para reclamar el cumplimiento de las obligaciones secundarias de conducta se produce en el ámbito alemán con fundamento en el §242 BGB, y desde la perspectiva de la acción por incumplimiento del contrato, en la llamada “acción causal”, cuyos requisitos son:

1 La falta de ejecución de la parte no debe encuadrarse dentro de las categorías de imposibilidad, retraso o entrega defectuosa de productos porque la acción causal es residual; 2 El contrato en cuestión ha sido efectivo; 3 Se ha producido un incumplimiento de una obligación contractual primaria o secundaria, por acción u omisión; 4 El deudor es culpable; 5 El daño al demandante no se habría producido si el demandado no hubiera incumplido sus obligaciones contractuales”. EBKE, WERNER, F., STEINHAEUER, BETTINA M., “The Doctrine of Good faith in German Contract Law”, ob.cit., págs. 173 - 175. (La traducción es nuestra).

criterio integrador de esta última – art. 1258 –. Mediante estas tres funciones se garantiza no ya que la conformación de la voluntad de las partes y su plasmación por escrito respete las exigencias de la buena fe, sino que también en el ejercicio de los deberes y obligaciones se dé cumplimiento a lo que constituye, de acuerdo con sus propios caracteres y la voluntad de las partes, la auténtica causa del contrato⁷⁶⁵.

Es por ello que en este capítulo se abordará la aplicación al ámbito de las redes empresariales, de las doctrinas que al amparo del Principio de buena fe, establecen los límites genéricos a los que los particulares se encuentran sometidos en el cumplimiento de las prestaciones y en el ejercicio de los

⁷⁶⁵ En este sentido RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág. 112: “En esta líneas, la jurisprudencia española ha mantenido de modo constante que el artículo 1258 del código civil obliga al contratante a desarrollar comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos, esto es, de las finalidades típicas perseguidas por el contrato, en definitiva del cumplimiento de la causa del contrato.

Finalidades típicas que en el caso de los contratos de colaboración tienen carácter conjunto y **en los contratos por medio de los cuales se constituyen las redes** se corresponden esencialmente con la **finalidad conjunta perseguida por las partes** que no es otra que la realización de la actividad empresarial a la que se dedican todos los empresarios miembros de la red”. (La negrita es nuestra).

A nivel jurisprudencial la aplicación del Principio de buena fe a la fase de ejecución de los contratos viene recogida en la STS (Sala Primera), núm. 914/1995, ob.cit., F. D 2º: “...lo que hizo decir a esta Sala (Sentencias de 8 julio 1981 [RJ 1981\3053], 21 septiembre 1987 [RJ 1987\6186] o 22 octubre 1991 [RJ 1991\7234]) que la buena fe de este artículo no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo...), a la que se alude en el art. 7 del Código, que consagra como norma el principio general de Derecho de ese nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora; y ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (Sentencias de 3 diciembre 1991 [RJ 1991\8906] y 9 octubre 1993 [RJ 1993\8174], citadas en la de 8 junio 1994 [RJ 1994\4905]), siquiera su vertiente jurídica opuesta (la mala fe) necesita su apoyo en hechos probados, a efectos de su necesaria valoración como situación jurídica negativa efectivamente concurrente (ver la Sentencia citada de 8 junio 1994)”.

derechos y obligaciones: abuso de derecho, doctrina de los propios actos y prohibición del enriquecimiento injusto.

Estos límites sirven de garantía para que aquello que conforme a las exigencias de la buena fe ha sido correctamente acordado y establecido por las partes, no se vea desvirtuado como consecuencia de un ejercicio contrario a la buena fe, de dichas obligaciones y derechos por las mismas, en especial en el caso de las redes hegemónicas, por el cabeza de red, al ser el sujeto que, por su posición reforzada respecto al resto de miembros, puede ser proclive a estos comportamientos.

Como consecuencia de ello se identificarán varios deberes secundarios de conducta, derivados del Principio general de buena fe, respecto de los cuales cabrá plantearse la sujeción del cabeza de red, tanto por la propia naturaleza de las relaciones jurídicas de las que traen causa, como por razón de la posición fiduciaria que ocupa en su actuación respecto al resto de miembros de la red.

I. Abuso de Derecho, doctrina de los propios actos y enriquecimiento injusto en las redes empresariales.

I.1 Abuso de Derecho.

A) Planteamiento doctrinal.

La doctrina del abuso del Derecho hunde sus raíces en la figura medieval de los “actos de emulación”, entendiéndose por los mismos aquellos actos que, pese a realizarse en el ejercicio de un Derecho, se llevaban a cabo sin provecho propio y con la sola intención de perjudicar a otro. Dicha doctrina fue evolucionando y desarrollándose sobre todo en el ámbito francés y siendo también recogida por los autores españoles decimonónicos⁷⁶⁶.

⁷⁶⁶ Acerca de los orígenes y evoluciones de la doctrina del abuso de Derecho Vid. el repaso histórico realizado por DE ANGEL YAGÜEZ, R., “Comentario al art. 7.2”, *Comentario del Código Civil*, T-I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 57 – 59.

En España sin embargo, el hito crucial para la fijación definitiva del contenido de dicha doctrina lo constituye la STS (Sala Primera) de 14 de febrero de 1944⁷⁶⁷, según la cual: “El clásico axioma *qui iure suo utitur naemin laedit*, quiere decir que el ejercicio es lícito cuando, merced a él, se lesionan simples intereses de tercera personas y, por consiguiente, en tesis general, no hay obligación de indemnizar los daños causados con ocasión de tal ejercicio; mas no debe darse a esa máxima un alcance demasiado literal y absoluto...la doctrina moderna, en trance de revisar y, en cuanto sea necesario, rectificar los conceptos jurídicos impulsada por las nuevas necesidades de la vida práctica y por una sana tendencia a la humanización del Derecho civil, ha elaborado la teoría llamada del abuso del derecho, sancionada ya en los más recientes ordenamientos legislativos, que considera ilícito el ejercicio de los derechos cuando sea abusivo;...los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismos por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad; tesis ésta que a sido patrocinada también por la doctrina patria, que ha recogido y perfilado el concepto del abuso del derecho, considerándolo integrado por estos elementos esenciales. a) Uso de un derecho objetiva o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño procede de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho”.

Posteriormente, con la reforma de 1974 del Título Preliminar del Código Civil se introdujo un precepto especial a propósito de dicha figura, según el cual: art. 7.2 CC. “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto

⁷⁶⁷ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, Tomo de 1944, págs. 292 – 294.

u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

Tomando como base dicho precepto, la jurisprudencia ha ido perfilando los contornos de la figura del abuso de Derecho, estableciendo que el abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguardia de los intereses que todavía no alcanzan protección jurídica⁷⁶⁸, que para su alegación es necesario acreditar la existencia de algún daño moral o patrimonial, y que, en todo caso, se trata de una figura de carácter excepcional⁷⁶⁹.

⁷⁶⁸ Así, por ejemplo en la STS (Sala Primera), núm. 1927 de 1976, de 26 de abril de 1976, ante el supuesto de un comprador de vivienda con aplazamiento de pago del precio al que se le concede la ocupación de la vivienda a cambio de una renta mensual en concepto de intereses por el aplazamiento del pago del precio de compra durante un año y que, vencido el año de duración y ante la no reclamación del precio aplazado por parte del vendedor intenta defender la sustitución tácita del contrato de compraventa por uno de arrendamiento.

⁷⁶⁹ Así, la STS (Sala Primera), de 6 abril de 1987, RJ 1987\2491 F. D. 3º: “... la doctrina del abuso del derecho está elaborada por la doctrina científica y por la Jurisprudencia sobre la base del ejercicio de un derecho con la intención de dañar o en la utilización del mismo de un modo anormal y contrario a la convivencia -sentencia de diez de junio de mil novecientos sesenta y tres (RJ 1963\3596)-, y, como remedio extraordinario, no puede dicha doctrina dar facultad a los Tribunales para hacer uso de ella más que en casos patentes y manifiestos -sentencia de siete de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro (RJ 1964\631), sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, sólo imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico -sentencia de dieciocho de enero de mil novecientos sesenta y cuatro (RJ 1964\205)-; y no puede admitirse que exista abuso de derecho cuando, como en el caso debatido, la acción resolutoria ejercitada se apoya en preceptos legales que avalan su viabilidad y el supuesto perjuicio que la resolución del contrato ocasione al usuario es consecuencia necesaria de la colisión de intereses entre arrendador y arrendatario que entran en juego cuando se extingue el vínculo contractual, por lo que no es de aplicar el artículo nueve invocado, como ocurre en el caso ahora contemplado”.

B) Aplicación a las redes empresariales.

La autonomía de los miembros de la red empresarial, unida a la existencia del legítimo interés compartido y divergente de cada uno de sus miembros, posibilita que, en la dinámica de la misma, puedan darse situaciones de abuso de derecho de unos miembros sobre otros, en especial en el caso de las redes hegemónicas, del cabeza de red frente al resto de componentes de la misma.

En este sentido, y como consecuencia del propio interés individual que también ostenta el cabeza de red, y ello independientemente de su condición de fiduciario, es posible que actuando en su propio interés, dicho sujeto se extralimite en el ejercicio de las prerrogativas o facultades atribuidas contractualmente, lesionando de este modo la consecución del interés compartido e incluso de la realización de los intereses divergentes de los demás miembros⁷⁷⁰.

Así, siguiendo los presupuestos para la aplicación de la doctrina antes enumerados, por lo que respecta al primero, la verificación de la existencia de un derecho del que es titular el cabeza de red, el mismo no plantea ningún problema para su aplicación en el ámbito de las redes, pues ya sea con origen convencional o real – derechos sobre bienes inmateriales –, el cabeza de red será siempre titular derechos y prerrogativas de

⁷⁷⁰ Esta idea es apuntada por RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág. 125: "Si la conducta del cabeza de red implica claramente el uso de un derecho objetiva o externamente legal – el que le confiere el contrato de realizar nuevas aperturas o reubicar establecimientos –, y el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica – el del miembro de la red a percibir los frutos que razonablemente podía esperar del contrato –, el cumplimiento de los requisitos relativos al carácter inmoral o antisocial del daño, de acuerdo con los requisitos exigidos por la jurisprudencia española para afirmar la existencia del abuso de derecho, es más difícil de afirmar en el caso".

diversa índole, siendo los más significativos los de decisión sobre la entrada y salida de un miembro de la red⁷⁷¹.

El segundo presupuesto lo constituye el ejercicio abusivo de dicho derecho – ya sea por acción u omisión⁷⁷² –, que se enjuiciará desde el parámetro de la *normalidad* aplicado al acto o conducta material realizada por el cabeza de red, y teniendo en cuenta la mención que hace el art. 7.2 CC a la intención, objeto y circunstancias, como datos para deducir el manifiesto sobrepaso de los límites normales de ejercicio del derecho⁷⁷³.

⁷⁷¹ Expresamente sobre estas prerrogativas y diferenciando la situación con respecto al Derecho societario, RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, ob.cit., pág. 11: “La admisión en la sociedad depende de los socios, en decisión adoptada por la unanimidad o por mayoría...en tanto que en las redes de contratos paralelos depende de la libre decisión del cabeza de red. Igualmente la exclusión de la red depende del cabeza de red – por no renovación o por resolución justificada o abusiva, ya que en este segundo caso la duración del procedimiento hace ilusoria cualquier pretensión de cumplimiento in natura – a diferencia de cuanto ocurre en el ámbito societario que depende de la mayoría de los socios y siempre por causa justificada”.

El carácter amplio del término “derecho” del art. 7.2 es admitido por toda la doctrina, “entendiendo cualquier derecho subjetivo, no sólo el de propiedad o los denominados absolutos, como se interpretó en otro tiempo a consecuencia del casuismo que caracterizó el análisis de esta institución”. DE ANGEL YAGÜEZ, R., “Comentario al art. 7.2”, ob.cit., pág. 67.

⁷⁷² Acerca de la posibilidad de ejercicio abusivo del derecho por omisión, MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL, *El abuso del Derecho*, Montecorvo, Madrid, 1982, pág. 245. señala como ejemplo de este caso: “La omisión, por ejemplo en el cumplimiento de una determinada función social, sí que puede ser considerada como un uso antisocial. Pensemos en los derechos-función en los que el ejercicio no es facultativo sino obligatorio para su titular al comportar una falta de realización del fin trascendente previsto en la norma”.

⁷⁷³ Respecto al parámetro de la *normalidad* señala DE ANGEL YAGÜEZ, R., “Comentario al art. 7.2”, ob.cit., pág. 67, citando a LACRUZ Y RIVERO en *Elementos* I-3 p.124: “La normalidad del ejercicio (nuevo standard jurídico) es cuestión de apreciación según las costumbres y concepciones de cada época sobre lo normal y lo anormal; no se trata simplemente de averiguar la voluntad del legislador al estructurar el derecho, sino de ver cómo la gente estima que deben ejercitarse y hasta dónde llegan en la práctica de cada época las facultades concedidas por la ley”.

En la comprobación de este presupuesto es quizás donde presentan un mayor influjo los caracteres propios de la red empresarial. En este sentido, la aplicación de la doctrina del abuso de Derecho en el ámbito contractual presenta un carácter más “elástico” que con respecto al Derecho societario. Esto es debido a la mayor rigidez e imperatividad de las normas societarias, frente al carácter dispositivo contractual que permite una mayor libertad de configuración de las obligaciones por las partes, con el consiguiente riesgo, no obstante, de ambigüedad a la hora de definir las obligaciones y derechos de los que es titular cada una de las partes.

En el ámbito societario además, la labor *ex ante* del Registro Mercantil, de la DGRN, la doctrina de los tribunales y la jurisprudencia, crean un ámbito de mayor claridad a la hora de aplicar conceptos jurídicos indeterminados como el abuso de Derecho, mientras que en el ámbito contractual no existe este tipo de órganos, con lo que la interpretación es más abierta. De esta forma el “ejercicio anormal del Derecho” es más fácilmente reconocible en el ámbito societario con respecto al contractual, donde como se ha señalado anteriormente, este parámetro presenta un carácter más “elástico”.

Esta diferencia es todavía más acusada en el ámbito de las redes empresariales, donde para determinar la normalidad – y por tanto, *a sensu* contrario, la abusividad – en el ejercicio del derecho por parte del cabeza de red, habrá de tomarse en consideración el contexto relacional y de *intuitu* propio de la red empresarial⁷⁷⁴, lo que dota de una mayor elasticidad al criterio de la *normalidad* – por ejemplo referido al grado de formalización de los negocios y relaciones jurídicas entre los miembros de la red –, respecto a lo que sucede en otro tipo de relaciones de carácter mucho más formalista – por ejemplo en el ámbito societario –, donde el parámetro de la *normalidad* está más acotado y por tanto la posibilidad de ejercicio abusivo de un derecho es mayor.

⁷⁷⁴ Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 1, subepígrafe 3, en especial, apartado B) dentro de este subepígrafe.

El tercer presupuesto lo constituye el carácter inmoral o antisocial del daño. Este efecto puede producirse tanto de forma subjetiva, a través de intención de dañar o bien en el ejercicio del derecho sin un fin serio y legítimo por parte del autor⁷⁷⁵; como de forma objetiva, esto es, cuando el daño es consecuencia de un simple exceso o anormalidad en el ejercicio del Derecho⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ Señala MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL, *El abuso del Derecho*, ob.cit., págs. 256-264, respecto a la intención de dañar que para apreciar el abuso de derecho es necesario que la intención de dañar sea la principal y que: “Naturalmente el abuso de Derecho desaparecerá en los casos en que la intención del agente convierta en ilícito el acto lesivo”. Respecto a la ausencia de interés, destaca el autor que “La apreciación de ese fin serio no especificado habrá de confiarse al órgano judicial, el que con la suficiente objetividad decidirá si se está o no en presencia de un acto antifuncional...El juez debe establecer la existencia de un motivo legítimo, escrutando atentamente todas las circunstancias del ejercicio de un derecho en el caso concreto...de esta forma se deja al juez un margen de posibilidades de apreciación quien habrá de tener en cuenta aquellas normas de equidad, de buena fe, de buenas costumbres, de orden público...”.

⁷⁷⁶ Anormalidad que debe ser entendida de acuerdo con la finalidad a la que responde y debe realizarse el derecho, de este modo MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL, *El abuso del Derecho*, ob.cit., pág. 265, citando a Josserrand: “Es de toda evidencia que cada uno de nuestros derechos subjetivos tiene su propia misión que cumplir, lo que equivale a decir que cada uno de ellos debe realizarse conforme al espíritu de la institución; en realidad, y en una sociedad organizada, los pretendidos derechos subjetivos son derechos-función; deben mantenerse en el plano de la función a la que corresponde, pues en otro caso, su titular comete una desviación, un abuso de Derecho”.

A modo de ejemplo, un supuesto de abuso de ejercicio del derecho así considerado también por la jurisprudencia es el que aparece resuelto en la SAP Madrid (Sección 12ª), núm. 172/2009, de 17 marzo de 2009, AC 2009\758, F.D 3º, según la cual: “La alegación es enteramente rechazable, pues en ella se prescinde de una norma básica para la interpretación de los contratos mercantiles, y el de franquicia lo es por antonomasia, establecida en el artículo 57 del Código de Comercio, que, por su especialidad, es preferente a las normas comunes invocadas por la recurrente, por más que con ellas tampoco se lograría el objeto de su impugnación; y es que, ante todo, los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se derivan del

En el marco de las redes hegemónicas, la actuación en interés individual del cabeza de red puede motivar el ejercicio de Derechos por el mismo que, desde los presupuestos de la aplicación de la figura del abuso del Derecho, sin revestir expresamente una intención de dañar, sin poder tampoco considerarse como un supuesto de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho⁷⁷⁷, y mayormente en los casos en que

modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones. Por otra parte, conforme lo dispuesto en art. 1258 del Código Civil, los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Con arreglo estos principios se evidencia de modo incontestable, que si por el contrato la demandante tenía derecho a vender sin ninguna concurrencia en la zona de exclusividad geográfica que se convenía, los artículos que le suministrara la demandada, así como a utilizar el nombre, marcas, rótulos, el sistema, normas y procedimientos de la franquiciadora, comprometiéndose ésta a no abrir establecimientos propios ni otorgar ninguna otra franquicia dentro de la zona concedida, ni realizar acciones publicitarias tendentes a la captación de clientes fuera de la zona de actuación exclusiva delimitada; por mucho que se halle autorizada a vender sus productos a tiendas multimarca y se reserve el uso de su imagen en rótulos y signos distintivos, la apertura del llamado "corner" en un centro comercial, donde, además, se polariza en gran parte el tráfico mercantil sobre productos de análoga significación con los que son objeto de la franquicia, vulneran de forma patente y flagrante el derecho de exclusividad que se reservó a la demandante, por muy restrictiva que sea la interpretación de la cláusula contractual, y, sin que exista, en modo alguno, errónea interpretación literal, sistemática, lógica o integradora de lo convenido, y como implica una clara infracción del contrato, exige una reparación para reequilibrar las prestaciones recíprocamente asumidas por las contratantes”.

⁷⁷⁷ Afirma RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág.127: “Desde la perspectiva objetiva el requisito de que el daño provenga de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho reconduce a standards sociales de comportamiento que definen qué debe entenderse por un comportamiento “normal” en estas circunstancias. Si tomamos como tal, por parte del cabeza de red, el tendente a maximizar sus beneficios – plenamente aceptado socialmente – parece que la conducta de éste de saturar el mercado de nuevas unidades de la red es difícilmente calificable como anormal o excesiva.

Cuestión distinta será cuando tal saturación vaya mucho más allá de la expansión recomendable, esto es de la que hubiera producido el cabeza de red

exista una situación de dependencia económica del resto de miembros de la red, puedan efectivamente causar un perjuicio a otro empresario⁷⁷⁸, sin que tales comportamientos puedan resultar subsumibles en la doctrina del abuso de derecho.

Sería por ejemplo el caso de una red de fabricación de un producto complejo, en la que el cabeza de red – empresario encargado del ensamblaje final y venta, así como propietario de los derechos de propiedad industrial necesarios para la fabricación de dicho bien – haciendo uso de la facultad contractual de alteración del volumen ordinario de petición de componentes a las empresas – otros miembros de la red – que lo sirven de forma habitual, decidiera, como consecuencia de un pedido masivo que le permitiera acceder a un nuevo mercado que posteriormente debiera suministrar, buscando fabricantes de componentes en el mismo, y sin preaviso para el resto de miembros de la red, incrementar de forma puntual y muy acusada la demanda de suministro de componentes. Una alteración de las prestaciones empresariales habituales ente los

en caso de que los establecimientos hubieran sido propios, o en los que la adopción de decisiones de apertura se haya producido en atención a un interés exclusivo del cabeza de red no compartido por los miembros”.

⁷⁷⁸ A este respecto pone de manifiesto RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág.126 que: “En cuanto al *animus nocendi* parece claro que aunque al cabeza de red pueda resultarle indiferente el daño producido al miembro de la red siempre que se satisfaga su interés exclusivo – p. ej., se incremente el número de locales arrendados – se mantenga o incremente la cifra global de negocios y no se comprometa gravemente la paz social en la red, pero en general su conducta no tiene por finalidad dañar al miembro de la red.

Tan sólo puede presentar tal carácter cuando utiliza el *encroachment* con finalidad predatoria, esto es para expulsar a un concreto y normalmente molesto miembro de la red de ésta y del mercado o para hacerse directamente con un emplazamiento o grupo de clientes especialmente valorado.

Pero de ello no podemos deducir la existencia de una intención específica de dañar al miembro de la red con carácter general: para plantear la posibilidad de afirmar la existencia de dicho elemento subjetivo, sería necesario que la jurisprudencia civil aceptara la aplicación del abuso de derecho no sólo en supuestos de dolo intencional sino en casos de dolo directo de consecuencias necesarias o de dolo eventual”.

miembros de la red de tal magnitud e inesperada, obligaría a los mismos a un sobreesfuerzo excepcional en la producción, con un incremento inesperado y extraordinario de los costes para hacer frente a dicho pedido e incluso, podría suponer una renuncia a atender peticiones de otros clientes, lo que implicaría también, junto al sobre coste, un daño (lucro cesante), por obligar a una alteración de las expectativas comerciales individuales y firmes ostentadas por los otros miembros de la red.

Analizando la conducta estrictamente desde la perspectiva de la aplicación de los presupuestos de la doctrina del abuso del derecho y dejando la consideración de la misma desde la óptica de las redes para un momento posterior se desprende que:

El carácter anormal (abusivo) del ejercicio de este derecho de modificación del volumen de suministro de componentes, resultaría todavía más explícito si dichos incrementos tan notables y sin previo aviso se repitieran en el tiempo con una cierta frecuencia pero de forma irregular, sin atender a ningún tipo de patrón que permitiera al miembro de la red prepararse en expectativa de dichas demandas.

Por lo que respecta al requisito del *animus nocendi*, su prueba resultaría harto compleja en este contexto, pues al menos desde la perspectiva de la doctrina del abuso de derecho, el cabeza de red actuó motivado por su propio interés individual en obtener mayor beneficio, y no con la intención de dañar al resto de miembros de la red. Cuestión aparte sería la prueba de una concurrencia de un dolo de 2º grado o de consecuencias necesarias, es decir, supuesto en que el cabeza de red actuara auspiciado bajo su legítima intención de aumentar los beneficios, pero que a la vez, fuera consciente de que el incremento de la productividad iba a causar un daño al resto de miembros de la red y, pese a todo, actuara

Por todo ello, parece que el *animus nocendi* no tendría cabida en esta situación. Tampoco cabría apreciar el supuesto de ejercicio del derecho sin un fin serio, pues el uso de la facultad de modificación del nivel de demanda se encuentra más que justificado por la expectativa de ganancia antes referida.

Restaría por tanto, la verificación del carácter inmoral o antisocial del daño desde la perspectiva objetiva, esto es, como exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Desde esta perspectiva nos encontraríamos ante un supuesto límite o de frontera, en el que la justificación de la existencia del exceso exigiría la toma en consideración de que los actuales miembros de la red no van a ser los beneficiarios de la posible expansión en un nuevo mercado, extremo que no resultaría claro con la aplicación jurisprudencial actual de este requisito.

Ahora bien, si analizamos esta conducta desde la perspectiva de la relación dialéctica de intereses propia de la red nos encontraríamos ante un escenario bien distinto: La actuación del cabeza de red es una actuación en aras a la consecución de su interés individual y ajeno a los intereses de red. Dicha actuación trae como consecuencia un aumento de la producción/ventas de la red, lo que cabe entender como una medida a favor del interés compartido de la red. Sin embargo, para la consecución de este interés se produce un sobrecoste a los miembros de la red, de forma que su legítimo interés divergente a apropiarse de los beneficios generados por la red puede verse afectado: el sobrecoste implica una disminución de la ratio de retorno de beneficios individualmente apropiables, de forma que, si al final pese a producir más unidades se obtiene un beneficio menor por cada una de ellas, el interés divergente de los miembros de la red se vería afectado.

Nos encontraríamos por tanto ante un escenario de lesión del interés divergente por parte del interés compartido, supuesto que, según se ha señalado anteriormente⁷⁷⁹: solo queda justificado si resulta imprescindible —ausencia de alternativas menos o no lesivas— para tutelar el interés compartido y obtener una finalidad económica legítima propia de la red, debiendo además la lesión ser proporcional respecto del beneficio obtenido para la red por medio de la actuación del interés compartido y, asimismo, debiendo prever una

⁷⁷⁹ Esta idea del equilibrio entre intereses propio de la red es de RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., págs. 115-116. Con mayor detalle, sobre esta cuestión, Vid. nota 167.

indemnización del daño causado al interés divergente con cargo al beneficio obtenido en la actuación en interés compartido.

Sirva este ejemplo pues para ver como, la doctrina del abuso de derecho pese a su inicial potencial de ser susceptible de aplicación a las redes empresariales como límite para el ejercicio de los derechos por parte de sus miembros, en especial el cabeza de red, no resulta sin embargo, a causa de los caracteres propios que presenta la red empresarial y, en especial la necesidad de ponderación entre los legítimos intereses compartido y divergente de la red, particularmente apta para dicha función.

No obstante, y tomando como referencia el ejemplo propuesto, cabría plantearse la posibilidad de que la interdependencia entre las prestaciones empresariales, y también de forma indirecta la salvaguarda del interés compartido – si al miembro no se le causa daño será más eficiente en su actuación para con la red –, pueden igualmente servir de fundamento para la sujeción del cabeza de red a un *deber de transparencia o de información al resto de miembros de la red respecto de las decisiones importantes que afectan al desarrollo de la misma* y, por tanto también de forma indirecta a ellos mismos como empresarios autónomos⁷⁸⁰.

Dicho deber se fundamentaría en el Principio general de buena fe – buena fe integradora –, por cuanto lo que se pretende con el mismo es garantizar la mayor eficiencia en el funcionamiento de la red, evitando daños indirectos a sus miembros y maximizando la capacidad de obtención de rendimientos de la misma, en definitiva, procurar la realización de la causa y finalidad económica de la relación negocial.

La promulgación de este deber resultaría además coherente y adecuada a otra de las características propias de la red empresarial, el carácter *intuitu* de las relaciones entre sus miembros. En este sentido, la estrecha relación de confianza entre los miembros de la red permite, desde la óptica de la dimensión relacional de la misma, dar cabida a este tipo de

⁷⁸⁰ En profundidad, acerca de estos deberes de transparencia e información Vid. Epígrafe 3.

consultas sobre la estrategia futura a seguir por la red. Pero es que además, dicho carácter justifica el posterior y correlativo *deber de confidencialidad* al que se encontrarán sometidos los miembros de la red concededores de esta estrategia empresarial futura, deber que también cabe anudarlo al deber de lealtad en garantía de la consecución del interés compartido que, de otra forma, se vería amenazado como consecuencia de la revelación de este tipo de información.

*I.2 Doctrina de los propios actos*⁷⁸¹.

A) Planteamiento doctrinal.

Anclando sus orígenes en ciertos supuestos previstos ya en el Derecho romano en los cuales late de fondo la idea de la fidelidad a la palabra dada y la imposibilidad de venir contra ella⁷⁸², la doctrina de los propios actos – *venire contra factum proprium* – se fundamenta y es expresión de la observancia del Principio de buena fe en el ejercicio de los derechos⁷⁸³.

⁷⁸¹ Asumimos en esta sede la denominación empleada por el profesor Díez Picazo en su obra *La doctrina de los propios actos*, ob.cit., frente a la denominación más extendida en doctrina y jurisprudencia de “doctrina de los propios actos”.

⁷⁸² Como manifestaciones de esta idea en el Derecho romano podemos encontrar. La vinculación a lo contratado, la observancia de lo pactado, la vinculación a una situación jurídica aprobada, la vinculación a lo manifestado documentalmente. Para una visión de las raíces de la doctrina de los propios actos en el Derecho romano Vid. DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, ob.cit, págs. 21 – 42, de donde hemos extraído también la mención a los distintos supuestos del Derecho Romano.

⁷⁸³ “La doctrina de los actos propios es un principio general del Derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno el daño consiguiente”. La definición aparece referenciada por LÓPEZ MESA, M.J., ROGEL VIDE, C., *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2005, pág. 89.

Así es reconocido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Por todas y por las referencias que hace a jurisprudencia anterior, STS (Sala Primera), num. 349/2011, de 17 mayo de 2011, RJ\2011\3973, F.D 9º: “Esta Sala, en su sentencia de 9 diciembre 2010 (Rec. 1433/2006), entre otras que

En este sentido, constituye una manifestación del Principio de buena fe el hecho de que los derechos deban ejercitarse de forma coherente⁷⁸⁴, esto es, de acuerdo con la finalidad o función económica y social que les son propias y de acuerdo con las expectativas, es decir, la confianza – que no la mera apariencia jurídica creada⁷⁸⁵ – suscitada en la contraparte de que el derecho será ejercido en un determinado sentido y circunstancias⁷⁸⁶.

podieran citarse, ha dicho que la doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 28 de noviembre de 2000 y 25 de octubre de 2000; SSTC 73/1988 y 198/1988 y ATC de 1 de marzo de 1993)”.

La doctrina de los propios actos aparece también reconocida en iniciativas internacionales de armonización legislativa, así en el art. 1.8 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010): “Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.

⁷⁸⁴ La exigencia de que los derechos se ejerciten de forma coherente aparece recogida incluso por la jurisprudencia constitucional, así la STC (Sala Primera) núm. 47 de 1988, de 21 de marzo de 1988: “la doctrina de los propios actos encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello, el ejercicio de los derechos subjetivos”.

⁷⁸⁵ La protección de la apariencia jurídica constituye el fundamento de la doctrina anglosajona del *estoppel*, (estorbo, impedimento, obstáculo, detención), doctrina que refiere a “la imposibilidad de una persona dentro de un proceso para hacer una alegación – aunque sea cierta – que esté en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o conducta...El *estoppel* vendría de esta manera a ser una especie de sanción impuesta a la persona en virtud de la auto-responsabilidad derivada del sentido objetivo de su conducta y de la confianza que ha podido suscitar en los demás”. La definición antes referida y también para una visión comparada entre el fundamento del *estoppel* y el *venire contra factum proprium*, Vid DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, ob.cit, págs. 61 – 70.

⁷⁸⁶ Fundamentando la prohibición de ir contra los propios actos en el Principio general de buena fe, por todos, DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, ob.cit, pág. 143: “La exigencia de un comportamiento

Por ello, cuando se lleva a cabo un acto de ejecución de un derecho que supone una contravención de la confianza despertada en la otra parte por la expectativa de un comportamiento coherente, dicha actuación constituye una vulneración del Principio de buena fe y se encuadra dentro de la prohibición de ir en contra de los propios actos⁷⁸⁷.

Los presupuestos de esta doctrina en el ámbito español se han ido perfilando por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde antiguo, considerándose en la actualidad los siguientes⁷⁸⁸: Que

coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza...La confianza suscitada por los actos, que impone una coherencia lógica al comportamiento del autor, no es sólo la confianza en una "aparentia iuris"...la protección de la confianza y, por tanto, la exigencia de coherencia va, en rigor, más lejos. Todo el que suscita no sólo una apariencia jurídica, sino una expectativa seria de una conducta futura, debe ser consecuente con la expectativa suscitada".

A nivel jurisprudencial, en relación con un contrato de colaboración (mediación), refiere a esta concepción de la buena fe en relación con la confianza la STS (Sala Primera), núm. 441/2013, de 27 de junio de 2013, ROJ STS 3770/2013, F. D 2º: "Según la jurisprudencia, la buena fe a que se refiere el art. 1258 CC se proyecta sobre lealtades fidelidades recíprocas, siendo su elemento fundamental la protección de la confianza (SSTS -12-09 y 9-2-00) y exigiendo el cumplimiento de las reglas de conducta insitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida SSTS 30-1-03 , 20-2-00 , 21-9-87 y 26-1-80)".

⁷⁸⁷ En este sentido MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Comentario al art. 7", ob.cit., pág. 51: "Una declaración de voluntad negocial obliga desde el momento de su perfección. La doctrina de los actos propios como sistema que protege la confianza en la coherencia de la conducta, precisamente exige como decisivo que la confianza haya surgido efectivamente y sea comprobable por su inversión. Requiere además que la coherencia sea exigible conforme a la buena fe, de modo que no puede tolerarse la frustración de la confianza suscitada".

⁷⁸⁸ La sentencia más antigua del Tribunal Supremo español que trata del tema data de 1864 y versa, al igual que el resto de sentencias de esta etapa inicial,

una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz⁷⁸⁹; que posteriormente esta misma persona intente

sobre la imposibilidad de ejercitar una acción de nulidad contradictoria con la anterior conducta del actor. Para una magistral visión de la evolución de esta doctrina, Vid. el apéndice de más de 200 sentencias que incluye DÍEZ PICAZO, L., en su obra, *La doctrina de los propios actos*, ob.cit, págs. 253 – 468. Un breve comentario o visión de la evolución de la jurisprudencia sobre la base de las anteriores sentencias es realizado por el autor en el mismo trabajo págs. 102-122.

En la actualidad acerca de los presupuestos para la aplicación de esta doctrina Vid. por todas, y por la cita de jurisprudencia que contienen, STS (Sala Primera), num. 766/2000, de 25 julio de 2000, RJ2000\6196 F.D 2º: “El principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de la buena fe y de la exigencia de observancia de una conducta coherente dentro del tráfico jurídico y siempre que concurren los requisitos o presupuestos que exige la doctrina para su aplicación: que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídica afectante a su autor y, asimismo, que exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente –ver, por todas, sentencias de 5 de octubre de 1987 , 16 de febrero y 10 de octubre de 1988 , 10 de mayo y 15 de junio de 1989 , 18 de enero de 1990 , 5 de marzo de 1991 , 4 de junio y 30 de diciembre de 1992 , 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993 , 17 de diciembre de 1994 , 31 de enero, 30 de mayo y 30 de octubre de 1995 , 21 de noviembre de 1996 , 29 y 30 de abril, 12 de mayo, 15 de julio, 30 de septiembre y 30 de noviembre de 1998 , 4 de enero, 13 de julio, 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999 y 23 de mayo de 2000”.

⁷⁸⁹ Respecto a este requisito, insiste especialmente la jurisprudencia en que: “Sin embargo (SSTS de 5 de octubre de 1984 , 5 de octubre de 1987 , 10 de junio de 1994 , 14 de octubre de 2005 , 28 de octubre de 2005 , 29 de noviembre de 2005 , RC n.º 671/1999), el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de Derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla, pues constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla”. STS (Sala Primera), num. 349/2011, ob.cit., F.D 9º. En el mismo sentido. STS (Sala

ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión; que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior; que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos⁷⁹⁰.

La consecuencia jurídica de declarar que el ejercicio por un sujeto de un derecho de forma contradictoria con el sentido objetivo que, según la buena fe, cabía atribuirle a raíz de su conducta anterior, es, en sentido estricto – siempre quedarán expeditas la vía de reclamación del daño extracontractual del art. 1902CC, a parte de especiales sanciones impuestas por el ordenamiento, si las hubiere –, la ineficacia de ese acto, la “inadmisibilidad de su pretensión⁷⁹¹”, lo cual implicará distintas

Primera), num. 208/2013, de 26 marzo de 2013, RJ\2013\2427, F.D 9º.

⁷⁹⁰ La enumeración de los presupuestos está tomada de DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, ob.cit, págs. 192 – 193.

⁷⁹¹ Acerca de la inadmisibilidad de la pretensión como consecuencia de los propios actos frente a otro tipo de sanciones DÍEZ PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos*, ob.cit, pág. 246-249: “La inadmisibilidad de una pretensión se traduce pues, desde un punto de vista sustantivo, en una facultad del convenido de rehusar legítimamente el comportamiento exigido y, desde el punto de vista procesal, en una desestimación de la demanda”.

En este sentido, STS (Sala Primera), de 14 de mayo de 1992, RJ\1992\4121, F.D 1º: “El principio de buena fe que informa toda la normativa comercial, no acoge las posturas de los compradores que disconformes con los envíos de géneros adquiridos, porque éstos no coinciden con los contratados o adolecen de vicios, defectos, malas calidades o se presenten irregulares y no aptos, adoptan una actitud pasiva, que aparece clara y concurrente en el presente supuesto, ya que se retuvo la mercancía y fue aprovechada comercializándose, sin efectuar las necesarias reclamaciones ni ejercitado las correspondientes acciones, siquiera por vía reconventional en el actual litigio a fin de interesar la ineficacia del contrato. Esta pasividad la mantuvo persistente durante todo el pleito, pues la prueba de la existencia real de los vicios que alega, no obstante haberla interesado, no la cumplieron, si bien contaron con la correspondiente oportunidad procesal, conforme a lo que se deja expuesto”.

repercusiones para el futuro ejercicio del derecho ahora inadmitido⁷⁹².

B) Aplicación a las redes empresariales.

Tal y como se ha expuesto, la doctrina de los propios actos gira entorno a la idea según la cual resulta conforme a las exigencias de la buena fe en las relaciones negociales, que se proteja la *confianza* suscitada por un sujeto en su contraparte negocial acerca de la realización de un acto objetivamente coherente con la conducta anteriormente desplegada, siendo contrario a las exigencias de la buena fe defraudar dichas expectativas.

El elemento confianza, tal y como se ha señalado anteriormente, constituye un elemento esencial de las redes empresariales dado el marcado componente relacional que las mismas incluyen y el carácter *uberrima fides* de las relaciones entre sus miembros vinculados contractualmente⁷⁹³.

Como consecuencia de todo ello y de la interdependencia existente entre las prestaciones empresariales desarrolladas por los miembros de la red, se ha señalado anteriormente que cada

⁷⁹² Así, señala MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 7”, ob.cit., pág. 52: “La imposibilidad de venir contra los propios actos puede determinar una paralización del ejercicio del derecho o facultad de que se trate, pero puede significar su pérdida definitiva si ya es imposible ejercitarlo según las exigencias de la buena fe. Si se toma en un sentido amplio la doctrina de los propios actos puede fundar también el nacimiento de un derecho en la otra parte. Así, por ejemplo, el principio de la buena fe puede impedir al transmitente simulado recuperar la cosa si ha asado a poder de un tercero de buena fe, incluso al margen del Registro de la propiedad... Por ello, la eficacia de la regla puede ser, en algunos casos superior a la mera paralización del ejercicio del derecho, especialmente porque en ellos ya no es posible ejercitarlo con arreglo a la buena fe, pero también porque una verdadera protección de la confianza suscitada así lo exige”.

⁷⁹³ Acerca del carácter *intuitu* de las relaciones entre los miembros de la red, Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado f).

Por lo que respecta a la importancia del componente relacional para la governance de las redes empresariales, Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 1, subepígrafe 3, apartados A) y B).

miembro conoce, en la mayor parte de los casos la posición que ocupa el resto dentro de la estructura organizativa de la red e incluso la ejecución de sus prestaciones se ve influida o condicionada recíprocamente. Este hecho, unido al carácter estable y duradero de la red determina que, por razón de la interacción continuada en el tiempo surjan entre los miembros de la misma unas expectativas de comportamiento recíprocas que integran también el contenido la relación jurídica existente entre ellos⁷⁹⁴.

Estas expectativas se fundamentan en la confianza en el ejercicio de las prestaciones empresariales por los otros miembros de la red de una forma coherente y ajustada a su finalidad, porque así lo han venido realizando de forma continuada anteriormente, con lo que es conforme al Principio de buena fe por parte de un miembro de la red confiar en que otro miembro lleve a cabo el ejercicio de sus derechos en una determinada forma y circunstancias.

La anterior reflexión sirve a los propósitos de mostrar cómo en la red empresarial, por los propios caracteres que la definen, la exigencia de un ejercicio coherente de derechos por parte de sus miembros, se ve especialmente reforzada como consecuencia del también carácter cualificado tanto del contexto en que se realizan – *uberrima fides* – como de las consecuencias que de dichos actos se derivan para el resto de miembros – interdependencia –. De hecho, si se realiza una traslación de los supuestos para la aplicación de la doctrina de los propios actos al contexto de las redes empresariales, puede verse como, en virtud de lo señalado, todos los presupuestos de dicha doctrina encajan con el escenario ordinario de mero ejercicio de derechos por parte del miembro de la red, a salvo está, por supuesto, del requisito de realización de la pretensión contraria a los propios actos.

⁷⁹⁴ En concreto sobre este aspecto, encuadrado dentro de la consideración de la autonomía e interdependencia empresarial de los miembros de la red como factor a tomar en consideración para el diseño de la governance de la misma, Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 1, subepígrafe 2.

Así las cosas, parece que esta doctrina puede actuar como un importante límite a la libertad de ejercicio de los derechos por parte de los empresarios miembros de la red, en especial, en el caso de las redes hegemónicas, por su cabeza. Todo ello en garantía de la correcta realización de la causa o finalidad económica de la red empresarial, fundamento último de las funciones integradora y de límite al ejercicio de los derechos que implica la aplicación del Principio de buena fe.

De esta forma, a través de la aplicación de esta doctrina se pueden prevenir gran cantidad de comportamientos oportunistas que, más allá del daño o perjuicio económico que puedan o no causar a otros miembros de la red, o del beneficio individual que el autor pueda embolsarse con ellos, incluso sin causar un perjuicio económico a otro miembro de la red⁷⁹⁵, constituyen actuaciones susceptibles de alterar el clima de confianza propio

⁷⁹⁵ Recuérdese la ausencia en nuestro derecho de mecanismos adecuados para la restauración de la confianza perdida y mantenimiento de la relación jurídica entre las partes. Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 3.

A este respecto, señala, TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, *ob.cit.*, págs 26 -27: “La creencia fundamental en la confianza a largo plazo es la característica definitoria de las redes. Las condiciones específicas de la confianza entre miembros de red facilitan “el reembolso/devolución a largo plazo” del “cumplimiento preliminar” de un participante por la parte de toda la red. En cuanto a esto, se pueden construir sanciones legales por el incumplimiento de la confianza en una red, no sólo para proporcionar una compensación/indemnización para casos aislados de incumplimiento, sino también para contener/controlar los riesgos asociados a la confianza que estén estructuralmente condicionados y que surgen en toda la red ya que los “las presiones de minimización de los costes, el elevado tiempo de presión y las crecientes demandas de flexibilidad causan un comportamiento oportunista por parte de actores individuales de la red.... Sin embargo, dado que la confianza es una condición previa para las operaciones del establecimiento de la red, debe ser impuesto un mecanismo de compensación, más exactamente, sanciones legales, para los casos de abuso de confianza. Además del control judicial de contratos estándar/marco, una de las intervenciones legales más adecuadas para asegurar institucionalmente las relaciones de confianza en la red seguramente sería una evolución jurisprudencial de los deberes de diligencia en la red que son comparables que ya establecido satisfactoriamente en la jurisprudencia relativa a los contratos, las sociedades y al derecho del trabajo”. (La traducción es nuestra).

de las relaciones empresariales en la red, lo que, asimismo, puede acabar repercutiendo en el resultado de la actividad objeto de la red, dañando por tanto la consecución del interés de la red.

Por ello, parece que esta doctrina constituya una herramienta para la persecución de comportamientos que, por acabar afectando al interés de red, constituyan bien una infracción del deber de lealtad o bien una infracción del deber de diligencia al que se encuentran sometidos los miembros de la red, en razón de la posición fiduciaria que ocupan respecto del resto de miembros y en garantía de la consecución de dicho interés⁷⁹⁶.

La violación del deber de lealtad se produciría en el supuesto de que el comportamiento contrario a los propios actos se lleve a cabo con la finalidad de obtener una ventaja patrimonial propia, que aún de forma indirecta, pueda perjudicar al resultado de la actividad de la red – primacía del interés individual sobre el compartido –⁷⁹⁷. Sería el caso, por ejemplo, en una red de subcontratistas de obra, en la que los materiales empleados por uno de ellos, fueran sustituidos por otros más económicos y de peor calidad sin que el resto de miembros tuviera conocimiento,

⁷⁹⁶ Vid. al respecto, capítulo Tercero, Epígrafe 3, subepígrafes 1, 2 y 3.

⁷⁹⁷ En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág. 126: “El compromiso asumido por el cabeza de red de trabajar a favor del sistema y de tratar de acuerdo con las reglas de la buena fe y lealmente a los miembros de u red, el carácter de contrato de colaboración de los contratos de red, y la fundamentación del buen funcionamiento de las redes en la filosofía *win/win* de hacer negocios, generan en el miembro de la red una legítima expectativa de que las decisiones empresariales relativas a la red serán adoptadas desde la perspectiva del interés común de todos los miembros y de que no se antepondrán los intereses particulares del cabeza de red a los compartidos con aquellos derivados de la explotación de la actividad objeto de la misma”.

A continuación el autor encuadra dentro de la figura de la inducción al error respecto del otro miembro de la red, de las consecuencias de la infracción de este deber de comportamiento, opinión que entendemos, cabe compartir en el supuesto de encontrarnos en la fase preliminar del contrato, pero no ya en la fase de ejecución, en la que el remedio sería, junto a la cesación del comportamiento por ser contrario a los propios actos, una compensación del daño causado.

de forma que dicho miembro estaría obteniendo un ahorro de costes, a riesgo de que el resultado final – la obra, producto complejo – pueda acabar manifestando ese déficit de calidad en perjuicio de la reputación de toda la red.

La violación del deber de diligencia se produce cuando el comportamiento contrario a los propios actos es consecuencia de una falta de previsión, de profesionalidad o de pericia por parte del miembro de la red, lo que le lleva a ejercitar un derecho de forma contraria a lo que resultaría coherente esperar de acuerdo con lo que constituye la naturaleza jurídica de la prestación a realizar y la forma en que la ha venido realizando anteriormente. En este caso, la falta del elemento intencional en obtener la ventaja patrimonial aún a sabiendas del posible perjuicio para el interés de red, determina la calificación del comportamiento como contrario al deber de diligencia (y no al de lealtad), al que también se encuentra sometido el miembro de la red como consecuencia de su posición fiduciaria y en garantía de la consecución del interés de red⁷⁹⁸.

I.3. El enriquecimiento injusto.

A) Planteamiento doctrinal.

⁷⁹⁸ De esta forma, en sede de contrato de concesión, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato Mercantil de Concesión*, ob.cit, pág. 205: “Creemos asimismo que un comportamiento poco cuidadoso del concedente, en lo que a la dirección de la política comercial de la red se refiere, puede ser examinado en sede de responsabilidad contractual. Para ello, procede realizar una interpretación integradora del contenido del contrato que vincula al concedente y al concesionario en atención a las exigencias derivadas de su naturaleza y de la buena fe (art. 1258CC). El concesionario en virtud del contrato se compromete a actuar siguiendo la política comercial del concedente. Pero ello no supone que el concedente goce de una facultad libérrima para determinar cuál será el contenido de tal política. **El concedente asume un deber de dirección comercial que, si bien se ejerce al margen de la que es la estricta relación negocial, queda en todo caso matizado por las expectativas contractuales generadas en el concesionario.** Expectativas que hay que tutelar...**La integración de las obligaciones del concedente** por las exigencias derivadas de la buena fe exige que, al margen de cuáles sean las efectivas resultas de su actuación, **pese sobre él una obligación de diligente dirección y gestión de la política comercial de la red**”. (La negrita es nuestra).

Al igual que sucedía con la prohibición de *venire contra factum proprium*, la doctrina del enriquecimiento injusto encuentra sus orígenes en el Derecho romano, siendo posteriormente objeto de desarrollo por los autores y jurisprudencia de las diversas tradiciones jurídicas⁷⁹⁹.

Actualmente y sobre la base común del principio de que “nadie debe enriquecerse ilícitamente”, se mantienen dos aproximaciones distintas a la figura que nos ocupa, una propia de la *common law* más centrada en el causante del daño, y otra, propia de los países de Derecho continental, que orbita entorno a la figura del perjudicado, de aquél que sufre el empobrecimiento⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ Según, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 108: “La doctrina moderna del enriquecimiento injustificado o sin causa tiene su origen en la exégesis, glosa y comentario de un texto de POMPONIO, recogido en Digesto 50, 17, 206 y de los textos sobre las *condictiones* en que aquél se fundaba. El texto de POMPONIO es muy conocido y dice de una manera escueta lo siguiente: “Por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico en detrimento de otro y con injuria”. Para un análisis más detallado de este origen romano y una breve visión pero ilustrativa de la evolución y concepción de la figura en el ámbito del Derecho común y, en particular, en el Derecho español, Vid en la misma obra págs. 109 – 118.

⁸⁰⁰ A grandes rasgos, y tomando como base las conclusiones alcanzadas por AA.VV *Cases materials and texts on Unjustified Enrichment*, BEATSON J., SCHRAGE E., eds., Hart Publishing, Oxford, 2003, en una amplísima monografía, con gran cantidad de jurisprudencia explícitamente aportada, en la que se realiza un estudio comparativo de la concepción y regulación de la figura a través de las legislaciones inglesa, francesa, alemana, escocesa, holandesa y sur-africana, tres son las principales diferencias aproximativas de una y otra cultura jurídica entorno a la figura que nos ocupa, págs. 6-8: “La primera diferencia principal es la medida en la que los diferentes sistemas aceptan que las demandas de restitución se apoyen en la base común del “enriquecimiento injusto”. Los sistemas de Derecho continental son más favorables a esto que los de *common law*, pero difieren en el modo en que llegan a esta conclusión....Una consecuencia de esta diferencia entre los sistemas de *common law* y Derecho continental es que mientras para el último la cuestión central giran en torno al demandado y se pregunta si había una causa o base legal para el beneficio que ha recibido, en *common law* se centra en el demandante y se pregunta si existe un fundamento para la restitución. Cuando se ha trasferido un beneficio “sin fundamento jurídico”, un sistema

Con todo, tres son los presupuestos unánimemente reconocidos que deben concurrir para encontrarnos en presencia de esta figura: El enriquecimiento de una parte, el correlativo empobrecimiento de la otra y la falta de causa justificativa del enriquecimiento⁸⁰¹.

El enriquecimiento de una parte puede producirse tanto por una no disminución del patrimonio (enriquecimiento negativo o *damnum cessans*) como por un efectivo aumento del patrimonio (enriquecimiento positivo o *lucrum emergens*)⁸⁰²

de Derecho continental preverá, como regla general, una restitución, mientras que en *common law*, el demandante debe mostrar un fundamento, una base positiva para la recuperación, por ejemplo un error o coerción...La segunda es que en los sistemas de *common law* la doctrina del enriquecimiento injusto no forma puramente parte del derecho de obligaciones. En algunos casos los remedios operan *in rem* y se apoyan en la forma de una fiducia o carga sobre bienes que pueden estar disponibles en manos del demandado. Esto puede deberse al hecho de que el sistema de *common law* tiene una diferente y discutible concepción más débil de la propiedad respecto al Derecho continental, siendo sus mayores herramientas de protección las obligaciones que nacen por interferencias con la posesión en lugar de una acción real, una *vindicatio*...La tercera diferencia es que el *common law* ha encontrado más fácil que el Derecho continental tratar con acciones surgidas cuando el causante del daño a obtenido una gran suma con su perjuicio que la pérdida infligida a la víctima que podría ser recuperable por medio de una acción delictual (aproximación del Derecho continental)". (La traducción es nuestra).

⁸⁰¹ En España, estos tres presupuestos de la doctrina del enriquecimiento injusto han sido fijados jurisprudencialmente en la clásica STS (Sala Primera) núm. 607 de 1947, de 29 de abril de 1947, señalando en su considerando tercero que: "Procede tener en cuenta que si son supuestos esenciales del enriquecimiento injusto la obtención de una ventaja patrimonial a expensas de otro, un correlativo empobrecimiento de éste y la falta de causa justificativa del desplazamiento del valor de uno a otro patrimonios".

⁸⁰² Esta distinción aparece apuntada en la STS (Sala Primera) núm. 17 de 1943, de 12 de enero de 1943, considerando tercero. A nivel doctrinal, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., págs. 119-120 señala que: "Se denomina enriquecimiento positivo aquel que se produce por un aumento efectivo del patrimonio del interesado. El aumento del patrimonio del interesado puede producirse, bien por un incremento del activo patrimonial o bien por una disminución del pasivo...Existe un enriquecimiento negativo en todos aquellos caso en que se evita en todo o en parte una disminución del patrimonio, que de otro modo tendría que haber

Por lo que respecta al empobrecimiento, este debe entenderse como una pérdida pecuniariamente apreciable en el patrimonio de la otra parte y que no haya sido causada por esta, sino que su empobrecimiento sea consecuencia del enriquecimiento de la contraparte⁸⁰³.

Finalmente, debe existir una ausencia de causa justificativa de dicho desplazamiento patrimonial, de forma que el mismo no pueda ser considerado como resultado de un daño, de un ilícito causado por la contraparte, en cuyo caso nos encontraríamos en la esfera del Derecho de daños⁸⁰⁴.

sido producida necesariamente. En este sentido puede decirse que la no realización de un gasto es equivalente a un ingreso. Por esto pueden comprenderse dentro del concepto de enriquecimiento negativo todos aquellos casos en que hay un consumo de cosas pertenecientes a un tercero, el aprovechamiento de servicios llevados a cabo por un tercero o de abstenciones llevadas a cabo por un tercero, siempre que el beneficiado haya evitado de esta forma un gasto que de otra manera hubiera tenido que hacerse”.

⁸⁰³ A este requisito se le conoce como relación o lazo causal entre el enriquecimiento del demandado y empobrecimiento del actor, admitiéndose la aplicación de la doctrina aún en caso de nexo causal indirecto, es decir, que el enriquecimiento y correlativo empobrecimiento se haya producido a través de la acción medial de un tercero. Al respecto DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., págs. 121-122.

⁸⁰⁴ En este sentido, DE LA CÁMARA, M., DÍEZ-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 60. “El Derecho de daños trata de resolver el problema del resarcimiento debido por quien (por acción u omisión interviniendo culpa o negligencia) causa daño a otro. Se trata de resolver el problema de la imputación del daño y, por decirlo de modo gráfica, resolver socialmente el problema de la distribución de los riesgos y de los infortunios. Acaecido un infortunio, quien debe soportar sus consecuencias es la pregunta central del Derecho de daños. En el genuino fenómeno del Derecho de daños hay daño y no hay necesariamente enriquecimiento de otro. Si por culpa o negligencia de una persona se incendia un edificio de otro nos encontraremos con la presencia de un puro problema de Derecho de daños donde en línea de principio no hay enriquecimiento ninguno. A la inversa podemos encontrar fenómenos de enriquecimiento injustificado en las que no puede hablarse rigurosamente de daño, entendido en sentido técnico. En la hipótesis de paga de algo que no se debe, al *accipiens* se enriquece sin causa, pero en sentido propio, el empobrecimiento del *solvens* no debe llamarse daño.

B) Aplicación a las redes empresariales.

En un entorno presidido por la confianza, en el que la interdependencia entre las prestaciones empresariales es caractere definitorio de las redes empresariales, se producen – es más, se pretende que así ocurra como ventaja de las redes empresariales frente a otras figuras organizativas⁸⁰⁵ –, constantes intercambios de información industrial entre sus miembros, aparte de los normales desplazamientos patrimoniales que conlleva el ejercicio de la actividad en red, lo que determina que constantemente se esté produciendo un aprovechamiento de las sinergias recíprocas entre los miembros de la red.

Este hecho, unido a la posibilidad de un bajo grado de formalización de las relaciones negociales en la red – también como consecuencia de la confianza existente entre sus miembros –, determina que la dinámica de la red esté presidida por un constante flujo de desplazamientos patrimoniales entre sus miembros que supera, con mucho, el marco regulatorio previsto dentro de una relación bilateral o multilateral de intercambio.

En este sentido, si bien es posible que vía ejercicio de su autonomía privada los miembros de la red se hayan dotado de algún instrumento jurídico de carácter bilateral o multilateral

Hay, sin embargo, casos en que el cruce surge. Se trata fundamentalmente de los casos de invasión o de intromisión en el ejercicio de un derecho ajeno. En estos casos se dan también los del Derecho de Enriquecimiento. Por ejemplo: el titular de una concesión minera excava y extrae mineral de terrenos pertenecientes a un concesionario limítrofe con él; se utiliza indebidamente y sin autorización un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial. Son éstos casos que pueden ser tratados en uno y en otro campo. El derecho de Enriquecimiento funciona además aunque el daño en sentido estricto no se haya producido. Piénsese en el ejemplo de CAEMMERER: un importante medio de difusión (v. gr. una estación de radio o de televisión) utiliza la propiedad intelectual del autor de un libro escasamente conocido, sin licencia de él y sin pagarle ningún tipo de retribución, pero la curiosidad despertada produce un notable incremento de las ventas y enriquece al autor. El problema debe quedar por ahora abierto y entre paréntesis.

⁸⁰⁵ Vid. al respecto Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2 apartados E) y F).

que, con mayor o menor grado de formalidad regule las relaciones empresariales entre los mismos, el conjunto de sinergias y desplazamientos patrimoniales que conlleva la participación en la red no puede concebirse como reducido a los límites de este marco obligacional. Así las partes, dentro de sus posibilidades, podrán haber fijado los grandes contornos que deben presidir su relación a lo largo del tiempo, pero no el total contenido de la misma⁸⁰⁶, y, en todo caso, la interdependencia, interacción continuada y la dimensión relacional de la red conlleva que la actuación de un miembro de la red implique repercusiones para el resto de miembros, independientemente de que mantenga o no una relación negocial directa con ellos⁸⁰⁷.

Como consecuencia de todo esto, la red empresarial constituye un entorno especialmente favorable para que se den diferentes supuestos de enriquecimiento injusto entre sus miembros: por ejemplo, la transmisión no prevista de un *know-how* entre miembros de la red que no mantienen una relación contractual directa entre sí – *condictio por intromisión*⁸⁰⁸ –, o en

⁸⁰⁶ Recordemos aquí la caracterización como duradera de la relación entre los miembros de la red y las consecuencias que ello conlleva desde un punto de vista de la imposibilidad de prever de antemano por las partes las vicisitudes que atravesará la relación y la necesidad de mecanismos para afrontar el cambio de circunstancias y la falta de previsión. Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado A).

⁸⁰⁷ Acerca de estos efectos y la superación del principio de relatividad contractual como consecuencia de la interdependencia, Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado D)

⁸⁰⁸ La *condictio* por intromisión es una de las categorías que a efectos ilustrativos y clasificatorios de la multiplicidad de supuestos de enriquecimiento injusto realiza DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., págs. 124 – 128, señalando que pág. 125: “Denominador común de los diferentes supuesto que se engloban dentro de este tipo de acción de enriquecimiento es que en todos ellos a una persona le afluyen valores patrimoniales, que no le corresponden, porque han sido obtenidos mediante una invasión indebida, aunque no haya de ser necesariamente culposa, y pueda incluso ser en ocasiones de buena fe, de bienes ajenos protegidos mediante derecho de carácter absoluto. En tal caso, el poseedor a título de dueño del bien o del derecho en cuestión puede pedir la restitución del enriquecimiento obtenido por otro de este modo, si ha faltado una causa o título que lo justifique”.

un proceso de elaboración complejo, la mejora, aún medial, de la prestación realizada anteriormente por otro empresario con el que no se mantiene una relación contractual – *condictio por expensas* –⁸⁰⁹.

Ahora bien, normalmente estos desplazamientos patrimoniales que pueden ser constitutivos de supuestos de enriquecimiento sin causa, no son percibidos como tales por parte de los miembros de la red, pues la presencia del interés compartido y la actuación a favor de dicho interés – deber de diligencia y de lealtad – a la que están sometidos los miembros de la red en cuanto fiduciarios unos de otros, eclipsa tal consideración aislada de dichos desplazamientos patrimoniales, de forma que los mismos son percibidos como subordinados a un fin mayor que los justifica y que, en cierta medida, vendría a dotar de causa a los mismos, enervando la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa.

No obstante lo anterior, dichos deberes a los que se encuentran sometidos los miembros de la red no son deberes absolutos, y parece que la actuación en primacía del interés de red deba encontrar su límite en supuestos en los que la actuación en favor de dicho interés recaiga materialmente y en exclusiva sobre un determinado miembro de la red con exclusión de los demás. Este caso supondría la causación de un empobrecimiento a dicho empresario y un correlativo enriquecimiento de otro u otros, sin que pueda sostenerse como causa y justificación del mismo, la actuación en aras del interés de red. Así por ejemplo, en el supuesto de la elaboración de un producto complejo,

⁸⁰⁹ Por ejemplo, en un contrato de obra, el escayolista que al recubrir con yeso, cubre defectos de tabicación del empresario encargado de estas tareas. La *condictio por expensas* “se produce en aquellos casos en que se realizan gastos o se incorpora trabajo en una cosa ajena, con beneficio del propietario o del poseedor de la misma. Para que aparezca esta *condictio* y no estemos ante un problema de Derecho de Contratos o de la genérica *condictio* de prestación, será necesario que entre quien realiza los gastos o incorpora el trabajo y el beneficiario no exista una relación contractual (contrato de arrendamiento), pues en tal caso la situación creada debe resolverse con arreglo a las normas del Derecho de contratos”. DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 128.

cuando un empresario realizara de forma ordinaria, más allá de sus prestaciones pactadas contractualmente y a favor de la calidad del resultado final, correcciones en la prestación ejecutada previamente por un empresario anterior en la cadena de elaboración, independientemente de que las mismas se realizaran – aún de forma cuasi-medial – con ocasión de la prestación a la que viene obligado, y el escaso coste que le supusiera. Nos encontraríamos aquí ante un supuesto de enriquecimiento injusto por parte del empresario que no realizó correctamente la prestación que luego fue reparada y, por tanto, se ahorró el coste de la correcta ejecución, siendo este asumido por el empresario posterior que realiza la labor de rectificación.

Aparte quedan las conductas que traten de dar un uso instrumental al deber de diligencia. Sería el caso, por ejemplo, en una red hegemónica en la que el cabeza de red no llevara a cabo el ejercicio de sus funciones de supervisión del producto, sino que delegara dicha facultad, no por vía contractual, sino de hecho, en otros miembros de la red, argumentando que dicha función va incluida de forma intrínseca en la prestación a la que sí se han obligado contractualmente, y ello, en garantía de la consecución del resultado final y el interés compartido. Nos encontraríamos en este caso ante un supuesto de enriquecimiento sin causa por parte del cabeza de red.

Sirva por tanto esta reflexión acerca de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa a las redes empresariales, en primer lugar, para la toma de consciencia por el operador jurídico de la constante realización de transmisiones patrimoniales que, fruto de los caracteres que le son propios, se dan en el seno de la red, al margen de una posible regulación jurídica entre las partes de la misma; en segundo lugar, para constatar que muchas de esas transmisiones patrimoniales suponen enriquecimiento y correlativo empobrecimiento de las partes que en ellas intervienen; y que, en tercer lugar, la existencia o no de una causa que las justifique dependerá del alcance que se le dé a los deberes a los que se encuentran sometidos en su actuación los miembros de la red, por lo que la doctrina del enriquecimiento sin causa actuará en esta sede

como límite al contenido de los deberes de actuación a los que se encuentran sometidos los miembros de la red.

1.4. Recapitulación. Delimitación negativa de los deberes de conducta en la red empresarial.

El estudio llevado anteriormente sobre la aplicación de las instituciones del abuso de derecho, *venire contra factum proprium* y enriquecimiento injusto, ha servido para poner de manifiesto como, dichas instituciones fundamentadas en Principios Generales – en especial el de buena fe – y con un *a priori* amplio ámbito de aplicación, plantean diversos retos en su aplicación a las redes empresariales debido a los especiales caracteres definitorios que las mismas presentan, en especial, por razón de la dialéctica de intereses legítimos existente en su seno, así como por la presencia de la sujeción a un recíproco deber de lealtad entre sus miembros y hacia la red en su conjunto, como consecuencia de la condición de fiduciarios de los mismos, en cuanto gestores de interés ajenos, por efecto de la interdependencia de las prestaciones empresariales.

Sin embargo, son precisamente estas dificultades para la aplicación de dichas doctrinas las que han permitido identificar, desde una vertiente negativa, aquellas conductas llevadas a cabo por parte de los miembros de la red que, en base a los caracteres propios de la misma, constituyen comportamientos contrarios a la realización del fin negocial de la red y a la satisfacción de la pluralidad de intereses concurrentes en su seno, aún cuando no puedan ser objeto de subsunción bajo ninguna de las instituciones analizadas.

Es por ello, que la identificación de estos comportamientos, y su percepción como negativos, es decir, como un desvalor jurídico, se produce porque a su vez existen unas exigencias de conducta que dichos comportamientos infringen y, por ello, son percibidos como antijurídicos. Estas exigencias son, jurídicamente hablando, deberes secundarios de conducta que, con origen en el Principio de buena fe, integran el contenido de la relación jurídica existente entre los miembros de la red y que por ello delimitan y restringen la libertad de actuación de los

miembros de la red en el ejercicio de sus derechos y obligaciones.

A continuación se llevará a cabo una identificación de los principales deberes secundarios de conducta a los que se encuentran sometidos en su actuación los miembros, y en especial el cabeza de red, en las redes hegemónicas como integrantes de la relación jurídica compleja que implica la pertenencia a la red empresarial.

El análisis se circunscribe al ámbito de las redes hegemónicas debido a que la estructura característica de las mismas con la presencia de un sujeto en posición hegemónica, provoca que, pese a las diferencias organizativas existentes entre las diversas redes hegemónicas, sea posible predicar la existencia de unos deberes generales aplicables a todo este tipo de redes en cuanto comparten en su sustrato la misma estructura organizativa.

Por el contrario, en las redes paritarias, el mayor componente horizontal de las mismas, con los sujetos a priori en una mayor posición de igualdad que con respecto a las hegemónicas, hace que las formas de organización de las mismas sean mucho más variables y adaptadas al objeto de la red empresarial, por lo que, en un primer momento, y a falta de la realización de posteriores estudios empíricos sobre las mismas, no resulta posible predicar la existencia en este ámbito de unos deberes generales de conducta extensibles a todas ellas.

Sin embargo, con ocasión del estudio del fundamento de los deberes de conducta en el seno de las redes hegemónicas es posible que se lleve a cabo la identificación de determinados deberes que son también extensibles a los miembros de las redes paritarias, simplemente por su condición de miembros de una red empresarial – representación indirecta –, y que les serán, en principio, también aplicables a los miembros de las redes paritarias.

II. El deber de diligencia de los miembros de la red.

Anteriormente se ha expuesto como el deber de diligencia de los administradores sociales se concretaba en una serie de obligaciones de conducta de formulación genérica que, pese a delimitar el contenido mínimo del deber, permitían un margen de maniobra suficientemente amplio a los administradores sociales, de forma que éstos pudieran asumir, con el ánimo de obtener el mayor beneficio para la sociedad, un cierto volumen de riesgo empresarial, sin temor de que sus decisiones fueran enjuiciadas y sustituidas por los Tribunales en un juicio ex post *-business judgement rule*⁸¹⁰ –.

Posteriormente se ha sostenido que sobre la actuación de los miembros de la red empresarial pesa un especial deber de diligencia derivado de la consideración como fiduciarios de los mismos frente al resto de miembros de la red⁸¹¹.

Del mismo modo, también se ha afirmado que una de las manifestaciones concretas de este deber de actuación diligente en el ámbito de las redes empresariales, era la obligación que pesaba sobre los miembros de la red y, en especial sobre el cabeza de red, de suministro de información precontractual así como de veracidad y precisión del contenido de la misma, respecto un nuevo empresario interesado en formar parte de la red⁸¹².

Ahora bien, más allá de esta manifestación concreta de dicho deber, interesa ahora identificar, atendiendo a los caracteres propios de las redes empresariales, cuáles son las líneas maestras que delimitan el contenido de dicho deber de diligencia⁸¹³.

⁸¹⁰ Vid. Capítulo Tercero, Epígrafe 2, subepígrafe 3, apartado A).

⁸¹¹ Vid. Capítulo Tercero, Epígrafe 3, subepígrafe 2.

⁸¹² Vid. Capítulo Cuarto, Epígrafe 3, subepígrafe 2, apartados C) y D).

⁸¹³ Aunque en sede de contrato de franquicia, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., págs. 326, plantea una serie de interrogantes introductorios sobre el alcance del deber de diligencia en la franquicia que pueden ser extrapolados a la situación de los miembros y el cabeza de una red empresarial: “¿Posee el franquiciador como contratante dominante y líder del sistema una responsabilidad reforzada o “deber de competencia” (diligencia)

II.1 Contenido del deber de diligencia de los miembros de la red empresarial.

La cuestión de la determinación del deber de diligencia es una cuestión de delimitación del alcance de la discrecionalidad con la que cuentan los miembros de la red en el ejercicio de sus derechos por un lado, y de la identificación de aquellos comportamientos a los que vienen obligados en garantía de la naturaleza y finalidad del negocio, así como la salvaguardia del interés ajeno (compartido o divergente), por el otro lado⁸¹⁴.

El deber de diligencia es por tanto expresión de las exigencias del Principio de buena fe en la ejecución de los derechos y obligaciones ante la imposibilidad de las partes de regular de antemano y al detalle todas las vicisitudes que puede

que exceda de la propia aportación de bienes inmateriales y el normal desempeño de funciones sinalagmáticas? ¿en qué condiciones podrían los franquiciados de la red accionar contra el franquiciador incompetente? ¿y poseen los franquiciados legitimación para perseguir las conductas de otros franquiciados que dañan la imagen de la red, causándoles perjuicio indirecto?”.

⁸¹⁴ Así analizando las funciones de la diligencia en las relaciones obligatorias DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.II, ob.cit., págs. 121-122: “La idea de diligencia sirve para dotar de contenido y determinar una prestación, generalmente de hacer, identificada por las parte con una referencia de carácter genérico. Esta idea es especialmente útil cuando se trata de prestaciones profesionales, pero puede utilizarse de modo general en los contratos de servicios...BADOSA ha aislado una segunda función del instituto de la diligencia, que es intrínseca a la prestación debida y que tiene respecto de ella un carácter instrumental. Es la actividad necesaria para que la prestación, contemplada inicialmente como proyecto, pueda convertirse en realidad. **Significa una extensión de los deberes del deudor y comprende las actividades necesarias para la previsión de la viabilidad de la prestación, tal como se encuentra contemplada en el negocio jurídico constitutivo**, los deberes de preparación y elaboración de la misma, la ejecución de las bases previas a su realización última y las actividades de preservación y de evitación de los eventos que puedan ponerla en peligro, ocasionar daños o, finalmente, hacerla por completo imposible. Desde el punto de vista que nosotros hemos adoptado, **la diligencia puede ser en estos caos fuente de creación de especiales deberes de conducta que, como deberes accesorios, acompañan a la prestación principal.**” (La negrita es nuestra).

atravesar una relación comercial duradera⁸¹⁵. En este sentido, dentro del deber de diligencia se englobarán todas aquellas obligaciones de conducta que de modo implícito integran y rigen el ejercicio de la relación comercial⁸¹⁶.

El sometimiento de los miembros de la red a un especial deber de diligencia más allá de la que les es exigible por razón de su condición de empresarios – ordenado comerciante – encuentra su fundamento, tal y como se ha expuesto anteriormente, en su consideración como fiduciarios por cuanto en su actuación ordinaria, por efecto de la interdependencia de las prestaciones empresariales, concurriría siempre una cierta dimensión representativa sobre la actividad de otros miembros de la red.

⁸¹⁵ Para una breve descripción del fundamento, concepto, contenido y función del deber de diligencia Vid. Capítulo Tercero, Epígrafe 2, subepígrafe 3, apartados A).

⁸¹⁶ En este sentido ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., pág. 333: “No tratamos ya con la buena fe en el proceso de formación contractual, sino con la necesaria confianza a la que se encomienda un contratante al no poder prever detalladamente todo posible evento en el diseño de un contrato que se proyecta hacia un futuro incierto. La confianza en la ejecución de buena fe, es de hecho un elemento de racionalización necesario en la dinámica contractual pues, sin las imitaciones que impone a la discrecionalidad en la ejecución de las obligaciones, se llegaría a una quiebra del sistema. Se trata pues de obtener criterios que determinen la existencia de un incumplimiento de contrato en el nivel de ejecución en el que se puede confiar razonablemente como pacto implícito, sin llegar a superar las disposiciones del negocio”.

Igualmente, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato Mercantil de Concesión*, ob.cit., pág. 205: “En efecto, no hemos de olvidar que en virtud del contrato de concesión se crean y consolidan unos fuertes vínculos entre las partes, sustentados sobre la concurrencia de un interés común cuya protección en el tiempo requiere de una actuación leal de todos los involucrados. La integración de las obligaciones del concedente por las exigencias derivadas de la buena fe exige que, al margen de cuáles sean las efectivas resultas de su actuación, pese sobre él una obligación de diligente dirección y gestión de la política comercial de la red. En caso de incumplimiento de esta obligación el concedente habría de asumir las correspondientes responsabilidades por los daños derivados de sus actuaciones”.

Partiendo de este hecho debe señalarse como consideración previa a la determinación del contenido del deber de diligencia que, la prestación a la que vienen obligados los miembros de la red y que integra la buena fe a través de la exigencia de diligencia en su ejecución, se orienta en todo caso hacia la consecución del interés de red que actuará como modalizador del contenido de dicho deber⁸¹⁷. Es decir, no basta con que los miembros de la red actúen de forma diligente, sino que su actuación diligente debe orientarse a la consecución de dicho interés⁸¹⁸.

De acuerdo con lo anterior, parece que la primera obligación que integra este deber de diligencia es el *deber de profesionalidad*, es decir de comportamiento del miembro de la red en el ejercicio de la prestación empresarial que le

⁸¹⁷ Así en sede de deberes de los administradores sociales, como una manifestación del deber de cuidado (diligencia) RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 193-195 habla del *deber de atención*, señalando que: “El deber de administrar comprende un primer contenido relacionado con la dirección, el desarrollo efectivo del negocio y la promoción del fin social. **La primera y fundamental exigencia de atender la organización consiste en realizar los actos necesarios para promover el negocio**, dirigiendo los recursos humanos y materiales disponibles y tomando las iniciativas de programación, decisión y ejecución necesarias para el **cumplimiento de los fines sociales**”. (La negrita es nuestra).

⁸¹⁸ Esta orientación del ejercicio del deber de diligencia es similar a la que de acuerdo con la dicción clásica de dicho deber pesaba sobre los administradores sociales, que debían ejercer el cargo de acuerdo con “la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal”.

En este sentido LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, ob.cit., págs. 59-60: “El cargo que ostentan los administradores debe emplearse sólo y exclusivamente en beneficio de todos los accionistas...Por consiguiente, el ámbito de discrecionalidad de los administradores se extiende solamente a la elección de los medios para la consecución del mencionado fin, pero nunca, por tanto, a la modificación o sustitución del interés que deben perseguir. Como fácilmente se advertirá este principio y sus consecuencias son una manifestación más del carácter fiduciario del cargo de administrador. Los administradores pueden y deben administrar, pero al hacerlo deben siempre contemplar solamente el interés social”.

corresponde, de acuerdo con el nivel de profesionalidad o pericia que legítimamente cabría esperar de un empresario en su misma situación⁸¹⁹. De este modo se garantiza y protegen las expectativas, es decir, la confianza de los miembros de la red y terceros en un comportamiento coherente por parte del empresario en cuestión integrado en la red⁸²⁰.

Asimismo, parece que también deba integrar el deber de diligencia al que se encuentran sometidos todos los miembros de la red, *el deber de comunicación* al resto de miembros y, en especial al cabeza de red, de aquellas circunstancias que, dentro de la actividad objeto de explotación en la red, o fuera de ella, detecten con ocasión del desarrollo de su actividad, y que sean susceptibles de afectar el desarrollo de las prestaciones por los otros miembros de la red, e incluso a la estrategia comercial de la red en su conjunto, de forma que se refleja así la orientación a la salvaguarda del interés compartido del deber de diligencia⁸²¹.

⁸¹⁹ Así, ALCALDE SILVA, J., “La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 275, 2010, pág. 21: “La profesionalidad se encuentra implícita e la mención que hace la ley al ordenado empresario como patrón establecido para determinar la diligencia que debe observar un administrador social. La circunstancia de que éste actúe como si este fuera un empresario, dada la representación de la persona jurídica comerciante que ostenta (arts. 127 y 128 LSA), exige que se apliquen a aquél los niveles de atención, prudencia, dedicación y competencia que se predicen de un empresario organizado. Tal comparación, además, o puede realizarse en abstracto, sino conforme a las cualidades exigidas para aquellos empresarios que se dedican a la misma clase de actividad comercial que la sociedad”.

⁸²⁰ Recuérdese en este punto la trascendencia que revestía la interdependencia de las prestaciones empresariales, la esfera relacional y el carácter *intuitu* de las relaciones entre los miembros de la red en el análisis de la aplicación de la doctrina de los propios actos a las redes empresariales. Al respecto Vid. en este Capítulo, epígrafe 1, subepígrafe 2, apartado B).

⁸²¹ Esta última consideración permitiría entroncar el *deber de comunicación* en las redes empresariales con el deber de compartir información con el Consejo al que se encuentran sometidos los miembros del Consejo de Administración individualmente en el ámbito societario, pues se trataría, al fin y al cabo, de compartir información entre sujetos todos ellos, gestores de intereses ajenos y en interés del principal.

Nótese igualmente en este punto, y atendiendo a la vertiente positiva y negativa de la delimitación en garantía del interés compartido de la discrecionalidad con la que cuentan los miembros de la red en el ejercicio de sus derechos, como el deber de diligencia, a través de este deber de comunicación, converge, desde una vertiente positiva, con el *deber de transparencia*⁸²² al que también se encuentran sometidos los miembros de la red en salvaguarda de la consecución de dicho interés compartido, el cual se encuentra a su vez también en conexión con el deber de lealtad, imponiendo este tipo de obligaciones de conducta positivas en garantía del renombrado interés; y desde una vertiente negativa, este deber de comunicación encontrará su límite en el respeto al *deber de confidencialidad* al que, en su condición de gestores de intereses ajenos, se encuentran también sometidos los miembros de la red⁸²³.

II.2 El deber de diligencia como límite al poder de dirección del cabeza de red.

A) La dirección de la red, fundamento de un deber de diligencia cualificado del cabeza de red.

Debido a los caracteres que presenta la red empresarial – interdependencia, autonomía e intereses divergentes principalmente –, se ha señalado anteriormente que la misma precisa de una labor de dirección o coordinación de la actuación de sus miembros con el objetivo de obtener la máxima eficiencia en el desarrollo del interés compartido⁸²⁴.

Sobre este deber de compartir la información con el Consejo en el ámbito societario véase, VELASCO SAN PEDRO, L.A., “La información en el consejo de administración: derechos y deberes del consejo y de los consejeros”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN DE VELASCO, G., coord., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, págs. 357 – 359.

⁸²² Sobre esta cuestión ver, en profundidad, Epígrafe 3 en este capítulo.

⁸²³ Acerca del fundamento, contenido y alcance de este deber, Vid. epígrafe 4 de este mismo capítulo.

⁸²⁴ Vid. Capítulo Segundo, epígrafe 1, subepígrafe 1.

Anteriormente se ha puesto de relieve cómo, en una red hegemónica, el cabeza de red ocupa una posición de autoridad respecto del resto de miembros de la misma, lo cual legitima por su parte el ejercicio de un poder director o de control sobre el conjunto de la red⁸²⁵.

Así sucede por ejemplo, en el ámbito de las redes de distribución en las que el cabeza de red ostenta una facultad de control y organización sobre la misma que constituye a la vez un derecho inherente a la naturaleza de la relación jurídica que mantiene con la red, pero también un deber en garantía de la consecución del interés compartido⁸²⁶.

A propósito del contrato de master franquicia, MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit. pág. 405: “Para el correcto funcionamiento de una red es imprescindible una articulación coordinada de los comportamientos de todos sus miembros. La coordinación permite una mejor redistribución y optimización de los recursos a explotar, aprovechamiento de las sinergias que genera la actuación uniforme en el mercado. Se trata de la unidad de imagen empresarial que se logra por la explotación compartida, coordinada y uniforme de un mismo bien jurídico complejo como es el modelo de empresa”; añadiendo en sede de contenido de dicha facultad de control pág. 407. “Su finalidad es comprobar la correcta y uniforme explotación del modelo de empresa. Su justificación radica en la ejecución de la explotación conjunto de un mismo modelo de empresa titularidad del franquiciador. Pero su límite, derivado de la conjunción de los dos planos, está en la actividad desplegada por todos aquellos en la explotación del modelo de empresa, sin que, en ningún caso, su ejercicio pueda conducir a situaciones de dependencia que no sean meramente funcionales, puesto que todos los miembros de la red – franquiciador, master y franquiciados – mantienen su propia condición de empresarios independientes”.

⁸²⁵ Vid. Capítulo Segundo, epígrafe 1, subepígrafe 1, apartado A).

⁸²⁶ Acerca de la consideración de la facultad de control de la red como un derecho y un deber, MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit. pág. 406-416: “En el seno de un contrato de master franquicia la facultad de control del franquiciador como derecho es una consecuencia natural del contrato ex artículo 1258 CC. Resulta del interés en preservar el correcto funcionamiento de la red de la que es titular y, en particular, en su interés de proteger y asegurar el *good-will* de la misma, coordinar todos los canales de comercialización y de procurar una actuación conjunta uniforme de todos sus miembros que genere las sinergias esperadas...Por tanto, el control del franquiciador como derecho no es una facultad libérrima sino que

La consecución de dichos resultados no solo presupone una ordinaria actuación diligente por parte del cabeza de red⁸²⁷, sino que, debido a que sus decisiones conllevan unas trascendentales consecuencias para el desarrollo del objeto de la red, en cuanto son capaces de afectar a la acción individual de cada miembro y, por ende a la consecución del interés de red, parece ajustado entender que, el cabeza de red, en el ejercicio de su poder de dirección, control o coordinación de la red, estará sometido a un deber de diligencia especialmente cualificado respecto al del resto de miembros de la red⁸²⁸ y que, en cierto modo, puede

se limita a los fines de optimización comercial que constituyen intereses convergentes entre todos los miembros de la red”; a propósito de la consideración de la facultad de control como deber, págs. 413-416: “La interdependencia funcional derivada de la actuación uniforme en el mercado, como regla básica de las redes contractuales, convierte el interés legítimo del franquiciador en controlar el comportamiento de la red y de sus miembros en una auténtica obligación de controlar diligentemente la correcta explotación del modelo de empresa por todos que los que lo aplican directamente en el tráfico, siendo indiferente si éste mantiene una relación contractual con el cabeza de red...El control del franquiciador como obligación, por tanto, resulta ser también una consecuencia natural del contrato ex artículo 1258 y rige incluso en ausencia de pacto expreso”.

En general, acerca de la facultad de control del cabeza de red en los diferentes contratos de distribución, Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 2, subepígrafe 4, apartado A).

⁸²⁷ ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., pág. 339-340: “También y ya en conexión con las facultades de dirección comercial, hemos de tener en cuenta que la diligencia puede ser conducta exigible en el cumplimiento, obligación al fin, o criterio de imputación de responsabilidad en el incumplimiento...Nos encontramos ante una conducta necesaria (la diligencia profesional), como requisito o prepuesto para el ejercicio de una facultad, la dirección comercial de la empresa franquiciadora, que presenta una doble vertiente, puesto que tal actividad determina tanto la política propia como de la red franquiciada. El franquiciador es aquí sujeto pasivo de una carga contractual establecida en interés común de las partes y que servirá como criterio de imputación en el incumplimiento y prepuesto para el nacimiento del derecho de crédito por la producción del daño”.

⁸²⁸ Esta idea fue apuntada ya por RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, ob.cit., pág. 19, tras plantear una mirada hacia el Derecho de sociedades como fuente de referencia para la elaboración de soluciones adaptadas a los problemas específicos de dirección de la red afirma que: “En

compararse con el reforzado deber de diligencia al que se encuentran sometido los administradores en el ámbito societario⁸²⁹.

B) El deber cualificado de profesionalidad del cabeza de red.

Como todo miembro de la red, es claro que el cabeza de red se encuentra también sometido, como concreción del deber de diligencia, a un deber de profesionalidad en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, la posición hegemónica que el cabeza de red ostenta frente al resto de miembros de la misma y el ejercicio de facto de una función de dirección/control de la red, otorgan a dicho deber de profesionalidad un carácter cualificado respecto al del resto de miembros de la red. En este sentido pesará sobre el cabeza de red un especial *deber de prudencia* en la toma de

consecuencia, quien dirige la red no sólo soportará los deberes de lealtad y diligencia propios de todo miembro de la red, sino que además soportará los derivados de su función de dirección y administración de la red, que no siempre tendrán el mismo contenido”.

En el mismo sentido y, a propósito de la franquicia, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., pág. 347: “El franquiciador asume la dirección comercial de la red, pero es el franquiciado quien sufre el riesgo de la misma, pues el éxito es un alea sin ninguna garantía de realización...Sin embargo, al franquiciador sí le corresponde el riesgo por la obtención de un sistema comercial uniforme y eficiente, fin común de los contratantes, por el mantenimiento de unos estándares de calidad, de un sistema operativo, etc., pues estos elementos son causa del negocio para el franquiciado y parte de la función económico-social del contrato. De aquí se sigue, que la diligencia exigible en el desempeño de tales funciones de dirección técnica, control y supervisión de la red, sea contenido de la prestación debida, mientras que la propia realización del esfuerzo asistencial es obligación de resultado”.

Con mayor detalle y extensión, Vid. Capítulo Tercero, Epígrafe 3, subepígrafe 3.

⁸²⁹ A propósito de la situación de un cabeza de red, en una red de distribución como es la franquicia, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., pág. 350: “Al franquiciador le es exigible un modelo de conducta acorde con el grupo de actividad que representan quienes ostentan la dirección comercial y la asesoría técnica de una empresa, y éste es un contenido que evoluciona con el mercado”.

decisiones que puedan afectar al desarrollo estratégico/comercial de la red, deber que se encuentra en estrecha relación con el *deber de información* expuesto *infra*⁸³⁰.

De esta forma, y atendiendo a las diversos factores que dan lugar a su posición hegemónica⁸³¹, parece que, en el caso de que la posición hegemónica le venga otorgada como consecuencia de la propiedad de un recurso crítico – propiedad sobre determinados bienes, especialmente de naturaleza industrial: patentes marcas, etc. –, pesa sobre el cabeza de red un *especial deber de conservación* de dichos bienes en condiciones óptimas, tanto para su uso individual, como para su aprovechamiento por el resto de miembros de la red⁸³².

⁸³⁰ Acerca del deber de prudencia en el ámbito societario, extensible también a las redes empresariales, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 197-200: “**El margen de discrecionalidad** está limitado no sólo por el objeto social y las instrucciones dadas por los órganos sociales, sino que **debe ponderarse con la prudencia razonable que el administrador debe mostrar en su comportamiento**...A estos efectos, el deber de cuidado exigible requiere fundamentar las decisiones en criterios racionales que eviten exponer el patrimonio social a riesgos injustificados. La falta de cuidado consiste, de un lado, en actuar desconociendo los riesgos cuando debería conocerlos y, de otro, en no tomar las medidas de cautela o prevención necesarias en el caso. A estos efectos, resulta fundamental el ejercicio del derecho y deber de información del administrador para formarse una opinión sobre aquellos asuntos que lo requieran”. (La negrita es nuestra).

⁸³¹ Para una enumeración y explicación de la dinámica de estos factores Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 1, subepígrafe 1, apartado A).

⁸³² Así en sede de redes de distribución, en concreto franquicia, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., pág. 349: “la aportación de bienes inmateriales se encuentra sujeta a un deber de mantenimiento que exige una actitud dinámica y no meramente conservadora, pues la causa de su conversión en objeto del negocio radica, motivaciones personales aparte, en su eficacia competitiva y en su valor económico. Aspecto como el deber de utilización l el deber de control de calidad o el régimen de la caducidad de los bienes inmateriales, abonan la teoría de que éstos son bienes dinámicos que exigen un esfuerzo continuado para su mantenimiento y actualización conforme al estado de la técnica, convirtiendo la aportación en una labor que exige una actividad mínima permanente”.

Esta obligación será especialmente relevante para aquellas redes empresariales en las que los bienes inmateriales revisten una importancia cualificada, como por ejemplo, en el caso de las redes de distribución, y, de forma mucho más acusada, en el caso de redes dedicadas a la investigación y desarrollo. En estos supuestos el carácter cualificado del deber de profesionalidad del cabeza de red impone al mismo unos especiales deberes de previsión y actuación en garantía del interés compartido tanto frente a supuestos previsibles pero inevitables, como imprevisibles pero reparables, que puedan afectar a la consecución de dicho interés⁸³³.

Observamos pues en este caso concreto como el deber de actuación diligente del cabeza de red orientado a la satisfacción del interés compartido, encuentra un punto de intersección con el deber de lealtad, pues también constituye una manifestación del mismo la no utilización de los bienes propios del cabeza de red de forma contraria, perjudicial u obstaculizadora con la consecución del interés compartido por la red, situación que como hemos visto, puede producirse como consecuencia de un

Este deber de conservación es identificado por HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, ob.cit., págs. 254-257, con el deber de colaboración del franquiciador respecto sus franquiciados.

⁸³³ A ambos tipos de supuestos hace referencia ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., pág. 351. Por lo que respecta a los supuestos previsibles pero inevitables “la culpa en este caso es no poseer medios para evitar la lesión al interés del acreedor. Este tal vez sea el caso del establecimiento de negocios de franquicia basados en la sola explotación de una patente o know how en los que no se realiza renovación o completamiento del método, de forma que la vulgarización de los elementos distintivos puede convertir el negocio en ineficiente”. En el segundo caso nos encontramos ante supuestos que pueden determinar la obligación del cabeza de red de asumir un coste no previsto en el contrato así: “Un caso típico lo constituiría la pasividad del franquiciador que ocasiona la caducidad de la marca por impago de los quinquenios, conversión del signo en designación usual de producto o servicio, generar riesgo de confusión o asociación con otro derecho previamente registrado, etc. En el mismo sentido se puede enmarcar la actitud pasiva del franquiciador ante la aparición de nuevos competidores, las alteraciones significativas del entorno comercial o leal en el que se desarrolla la actividad, la renovación del estado de la técnica, etc.”.

abandono de las obligaciones de conservación de dichos bienes por parte del cabeza de red.

De esta forma, el deber de conservación de los bienes estratégicos de la red por parte del cabeza que ostenta la titularidad – propiedad o derecho legítimo a su explotación – de los mismos, constituye un límite a su discrecionalidad en el ejercicio de la función de dirección de la red, por cuanto se considera ilícitos por incurrir en un incumplimiento del deber de diligencia al que se encuentra sometido el mismo en cuanto fiduciario de los intereses del resto de miembros de la red, la pasividad en sus obligaciones de conservación de dichos bienes estratégicos de la que pueda derivarse un perjuicio para la consecución del interés compartido de la red. Asimismo, en el caso de que en la pasividad traiga su origen en una actitud intencionada por parte del cabeza de red, podría concurir también una infracción del deber de lealtad del mismo.

De igual manera, parece que de este deber de conservación se derive consecuentemente un *deber de consulta* a los miembros de la red, acerca de la decisión de prescindir de alguno de dichos bienes estratégicos, por cuanto dicha decisión afectará a la consecución del interés de la red en primer lugar, pero también a la propia actividad empresarial individual de los empresarios miembros de la red.

Este deber de consulta constituye a su vez manifestación del *deber de transparencia* durante la ejecución de la actividad por parte del cabeza de red, al que, según las exigencias de la buena fe en relación con los caracteres de la red, y también por razón de su posición fiduciaria, parece que el cabeza de red se encontrará también sometido como límite al ejercicio de su poder de dirección.

Ambos deberes serán objeto de una exposición más detallada en el siguiente Epígrafe.

C) El deber de información como manifestación del cualificado deber de diligencia del cabeza de red.

Al cabeza de red le corresponde la labor de dirección y control de la red lo que justifica que sobre el mismo pese, como

manifestación del deber de diligencia, un deber de información previo a la adopción de decisiones empresariales que puedan afectar al rumbo y desarrollo de la red empresarial⁸³⁴, deber de

⁸³⁴ En este sentido, MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información de los consejeros de la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 28-30: “Todo administrador de cualquier sociedad, para desempeñar como es debido sus funciones, tiene que estar informado de lo que ocurre en la empresa. La información es un componente sustancial del deber de diligencia, pues no puede considerarse diligente quien pretende gestionar una sociedad ignorando, en mayor o menor medida, lo que sucede en ella. El deber de diligencia conlleva el deber de informarse, de estar informado”.

También, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, ob.cit., pág. 139: “El deber de administrar la sociedad, que a los administradores corresponde, exige que éstos cuenten con toda la información necesaria para ello, ya que resulta imposible hacerlo adecuadamente sin disponer de ésta. Consiguientemente, la obligación de los administradores de informarse constituye una concreción del deber de diligencia. La información es un componente sustancial del deber de diligencia, pues no puede considerarse diligente a quien pretende gestionar una sociedad ignorando, en mayor o menor medida, lo que en ella sucede”.

Así también, GUERRA MARTIN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses...*, ob.cit., págs. 433-435: “En relación a este tipo de competencias de carácter decisorio...el tercero de los deberes específicos que integra el deber general de diligencia con que los administradores tienen que desempeñar su cargo, es la diligencia con la que, a su vez, tienen que actuar al tomar esas decisiones, y que se concreta en la obligación que recae sobre los administradores de informarse de un modo razonable sobre el asunto sobre el cual deben decidir, con el fin de que **se pueda considerar razonablemente que con esas decisiones se persiguen mejor los intereses de la sociedad**”.

En el mismo sentido LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, ob.cit., pág. 62: “El desarrollo de la actividad de administración de la empresa social confiada a los administradores exige que éstos dispongan siempre de la información necesaria para llevar a cabo dicha actividad en interés de la sociedad. Esto quiere decir que sobre los administradores pesa el deber de informarse antes de tomar cualquier decisión que pueda afectar al desenvolvimiento de la empresa”.

Por su parte, , VELASCO SAN PEDRO, L.A., “La información en el consejo de administración: derechos y deberes del consejo y de los consejeros”, ob.cit., págs. 328 – 350, resumiendo las principales aportaciones y logros de los procesos de mejora de la gobernanza corporativa en España distingue entre el derecho a recibir información por el Consejo y los consejeros por un lado, y

información que garantice que la toma de decisiones se realiza siempre en garantía del interés de red⁸³⁵.

Precisamente esta actuación en salvaguarda del interés de red a la que se encuentra sometido el cabeza de red en su posición fiduciaria especialmente reforzada es la que determina que, con carácter previo a la determinación del contenido concreto del deber de información, deba señalarse que, sólo formará parte del mismo, aquella información que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe sea estrictamente necesaria para la adopción con conocimiento de causa de decisiones que tiendan a favorecer la consecución del interés compartido⁸³⁶.

Sentado lo anterior, y por lo que respecta al contenido concreto del deber de información, puede afirmarse que, con carácter general, dicho deber obliga al cabeza de red a disponer

el Derecho a la petición de información de los consejeros, caras ambas del mismo deber de información y fundamentadas también en el más amplio deber de diligencia al que se encuentran sometidos en su actuación.

⁸³⁵ A propósito del deber de informarse de los administradores sociales, pero extrapolable al ámbito de las redes, MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información de los consejeros de la sociedad anónima*, ob.cit., pág. 101: “De entrada es evidente que el derecho propio de los consejeros a ser informados de los asuntos sociales está sometido en su ejercicio al principio general de la buena fe, que se acentúa en este caso porque la información recibida no está dirigida a satisfacer intereses personales de aquéllos, sino todo lo contrario, es un simple medio para el incumplimiento de su misión de participar con eficacia en la gestión social y comprobar que ésta se desarrolla adecuadamente, de modo que su obtención constituye, a la vez, un derecho y un deber”.

⁸³⁶ De esta forma, de nuevo en sede de sociedades pero extrapolable al ámbito de las redes, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, ob.cit., pág. 145: “En principio, cada uno de los administradores debe tener acceso a toda la información de la compañía. Pero, la información requerida por estos debe estar destinada al ejercicio de sus funciones, lo cual no significa que estén obligados a acreditar que le es necesaria para el desempeño de su labor...En nuestro país, conforme a las exigencias de la buena fe, que de acuerdo con el art. 7 CC deben presidir el ejercicio de todos los derechos, el de información del administrador resulta improcedente en los supuestos en que su ejercicio resulte impropio o contrario a los intereses de la sociedad, ya que es concedido no en su propio interés, sino en el de la compañía, para que pueda cumplir con sus funciones de la mejor forma posible”.

de toda la información relevante relativa tanto a los aspectos internos – organizativos, de ejecución –, como externos – relaciones negociales que mantiene con terceros en el mercado – de la red⁸³⁷, que permitan adoptar de forma razonablemente informada al cabeza de red decisiones estratégicas de trascendencia para la misma⁸³⁸.

De esta forma, parece que sobre el cabeza de red pesa, en primer lugar, un deber de informarse acerca de la marcha general de la red – presupuesto a su vez para el ejercicio de la

⁸³⁷ En este sentido, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, ob.cit., pág. 143: “El administrador está obligado a obtener cuanta información sobre la marcha de la sociedad y los negocios sociales precise para poder cumplir con la adecuada diligencia tanto su obligación de administrar la sociedad, como la de vigilar la gestión de los restantes miembros del órgano...Además el administrador está también obligado a adquirir la información precisa respecto de los negocios de la sociedad, por ej. Deberá conocer si el precio que se va a pagar por la adquisición de un inmueble es razonable, si la forma en que elabora la contabilidad es legal, etc.”

⁸³⁸ GUERRA MARTIN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses...*, ob.cit., págs. 434-435: “el deber del administrador no consiste, por tanto, en contar con toda la información que fuese posible conseguir, ya que en muchas ocasiones el coste de obtenerla sería muy superior a los beneficios que se pudieran obtener con ello, sino únicamente con la información que, en esas determinadas circunstancias, se considere razonable...La determinación sobre lo razonable o no de la información adquirida por el administrador, tanto desde el punto de vista de la cantidad como de la calidad de la misma, dependerá en cada caso de distintos factores, entre los que se pueden destacar la trascendencia de la decisión, el tiempo de que se dispuso para tomarla, el coste que supondría la obtención de información adicional, los conocimientos y experiencia del administrador en ese tipo de asuntos o el grado de confianza que éstos puedan tener en las recomendaciones de sus subordinados”

En el mismo sentido, LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, ob.cit., pág. 62: “Entre las circunstancias a tener presentes para valorar la corrección del grado de información adquirido por los administradores pueden mencionarse las siguientes: la trascendencia de la propia decisión para la sociedad, el tiempo disponible para obtener información, los costes de obtener información adicional y los conocimientos que los propios administradores tengan para evaluar la necesidad de disponer de más información”.

función de dirección –, deber que revestirá una especial cualificación ante la presencia de asuntos que, de acuerdo con sus caracteres, sean especialmente relevantes para la actividad de la red⁸³⁹.

⁸³⁹ Así, en sede de administradores sociales pero extrapolable al cabeza de red, MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información de los consejeros de la sociedad anónima*, ob.cit., págs. 59-60: “La información sobre la marcha general de la sociedad se presenta como el mínimo de información del que han de disponer los consejeros. Sería un contrasentido que las personas encargadas de la gestión y representación de la sociedad no conocieran su situación general. Es, en efecto, un mínimo indispensable sin el que los consejeros ni siquiera podrían formular las cuentas anuales...El problema está en fijar los límites de ese deber o, lo que es lo mismo, en qué consiste la “marcha general de la sociedad”, expresión tan gráfica y comprensible como difusa. Desde luego se trata de un control “sintético”, de una supervisión, que habrá de alcanzar a todos los extremos que forman parte de las cuentas generales, a las previsiones, a los planes de gestión, así como a aquellos hechos significativos o que pueden tener una notable influencia sobre la posición o los resultados de la sociedad”.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, ob.cit., pág. 146: “La información sobre la marcha general de la sociedad aparece como el mínimo imprescindible del que han de disponer en todo caso cada uno de los miembros del órgano de administración, ya que resultaría un completo contrasentido que aquello a los que corresponde la gestión y representación de la sociedad, así como la responsabilidad por los actos o acuerdos lesivos para aquella, no conozcan ni tan siquiera la situación general de esta...No es posible fijar *a priori* con precisión qué debe entenderse por la marcha general de la sociedad, ya que se trata de un concepto indeterminado, aunque resulta fácilmente determinable en cada supuesto concreto. Sin duda, pueden incluirse en la marcha general de la sociedad asuntos tales como la política empresarial, la rentabilidad de la sociedad, la cifra de negocio, la situación financiera de la misma, etc.”

Delimitando más este concepto, ORIOL LLEBOT, J., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”..., ob.cit., pág. 33: “La prestación que el deber de informarse impone a los administradores consiste en que estén informados sobre la marcha de la sociedad, pero no que cuenten siempre y en todo momento con toda la información que pueda recabarse de la marcha de la sociedad...Esto último explica que el juicio sobre el nivel de información que en cada caso sea necesario adquirir no constituya el objeto de la prestación debida por el deber de informarse, si bien el cumplimiento o infracción del mismo dependerá de las circunstancias concurrentes en cada supuesto (art. 1104 CC).

En este sentido, parece lógico sostener que, si con carácter general el cabeza debe estar informado de la marcha de la actividad ordinaria de la red, con mayor razón deberá estarlo de aquellos asuntos que, por extraordinarios impliquen un mayor potencial de alteración de la actividad ordinaria de la red⁸⁴⁰.

En ambos casos, la falta de conocimiento por parte del cabeza de red tanto de aspectos de la gestión ordinaria de la red que coordina, como de asuntos extraordinarios que pueden estar incidiendo en la misma, determinan una infracción clara del deber de diligencia en el ejercicio de su función directora de la red⁸⁴¹.

Esta infracción podrá dar lugar a algún tipo de responsabilidad – de tipo contractual en el caso de que la función de control o dirección esté expresamente pactada a

⁸⁴⁰ A nivel de Derecho societario si bien se plantean algunas posturas doctrinales en contra de la extensión del deber general de información de los administradores a la facultad de averiguación concreta y particular de aspectos determinados, finalmente se acaba admitiendo de forma mayoritaria esta posibilidad pues “las mismas razones señaladas para justificar el control por los administradores de la marcha general de la sociedad evidencia su extensión a los actos particulares en que aquella se concrete, para comprobar la veracidad de los datos globales y porque los consejeros deben conocer el desarrollo de la gestión social de la que responden”. DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, ob.cit., pág. 148.

Por lo que respecta a los consejeros de la sociedad anónima, MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información de los consejeros de la sociedad anónima*, ob.cit., pág. 69: “A mi juicio, las mismas razones que justifican un control sobre la marcha general de la empresa explican igualmente que ese control pueda extenderse a singulares actos en que aquélla se concrete, no sólo para comprobar la veracidad de los datos globales de que dispongan, sino porque la propia responsabilidad de los administradores exige que puedan conocer cómo se está desarrollando la gestión de la sociedad, que tienen, en principio, atribuida y de cuyas resultas responden”.

⁸⁴¹ En este sentido, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., pág. 352: “El modelo de conducta determinará igualmente lo que el franquiciador debe saber de manera inexcusable, de forma que la ignorancia inexcusable será culpa por ausencia de diligencia debida y entiendo, incumplimiento material de la prestación. El franquiciador deudor responderá igualmente por la carencia de recursos para el cumplimiento de su obligación, así como por la información defectuosa”.

través del reconocimiento del sometimiento de los miembros de la red a las pautas y directrices del mismo, o bien, mediante el uso cláusulas de supervisión de la actividad entre los miembros de la red⁸⁴² – en caso de producirse algún daño a algún miembro de la red, cuyo fundamento causal radique, precisamente, en dicho desconocimiento inexcusable de información por parte del cabeza de red.

Así por ejemplo, en el caso de que se pretenda la apertura por parte del cabeza de red de un nuevo local comercial a causa del crecimiento actual o potencial del mercado – decisión de carácter extraordinario que afecta a aspectos internos y externos de la organización de la red –, pesará sobre dicho empresario un deber de informarse de toda una serie de factores como: las modificaciones sufridas por el área de mercado al que corresponde el nuevo establecimiento que se pretende abrir, la explotación del área de mercado, la satisfacción del consumidor, el historial del miembros de la red, los efectos de la aprobación o denegación de la nueva apertura o reubicación sobre un establecimiento ya existente, evaluar si existe una alternativa menos dañosa y el índice de saturación del mercado⁸⁴³.

Vemos de esta forma como el deber de información del cabeza de red, como expresión de la diligencia que corresponde al mismo en el ejercicio de su función de dirección de la red, acaba funcionando como un límite a la discrecionalidad con la que cuenta en el ejercicio de su poder de dirección, por cuanto será necesario que, previamente a la toma de decisiones que puedan afectar al crecimiento/desarrollo/expansión de la red, reúna la información pertinente que le permita adoptar de este

⁸⁴² Sobre la previsión de deberes mutuos de control de la actividad como mecanismo de governance de las redes empresariales de carácter contractual Vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 2, subepígrafe 4, apartado A).

⁸⁴³ Factores todos ellos señalados, a propósito de la prevención de prácticas por parte del cabeza de red que supongan una intromisión en la clientela de uno de los miembros de la red por RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., pág.122-123.

También en el mismo sentido, ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., pág. 352.

modo una decisión razonablemente fundada, evitando así comportamientos irracionales, caprichosos o excesivamente arriesgados que pongan en peligro la consecución del interés de red.

Es importante adelantar ya en este contexto que, el cumplimiento de dicho deber de información por parte del cabeza de red se verá facilitado en el caso de que los miembros de la red le suministren de forma periódica algún tipo de información acerca de la marcha o el grado de ejecución de sus prestaciones empresariales, pero también de hechos extraordinarios de los que puedan tener conocimiento y puedan revestir relevancia para el desarrollo de la política estratégica de la red.

Del mismo modo, parece que resultará más sencillo al cabeza de red cumplir satisfactoriamente con el deber de información previo a la adopción de una decisión estratégica importante, si comparte y somete a debate el contenido de la información de la que dispone con el resto de miembros de la red – *deber de deliberación conjunta* –, enervando, a su vez, la posibilidad de invocación por parte de los mismos de posteriores acciones de infracción de dicho deber de información⁸⁴⁴.

Se vislumbra por tanto como, el cumplimiento deber de información del cabeza de red como expresión del cualificado deber de diligencia en su actuación directora de la red, se verá facilitado como consecuencia de las manifestaciones concretas del *deber de transparencia* durante la ejecución empresarial también propio de las redes empresariales, de forma que uno y otro, siempre con el deber de lealtad como telón de fondo, se complementan a la consecución del interés compartido propio de la red⁸⁴⁵.

⁸⁴⁴ Acerca del fundamento y contenido de este deber, con detalle, véase, Epígrafe 3 de este capítulo.

⁸⁴⁵ Sobre esta cuestión ver, en profundidad, Epígrafe 3 en este capítulo.

D) Deber de vigilancia y deber de investigación como manifestación del cualificado deber de diligencia del cabeza de red.

En el ámbito societario, el deber de vigilancia e investigación de los administradores sociales⁸⁴⁶ hace referencia a la función de los mismos de fiscalizar la tarea de administración llevada a cabo por aquellos administradores o personal directivo que lleven a cabo, ya sea por atribución o delegación, la efectiva administración ordinaria de la sociedad⁸⁴⁷.

En el caso de las redes empresariales hegemónicas, por la propia estructura y razón de ser de las mismas, no existe esta delegación por parte del cabeza de red en las facultades de dirección, control o coordinación de la misma, aún en el caso de la presencia de empresarios en una situación intermedia entre el

⁸⁴⁶ En el ordenamiento jurídico español sólo se recoge en el Derecho positivo el deber de información de los administradores sociales, extrayéndose el deber de vigilancia por delimitación negativa del régimen de responsabilidad solidaria de los consejeros (art. 237 TRLSC).

Por lo que respecta al contenido del mismo, LLEBOT MAJO, J.O, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, ob.cit., pág. 71 señalando las diferencias que existen en la conceptualización del deber de vigilancia en el Derecho norteamericano y en el español, sostiene como en este último, el deber de investigación se considera incluido dentro del deber de vigilancia, no ocurriendo lo mismo en el ámbito norteamericano, donde ambos aparecen como independientes”.

⁸⁴⁷ En este sentido a propósito del deber de vigilancia, GUERRA MARTIN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses...*, ob.cit., pág. 428: “En estas sociedades el consejo de administración esté integrado en su gran mayoría por consejeros externos e independientes del Management y que el que se consideraba tradicionalmente el principal deber de los administradores, que era el deber de gestionar y administrar la sociedad, haya sido sustituido por el deber de vigilar o supervisar la gestión de los asuntos sociales que llevan a cabo los directivos”; por lo que respecta al deber de investigación, pág. 431: “Cuando un administrador tenga conocimiento de un hecho que pueda ser perjudicial para los intereses de la sociedad, bien a través de los medios o procedimientos creados como consecuencia de la obligación de estar informado con carácter general sobre las políticas y asuntos societarios en que consiste el deber de vigilancia, o bien a través de otras vías o incluso de modo casual, tendrá el deber de asegurarse sobre la veracidad y suficiencia de dichas informaciones”.

cabeza y el resto de miembros, como puede ser el master en una red de franquicia⁸⁴⁸. Sin embargo, ello no es óbice para sostener que el cabeza de red, en cuanto sujeto en posición hegemónica y detentador del recurso crítico de la red, no deba, en interés de la buena marcha de la red y la consecución de su interés, controlar la ejecución autónoma pero interdependiente de cada uno de los miembros independientes que forman parte de la red.

Surge así, como expresión del deber de diligencia en el ejercicio de su actuación como director de la red, un *deber de vigilancia e investigación* del cabeza de red sobre la actividad del resto de empresarios miembros de la misma, deber que forma parte del contenido natural de algunos contratos de red: contratos de distribución y también en el caso de las redes de subcontratistas de obras o en la fabricación de productos complejos⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ Así señala MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit. págs. 407-413: “En el clausulado contractual es frecuente las referencias al control del franquiciador que se materializa, entre otros, en la reiterada obligación de requerir la autorización del franquiciador para la realización de operaciones propias de la gestión ordinaria del master, en la subordinación del master y sus franquiciados a las instrucciones de éste, en las facultades de inspección, en el derecho de supervisión de los locales del master y de los establecimientos franquiciados, y en la posibilidad de acceder a documentos contables. Todo ello es resultado de la integración del master y los franquiciados en la estructura organizativa que constituye la red del franquiciador...La subordinación del master y sus franquiciados a las instrucciones de éste (el franquiciador) resulta connatural al propio contrato y, por ende, forma parte del contenido jurídico-obligacional del contrato independientemente de su estipulación expresa”

⁸⁴⁹ En los contratos de distribución ya se ha hecho mención varias veces al fundamento, contenido y alcance del poder de dirección y control del cabeza de red sobre el resto de miembros de la misma, poder entre cuyas facultades se encuentra, obviamente la de vigilancia e investigación. Por ello nos remitimos a las anteriores referencias entre otras, Vid. nota 836.

Acerca de las redes de subcontratistas de obras, la facultad de supervisión del contratista sobre la obra ejecutada por el subcontratista se deduce del régimen de responsabilidad previsto en el art. 227.4 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: “Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de

De esta forma el cabeza de red deberá hacerse responsable de aquellos daños o enriquecimientos⁸⁵⁰, producidos a otros miembros de la red, que se deriven de defectos en el cumplimiento de sus prestaciones cuyo control se encontraba incluido dentro de dicho deber de vigilancia e investigación⁸⁵¹.

De nuevo, el cumplimiento de este deber por parte del cabeza de red se verá facilitado como consecuencia de la existencia del *deber de transparencia* en garantía también de la consecución del interés compartido.

III. El deber de transparencia durante el desarrollo del negocio objeto de la red.

En el capítulo anterior se ha analizado el fundamento y potencial contenido del deber de información precontractual al que estaban sometidos los miembros de la red empresarial, y en especial su cabeza, frente a un empresario interesado en entrar a formar parte de la red.

En este sentido, se había concluido que el fundamento de dicho deber de información precontractual radicaba en la situación de debilidad en la que se encontraba el potencial nuevo miembro de la red ante la dificultad – cuando no imposibilidad –

la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato”.

⁸⁵⁰ Recuérdese todo lo anteriormente comentado acerca de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa a las redes empresariales. Vid. Epígrafe 1, subepígrafe 3 de este capítulo.

⁸⁵¹ Algunos ejemplos pueden encontrarse en ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia...*, ob.cit., págs. 351-352: “El caso de la subcontrata de servicios del franquiciador con terceras empresas cuando surgen daños. Sino es un caso de culpa *in cotrahendo*, se trata de una prestación defectuosa, la de asesorar y seleccionar, sujeta a responsabilidad, aun en el caso de que el daño fuera imprevisible, puesto que se trata de un riesgo que corresponde al franquiciador...La no realización de controles de calidad o uniformidad que permitan a los diversos franquiciados prestar servicio de calidad irregular con el consiguiente descrédito del sistema y confusión del consumidor, etc”.

de informarse adecuadamente de todos los aspectos económico-organizativos relevantes de la red, así como de la conveniencia en aras a la consecución del interés de red, de proporcionar por parte de los empresarios ya integrados en la misma dicha información precontractual para garantizar, en su caso, una mayor eficiencia en el proceso de incorporación del nuevo miembro y como primer paso en el establecimiento del clima de confianza que preside las relaciones entre los miembros de la red⁸⁵².

Una vez se ha producido la entrada del miembro, la finalidad de tutela de dicho deber de información precontractual ya ha sido cumplida y el empresario queda integrado en la dinámica de funcionamiento ordinario de la red.

Surge sin embargo en este punto otro interrogante, y es que si la red empresarial está conformada por un grupo estable de empresarios autónomos, con prestaciones interdependientes entre sí, que pueden compartir bienes inmateriales y que, en general mantienen una relación *uberrima fides* entre ellos para la consecución del interés de red, sería razonable predicar la existencia de un deber de transparencia entre los mismos durante la vigencia de su relación negocial como expresión del Principio de buena fe en su dimensión integradora.

III.1 Fundamento del deber de transparencia en las redes empresariales y del deber de deliberación de las decisiones trascendentales para la red.

A) El deber de transparencia.

En el contexto societario, el *deber de transparencia* o *disclosure* durante la vida de la sociedad, es decir, durante el período de ejecución del contrato de sociedad, encuentra su fundamento en el ámbito interno, en la tutela de los intereses de los socios y, en el ámbito externo, en la salvaguarda de los intereses de terceros en el mercado que contratan con la

⁸⁵² Vid Capítulo Cuarto, Epígrafe 3, subepígrafe 2.

sociedad, estableciendo así un límite a la discrecionalidad en la actuación de los administradores⁸⁵³.

Partiendo de esta base societaria, en principio cabría descartar la extensión de la aplicación del fundamento del deber de transparencia a las redes empresariales, al menos en lo que respecta a su dimensión externa, pues debe recordarse que la red, a diferencia de lo que ocurre con la sociedad, no constituye

⁸⁵³ Por todos, GUERRA MARTIN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses...*, ob.cit., págs. 466 - 473, señalando el autor que: “Junto a los denominados deberes fiduciarios de diligencia y lealtad, que establecen un modelo o estándar de conducta sobre el modo en el que los administradores debe desempeñar las distintas funciones que tienen atribuidas, hay que distinguir como un segundo medio de control relativo a la posición jurídica de los administradores, los deberes de información que, aunque impuestos a la sociedad como persona jurídica, corresponde cumplir al órgano de administración, y que tienen por finalidad ofrecer a los accionistas y al mercado en general elementos de juicio sobre la sociedad y el modo en el que la misma está siendo gestionada...Desde el punto de vista del gobierno societario, la imposición a las sociedades cotizadas de unos deberes de registrar y difundir una información detallada, previamente verificada y certificada por un auditor externo independiente, adquiere una gran importancia ya que, al permitir conocer a los accionistas, inversores y organismos supervisores el modo en el que está siendo gestionada la sociedad, el grado de eficiencia de esa gestión y la adecuación de la misma a los objetivos sociales precisamente establecidos, se genera un doble efecto de supervisión o control sobre la actuación del Management. Por un lado, un efecto de supervisión directa (*direct monitorin effect*), que se manifiesta tanto en el plano intrasocietario a través de la acción de los accionistas y la junta general, como en el plano extrasocietario, a través de la actuación de la SEC. Y, por otro, un efecto de supervisión indirecto (*indirect monitoring effect*), que se manifiesta en la repercusión que tiene sobre la actuación del Management y su política de gestión el hecho de que la información societaria sea conocida por el mercado”.

Esta división entre información extrasocietaria e intrasocietaria se ve perfectamente reflejada y detallada en el caso español por, VELASCO SAN PEDRO, L.A., “La información en el consejo de administración: derechos y deberes del consejo y de los consejeros”, ob.cit., págs. 350 – 357, en las que distingue entre “información societaria” (*ad intra*) e “información para el mercado” (*ad extra*).

Para una referencia entorno al papel de la información en el proceso de reforma coporativo que incorpora los principales avances e iniciativas en el ámbito norteamericano y europeo Vid en el mismo trabajo págs. 305-324.

un sujeto independiente de derecho con personalidad jurídica propia, por lo que, en el caso de las redes, la información relevante para terceros en el mercado es en realidad la referente a las empresas individuales que la integran ya que es con ellas con las que efectivamente contratan los terceros.

Sin embargo, el deber de transparencia societario en su vertiente interna, sí presenta un mayor interés desde el punto de vista de las redes empresariales. En este sentido, si la difusión de información por parte de la sociedad a través de su órgano de administración a los socios puede actuar tanto en tutela de los intereses propios de éstos, como de salvaguarda de la marcha de la sociedad en general, parece que el mismo efecto pueda producirse en el ámbito de las redes empresariales, sobre todo, teniendo en cuenta la interdependencia existente entre sus miembros, y, especialmente, en el caso de las redes hegemónicas, por la posición reforzada que ocupa el cabeza de red respecto al resto de miembros de la misma.

En este sentido, se ha sostenido en repetidas ocasiones en el presente trabajo la condición de gestores de intereses ajenos de los miembros de la red en tanto y cuanto, y por efecto de la interdependencia de las prestaciones empresariales, en su actuación ordinaria en el seno de la red, concurre siempre una cierta actividad representativa indirecta respecto al resto de miembros de la misma⁸⁵⁴. Este hecho, fundamento de la consideración como fiduciarios de los miembros de la red, permite predicar la imposición sobre los mismos en su condición de representantes indirectos, de un deber de información al principal propio de las relaciones de gestión de intereses ajenos⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ De nuevo, sobre este aspecto Vid. Capítulo Tercero, Epígrafe 3, subepígrafe 2.

⁸⁵⁵ Respecto al deber de información al principal en las relaciones de gestión de intereses ajenos, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., pág. 188: “En relación al deber de información al principal, a idea rectora reside en que el gestor debe comunicar al principal del cumplimiento de su gestión y de toda circunstancia o eventualidad que sea relevante tanto en la determinación del encargo y fines propuestos, como

Ahora bien, además del deber de información al principal, el hecho de que la actuación de los miembros de la red sea relevante no sólo para el principal, sino también para el resto de componentes de la misma, produce que, en este ámbito, dicho deber deba configurarse como un *deber de transparencia*⁸⁵⁶.

Así, las cosas el fundamento de este deber de transparencia en las redes empresariales no puede ser el mismo que el utilizado en el marco de una relación comercial bilateral – modelo clásico – sino que cabe entender que, precisamente por los caracteres propios de la red, dicho deber de transparencia se fundamenta en una institución más amplia y aplicable a todos los miembros de la red, el Principio de buena fe como integrador

en su modificación. Esta comunicación debe tener lugar con la mayor celeridad posible...La idea que preside el deber de informar al principal se encuentra en las normas del contrato de mandato, cuando se indica que el mandatario “está obligado de dar cuenta de sus operaciones al mandante (art. 1720 CC). También el Código refleja el principio en el contrato de comisión, al referirse a la obligación del comisionista de comunicar “frecuentemente al comitente las noticias que interesen al bien éxito de la negociación” (art. 260 y 263 Cdc). Más recientemente, el ordenamiento ha recogido el principio entre las obligaciones del agente, al exigirle comunicar “al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones” (art. 9.2 b) LCA)”.

Manifestaciones concretas de este deber de información pueden encontrarse en todos los contratos que constituyen relaciones de gestión de intereses ajenos, así véase, GARRIDO, J.M, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, ob.cit., págs. 105-108; QUINTÁNS EIRAS, M^a DEL R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, ob.cit., págs. 108-113; PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art.9 ” *Comentario a la ley sobre el contrato de agencia*, ob.cit., págs. 197 – 200; MOXICA ROMÁN, J., *La Ley del contrato de Agencia*, págs. 99-101; MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia mercantil*, ob.cit., págs. 464-467.

⁸⁵⁶ Sobre esta cuestión recuérdese el sometimiento de todos los miembros de la red, como manifestación del deber de diligencia, a un *deber de comunicación* de aquellas circunstancias que, dentro de la actividad objeto de explotación en la red, o fuera de ella, detecten con ocasión del desarrollo de su actividad, y que sean susceptibles de afectar a la consecución de los legítimos intereses de red. Vid. en este capítulo, Epígrafe 2, subepígrafe 1.

de las relaciones jurídicas mantenidas por los miembros de la misma⁸⁵⁷.

En este sentido, resulta conforme a las exigencias de la buena fe que, quien se encuentra integrado en una red empresarial, se encuentre sujeto en su actuación, junto al deber de diligencia antes señalado, también a un *deber de transparencia o disclosure* en garantía de la consecución del interés de red, el cual se podría ver afectado como consecuencia de una actuación individual de otro empresario miembro de la misma que pudiera resultar lesiva – independientemente de la concurrencia de dolo o no – para la consecución de dicho interés⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ La idea es apuntada por RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, ob.cit., pág. 18: “Esta intensificación del deber de actuar de buena fe genera la existencia de especiales deberes de información, no solo previos a la incorporación de un miembro a la misma, sino también durante la vida de la red... Los niveles de información e inmisión en el negocio ajeno en los casos de existencia de una relación de red son exponencialmente más elevados que aquellos que se producen en relaciones de mercado. Y ello no es solo un hecho sino la expresión de especiales deberes de información entre los miembros de la red, derivados de la intensificación del deber de actuar de buena fe”.

⁸⁵⁸ En este sentido, a efectos de ilustrar la extensión del deber de información a todos los miembros de la red más allá del cabeza de la misma, véase el fundamento del deber de información del agente respecto su principal en QUINTÁNS EIRAS, M^a DEL R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, ob.cit., págs. 110-111: “Respecto al fundamento de esta obligación, evidentemente puede encontrarse, como en otros contratos de representación mercantil, en la mutua confianza, lealtad y buena fe que han de presidir las relaciones entre las partes. Pero además, en el contrato de agencia, este deber posee otro fundamento más concreto. En efecto, no solo se trata de una obligación derivada del deber de defensa de intereses del principal, o de la buena fe que en todo momento debe presidir la relación entre las partes, sino que se trata de una obligación directamente relacionada con la actividad que se obliga a realizar el agente, a la par que indirectamente vinculada al derecho que tiene el principal de impartir instrucciones. Por lo que se refiere a este último fundamento, es de todo punto lógico que el deber de información se presente como una derivación de las facultades de dirección o de impartir instrucciones del principal, pues la información es un medio que permite sustentar el poder de dar instrucciones. **Así las cosas, el principal para poder impartir instrucciones necesitará una adecuada información**

De la anterior afirmación se deriva que dicho deber de transparencia tenga una mayor trascendencia en el ámbito de las redes hegemónicas, en las que, como ya se ha comentado, la presencia de un cabeza de red en una situación de hegemonía respecto al resto de empresarios, dota a éste de una especial capacidad de influencia e incluso determinación de las prestaciones empresariales desarrolladas por el resto de miembros de la red. Así por ejemplo, la puesta en conocimiento de las futuras orientaciones de la política de producción, expansión o comercialización de la red, como manifestación del deber de transparencia al que el mismo se encuentra sujeto, puede prevenir al cabeza de red frente a encontrarse en futuras situaciones de ejercicio de su poder de dirección que pudieran llegar a considerarse como abusivas⁸⁵⁹, o frente a escenarios de lesión ilegítima por su parte de los intereses divergentes de los miembros de la red.

En definitiva, el deber de transparencia durante la ejecución del contrato encontraría su fundamento, de acuerdo con las exigencias del Principio de buena fe, en la salvaguarda de la consecución del interés de red a través de la comunicación a los miembros de la misma de aquellas informaciones que sean relevantes para el desarrollo de la red empresarial, velando al mismo tiempo por la existencia de un “trato equitativo” entre los miembros de la red, evitando mediante la difusión de dicha información, situaciones que pudieran llegar a calificarse como abusivas en el ejercicio de sus derechos por parte del cabeza de red, sobre otros miembros de la misma⁸⁶⁰.

de su agente, por ser éste quien tiene el contacto con los clientes en particular, y con el mercado en general”. (La negrita es nuestra).

⁸⁵⁹ Vid. el ejemplo antes descrito en sede de abuso de Derecho. Epígrafe 1, subepígrafe 1, apartado B).

⁸⁶⁰ Analizando el fundamento de un deber de transparencia en las diversas tradiciones jurídicas, RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena*

a) Deber de transparencia y deber de lealtad.

Finalmente, el deber de transparencia encuentra también un punto de conexión con el deber de lealtad. En este sentido, de la actuación en interés de la red a la que se encuentran sujetos sus miembros por razón de su posición fiduciaria y, en especial, el cabeza de red, parece que pueda derivarse, al igual que sucede en el Derecho de sociedades con los administradores⁸⁶¹, la obligación de este último, de comunicación al resto de miembros de la red, de aquellas situaciones en las que, en el ejercicio de su labor de dirección y como gestor de intereses ajenos, pueda encontrarse en una situación de conflicto de intereses⁸⁶².

(*encroachment*) y *redes de distribución*, ob.cit., págs. 152 -156, a propósito de la distinción entre *good faith* y *fair dealing*: “El *fair dealing* se identifica con un conjunto variado y fragmentario de deberes, como el de razonabilidad en el ejercicio del derecho y fundamentalmente, por lo que nos interesa, con un deber de transparencia que beneficia a la contraparte, en cuanto implica un trato equitativo, pero que no se realiza en su interés, sino en tutela de otros intereses externos y generales reconocidos como valiosos por el ordenamiento jurídico como son, en el caso de la transparencia, la reducción de la litigiosidad o la mayor seguridad en el tráfico.” Optando posteriormente el autor por el uso del término “trato equitativo” que hemos citado en texto para la traducción de este concepto al castellano.

⁸⁶¹ En España la regulación actual de las situaciones de conflicto de intereses entre administradores y la sociedad se encuentra prevista en el art. 229.1 TRLSC: “1. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera”.

Para una referencia al fundamento, concepción y distintas regulaciones en el Derecho español a estas situaciones de conflicto de intereses véase, LLEBOT MAJO, J.O, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, ob.cit., págs. 100 –109. En el mismo sentido, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, ob.cit., págs. 174 -179.

⁸⁶² RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 227-229: “Además del contenido negativo o prohibitivo de

Esta obligación de comunicación se relaciona con el deber de transparencia en la medida en que ambos suponen la apertura o transmisión al resto de miembros de la red de información que, a priori, quedaría comprendida dentro del estricto ámbito privado y del interés individual del cabeza de red, pero que, como consecuencia del papel que el mismo desempeña en la red, parece adecuado que se lleve a cabo una difusión de la misma entre el conjunto de empresarios que conforman la red en garantía de la consecución del interés compartido⁸⁶³.

La anterior afirmación no obsta, sin embargo, a que el fundamento de los anteriores deberes sea distinto – buena fe, frente a posición fiduciaria – y que el contenido y finalidad de los mismos también lo sea – eficiencia en la gestión, frente a evitación de comportamientos abusivos y/u oportunistas –, de forma que, en todo caso, se trata de dos deberes diferenciados y con sustantividad propia.

B) El deber de deliberación conjunta.

actuar en conflicto, el deber de lealtad presenta un contenido positivo orientado a establecer determinadas exigencias de informar sobre la posición de conflicto del gestor. El deber de informar o *disclosure* consiste en la exigencia dirigida al gestor de comunicar la posición de conflicto en la que se encuentra. El contenido obligatorio de este deber de *disclosure* deriva de la propia relación gestora y consiste en uno de los deberes básicos de todo gestor de intereses ajenos”.

⁸⁶³ La existencia de este deber en las redes empresariales es defendida por RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 117: “De otra parte, la actuación del interés compartido – a la creación de valor – por parte de la dirección en el seno de la red, plantea necesidades específicas de regulación respecto a los supuestos de conflictos de intereses que no pueden solucionarse por medio del deber de abstención – que bloquearía el funcionamiento de la red dada su frecuencia –, y que difícilmente puede resolver un mero deber de información salvo que se introduzcan instrumentos de control propios de la red no dependientes de la dirección”.

El deber de transparencia plantea también la cuestión acerca de si constituye expresión del Principio de buena fe predicar de igual modo, en las redes empresariales hegemónicas y dados los caracteres presentes en las mismas, el sometimiento del cabeza de red en su actuación, junto al deber de transparencia, a un *deber de deliberación conjunta* con los demás miembros de la red de aquellas decisiones que puedan considerarse trascendentales para el futuro desarrollo de la misma⁸⁶⁴.

En un primer aspecto, dicho deber de deliberación estaría orientado a la consecución de la máxima eficiencia en la gestión de la red empresarial, objetivo final al que responde la labor de diligente dirección por parte del cabeza de red, en especial, por lo que respecta a los *deberes de profesionalidad e información* antes comentados que rigen su actuación⁸⁶⁵.

En segundo lugar, este deber aparecería como un contrapeso al poder de dirección del cabeza de red en garantía de la autonomía de cada uno de los miembros de la misma. En este sentido, si bien es cierta la existencia en las redes hegemónicas de una cierta subordinación de los empresarios miembros de la red a su cabeza – efecto agravado mediante el uso de contratos

⁸⁶⁴ La idea es también apuntada por RUIZ PERIS, J.I., “Del contrato bilateral a la relación...”, ob.cit., pág. 18: “Igualmente encuentra su fuente en la intensificación del deber de buena fe, el deber de deliberación de las decisiones trascendentales para la red, deber que afecta primordialmente a quien dirige la red, en cuanto será el primero y más extensamente informado y el llamado por ello a juzgar la conveniencia de someterla a deliberación por su trascendencia y a someterla efectivamente a deliberación...De hecho, en muchas redes existen órganos de carácter deliberativo creados por los llamados “Memorandums de comportamiento en el seno de la red”, cuyas funciones van desde las relativas a publicidad, cuando es financiada por todos los miembros de la red, al establecimiento de tarifas de transporte y, en definitiva, de las condiciones en que se realizará la actividad típica de la red, en caso de franquicias de transporte, o de correo privado, y que pueden tener carácter decisorio o meramente consultivo”.

⁸⁶⁵ Vid. Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartados B) y C).

con cláusulas generales o el hecho de utilizar una propiedad industrial licenciada en la que el propietario es el cabeza de red –, no debe olvidarse que éstos siguen siendo sujetos autónomos de Derecho y no meros subordinados del cabeza de red, por lo que dichos miembros siguen conservando su libertad empresarial, a pesar del alto coste que pueda suponer su ejercicio autónomo⁸⁶⁶.

Ante dicha situación, y evitando de esta forma llegar a escenarios de conflicto o ruptura de las relaciones empresariales, el deber de deliberación conjunta de las decisiones trascendentales para la red actuaría, por un lado, como límite al poder de dirección del cabeza de red en aras a la consecución de una mayor eficacia en la gestión de la misma, pero también, por otro lado, como cauce para la manifestación de dicha autonomía

⁸⁶⁶ La razón de este sobrecoste se encuentra en la dependencia económica recíproca creada como consecuencia de la interdependencia de las relaciones empresariales, lo que provoca que el empresario que se dispone a abandonar la red deba afrontar unos elevados costes – dependerá del porcentaje de su actividad afectado a la actividad en red –, tanto de reorganización de su actividad productiva, como de búsqueda de nueva clientela. Sobre estos aspectos ESTEVAN DE QUESADA, C., “El abuso de dependencia económica en las redes de distribución...”, ob.cit págs. 190-204.

Junto a estos inconvenientes que podrían calificarse como “estructurales” para la libre desvinculación de la red, deben considerarse otros de origen contractual, así, RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 118: “La retención de un miembro de la red contra su voluntad dentro de ella tan solo genera tensiones internas y riesgos de desprestigio del *goodwill* de la red o de sus miembros de cara al exterior. Por ello, una adecuada regulación de las redes debe permitir una fácil desvinculación de los miembros de la red y aquellos sistemas de red que dificultan la salida de sus miembros de la misma —p. ej. redes contractuales de distribución que someten la cesión de la posición contractual o de los derechos derivados de la misma al consentimiento del cabeza de red en ordenamientos que no establecen reglas legales imperativas que faciliten la desvinculación unilateral, con independencia de las garantías que para ello se establezcan en tutela del «interés de la red», tanto desde la perspectiva de la salida del miembro, como del ingreso de un nuevo posible miembro— deben ser considerados como patológicos”.

individual, favoreciendo la implicación y motivación de los miembros de la red en la dirección de la misma, reduciendo así también el riesgo de abandono y/o comportamientos oportunistas por su parte.

III.2 Ejercicio y contenido del deber de transparencia.

La existencia en la red empresarial de un deber de compartir – *deber de transparencia* – con el resto de miembros de la misma información acerca de aquellos datos de los que, con ocasión o no del ejercicio de su actividad en la red, tengan conocimiento y puedan afectar tanto a la consecución del interés de red, encuentra su fundamento, tal y como se ha señalado anteriormente, en la existencia de unas específicas exigencias de comportamiento derivadas del Principio de buena fe en su dimensión integradora de las relaciones jurídicas, y en especial como manifestación del deber de diligencia, en el deber/derecho de información de los miembros de la red⁸⁶⁷.

Ahora bien, la determinación en primer lugar del alcance de dicho deber de transparencia, y el establecimiento de la forma en que debe llevarse a cabo su cumplimiento en las redes empresariales en segundo lugar, es una cuestión mucho más compleja.

⁸⁶⁷ En el ámbito societario se habla de “derecho de información de los consejeros”, MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información de los consejeros de la sociedad anónima*, ob.cit., pág. 29: “Pero este postulado tan evidente (el deber de informarse), llevado a la práctica, no siempre es de fácil cumplimiento, y no por falta de diligencia, sino por el simple hecho de que esa información, en ocasiones, no está al alcance de quien la pretende, sino en manos de otra persona...Hay que hablar entonces, no ya del deber de estar informado, sino de su correlativo derecho a informarse, a acceder a la información, y ello como derecho propio del administrador, totalmente independiente del que pueda tener por su eventual condición de accionista, y cuya existencia es incuestionable al venir impuesto con la diligencia con la que han de conducirse en el ejercicio de sus funciones”.

Así, y siguiendo la comparación con el ámbito societario, los elementos subjetivos de este deber de transparencia son distintos, pues si en el Derecho societario es clara la presencia de dos sujetos con posiciones contrapuestas – sociedad/administradores detentores de la información, frente a socio desinformado –, en las redes empresariales, el poseedor de la información relevante puede serlo cualquier miembro de la red⁸⁶⁸ y ello a pesar de que, en el caso de las redes hegemónicas, pueda presumirse que el cabeza de red sea el poseedor de un mayor volumen de información relevante, también como consecuencia del *deber de información* integrante del deber reforzado de diligencia al que el mismo se encuentra sujeto en su actuación⁸⁶⁹.

Siguiendo con la comparativa, no existe tampoco en las redes empresariales – al menos no de forma imperativa – un órgano

⁸⁶⁸ En este sentido, se explica por ejemplo la previsión en sede de contrato de agencia, de un deber de información del agente respecto al principal, en la medida en la que en la actuación del agente concurre siempre una dimensión representativa del principal, pero también, en garantía de que éste último pueda ejercer de forma satisfactoria su facultad de dirección.

Así por ejemplo, QUINTÁNS EIRAS, M^a DEL R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, ob.cit., págs. 111-112: “Es la propia naturaleza de la agencia como contrato de distribución y de gestión de intereses ajenos, lo que hace vital para el principal que el agente le proporcione información no sólo específica sobre cada concreta promoción o conclusión, sino general sobre la coyuntura económica en la que está realizando la distribución de un producto o servicio”.

En el mismo sentido PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art.9”, *Comentario a la ley sobre el contrato de agencia*, ob.cit., págs. 198: “La Ley sobre Contrato de Agencia no impone al agente obligación de informar en particular sobre las condiciones del mercado, las preferencias de los consumidores o la posición de los competidores. A nuestro modo de ver, sin embargo, el agente tiene la obligación de realizar un análisis de la situación del mercado y, consecuentemente, **informar al empresario sobre su resultado cuando ello sea necesario para la adecuada promoción de los actos y operaciones de comercio**” (La negrita es nuestra).

⁸⁶⁹ Vid. supra, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado C).

colectivo de toma de decisiones con participación de todos los miembros de la red, en garantía de cuyo correcto funcionamiento y de la salvaguarda del interés compartido de red, se dirigiera el deber de transparencia⁸⁷⁰. Más bien al contrario, en la medida en que sea posible calificar una red como hegemónica, menor propensión habrá por parte del cabeza de la misma a someterse a este tipo de órganos que limiten la discrecionalidad con la que ejerce las funciones directivas.

Así las cosas, el mayor número de sujetos susceptibles de estar sometidos al deber de transparencia, junto con la ausencia de un cauce institucional para el ejercicio de dicho deber en las redes empresariales, determinan que la definición del contenido del mismo deba realizarse en términos más genéricos en comparación con las previsiones del Derecho societario, todo ello con el objetivo de dar cabida al mayor número de sujetos y supuestos posibles.

Por ello, y más allá de la opción por una instrumentalización de este deber a través de su incorporación expresa a los contratos celebrados entre los miembros de la red – opción que debe considerarse poco realista en el caso de redes hegemónicas con contratos de adhesión –, parece que la delimitación del

⁸⁷⁰ Nos referimos en este punto a la labor fiscalizadora de la gestión de los administradores y, en general de control de la marcha de la sociedad que corresponde en el ámbito societario a la Junta General como órgano supremo de la misma. Sin embargo no debe desconocerse que esta tradicional concepción de la Junta General, así como su papel efectivo en la governance societaria es, actualmente, fruto de una reconsideración sobre todo en el ámbito de las sociedades cotizadas, debido al cada vez mayor distanciamiento entre “propiedad” y “control” en estas sociedades, y el creciente peso ganado por el Consejo de Administración con consejeros independientes en la labor de fiscalización frente a una Junta con una mayoría de accionariado pasivo. Al respecto véase ALONSO LEDESMA, C., “El papel de la Junta General en el Gobierno Corporativo de las Sociedades de Capital”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN DE VELASCO, G., coord., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, págs. 615-664.

contenido de dicho deber deba realizarse atendiendo a las dos facetas concurrentes en el mismo: la de garantía de la eficacia en la ejecución de las prestaciones empresariales – buena fe –, y la de evitación de comportamientos oportunistas que supongan una violación del deber de lealtad.

Respecto a la primera faceta, parece que una enunciación del contenido del deber con carácter de cláusula general, sea la más apropiada para reflejar el carácter pro-activo de dicho deber que recae sobre todos los miembros de la red, independientemente de su condición o no de cabeza de la misma. Así, y tomando como base la definición del deber de información previsto en la regulación española del contrato de agencia⁸⁷¹, podría declararse que: **sobre los miembros de la red pesa, como manifestación del deber de transparencia al que se encuentran sujetos en garantía de la consecución del interés compartido, una obligación de información al resto de miembros, sobre aquellos hechos de los que tengan conocimiento con motivo de la realización de la actividad propia de la red o la suya privada individual, y que, por razón de su contenido, puedan afectar de forma directa o indirecta, en todo o en parte, a la realización del interés compartido de la red empresarial de la cual forman parte.**

Un breve análisis de la enunciación del deber permite destacar algunas particularidades del mismo. Así, respecto a la información que se debe suministrar, esta será la que normalmente el miembro de la red obtendrá en el ejercicio

⁸⁷¹ Art. 9.2 b) Ley 12/1992 de 27 de mayo, reguladora del contrato de agencia: Obligaciones del agente. “En particular el agente deberá: Comunicar al empresario toda información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución”.

diligente de su actividad⁸⁷², de forma que no les es exigible un especial deber de informarse o investigar como sí concurre en el caso del cabeza de red⁸⁷³; y que dichos hechos tengan una entidad suficiente como para afectar a la consecución del interés compartido⁸⁷⁴.

Así configurado el deber de transparencia respecto a esta primera faceta relacionada con la buena fe como integradora del negocio jurídico, puede verse como el cauce bidireccional de información que se establece entre cabeza y miembros de la red permite al primero: por un lado, disponer de información real y

⁸⁷² Vid. supra Epígrafe 2, subepígrafe 1.

Respecto a la enunciación de este aspecto en sede de contrato de agencia destacamos la opinión de MOXICA ROMÁN, J., *La Ley del contrato de Agencia*, págs. 99-100, según el cual: “Al referirse a la información que el agente ha de proporcionar a su empresario también, en expresión desafortunada, dice la Ley, “**de que disponga**”, cuando en realidad debió indicar “**que pueda normalmente obtener**” y así consideramos se debe entender, pues de lo contrario estaría premiando al agente descuidado que no se preocupase de su zona y simplemente fuere en la misma un mero ofertador de productos...En todo caso se trata de una obligación relativa en atención a las circunstancias concurrentes, principalmente en atención a la capacidad y preparación de cada agente para poder captar o no la real situación del mercado y de sus necesidades, por lo que en definitiva la actuación del agente deberá ser valorada en cada caso concreto para determinar si se ha cumplido o no con esta obligación dentro del marco general de una actuación leal y de buena fe”.

⁸⁷³ Vid. supra Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartados C) y D).

⁸⁷⁴ De nuevo por referencia al contrato de agencia, en lo que respecta a la entidad de la información, el precepto habla de “información necesaria para la buena gestión”, término criticado por la doctrina que opta por una interpretación amplia del mismo, entendiéndolo como “información que sea conveniente para la buena gestión”. En este sentido MOXICA ROMÁN, J., *La Ley del contrato de Agencia*, pág. 99; QUINTÁNS EIRAS, M^a DEL R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, ob.cit., págs. 116-121; PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art.9”, *Comentario a la ley sobre el contrato de agencia*, ob.cit., págs. 198-199.

Por ello nosotros optamos por el parámetro de la afectación al considerarlo más objetivo y amplio que los de “necesidad” e incluso “conveniencia”.

de primera mano sobre aspectos prácticos de primer orden a tomar en consideración en su labor de dirección de la red, facilitando y conectando este deber de transparencia con el deber de información al que se encuentra sujeto el cabeza de red como manifestación de su deber de diligencia reforzado; y, por otro lado, del recíproco deber de transparencia del cabeza de red resulta, además de la comunicación hacia sus miembros de la información antes referida, un deber de información acerca de las expectativas futuras de desarrollo o política estratégica de la red, lo que, por un lado, es presupuesto necesario del deber de deliberación conjunta de las decisiones trascendentales para la red, y, por otro lado, permite a los mismos adaptarse con tiempo necesario a los anunciados cambios de circunstancias, a los efectos de mantener la máxima eficiencia en la actividad en red y garantizar la consecución de su interés.

Por lo que respecta a la faceta del deber de transparencia relacionada con el deber de lealtad, es decir, la comunicación de las situaciones de conflicto de interés en las que pueda encontrarse un miembro de la red – sea o no cabeza de la misma – al resto de miembros, parece que el contenido de dicho deber pueda ser el mismo que el previsto en el caso del Derecho de sociedades, realizando los ajustes oportunos. De este modo: **Los miembros de la red deberán comunicar al resto de componentes de la misma cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con la realización del interés compartido de la misma. El miembro afectado se abstendrá de intervenir en las situaciones a las que el conflicto se refiera**⁸⁷⁵.

⁸⁷⁵ Respecto al contenido concreto de la comunicación, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., págs. 570-575: “En cuanto al contenido informativo que debe desvelarse, la regla general está sujeta al principio de que toda la información relevante debe ser objeto de comunicación...En todo caso, es necesario notificar sobre la existencia y

Se establecería así, al igual que en Derecho de sociedades un sistema de abstención/autorización del miembro de la red en situación de conflicto de intereses de forma que, aun cuando el ejercicio de la actividad en red deba llevarse a cabo necesariamente acarreando situaciones que impliquen un conflicto de interés⁸⁷⁶, al menos ésta circunstancia sea conocida y consentida por el resto de miembros de la red en garantía de la protección del interés compartido.

Finalmente, en cuanto al cauce para el ejercicio de este deber de transparencia, tal y como se ha señalado anteriormente, no existe para las redes empresariales un ámbito institucional definido en el que la información recibida por los miembros de la red, consecuencia de dicho deber de transparencia, sirva a los efectos de un control de la actividad en red, como puede serlo la Junta General en el Derecho de sociedades, en su función de fiscalización de la labor desempeñada por los administradores sociales.

naturaleza del conflicto y, en particular, el interés directo o indirecto del administrador en la situación. En su caso, el interesado también deberá informar de aquellos hechos relativos al negocio que permiten concretar las condiciones y el valor económico de las prestaciones que en él se determinen y, en determinados supuestos, de las ventajas o beneficios que obtiene el administrador”.

⁸⁷⁶ Un ejemplo de este supuesto, que como podrá verse puede darse con bastante frecuencia en las redes empresariales, lo encontramos en RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en clientela ajena (encroachment) y redes de distribución*, ob.cit., págs. 172 – 174, si bien el autor lo propone en sede de información precontractual y error sobre el contenido de la misma, resulta igualmente aplicable al caso de ejecución del contrato y la conexión entre el deber de transparencia y el de lealtad: “Se trata de casos en los que el cabeza de red es al mismo tiempo titular de un interés compartido por todos los miembros de la red y de un interés particular exclusivo y contradictorio con el de los miembros de la red en otro negocio – normalmente inmobiliario – que presenta al miembro de la red como un todo inescindible con el primero, y que actúa en su política de extensión de la red atendiendo al interés del segundo y no del primero”.

En el ámbito de las redes paritarias y en el caso de la existencia de un órgano común en las mismas, es claro que el deber de transparencia se sustanciará a través de la comunicación a este órgano de la información relevante en relación a la ejecución de la actividad en red y/o de situaciones de conflicto de intereses⁸⁷⁷.

Sin embargo, en las redes hegemónicas, la ausencia de este tipo de órganos y el carácter más marcadamente bilateral (cabeza-miembro) de las relaciones entre los miembros de la misma, traen como consecuencia que la comunicación de tales circunstancias deba llevarse a cabo individualmente a cada empresario. De acuerdo con este principio, preferimos decantarnos en este ámbito por una comunicación generalizada antes que otorgar al cabeza de red la potestad de decidir por sí mismo los miembros de la red a los que pueda afectar la información y por tanto limitar su deber de transparencia solo a éstos: la interdependencia y la actuación en aras del interés compartido produce que todos los miembros de la red puedan

⁸⁷⁷ CAFAGGI. F; IAMICELLI. P; “La governance del contratto di rete”, ob.cit., pág. 60: “El órgano común tiene, por tanto, un deber de lealtad respecto a las partes. En concreto, este deber tendrá una dimensión procedimental y sustantiva.

En el perfil procedimental el deber de lealtad se traduce en un deber de tomar en consideración los conflictos no solo entre el órgano y los participantes singulares, sino también entre estos. El deber de lealtad puede traducirse como un deber de definir procedimientos decisionales que representen adecuadamente los intereses y en un deber de informar las partes contratantes acerca de las decisiones que afectan a su esfera.

En el perfil sustantivo, el órgano común deberá favorecer la adopción de decisiones que estén equilibradas entre los intereses de las partes y de la red, de acuerdo con criterios que privilegien la persecución de los objetivos estratégicos originariamente condvididos y, en particular, el alcance común”. (La traducción es nuestra).

potencialmente verse afectados por dicha información y, por tanto, que todos ostenten un legítimo derecho a recibir la misma.

Cuestión aparte es la forma en que se lleve a cabo esta comunicación, bien sea a través de medios más tradicionales – comunicación escrita, telefónica o electrónica –, o bien mediante el uso de herramientas de comunicación interpersonal más recientes, en especial por lo que se refiere al uso para estos efectos de las plataformas y foros de comunicación internos que puedan existir en la red para la comunicación entre sus miembros⁸⁷⁸. A este respecto, creemos que lo importante es que la información se transmita de forma clara, inequívoca y por un medio que permita dejar constancia del cumplimiento de dicho deber de transparencia, por lo que el uso de dichas herramientas de comunicación intrapersonal entre los miembros de la red para la transmisión de dichas informaciones será válida, siempre y cuando los destinatarios puedan identificar y atribuirles entidad propia a dichas informaciones, diferenciándose por tanto del volumen ordinario de comunicaciones propio de quien forma parte de una red con actividades interdependientes.

III.3 Ejercicio del deber de deliberación conjunta.

Estrechamente ligada con esta última consideración se encuentra la cuestión del deber de deliberación conjunta de las decisiones trascendentales en el seno de la red. En este sentido, el problema fundamental al que se enfrenta el ejercicio de este derecho es el de dotarle de un cauce formal para la sustantación del mismo.

⁸⁷⁸ La utilización de plataformas internas de comunicación entre los miembros de la red es una opción ya utilizada por las empresas que forman parte de redes de franquicia, tal como se constató en el trabajo empírico llevado a cabo en 2012 en el Salón Internacional de la Franquicia (SIF) celebrado en la Feria de Muestras de Valencia del 18 al 20 de octubre de 2012.

Como punto de partida debe señalarse que, los escenarios para el ejercicio del deber de deliberación conjunta son los mismos que se han identificado anteriormente en sede de ejercicio del deber de transparencia en lo referente al cauce para la comunicación de la información: en las redes paritarias con órgano común a través del mismo y en las redes sin dicho órgano así como en general las hegemónicas, el recurso a otras vías alternativas.

Por ello, y ante el supuesto de redes cuya dirección no se encuentre instrumentalizada mediante un órgano común, parece que, si se quiere dotar de una verdadera eficacia a este deber de deliberación conjunta, será necesaria la creación *ad hoc* de órganos de carácter deliberativo con participación de todos los miembros de la red, en los que se sustancie el ejercicio del deber de deliberación conjunta en garantía de la mayor eficacia y eficiencia en la consecución del interés compartido.

La creación de dichos órganos puede realizarse por diversas vías: acuerdo al efecto entre los miembros de la red, parte de las obligaciones incluidas en un código interno de conducta de la red empresarial asumido por los miembros de la misma e incluso como cláusula incluida dentro de los contratos de adhesión a la red⁸⁷⁹.

Con todo, las cuestiones más problemáticas en este ámbito son las que se refieren a la composición y funcionamiento de dicho órgano deliberativo. En cuanto al primer aspecto, parece que el principio personalista – un miembro un representante – sea el más apropiado⁸⁸⁰. Cuestión más controvertida es si cabe

⁸⁷⁹ Acerca de la cuestión de la eficacia de los Códigos de Conducta internos para los miembros de la red véase Capítulo Segundo, Epígrafe 2 Subepígrafe 3.

⁸⁸⁰ Modelo adoptado por el Órgano Común italiano, Art.4 ter e) artículo 3 del D.L. 10 febbraio 2009, n. 5 (*il “Decreto Incentivi”*), convertido con modificación de la L. 9 aprile 2009, n. 33, modificado por el art. 42 del D.L.

también predicar el principio nominativo en el voto – todos los representantes un voto con el mismo valor – o si, por el contrario, cabe plantearse escenarios en los que el voto de cada representante tenga un valor de acuerdo, por ejemplo, al volumen económico que supone la empresa que representa en la red, modelo que parecería más adecuado para el caso de las redes hegemónicas.

Finalmente será necesario dotar a dicho órgano deliberativo de un reglamento de funcionamiento interno, que rija los debates, votaciones y que fije las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos, que podrán ser cualificadas, si así se estima conveniente para la adopción de las decisiones que puedan considerarse de una mayor trascendencia para la red: cambio de política industrial, reconversión de la actividad productiva o comercial, etc...

En definitiva, se trata de una traslación de los mecanismos de funcionamiento de los órganos de supervisión y control societarios al ámbito de las redes empresariales, si bien, adaptando los mismos a la ausencia de un patrimonio común que sirva de referencia para la atribución de derechos entre los miembros, y tomando a la vez en consideración, los caracteres propios de la red: interdependencia, necesidad de agilidad y flexibilidad y carácter *uberrima fides* de las relaciones entre sus miembros directamente vinculados.

Ante la diversidad de la composición, estructura y formas organizativas que pueden presentar las redes, creemos que en este ámbito es más conveniente dejar un espacio a la autonomía de la voluntad de las partes para la configuración de este órgano de deliberación conjunta, teniendo en cuenta que la codecisión

31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificación de la L. 30 luglio 2010, n. 122.

Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 3, subepígrafe 1.

puede darse sin necesidad de un órgano específico que conforme un consejo.

IV. El Deber de confidencialidad de los miembros de la red.

IV.1 Fundamento.

Como se ha visto anteriormente, la posición fiduciaria que ostentan los gestores de negocios ajenos implica la sujeción de los mismos a unos especiales deberes de conducta – diligencia y lealtad principalmente – tendentes a garantizar que dicha actividad de gestión se realiza siempre en aras a la consecución del interés del principal. Precisamente a caballo entre el deber de diligencia – y por tanto de las exigencias derivadas del Principio de buena fe –, y el deber de lealtad, actuando también como límite al deber de transparencia entre los miembros de la red antes enunciado, se sitúa al deber de confidencialidad.

En este sentido, los gestores de patrimonios ajenos en general y, los administradores sociales en particular, por razón del cargo que desempeñan tienen acceso a un importante volumen de información⁸⁸¹ con capacidad de afectación real para la consecución del interés social⁸⁸². De este hecho se derivan dos

⁸⁸¹ Una exposición del valor de la información como bien económico y el fundamento para su protección legal puede encontrarse en ALCALDE SILVA, J., “La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales”, ob.cit., págs. 9-12.

⁸⁸² Así, FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 81-82: “La imposición de secreto a los administradores de las sociedades anónimas sobre la información confidencial que posean de la sociedad donde desempeñan el cargo se explica por la conjunción de dos razones. En primer lugar, por el hecho irrefragable de que quien ocupa el cargo de administrador de una sociedad accede a una situación especialmente privilegiada para conocer toda la información de valor de la sociedad sin ser su titular, sino un simple agente que debe actuar en su interés. Y en segundo lugar, y como ya anunciamos

consecuencias: por un lado, que el administrador deba realizar un uso diligente y prudente de dicha información, lo que implica una correcta identificación de aquella información que reviste un carácter “confidencial”, así como un correcto tratamiento de la misma⁸⁸³: balance adecuado entre el deber de reserva y el deber de transparencia, evitando “comunicaciones imprudentes”⁸⁸⁴, de las que puede llegar a desprenderse incluso

anteriormente, puesto que la comunicación a terceras personas de la información secreta implica la pérdida, total o parcial, de la ventaja que dicha información confería frente a los competidores”.

En el mismo sentido, CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia. (Análisis de las novedades introducidas por el art. 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 23, 2004, pág. 120: “...la obligación de los administradores de no divulgar información relativa a la sociedad hunde sus raíces en las normas de conducta fundamentales que los miembros del órgano de administración han de cumplir como consecuencia de la relación fiduciaria que les une a la sociedad, y que, en tanto gestores de un interés ajeno, les obliga en el ejercicio de su cargo a anteponer el interés social, a su propio interés particular o de terceros. Desde esta perspectiva, se comprende que dentro del elenco de conductas de los administradores susceptible de generar responsabilidad por lesión del interés social se encuentre implícito por su propia naturaleza el deber de secreto. Ello es así por la combinación de dos factores básicos: de una parte, el valor de la información y el potencial carácter lesivo del interés social derivado de su divulgación; de otra, los administradores sociales como sujetos con una posición privilegiada para acceder a la información”.

⁸⁸³ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, ob.cit., pág. 190: “Para decidir respecto de la confidencialidad de una información el administrador deberá valorar, con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, las posibles consecuencias dañosas para la sociedad de la divulgación de la mismas. En la mayoría de las ocasiones la respuesta resultará obvia y en caso de duda, la prudencia a que viene obligado el administrador, le impone el secreto”.

⁸⁸⁴ Ambas manifestaciones del deber de secreto como manifestación a su vez del más amplio deber de diligencia están tomadas de CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia...”, ob.cit., págs. 123 -124. Añadiendo la autora en la pág. 131: “Es a los administradores a quienes de acuerdo con su propio juicio profesional corresponde una vez más la tarea de determinar caso por caso el alcance que puede darse a la difusión o comunicación de este tipo de

responsabilidad penal⁸⁸⁵; y, por otro lado, que el administrador deba abstenerse de la utilización de dicha información para fines ajenos a la consecución del interés social, en particular, o dicho de otro modo, debe comportarse de forma leal absteniéndose del uso de dicha información para la obtención de un provecho propio o de tercero, en perjuicio del interés de su principal⁸⁸⁶.

informaciones, valorando las ventajas previsibles derivadas de aquella comunicación en función de la gravedad de los eventuales perjuicios que la misma podría llegar a ocasionar al interés de la sociedad y adoptando las medidas oportunas para evitar o minimizar en la medida de lo posible tales perjuicios”.

Acerca del balance entre el deber de información (en este caso al socio) y el de secreto GARCÍA ALVAREZ, B., “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: un conflicto abierto”, *Derecho de los Negocios*, núm. 254, 2011, pág. 10: “Los administradores deben ser cuidadosos y diligentes en proporcionar solamente la información requerida, y si ésta realmente puede perjudicar el interés social, como criterio rector que debe regir su actuación, los administradores deberán tener en cuenta las posibilidades legales que tengan para evitar en la medida de lo posible la comunicación o divulgación de dichas informaciones”.

⁸⁸⁵ Art. 279 CP: La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior”.

Precepto que debe ponerse en relación con el art. 293 CP según el cual: “Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses”.

Para un interesante estudio proponiéndose el balance y coordinación entre ambos preceptos vid. LLOBET ANGLÍ, M., “Administradores sociales y colisión de deberes: información a los socios vs. secreto empresarial”, *Diario La Ley*, núm. 7409, 2010, págs. 1-36.

⁸⁸⁶ La consideración del deber de confidencialidad o secreto como una concreción del más amplio deber de lealtad es mayoritaria en la doctrina, así, por todos, ORIOL LLEBOT, J., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”..., ob.cit., págs. 49 -50; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y*

Se configura el deber de confidencialidad o secreto como un deber con carácter autónomo, que comprende manifestaciones tanto del deber de diligencia como del deber de lealtad⁸⁸⁷ y que, en el Derecho español y después de varias redacciones que justifican la tradicional inclusión de dicho deber dentro del más amplio deber de lealtad⁸⁸⁸, el deber de secreto aparece

responsabilidad de los administradores..., ob.cit., pág. 184, GARCÍA ALVAREZ, B., “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: un conflicto abierto”, ob.cit., pág. 7.

⁸⁸⁷ Así, CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia...”, ob.cit., págs. 123 - 124: “No creemos que el clava dogmático del deber de secreto y sus eventuales infracciones puedan quedar de forma absolutamente al margen del ámbito de la obligación genérica de diligente administración. Bien es verdad que el deber de lealtad constituye el ámbito dogmático propio en el que se inserta de forma natural el específico deber de sigilo. Pero además, en ocasiones, la divulgación o comunicación de información societaria confidencial puede tener su origen en una simple infracción del deber de diligencia y no en una conducta infractora del deber de lealtad. En este sentido, dos son al menos las ocasiones en las que es el comportamiento negligente del administrador el hecho que provoca la difusión de una información reservada: los supuestos de error en el juicio de confidencialidad de la información divulgada y las divulgaciones o comunicaciones imprudentes...La atención dispensada a estos dos último supuestos permite constatar que, al menos en nuestro Derecho, el concreto deber legal de secreto no es ajeno en absoluto al debe genérico de diligencia”.

Deslindando el deber de secreto respecto al deber de lealtad, FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas*, ob.cit., págs 86-87: “En efecto, el deber de secreto del artículo 172.2 LSA tiene un campo de actuación más ambicioso que el deber de representación leal (y separado del de diligencia) impuesto en el art. 127 LSA. La inteligencia de esta afirmación es sencilla: *mientras que esta última regla de comportamiento sólo es exigible a los administradores en cuanto tales – es decir, en tanto ostenten dicho cargo – , el mandato de secreto previsto en el artículo 127.2 LSA actúa en dos momentos perfectamente diferenciados: mientras ocupen dicho cargo y, en segundo término, después de cesar en el mismo*”. (SAP Granada, Sección 3^o, de 17 de septiembre de 1999 DEr 1999/32584”.

⁸⁸⁸ El art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, así como el art. 127 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (Real Decreto Legislativo 1564/1989), disponían, en sede de delimitación de los

positivizado con sustantividad propia, dentro del ámbito societario, en el actual art. 232 TRLSC⁸⁸⁹.

deberes a los que se encontraban afectos los administradores sociales en el ejercicio de su cargo, de forma genérica que: “Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”. El carácter general de esta cláusula es la que justificó que mucho de los deberes secundarios de conducta ahora identificados y dotados de autonomía propia, quedaran antes subsumidos bajo dicha cláusula y además, normalmente en el ámbito de la lealtad.

No fue hasta la nueva redacción dada al art.127 LSA por la la Ley 26/2003, de 17 de julio “ de transparencia”, dictada en pleno debate acerca de la calidad del gobierno corporativo y tras la emisión de los informes Olivencia y Aldama, que se llevó a cabo un desarrollo de dicha cláusula general, especificando el contenido del genérico deber de lealtad mediante la tipificación de conductas que en todo caso se consideran contrarias al mismo y regulando en el art. 127 quater el deber de secreto con autonomía propia.

Acerca del proceso de mejora del gobierno corporativo vid. Capítulo Segundo, Epígrafe 2, subepígrafe 4, apartado A) y Capítulo Tercero, Epígrafe 2, subepígrafe 3.

Una recopilación de los trabajos doctrinales más importantes en materia de deber de secreto sobre la base de dicha regulación anterior puede encontrarse en ALCALDE SILVA, J., “La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales”, ob.cit., pág. 10 y 14-16.

⁸⁸⁹ Art. 232 TRLSC: “Los administradores, aun después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social.

2. Se exceptúan del deber a que se refiere el apartado anterior los supuestos en que las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes.

3. Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquélla”.

Identificado el deber de confidencialidad como un deber propio del gestor de negocios ajenos y diferenciado de los deberes generales de diligencia y lealtad, cabe plantearse si, como sucede en el ámbito societario, es posible predicar la existencia en las redes empresariales de un deber de este tipo que delimite la actuación de sus miembros.

Anteriormente se ha señalado que la posición fiduciaria de los miembros de la red como representantes indirectos, permitía aplicar a los mismos el deber de información al principal propio de las relaciones de gestión, el cual, en el ámbito de las redes empresariales tendría como finalidad asegurar la consecución y respeto a los intereses de red y evitar situaciones de abuso de unos miembros sobre otros como consecuencia de la asimetría de información⁸⁹⁰.

Ahora bien, correlativo al deber de información al principal en las relaciones de gestión de intereses ajenos es el deber de secreto o confidencialidad sobre aquellas informaciones que puedan afectar a la consecución del interés ajeno al cual atiende la relación representativa⁸⁹¹.

⁸⁹⁰ Vid. En este Capítulo, epígrafe 3, subepígrafe 1.

⁸⁹¹ Así en el contrato de comisión GARRIDO, J.M, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, ob.cit., págs. 109 -110: “La doctrina mercantilista ha admitido, a lo largo de diversas épocas, la existencia de la obligación del comisionista de mantener en secreto las instrucciones recibidas. El principal problema para el reconocimiento de esta obligación es el de su fundamento legal. Ciertamente, no se encuentra en el Código de comercio ninguna norma que apoye directamente su existencia, aunque las normas profesionales o usos del comercio pueden exigir confidencialidad respecto a las instrucciones. Sin embargo, la obligación de mantener en secreto las instrucciones recibidas puede tener origen contractual, ya sea de manera implícita o explícita...Además, en la mayoría de los casos, desvelar las instrucciones del comitente puede constituir una violación de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, ya que desvelar las instrucciones puede acarrear serios perjuicios al comitente, especialmente cuando se descubre la estrategia que el comisionista debía seguir en una negociación”.

En este sentido, si bien el deber de información o *disclosure* supone un potencial factor de mejora de la eficiencia en la red – transmisión de *know-how* y suavización de desequilibrios orgánicos entre sus miembros –, dicho deber se encuentra sometido a unos límites, precisamente en garantía de la eficiencia de la red y en la consecución del interés compartido, pues en caso de divulgación pública o de comunicación indebida de dicha comunicación, la red perdería una de sus principales ventajas competitivas: el carácter restringido o intra-red de las

En sede de contrato de agencia, con profundidad sobre el contenido de este deber, a pesar de su no reconocimiento positivo en el Derecho español QUINTÁNS EIRAS, M^a DEL R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, ob.cit., págs. 400 – 421, quien fundamenta el mismo pág. 400: “... en la existencia de unos intensos flujos de información entre el principal y el agente; flujos cuya amplitud y reiteración son tanto mayores, cuanto que es un contrato duradero y basado en la confianza del vínculo que existe entre agente y principal, lo cual hace inevitable que el agente tenga muchos conocimientos del negocio del principal”, añadiendo en la pág. 405: “No cabe duda de que el agente está obligado a guardar secreto, ya que como sabemos, no sólo ha de actuar lealmente y de buena fe, sino que la Ley le obliga a velar por los intereses de su principal, lo cual sin duda no cumplirá si revela cualquier tipo de secreto industrial o comercial de éste. Además la propia obligación de comportarse con la diligencia de un ordenado comerciante le impide revelar cualquier información de carácter secreto”. En el mismo sentido, MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia mercantil*, ob.cit., págs. 133, 449-450.

Tanto en sede de contrato de concesión como de franquicia, el deber de secreto de la información recibida durante la vigencia del contrato se considera tutelado dentro de la más amplia prohibición de no competencia post-contractual. Así: MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato Mercantil de Concesión*, ob.cit., pág. 255: “El pacto de no competencia se justifica, asimismo, en la necesidad de salvaguardar los conocimientos técnicos que le hubieran sido transmitidos al distribuidor por el concedente...se considerará ilícita en las condiciones prevenidas en el art. 13 LCD, la realización por parte del concesionario o del personal laboral subordinado al mismo de cualquier actividad divulgativa de los conocimientos reservados que hubiera obtenido resultantes de su actividad en el seno de la red y que pudieran resultar perjudiciales para los intereses del concedente y de la propia red”. A este respecto, en sede de contrato de franquicia HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, ob.cit., pág. 305, RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos*, ob.cit., pág. 149.

sinergias generadas como consecuencia de los intercambios de información entre sus miembros⁸⁹².

Por ello, parece adecuado predicar que, al igual que ocurre en el caso de los administradores sociales, los miembros de la red estarán sujetos, en su condición de fiduciarios y en garantía de la consecución de los intereses de red, a un deber de confidencialidad especial sobre aquellas informaciones que puedan considerarse estratégicamente relevantes para el desarrollo de la actividad objeto de la red⁸⁹³.

IV. 2 Contenido del deber de confidencialidad.

La delimitación del contenido del deber de confidencialidad al que se encuentran sometidos los miembros de la red significa proporcionar a los mismos un criterio que sirva para delimitar, de entre la información que regularmente es objeto de intercambio entre los mismos – sea como consecuencia del normal funcionamiento de la red y el carácter *intuitu* de sus relaciones, sea como consecuencia del ejercicio del deber de transparencia –, tanto el contenido de la misma que debe ser preservado de comunicaciones indebidas a terceros, como qué información puede ser objeto de un uso particular por los miembros de la red y cual no.

⁸⁹² La problemática del intercambio de información entre los miembros de la red como rasgo caracterizador de las propias redes empresariales, así como los principales problemas derivados de este fenómeno han sido anteriormente enunciados con ocasión de la descripción del carácter *intuitu* de las relaciones entre los miembros de la red en el Capítulo Primero, Epígrafe 2, subepígrafe 2, apartado F).

⁸⁹³ El sometimiento de los miembros de la red a un deber de confidencialidad como deber derivado de la buena fe a la que se sujeta a actuación tanto del cabeza de red como de sus miembros ha sido anteriormente propugnada por RUIZ PERIS, J.I., “Un Derecho específico para las redes empresariales”, ob.cit., pág. 117.

Para ello será necesario establecer en un primer lugar el criterio en base al cual se considerará que una información concreta se encuentra sujeta a un deber de confidencialidad. A continuación se deberá identificar, atendiendo a los caracteres propios de la estructura económico-organizativa donde tiene lugar el intercambio de información, sobre qué sujetos recae el cumplimiento del deber de confidencialidad. Y, finalmente, se deberá identificar el contenido concreto – deber de actuación positivo y/o negativo – en que dicho deber se materializa, así como el alcance temporal del mismo.

Al igual que se ha hecho anteriormente en sede de deber de transparencia, el modelo sobre el que se parte para la delimitación del contenido del deber de confidencialidad es el ya previsto en la normativa societaria. En este caso, y siendo conscientes de las diferencias existentes entre la regulación de dicho deber en el Derecho español y en el ámbito comparado en el que, a grandes rasgos, se regula el contenido del deber con menor definición⁸⁹⁴ respecto a la normativa española, preferimos

⁸⁹⁴Art. 49 Reglamento (CE) no 2157/2001 del consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el estatuto de la sociedad anónima europea (SE): “Los miembros de los órganos de una SE estarán obligados a no divulgar, incluso después del cese en sus funciones, las informaciones de que dispongan sobre la SE cuya divulgación pudiera tener consecuencias perjudiciales para los intereses de la sociedad, con excepción de los supuestos en que dicha divulgación sea exigida o esté permitida por las disposiciones de derecho nacional aplicables a las sociedades anónimas, o por causa de interés público”.

En Alemania el § 116Aktiengesetz: “The board members are sworn to secrecy regarding particular received confidential reports and consultations. They are especially liable for damages when they determine an unreasonable compensation (§ 87 paragraph 1)”. Traducción inglesa de la Aktiengesetz ofrecida por el Langenscheidt Translation Service.

Art. L 225-37 Code de Commerce : “Les administrateurs, ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions du conseil d'administration, sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président du conseil d'administration ”.

tomar como punto de referencia para el estudio de la aplicación del deber de confidencialidad a las redes empresariales, precisamente por su carácter más desarrollado, la regulación española del mismo.

A) El carácter confidencial de la información.

Aunque el término confidencial es usado como parámetro para la identificación de la información que debe estar sometida a deber de secreto por varios ordenamientos jurídicos⁸⁹⁵, en ninguno de ellos se detalla el sentido que cabe atribuir a dicho

La previsión del deber de secreto de los administradores es especialmente singular en el Derecho italiano, ya que aparece recogida en el Código Civil, pero con una redacción más propia del ámbito penal: Art. 2622 *Divulgazione di notizie sociali riservate*: “Gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i loro dipendenti, i liquidatori, che, senza giustificato motivo, si servono a profitto proprio od altrui di notizie avute a causa del loro ufficio, o ne danno comunicazione, sono puniti, se dal fatto può derivare pregiudizio alla società, con la reclusione fino ad un anno e con la multa da L. 200.000 a L. 2 milioni. Il delitto è punibile su querela della società”.

Especialmente abstracta es la previsión del deber en el ámbito anglosajón, así, por ejemplo, por lo que respecta al Reino Unido, en la *Companies Act* de 2006, chapter 46, se prevén supuestos especiales de infracción del deber de lealtad en los que puede darse en concurso medial una infracción también del deber de lealtad, art. 175 deber de evitar situaciones de conflicto de interés, en especial su p.2: “This applies in particular to the exploitation of any property, information or opportunity (and it is immaterial whether the company could take advantage of the property, information or opportunity)”; señalando el art. 170 que este deber se extiende incluso después de haber cesado en el cargo: “A person who ceases to be a director continues to be subject (a) to the duty in section 175 (duty to avoid conflicts of interest) as regards the exploitation of any property, information or opportunity of which he became aware at a time when he was a director”.

Una breve visión comparada de estas y otras regulaciones, aunque a veces sobre textos ya no en vigor, puede encontrarse en ALCALDE SILVA, J., “La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales”, *ob.cit.*, págs. 24-36.

⁸⁹⁵ Expresamente es el caso de Alemania y Francia, aunque de forma implícita dicha consideración de la información constituye el presupuesto para la aplicación del régimen de confidencialidad en los otros ordenamientos citados. Vid. nota anterior.

adjetivo, lo cual no deja de ser paradójico cuando la consideración o no como “confidencial” de la información constituye la *conditio sine qua non* para la aplicación del régimen del deber de secreto o confidencialidad⁸⁹⁶.

El Derecho español, sin embargo, se ocupa con mayor profusión del tema. De esta manera y de acuerdo con la regulación actual se puede afirmar que, para que una información⁸⁹⁷ sea considerada “confidencial” en el ámbito societario, deberá reunir dos requisitos fundamentales: que la información haya sido adquirida (por los administradores) como consecuencia del ejercicio del cargo, y que la divulgación de la misma sea susceptible de lesionar el interés social.

Por lo que respecta al primer requisito, deberá considerarse incluida tanto la información de la que hayan tenido conocimiento los administradores como consecuencia exclusiva del *ejercicio de su cargo*, como aquella de la que han tenido noticia *por razón del cargo* que ocupan en la sociedad⁸⁹⁸,

⁸⁹⁶ A este respecto CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia...”, ob.cit., pág. 124: “La confidencialidad de la información se convierte *ministerio legis* en el presupuesto objetivo básico de la imposición del deber de secreto, de modo que podría afirmarse que allí donde no existe confidencialidad no existe tampoco obligación de guardar reserva”.

⁸⁹⁷ El art. 232 TRLSC después de enunciar el deber de secreto sobre la información confidencial incluye una serie de elementos sobre los que extiende este deber de secreto: “informaciones, datos, informes o antecedentes”. La doctrina ha atribuido un carácter meramente ilustrativo a este listado, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, ob.cit., pág. 188. Manteniendo este enfoque, CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia...”, ob.cit., pág. 124, interpreta esta enumeración: “como un intento de determinar de la manera más amplia posible el concepto de información, extendiéndolo a cualquier tipo de conocimiento adquirido por los administradores con independencia de cuál sea su soporte formal y la contemporaneidad de los hechos o circunstancias a los que dicho conocimiento se refiera”

⁸⁹⁸ No resultan sujetos al deber de secreto, en cambio, “Los conocimientos que el administrador haya adquirido en el ejercicio del cargo, tales como una mayor aptitud o destreza en la resolución de problemas técnicos, financieros,

habiendo incluso autores que, sobre la base de la naturaleza fiduciaria de la relación entre administrador y sociedad, extienden el deber de secreto también a la información de la que se hubiera tenido noticia antes del nombramiento como administrador y durante la vigencia de este cargo⁸⁹⁹.

En cuanto al requisito de que la divulgación de la información sea potencialmente perjudicial para la realización del interés social, entendido éste como interés de la sociedad⁹⁰⁰,

comerciales, etc...” DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores...*, ob.cit., pág. 188.

⁸⁹⁹ La pertenencia a la esfera societaria de la información es analizada desde tres planos por FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas*, ob.cit., págs. 113 – 117: “Conforme al plano objetivo es posible sostener que para que la información conocida por el administrador esté sujeta al mandato de secreto impuesto por el art. 127 LSA debe estar directa y precisamente relacionada con la sociedad en la que se ejerce o ejerció el cargo de administrador. La razón, una vez más, es sencilla de entender: dicho precepto está naturalmente destinado a proteger a la sociedad frente actos de quienes, por el espectral cargo que ocupan, han accedido a informaciones societarias cuya comunicación a terceros producirá la disminución del valor de dichos conocimientos o favorecerá a terceros sin contraprestación social...Conforme al plano temporal la información ha de haberse adquirido por el administrador durante el período de tiempo en que desempeñó el cargo...Finalmente y ya en el plano modal, también nos resulta indiscutible que para calificar cierta información de confidencial no será preciso que el administrador la haya adquirido en determinados lugares, situaciones o a través de ciertos medio o ritos: la información tendrá o no el carácter de confidencial con independencia de estas circunstancias”.

A favor de esta extensión del deber de secreto a la información que el administrador conociera con anterioridad a asumir el cargo, CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia...”, ob.cit., pág. 127.

⁹⁰⁰ Así lo define el art. 26 TRLSC en sede de regulación del deber de lealtad. Parece de este modo que la ley se inclina por una postura institucional a la hora de definir el interés social frente a la contractualista que sólo toma en consideración el interés de los socios. De esta forma, en el interés de la sociedad estarán representados los intereses de acreedores, trabajadores, etc.

En defensa de esta tesis institucionalista del interés social, ESTEBAN DE VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid, 1982, págs. 123 y ss.

es un requisito cuya comprobación deberá realizarse caso por caso, tomando en consideración que no es necesario que se produzca un perjuicio efectivo, sino que basta con la posibilidad del mismo, sin necesidad de que el perjuicio constituya un detrimento económico concreto o una pérdida competencial en sentido estricto⁹⁰¹, si bien el eventual perjuicio deberá ser relevante y no susceptible de compensación por los beneficios que la comunicación del mismo pueda generar para los socios⁹⁰².

Si se realiza una traslación de estos requisitos al ámbito de las redes empresariales puede verse como, a causa del carácter *uberrima fides* de las relaciones entre los empresarios miembros

⁹⁰¹Estas notas son señaladas por CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia...”, ob.cit., pág. 129: “Es por tanto suficiente con que mediante el empleo de un mínimo de diligencia, bien la materia sobre la que versa la información, o bien el propio contenido de la misma permitan aventurar con cierto fundamento la simple posibilidad de que su divulgación o comunicación a determinadas personas ocasione un perjuicio a la sociedad...El potencial perjuicio puede ser también inconcreto o inmaterial, es decir, relativo a circunstancias abstractas difíciles de aprehender o al valor de la empresa en su conjunto...No es preciso que exista una relación de competencia entre el titular de la información (la sociedad) y la persona o personas que han accedido a la misma como consecuencia de su divulgación ilegítima por parte de los administradores, de modo que el perjuicio que sufra la sociedad sea directamente correlativo al beneficio obtenido por el tercero competidor”.

⁹⁰² En este sentido, GARCÍA ALVAREZ, B., “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: un conflicto abierto”, ob.cit., pág. 12: “El eventual perjuicio al interés social debe ser relevante, ya que un daño leve o meramente probable no puede justificar la imposibilidad para el socio de ejercer su derecho a la información y la correspondiente negativa del administrador a no desvelar dicha información ante un socio. Y, a su vez, este perjuicio relevante a la sociedad no puede compensarse con los beneficios derivados de la comunicación a los socios de la información solicitada. Esas ventajas que deben ponderarse en este conflicto de intereses deben ser para la sociedad y no para los intereses particulares de los socios”.

Desde una perspectiva positiva y no negativa, FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas*, ob.cit., págs. 130 – 132, planteando este requisito como la comprobación de la existencia de un interés legítimo en mantener la reserva de la información.

de la red fruto del carácter estable y duradero de las mismas, así como del hecho de compartir el uso o explotación de bienes inmateriales, los administradores de cada una de las empresas miembro de la red tienen acceso tanto en *el ejercicio* como *por razón de su cargo* a un importantísimo volumen de información sobre la forma de organización y ejercicio de la actividad del resto de miembros de la red, clientes, proveedores, distribuidores y otros empresarios con los que los mismos se relacionan, así como de las condiciones del mercado en general. Esta información, constituye la base de las sinergias que se producen entre los empresarios de la red, de forma que su divulgación por parte de los administradores de una de las sociedades miembros lesionaría el interés de red.

Este hecho pone de manifiesto como, la pertenencia a una estructura económico-organizativa singular como es la red empresarial, produce una modalización de los parámetros a tomar en consideración para el enjuiciamiento del carácter confidencial o no de una información. En este sentido, la difusión de información no ya solo concerniente al propio empresario, sino también la referida a otros miembros de la red, o a esta en su conjunto, como consecuencia de la interdependencia de las prestaciones empresariales entre los mismos, tiene una capacidad de afectación real y directa a la consecución de los intereses de red.

Así, por ejemplo, una empresa encargada de la elaboración de componentes para una gran fabricante de automóviles cuenta con un importante volumen de información acerca de los aspectos técnicos de cierta parte de la cadena de montaje del fabricante, así como también de parte de la organización del proceso productivo e incluso de los proveedores y distribuidores con los que trabaja su principal. Dicha información, a la que tiene acceso sus administradores como consecuencia del ejercicio y por razón de su cargo, si se difunde a otros fabricantes de automóviles respecto a los cuales la empresa no es competidora, pese a no ocasionar un daño directo a su empresa, sí lo puede ocasionar al principal y a su red de proveedores de componentes, de forma que, al final, de modo

indirecto, la empresa se vería afectada negativamente como consecuencia de la difusión de dicha información.

Por lo tanto, en una red empresarial como la descrita, a la información sobre otros miembros de la red, así como de la forma de organización de todo o parte de la red cabría atribuirle el carácter de “confidencial”, como consecuencia del potencial perjuicio que su divulgación puede ocasionar a la consecución del interés de red.

B) Sujetos del deber de confidencialidad en las redes empresariales.

Partiendo de nuevo desde la regulación del deber de confidencialidad en el ámbito societario, es claro que los sujetos sobre el que recae dicho deber son los administradores sociales, con independencia de su condición o no de representantes y de la forma empleada para su designación⁹⁰³.

Asimismo, dicho deber, al igual que el conjunto de los deberes propios de los administradores, se extiende también a

⁹⁰³ Afirman MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, ACHIM, “Comentario al art. 127 quáter”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ARROYO, I., EMBID, JOSE MIGUEL., GÓRRIZ, C., coords., Tecnos, Madrid, 2009, Vol. II, pág. 1448: “En lo que se refiere al alcance subjetivo del deber de secreto, y pese a la falta de precisión del texto legal – o precisamente por ello –, ninguna duda cabe de que afecta a todos los administradores, cualquiera que sea el método empleado para su designación (por la junta, por cooptación o por el sistema de representación proporcional)”.

Añade CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia...”, ob.cit., pág. 135: “El deber de secreto afecta, en consecuencia, a todos aquellos que sean o hayan sido administradores de la sociedad. Este deber es exigible a dichos sujetos desde el momento mismo de su acceso a tal condición, esto es, desde la aceptación expresa o tácita del nombramiento (ex. Art. 125 LSA). Además, y en buena lógica, el deber recae sobre cada uno de los administradores cualquiera que sea la estructura del órgano de administración y con independencia de que el administrador tenga a su vez la condición de representante de la sociedad”:

los administradores de hecho, sobre la base de lo dispuesto en el art. 236 TRLSC⁹⁰⁴.

Tomando como punto de partida dichas consideraciones, los sujetos sobre los que recae el cumplimiento del deber de confidencialidad en las redes empresariales son los empresarios miembros de la red y, de forma refleja, sus administradores.

En este sentido, y tomando en consideración tanto el fundamento de la extensión de dicho deber, como el carácter confidencial de la información manejada en las redes empresariales antes expuestos, son los administradores de las empresas miembros de la red los que, *por el ejercicio y en ocasión de su cargo*, tienen acceso a un mayor volumen de información confidencial cuya *divulgación tiene una capacidad de afectación real* a la consecución del interés de red y por tanto, debe pesar sobre ellos, un deber de secreto en garantía de la consecución del mismo.

Además, recuérdese la condición de representantes indirectos de unos miembros de la red respecto de otros y la posición fiduciaria asociada a dicha naturaleza, de forma que la imposición de un deber de secreto a los mismos es a la vez consustancial a su cualidad de gestores de intereses ajenos⁹⁰⁵.

⁹⁰⁴ Art. 236 TRLSC: “Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o *por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo*”. Esto es el deber de secreto previsto en el art. 232 TRLSC.

El fundamento de la extensión de régimen de responsabilidad de los administradores a los administradores de hecho, se fundamenta de acuerdo con la doctrina sobre tres premisas: la interpretación teleológica del régimen de responsabilidad de los administradores, la equidad y el fraude de ley. En este sentido, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 177 a 182. También, FILIPPI, LAURA LYDIA., *El administrador de hecho en la sociedad anónima*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba (Argentina), 2006, págs. 262 -274.

⁹⁰⁵ Así señala RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, ob.cit., pág. 215 que: “Unido a la autonomía y discrecionalidad

Por lo que respecta a los trabajadores de dichas empresas, sujetos entre los que materialmente se va a producir de forma efectiva el intercambio de información confidencial, parece que sobre los mismos pesará también un deber de confidencialidad sobre las informaciones a las que tengan acceso con ocasión del ejercicio de su cargo, si bien la configuración de dicho deber de secreto presentará carácter contractual y, pese a que no puede desconocerse tampoco el efecto perjudicial indirecto que la divulgación indebida de dicha información puede tener para la red empresarial, ésta será una cuestión a resolver por cada empresario dentro de su esfera de organización interna y su relación directa con el trabajador⁹⁰⁶.

C) Contenido del deber de confidencialidad en las redes empresariales.

Tomando de nuevo como punto de partida la normativa societaria, las conductas típicas previstas en esta sede como infracción del deber de confidencialidad son dos: por un lado la

de actuación, en la gestión incide un tercer factor destacable: el gestor suele ser receptor de información relevante, no conocida por la generalidad del público o incluso por el propio principal. En algunos casos, el conocimiento de la información relevante es un presupuesto para que el gestor pueda realizar correctamente la gestión y lo normal reside en que el gestor disponga de ella para el desarrollo de actos de gestión. Sin embargo, la cuestión que aquí se plantea viene referida al uso de la información al margen de la actividad gestora y de los intereses del principal. Esos conocimientos pueden servir al interés del gestor o ser comunicados a terceras personas para llevar a término iniciativas interesadas y oportunidades de negocio que no reportan beneficio alguno al principal”.

⁹⁰⁶ Acerca del deber de secreto de los trabajadores SALA FRANCO, T., “El deber de secreto de los trabajadores”, *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas: XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Granada, 2005, págs. 1253-1272; HIDALGO RÚA, GLORIA MARIA., GARCÍA DÍAZ, MARGARITA., “Deber de secreto y pacto de no concurrencia en las relaciones laborales”, *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales: presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo, XII Coloquio de Derecho Europeo*, ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA., coord., La Laguna, 1993, págs. 175-192; CARCERONI GARBAYO, E., “El acuerdo de confidencialidad. El deber de secreto en las relaciones laborales”, *Aprende RH: la revista de los recursos humanos y del e-learning*, núm. 24, 2009, págs. 110-114.

divulgación en general de la información considerada como confidencial para la sociedad según los parámetros anteriormente estudiados, trayendo como resultado que dicha información pierda su carácter secreto; y, por otro lado, la comunicación a terceros de dicha información, comunicación que puede calificarse como indebida en la medida que dicha conducta sea susceptible de crear un riesgo de perjuicio a la consecución del interés social⁹⁰⁷.

No obstante, debe tenerse en cuenta la existencia de obligaciones legales de difusión o comunicación de información que actúan como límite al contenido del deber de confidencialidad⁹⁰⁸. En este sentido, la divulgación o comunicación que se realice dentro de los límites de alguno de los presupuestos y con las formalidades exigidas por dichas normas, no podrá considerarse como infracción del deber de confidencialidad⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ Señala CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia...”, ob.cit., pág.132 que: “De esta manera, el legislador ha pretendido dejar claro que el deber de secreto no es susceptible de vulnerarse tan sólo haciendo públicas las informaciones confidenciales, sino también mediante comunicaciones o revelaciones realizadas en un entorno privado a cualquier tercero que carezca de un derecho a acceder a esa clase de información; y ello sea cual sea la conducta posterior de ese tercero, es decir, tanto si el tercero que ha recibido la información provoca después su divulgación como si dicho tercero se limita a su vez a mantenerla en secreto. Ambas conductas del administrador se someten de nuevo al mismo criterio a los efectos de enjuiciar su ilicitud: que la divulgación o comunicación a tercero pueda tener consecuencias perjudiciales para el interés social”.

⁹⁰⁸ Este límite al deber de confidencialidad se encuentra previsto en la normativa societaria en el propio artículo regulador de dicho deber. Art. 232.2 TRLSC: “Se exceptúan del deber a que se refiere el apartado anterior los supuestos en que las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes”.

⁹⁰⁹ Algunas de las obligaciones de divulgación a las que se encuentran sometidas todas las sociedades son: la obligación de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, (art. 279 TRLSC y 365 RRM) o la modificación de los estatutos sociales (art. 290 TRLSC). Sin embargo, el

Delimitado y contextualizado el contenido del deber de confidencialidad en el ámbito societario, impera ahora abordar su traslación al ámbito de las redes empresariales. Debe partirse en esta sede de una distinción preliminar, y es que una cosa será el deber de confidencialidad que pese sobre cada uno de los empresarios miembros de la red de acuerdo con su condición de empresarios, y otra será el contenido del deber de confidencialidad al que se encontrarán sometidos en cuanto miembros de la red que tienen acceso a información de carácter confidencial para la red⁹¹⁰.

Por lo que respecta a la primera cuestión, los empresarios miembros de la red, y de forma refleja, los administradores cuando la forma societaria sea la escogida por dichos empresarios, se encontrarán sometidos a las mismas obligaciones de confidencialidad que la ley impone a cualquier empresario de su misma condición y que han sido antes referenciadas, pues recuérdese que pese a su pertenencia a la

mayor conjunto de obligaciones de difusión se concentra en el régimen de las sociedades cotizadas así y en especial el art. 35 Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, sobre la emisión del informe financiero anual del emisor de valores admitidos a cotización, la obligación de difusión de la información relevante a la que se refiere el art. 82.2 LMV u obligación de difusión de información por las entidades a requerimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en los casos previstos en el art. 89 LMV, entre otros.

Por lo que respecta a las obligaciones de comunicación, pueden encontrarse tanto en el ámbito administrativo, tributario o laboral – así por ejemplo, en el ámbito tributario, desde la petición de la declaración censal art. 29.2 a) Ley General Tributaria (LGT), hasta las comunicaciones periódicas de liquidación del IVA, declaración anual de operaciones con terceros (art. 31 LGT) –, como en el social, siendo en este ámbito la más importante el derecho de información a los socios (arts. 196 y 197 TRLSC), que supone el “reverso” del deber de confidencialidad de los administradores en el ámbito societario.

Sobre la interrelación entre deber de confidencialidad y derecho de información Vid. GARCÍA ALVAREZ, B., “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: un conflicto abierto”, ob.cit., págs. 10-23

⁹¹⁰ Los criterios para la identificación de lo que constituye la información confidencial para la red han sido expuestos supra. apartado A).

red, los miembros siguen siendo sujetos autónomos de Derecho y, por tanto, se encuentran sometidos a las mismas exigencias que cualquier otro operador económico.

El tratamiento de la información que haya sido identificada como confidencial para la red es, en cambio, la cuestión que presenta un mayor interés. En este sentido, anteriormente se ha destacado que la inclusión del empresario en el marco económico-organizativo singular de las redes empresariales trae como resultado una modalización de los parámetros a tomar en consideración para el enjuiciamiento del carácter confidencial o no de una información, en concreto, mediante la consideración del potencial lesivo que, la difusión o comunicación de dicha información podía tener para la consecución del interés de la red.

En consecuencia, la toma en consideración de dicho interés para identificar el carácter confidencial o no de una información de la que tienen conocimiento los miembros de la red implica, consecuentemente, la existencia de unos determinados comportamientos que, llevadas a cabo por los empresarios en cuanto miembros de la red, pueden perjudicar la consecución del interés de red. Dichos comportamientos, a su vez, encarnan las obligaciones de conducta negativas correlativas a la existencia de un deber positivo de conducta en las redes empresariales: *el deber de confidencialidad*.

De esta forma, el deber de confidencialidad en las redes empresariales se traduce en unas obligaciones de conducta positivas para sus miembros que pueden construirse de modo paralelo a las previstas en el ámbito societario⁹¹¹: la prohibición

⁹¹¹ La posibilidad de traslación directa de las obligaciones positivas de conducta del ámbito societario a las redes empresariales se apoya en que el deber de confidencialidad de administradores y miembros de la red se apoya en el mismo fundamento: la consideración de unos y otros como gestores de negocios ajenos y el sometimiento a unos deberes fiduciarios de conducta. A este respecto Vid. en este capítulo, Epígrafe 4, subepígrafe 1.

de divulgación y la prohibición de comunicación indebida de información de carácter confidencial para la red⁹¹².

El fundamento de la prohibición de divulgación de la información confidencial para la red es el mismo que el aplicable en el ámbito societario: Si el fundamento del deber de secreto descansa sobre el potencial lesivo que la información confidencial puede tener sobre la consecución del interés de red, es claro que el conocimiento de esta información por el público en general – resultado de la divulgación – supone el mayor riesgo posible para la consecución de dicho interés, por lo que esta conducta queda prohibida para los miembros de la red empresarial bajo el deber de confidencialidad al cual se encuentran sujetos.

En cambio, la comunicación significa una puesta en conocimiento de la información confidencial sólo frente a determinadas personas, normalmente con un derecho de acceso a la misma, de forma que comunicación indebida, se entiende aquella realizada a personas que se encuentren fuera del supuesto anterior y que, por tanto, implique un riesgo de lesión a la consecución del interés de red.

Ocurre sin embargo que, a diferencia de cuanto sucede en el ámbito societario donde se prevén obligaciones de

⁹¹² Así, por referencia al ámbito societario señala CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia...”, ob.cit., pág.133 que: “De la letra de la norma se deduce que el legislador ha configurado las conductas que suponen la vulneración del deber de secreto entorno a un concreto elemento: la exteriorización de información confidencial: exteriorización que se produce cuando el administrador la facilita o la transmite (de forma directa o indirecta, expresa o implícitamente) a uno o varios terceros y/o al público en general. Así pues, el deber de secreto se infringe cuando la información pasa de ser conocida tan sólo por los administradores y, en su caso, por el círculo limitado de personas que de un modo legítimo tienen acceso a la misma, a ser conocida también por otras personas como consecuencia de la revelación realizada por el administrador”.

Para una distinción teórica entre ambas figuras FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas*, ob.cit., págs. 153 – 154.

comunicación – y por tanto excepciones al deber de confidencialidad – por diversas normativas tal y como se ha señalado anteriormente, en cambio no se prevén este tipo de comunicaciones para las redes empresariales, principalmente porque la figura todavía no ha sido objeto de reconocimiento en el Derecho español⁹¹³.

Lejos de plantearnos la necesidad o no de la extensión de estas comunicaciones a las que refiere la normativa fiscal, laboral o administrativa a las redes empresariales, sí estimamos pertinente, en cambio, hacer una referencia al supuesto de comunicación de información con mayor relevancia en el ámbito mercantil, a saber el ejercicio del derecho de información del socio y su conjugación con el contenido del deber de confidencialidad que ahora nos ocupa⁹¹⁴.

⁹¹³ Sobre el reconocimiento de la figura de la red empresarial en el ordenamiento jurídico español Vid. Capítulo Primero, Epígrafe 3, subepígrafe 2.

⁹¹⁴ Art. 196 TRLSC.- Derecho de información en la sociedad de responsabilidad limitada: “ **1.** Los socios de la sociedad de responsabilidad limitada podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. **2.** El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social. **3.** No procederá la denegación de la información cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social.

Art. 197 TRLSC.- Derecho de información en la sociedad anónima: “**1.** Los accionistas podrán solicitar de los administradores, acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, las informaciones o aclaraciones que estimen precisas, o formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta. Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general. **2.** Durante la celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día y, en caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete

D) Alcance del deber de confidencialidad en las redes empresariales: confidencialidad en la fase precontractual y en la fase postcontractual.

Una vez delimitada la información que puede revestir el carácter de confidencial en la red empresarial, identificado los sujetos sobre los que, atendiendo a sus circunstancias corresponde imponer el deber de confidencialidad e identificadas las conductas típicas en que se traduce dicho deber, resta solamente por identificar el alcance temporal del mismo, es decir, desde qué momento es exigible y hasta cuándo puede reclamarse la responsabilidad por su incumplimiento.

Un primer supuesto es claro: durante el tiempo que los administradores sociales ostenten su cargo, estarán sometidos a un deber de confidencialidad respecto a la información de la que tengan conocimiento y cuya exteriorización pueda afectar a la consecución del interés social, ya sea de forma directa o bien de forma indirecta como consecuencia de la afectación de los intereses de red.

Más allá de este lapso temporal surgen dos interrogantes ¿es posible predicar la existencia de un deber de confidencialidad para los administradores de las empresas miembros de la red durante la fase de tratos preliminares para la incorporación a la misma? ¿Es posible predicar también la existencia respecto de los mismos sujetos de un deber de confidencialidad una vez finalizada la participación en la red?

a) Deber de confidencialidad en la fase precontractual.

En el capítulo anterior se ha estudiado el fundamento, contenido y aspectos formales del deber de información

días siguientes al de la terminación de la junta. **3.** Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de la información solicitada perjudique el interés social. **4.** No procederá la denegación de información cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social. Los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social”.

precontractual en las redes empresariales⁹¹⁵. Fruto de este estudio se concluía que los miembros de la red y, en especial en el caso de las redes hegemónicas, el cabeza de red, se encontraban sometidos a un deber de información precontractual para con el empresario aspirante a integrar en la red tanto en garantía de la eficiencia de la incorporación del mismo para la red, como en salvaguarda de su capacidad para emitir un consentimiento con conocimiento de causa a su incorporación a la misma, debido esto último tanto a la inexigibilidad de la diligencia desorbitada que supondría auto informarse de las condiciones subjetivas y objetivas relevantes de la red, como por los caracteres que reviste la propia relación de red – en especial la confianza –, todo ello como manifestación de la extensión del Principio de buena fe a esta fase precontractual.

En este contexto, constituye también expresión del Principio de buena fe en la fase preparatoria del contrato que, la parte que ha tenido acceso a información de carácter confidencial durante la fase de tratos preliminares, se encuentre sujeta a un correlativo deber de confidencialidad sobre la misma en garantía, precisamente del correcto desenvolvimiento del deber de información precontractual de la otra parte, es decir, asegurando que la información confidencial suministrada por su contratante en la fase prenegocial no va a ser objeto de exteriorización por parte de quién la recibe, con la consiguiente lesión que se causaría al interés social del sujeto informante⁹¹⁶.

Este deber de confidencialidad en la fase de tratos preliminares, que aparece reconocido en varias de las iniciativas

⁹¹⁵ Vid. Capítulo Cuarto, Epígrafe 3, subepígrafe 2.

⁹¹⁶ Acerca del deber de confidencialidad en la fase de tratos preliminares afirma DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, ob.cit., pág. 314 que por regla general no existe un deber de confidencialidad en la fase de tratos preliminares, salvo en el caso de que la información que se transmita en esta fase tenga carácter confidencial: “...bien de la declaración de quien así la considere, o que derive explícita o tácitamente de las circunstancias...Si la información fuese confidencial, o el hecho mismo de las negociaciones fuese confidencial, no podrá ser revelada a terceros y, en el caso de las informaciones, tampoco utilizadas en propio beneficio. Y ello tanto si el contrato se llega a celebrar como si ello no ocurre”.

internacionales de armonización legislativa⁹¹⁷, tiene sus manifestaciones concretas en el ámbito español, entre otras, en la normativa de información precontractual en materia de franquicia⁹¹⁸ o en el decaído Proyecto de Ley de Contratos de Distribución⁹¹⁹. Aparte de estas manifestaciones legislativas la

⁹¹⁷ Art. 2.1.16 Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010): “Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.

Art. 2:302 PECL: “If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party”.

Art. II 3:302 DCFR: “(1) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party’s own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. (2) In this Article, “confidential information” means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party. (3) A party who reasonably anticipates a breach of the duty may obtain a court order prohibiting it. (4) A party who is in breach of the duty is liable to pay damages to the other party for any loss caused by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach”.

⁹¹⁸ Art. 4 RD 201/2010: “El franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del franquiciador”.

⁹¹⁹ Art. 7 PLCD: “1. Las partes no podrán comunicar a terceros ni utilizar para otros fines distintos de la conclusión del contrato la información que reciban con ocasión de la negociación del contrato,, que sea susceptible de lesionar a la otra parte, a excepción de las comunicaciones que realicen con cualquier profesional que les preste asesoramiento jurídico o económico. En este caso las partes adoptarán las medidas que sean razonables para garantizar el cumplimiento de este deber de confidencialidad respecto de aquellos asesores que no estén sometidos por su estatuto profesional a una obligación de idéntica naturaleza. La obligación de confidencialidad se entiende sin

doctrina reconoce también la existencia de este deber de confidencialidad en la fase de tratos preliminares de otros contratos de red como pueden ser el contrato de agencia⁹²⁰ o el contrato de concesión⁹²¹.

De acuerdo con todo lo anterior parece que el empresario aspirante a miembro de la red, en concreto sus administradores, se encuentre sujeto a un deber de secreto respecto de la información de carácter confidencial para la red, que le ha sido transmitida por parte del empresario ya miembro de la red – en el caso de una red hegemónica, el cabeza de red –, con la finalidad de paliar la asimetría informativa que fundamenta dicho deber de información precontractual, y cuya exteriorización – mediante difusión o comunicación indebida –,

perjuicio de los deberes legales de información a los que pueda quedar sometida alguna de las partes. 2. La exigencia de este deber es independiente de que finalmente se celebre el contrato. Una vez se haya formalizado el contrato, se extenderá durante todo el tiempo de vigencia del mismo. 3. La parte que infrinja este deber estará obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios que se deriven de su incumplimiento, sin perjuicio de otras acciones legales que pudieran ejercerse”.

⁹²⁰ Así, QUINTÁNS EIRAS, M^o DEL R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, ob.cit., págs. 404: “Por ello esta protección al principal incluso deberá hacerse extensiva a la fase precontractual, esto es, aquella fase en la que el principal y el agente llevan a cabo las oportunas negociaciones para concluir un futuro contrato de agencia. En este caso, si como consecuencia de esos tratos preliminares se transmite determinada información secreta – lo cual muchas veces es necesario para poder llegar a un acuerdo –, aun cuando el contrato finalmente no se concluya, el agente debe mantenerla en secreto o incurrirá en la correspondiente responsabilidad”.

⁹²¹ En este sentido, MORALES MENÉNDEZ, I., *El contrato Mercantil de Concesión*, ob.cit., págs. 157 – 163, tras fundamentar la posibilidad de aplicación del régimen de información precontractual en materia de franquicia previsto en el art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (LOCM) al contrato de concesión, dada a generalidad de los términos con que se define en dicho artículo la actividad en régimen de franquicia, señala pág. 167 que. “Puesto que en esta fase precontractual se produce la transmisión de información relevante sobre las cualidades personales y organizativas de cada una de las partes, la exigencias de la buena fe conllevan un deber de secreto relativo a la información recibida a consecuencia de estos tratos preliminares”.

ocasionaría un perjuicio a la consecución de los legítimos intereses de red, lo cual acabaría redundando en perjuicio del interés social de cada uno de los miembros de la red, interés en cuya defensa deben actuar los administradores como gestores de negocios ajenos y como representantes indirectos del resto de miembros de la red.

b) Deber de confidencialidad en la fase postcontractual.

Si anteriormente se ha señalado que es conforme a las exigencias del Principio de buena fe que, quien ha tenido acceso a información de carácter confidencial para su contraparte durante la fase de tratos preliminares, se encuentre sometido a un deber de confidencialidad sobre la misma como contrapartida y en garantía de dicho deber de transparencia; parece también conforme con las exigencias del Principio de buena fe que, terminada una relación jurídica durante la cual se ha tenido acceso a información de carácter confidencial para la contraparte, pese sobre el sujeto que abandona dicha relación un deber de confidencialidad en garantía de que dicha información no va a ser usada con fines concurrenciales⁹²² o bien, no va a ser desvelada públicamente privando por tanto a su titular de las legítimas ventajas competitivas derivadas de la misma⁹²³.

⁹²² Acerca del empleo ilícito de la información confidencial con fines concurrenciales véase GALÁN CORONA, E., “Comentario al art. 13 Violación de secretos”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (dir.), Aranzadi, 2011, págs. 351 – 378.

⁹²³ Señala ALCALDE SILVA, J., “La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales”, ob.cit., pág. 38 que: “Como principio general, cada contratante se encuentra en la obligación de no divulgar la información confidencial a la que ha tenido acceso durante la formación, celebración y ejecución del contrato, y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato alcance su plena consumación o no. En la fase postcontractual, por consiguiente, las partes se hayan vinculadas por un deber de confidencialidad similar al que existe en la etapa precontractual que les impone discreción y reserva sobre lo que han podido conocer en virtud del contrato y cuya revelación lesionar alguno de los intereses considerados relevantes al contratar. Este deber de secreto integra una serie de obligaciones que incumben a las partes después de la perfección y consumación del contrato, de naturaleza accesoria o lateral y que no resultan expresamente de la convención, cuya disciplina corresponde determinar...la buena fe objetiva

El deber de confidencialidad de carácter postcontractual que pesa sobre aquél que ha tenido acceso a información confidencial durante la vigencia de su relación jurídica, se encuentra reconocido en el ámbito de la gestión de negocios ajenos, en el ordenamiento jurídico español, dentro de la regulación societaria del deber de secreto de los administradores, la cual hace mención a la extensión de dicho deber “*aún después de cesar en sus funciones*”.

De nuevo, y a pesar del silencio legislativo en esta ocasión – a diferencia de lo que sucedía en sede de información precontractual –, la doctrina española reconoce la existencia de un deber de confidencialidad de carácter postcontractual en alguno de los contratos usados para instrumentar redes empresariales: agencia⁹²⁴, concesión⁹²⁵ o franquicia⁹²⁶.

(arts. 7.1 y 1258 CC), se extiende incluso una vez terminada la relación contractual, imponiendo a las partes deberes específicos que dependen de las circunstancias propias de la liquidación definitiva del contrato, de suerte que los daños postcontractuales han de ser indemnizados conforme el estatuto de la responsabilidad contractual”.

⁹²⁴ QUINTÁNS EIRAS, M^a DEL R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, ob.cit., págs. 412-416, aborda la cuestión de la fundamentación del deber de confidencialidad en la fase postcontractual y tras señalar el pacto de no competencia del art. 20 LCA y la prohibición de violación de secretos del art. 13 LCD como normas legales en las que puede ampararse este deber de secreto añade pág. 414 que: “Fuera de estos dos supuestos, pudiera parecer que la no existencia de una vinculación contractual exime al agente de mantener en secreto cualquier tipo de información que posea, ya que parece que ni el contrato, ni la ley le obligan. Sin embargo, no es esta la solución que se debe adoptar en el contrato de agencia, sino que por el contrario, la labor de gestión de intereses ajenos que realiza el agente le vincula con el principal no sólo mientras esté vigente el contrato, sino con posterioridad al mismo. La especial naturaleza de la agencia como contrato de gestión de intereses ajenos y de distribución, marcado además fuertemente por la nota de confianza, es lo que hace que el agente siga sujeto a la no divulgación o explotación de toda la información de carácter secreto que haya conocido como consecuencia de su actividad”. En el mismo sentido, MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia mercantil*, ob.cit., pág.450.

PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario a los arts. 20 y 21” *Comentario a la ley sobre el contrato de agencia*, ob.cit., pág. 372: “...extinguido el contrato de agencia, nada empece al agente desarrollar una actividad competitiva con

aquella del empresario con el que estaba ligado contractualmente, siempre que no viole su obligación de guardar secreto, cimentada en un intenso deber de lealtad del agente respecto al representado, que se prolonga incluso con posterioridad a la extinción del contrato, así SAP Valencia 1/IX/1997 AC 1775”.

⁹²⁵ MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato Mercantil de Concesión*, ob.cit, pág. 255, aborda la cuestión de la extensión del pacto de no competencia a la fase postcontractual, extensión que si concurren los presupuestos para la aplicación del Reglamento 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 sobre restricciones verticales, deberá sujetarse a las condiciones exigidas por el art. 5.1 a) de dicho Reglamento para gozar de la exención de prohibición conforme al art. 101 TFUE.

Más allá de este régimen propio del Derecho de Defensa de la competencia interesa destacar que según el autor: “El pacto de no competencia se justifica, asimismo, en la necesidad de salvaguardar los conocimientos técnicos que le hubieran sido transmitidos al distribuidor por el concedente, y no podrá exceder de un año a contar desde la extinción del vínculo contractual y sin perjuicio de que se pueda imponer una restricción ilimitada en el tiempo relativa al uso y a la cesión de conocimientos técnicos transmitidos por el concedente que no sean de dominio público”.

⁹²⁶ Enmarcado igualmente este deber de confidencialidad dentro de la extensión del pacto de prohibición de competencia a la fase postcontractual, HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, ob.cit., págs. 304-305, que califica dicha obligación como: “Una particular conducta de omisión, pues se trata de no ejercer por el franquiciado, directa o indirectamente, actividad empresarial alguna que pueda ser idéntica o similar – es decir, que resulte competidora – a la que se desarrolló al amparo del contrato ya extinguido. **Tampoco es lícito realizar cualquier acto que pueda resultar perjudicial a los intereses de la propia red, como lo sería la divulgación de los secretos obtenidos como consecuencia de la adquisición del know-how**”. (La negrita es nuestra). En el mismo sentido, RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos*, ob.cit., págs. 142-143: “Ahora bien, la confidencialidad de los conocimientos aportados al franquiciado no puede proyectarse únicamente hasta la consumación del contrato, porque aún después pervive un riesgo de perjuicio si se revela su contenido. De manera que esta obligación subsiste tras la extinción del contrato, si bien bajo el deber genérico de la buena fe que permitiría proteger las confidencias comerciales distintas de la información precontractual durante y después del negocio de franquicia. El fundamento de esta obligación postcontractual radica en la necesidad de protección de los intereses del franquiciador con posterioridad a la extinción del contrato, por el perjuicio ocasionable con la traición de su confianza por el franquiciado”.

De acuerdo con todo lo anterior parece que, el miembro de una red empresarial que deja de pertenecer a la misma – independientemente de la forma de abandono –, se encuentra sometido tras el abandono de la red, de acuerdo con las exigencias derivadas del Principio de buena fe, a un deber de confidencialidad de carácter postcontractual como consecuencia del acceso que, fruto de la interdependencia de las prestaciones empresariales, el carácter *intuitu* de las relaciones entre sus miembros e incluso la transmisión y compartimento explícito – y también implícito – de bienes inmateriales, ha tenido a información de carácter confidencial para la red y cuya exteriorización es susceptible de afectar la consecución de los legítimos intereses de red, lo que consecuentemente puede perjudicar también la consecución de los intereses divergentes de sus miembros, frente a los cuales el empresario ostentaba una posición fiduciaria derivada de su condición de gestor de intereses ajenos en cuanto representante indirecto *de facto* de los mismos⁹²⁷.

Identificada y fundamentada la existencia de este deber de confidencialidad de carácter postcontractual para los miembros de la red empresarial, resta por dilucidar el alcance temporal del mismo, es decir, desde qué momento surge este deber de confidencialidad y hasta cuando el ex-miembro de la red estará sometido al mismo.

⁹²⁷ La justificación de la extensión postcontractual del deber de secreto de los administradores en el ámbito societario, aplicable también al miembro de la red en cuanto gestor de intereses ajenos al igual que los administradores sociales, se fundamenta según ALCALDE SILVA, J., “La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales”, ob.cit., pág. 48 en que: “...la finalidad de este deber y la naturaleza de su objeto hacen preciso extender su eficacia aún después de que los administradores sociales han cesado en sus funciones...la obligación de los administradores de no divulgar información relativa a la sociedad engarza con las normas sobre conductas fundamentales que los miembros del órgano de administración han de cumplir como consecuencia de la relación fiduciaria que les une con la sociedad y que, en tanto gestores de un interés ajeno, les obliga en el ejercicio de su cargo a anteponer el interés social a su propio interés o al interés de terceros”.

En cuanto al inicio, la cuestión parece clara: desde el momento en que cese su condición de miembro de la red, esto es, desde que se extingan las relaciones jurídicas que mantenía bien con el cabeza de red en el caso de una red hegemónica o bien con los distintos empresarios-miembros de la red en el caso de una red paritaria.

Cuestión más controvertida es determinar el momento hasta el cuál el deber de confidencialidad de carácter postcontractual desplegará sus efectos. Así, la normativa societaria reguladora del deber de secreto de los administradores no señala ningún límite concreto, se limita a enunciar genéricamente la extensión del deber de confidencialidad de los administradores *aún después de cesar de sus funciones* pero no señala ningún parámetro concreto para su acotación.

Atendiendo al fundamento del deber de confidencialidad, a saber, la protección del interés de red frente a la exteriorización de informaciones que tengan capacidad de afectación del mismo – y que por ello precisamente son calificadas como “confidenciales” –, parece que, a falta de previsión normativa específica al respecto, la opción más acorde con el fundamento del deber y a la vez más garantista de la protección del interés de red, sea defender la extensión de la duración de dicho deber hasta que la información pierda su carácter confidencial y por tanto su capacidad de lesión al interés de red a cuya salvaguarda se erigió el deber de confidencialidad⁹²⁸.

⁹²⁸ Este fundamento inicial es defendido por FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas*, ob.cit., pág. 196: “Esta obligación de reserva del administrador una vez que cesa en sus funciones siempre debe entenderse referida a la información confidencial de la sociedad. Por ello, cuando este carácter desaparezca, será inevitable concluir la inaplicabilidad de dicho mandato. Con otras palabras, cualquiera que sea la conclusión a la que lleguemos sobre la extensión temporal del deber de secreto aplicable a quien fue administrador, éste no quedará obligado por virtud del mismo cuando la información haya perdido el carácter de confidencial o cuando, desde otro ángulo, la información confidencial ya no pertenezca a la sociedad en que se ejerció el cargo de administrador”.

De acuerdo con lo anterior, en el caso de las redes empresariales parece que el deber de confidencialidad que pesa sobre los miembros de la red se extendería entonces más allá de su período de permanencia en la misma. En este sentido, en la medida en que la información de carácter confidencial para la red a la cual han tenido acceso dichos miembros sigue conservando, por sus propios caracteres, el potencial de afectación a la consecución de los intereses de red, a cuya salvaguarda se erige precisamente el deber de confidencialidad, resulta conforme a las exigencias derivadas del Principio de buena fe que, dicho deber, se prorrogue en el tiempo hasta que dicha información pierda su potencial lesivo. Por su parte, la imposición de cualquier límite temporal a dicho deber con causa en el abandono de la red, en primer lugar, no es conforme con la naturaleza, finalidad y fundamento del deber de confidencialidad y, en segundo lugar, supondría dejar vacío de contenido el mismo, por cuanto la protección de los intereses de red a los que dicho deber atiende, se vería temporalmente reducida de forma artificiosa por efecto de dicha cláusula, en

Sin embargo el autor cuando aborda con mayor profusión la delimitación temporal del alcance de este deber (págs. 199-201), opta, en el caso de ausencia de pacto al respecto, por acotar el período de duración del deber de confidencialidad en el ámbito postcontractual a los períodos de prescripción previstos en la LCD en el caso de que el incumplimiento se considere extracontractual o del 949 en el caso que el incumplimiento se considere realizado en el ejercicio del cargo.

A favor del mantenimiento del deber de secreto hasta que cese el carácter confidencial de la información ALCALDE SILVA, J., “La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales”, *ob.cit.*, págs. 50 a 54, después de analizar y descartar otras opciones como atender al plazo de prescripción de 4 años del art. 949 Cdc, el plazo de un año derivado de entender la conducta infractora como un supuesto de responsabilidad extracontractual, el plazo de prescripción previsto en el actual art. 35 de la LCD para perseguir la violación de secretos del art. 13 de la misma norma, dejando al margen la posibilidad de un pacto expreso de confidencialidad postcontractual entre las partes.

supuestos en los que todavía puede persistir el riesgo real de afectación al mismo⁹²⁹.

⁹²⁹ En este sentido y desde la perspectiva de un contrato de los utilizados para la instrumentación de redes empresariales, probablemente el que por su configuración refleja de forma más próxima la estructura económico-organizativa propia de las redes empresariales MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de master franquicia*, ob.cit. pág. 572: “Atendida la naturaleza jurídica de la institución y el carácter esencial del know-how en el seno de las redes de franquicia, el deber de secreto constituye una consecuencia natural del contrato, ex artículos 57 Cdc y 1258 CC, cuya vigencia se prolonga tras la extinción del contrato mientras los conocimientos objeto de secreto mantengan dicha cualidad. Ello significa que el deber de secreto asumido contractualmente por el master tras la incorporación a la red del franquiciador, incluso en defecto de pacto expreso, no posee límite temporal alguno, con lo cual la obligación asumida contractualmente se mantiene plenamente en vigor y es perfectamente exigible por el franquiciador al master tras la extinción del contrato de master franquicia, mientras subsista la condición de secreto de los conocimientos, ex artículo 1101 CC”. En el mismo sentido, Id. “El contrato de franquicia y sus relaciones con el derecho antitrust comunitario...”, ob.cit., pág 66.

CONCLUSIONS

In this thesis we have addressed, on the basis of economic and organizational science, the task of identifying of business networks as autonomous and self-contained legal reality regarding the organizational models of a contractual and corporate-institutional nature. As a result of the above identification we have carried out a positive and negative delimitation of legal claims which require the governance of a figure like the one analysed here. On the one hand, the positive delimitation, when the inherent elements to the structure of business networks, whose consideration is essential when facing the task of designing an effective governance for themselves have been isolated and identified, and, on the other hand, the negative delimitation, when the application of both, contractual and corporate institutions, has been discarded. Such application has been used in practice of trafficking in order to give a legal arrangement to organizational and operational challenges and of sui generis reality like business networks.

Focusing on the aim of this study, we have also analyzed the legal nature of the position of each network member from the rest and in the network as a whole, as a consequence of the unique characters that show the relation among them, and, at the same time, a product and reflection of the distinctive features of the organizational in a network.

After defining the position of each member of the network in legal terms, we have analysed the consequences of the application of the principle of good faith on the performance of such members when subject with a greater responsibility towards other members of the network and the network as a whole. We have also identified particular duties of conduct to which the performance of the network members must be subject both, in the preliminary stages of the business relationship, and during or even beyond its extinction.

Following conclusions can be drawn as a result of the study and reflections carried out:

FIRST.- Due to legal and economic autonomy of network members, as well as several possible ways of its internal organization we can identify two major types of business networks: hegemonic network and parietic network.

The hegemonic network corresponds to what has been identified by the doctrine as a hierarchical or vertical network. However, we prefer to use the term "hegemonic network", as the legal autonomy of the enterprises within the network makes it impossible to talk about the hierarchical relationships based on the exercise of power through control. Nevertheless, as we have already pointed out, the economic and organizational reality shows the existence of entrepreneurs who find themselves in a situation of a higher strategic prevalence in comparison to others, due their size and larger amount of resources. This is why the term "hegemonic" is the one used to identify this type of networks.

Parietic network refers to a different setting in which we do not find any prominent company and the members of the network (often businessmen who share the same sector and level of production, despite the relationships of interdependence) are in more equal footing. In fact, they can become both, partners in the activity about which the network is concerned and competitors in other activities they exercise. That is why we prefer the term "parietic" as opposed to "hegemonic". At the same time, we think it reflects better the division of power than the term "horizontal" or by "coordination".

SECOND.- The interdependence between the business performances of the network members implies that the result of an individual activity both depends and conditions the result of other enterprises included in the network. This makes it necessary to foresee different ways of coordination and supervision in the execution of the activity by the network members in order to guarantee and strengthen the efficiency of the whole network as well as to guarantee the achievement of

shared interest, while strengthening the links between the parties and raising network exit-costs.

In legal terms, the interdependence is reflected, on the one hand, in contractual tying (ancillary contracts or linked contracts) and, on the other hand, in overcoming of the principle of contractual relativity. Therefore, the contracts among the network's members present reflected effectiveness over third parties, a part from the consideration of the network interest as a criterion for integration of the contract.

THIRD.- In general, it seems clear that the idea of unitary form of organization and governance in the business networks must be rejected without prejudice of the existence of common rules and principles that would be only demonstrated by a specific study of each type of network. The existing structural differences between hegemonic and parietic networks, together with organizational specificity, which place each network within the two mentioned categories, makes it impossible pre-establish prototype structures or forms for an efficient organization and governance of business network and, at the same time, include distinctive features of each type of network.

It does seem reasonable to admit, on the one hand, the existence of more or less overlapping models of governance addressed to hegemonic business networks and, on the other hand, the existence of organizational and governmental models designed for parietic networks.

FOURTH.- Appropriate governance of business networks requires prior identification of where and on what the power of business networks is based. Our point of departure is different from other corporations as it is not enough for the directors of the network to have a power with obligation basis (legal or contractual), but they want this power to be exercised by authority (hegemonic position or established democratically) within the business network. It must be also perceived and accepted by all the members, legitimize the exercise of the power and, at the same time, stimulate voluntary acceptance of the decisions by all members of the network.

FIFTH.- As a result of the autonomy, interdependence and lasting and intuitu nature of the relationships among the network members, possible structures of governance must seek a balance between the exercise of authority and the integration of the personal element in the network management. In other words, they should combine the exercise of organizational power with the important relational component typical in business networks. This means that sometimes the exercise of power will be softened by the observance of the relational component. However, other time, an organization and formalization of relational component will be necessary in order to ensure effective management of the network, like, for instance, in the cases of transmission of industrial property among members of the same network, especially, in the case of know-how and information difficult to save in hardware.

SIXTH.- Instruments of corporate governance have a low impact on the internal organizational of business networks in absence of a common heritage, which provides the basis for organizing the whole system of governance and division of functions and duties in the network.

SEVENTH.- The self-regulation (codes of conduct) can be used to establish specific mechanisms of government adapted to the particularities of each business network. However, the problem of such codes is its effectiveness, its bidding character among the entrepreneurs who have or have not assumed it, and its extension to the whole network, in a way that we talk about a code of business network as a whole (remember the vague lines of business network) rather than about a set of codes of conduct of enterprises belonging to network.

Nevertheless, even if we achieved to solve the problem of the codes efficiency we would face even greater problem, the one of determining their context. This means that we would have to repeat, within self-regulation, the same problems that have already been pointed out by the general theory of the governance in business networks.

EIGHTH.- Generally speaking, the use of contractual clauses to implement governance in business networks faces the lack of

structural adaptation of our right of obligations in long-term inter-corporate contracts (relational contracts). This means that our system of remedies, in the case of breach or defective performance of the contract, seems to head for extinction of legal relationship and damages without providing any alternative solutions to improve dispute between parties and the continuation of legal relationship, for instance, by modulation of fulfilment, granting of extraordinary, etc. a situation which, in the context of business network, seems to be in accordance with the economics of the contract and the interests of the parties to preserve synergies arising from being a part of the network.

NINETH.- The contractual provision of duties for supervising of the activity is a part of mechanism that can be efficient for the governance of business networks. Its provision testifies the awareness of the parties about the existing economic interdependence between them and about “the effectiveness of the contract reflected in relations with a third party” in a way that its inclusion express the will of the parties to arrange the impact their business relationship has on third parties. This does not involve, in any case, an allocation of a direct right about the outcome of the contract to a third party, something that clearly distinguishes these provisions of the so-called third-party beneficiary contracts.

TENTH.- The use of conditions for the execution of the contract as a way to implement contractually the existing economic interdependent among the members of a network is not appropriate. On the one hand, it confuses the “effectiveness reflected of the contract with a third party” giving rise to suspense or resolute contractual condition. On the other hand, the legal framework of this condition is not in line with dynamic of performances interdependence typical for business network. Therefore, the conditions regarding fulfilment and reorganization of business networks are designed for bilateral and not multilateral business settings.

ELEVENTH.- The use of exclusivity clause and the non-competition covenants is only operating in hegemonic networks. In parietic networks the competence among the members can be

integral to the very existence of the network. In the hegemonic networks such clauses defend the shared interest rather than individual one of network members, typifying a set of behaviours, which, if performed by the members would infringe upon its interest. Therefore, these clauses help to determine the negative side of entrepreneurs' individual autonomy, restricting their freedom of action concerning the safeguarding of shared interest. Anti-competitive component should be justified from the perspective of accessory constraints.

TWELFTH.- With regard to the allocation clauses of liability and compensation whose aim is to save the difficulty of allocating of the effects arising from the breach of contract to each member of the network, do not fit with the reality of business networks. Considering this, creating of a highly bilateral contractual system of allocation of duties within the multilateral operational framework, typical for the business network, and characterized by the interdependence of benefits is inappropriate. Furthermore, the establishment of these clauses in multilateral contract would involve drafting of a specific clause for each contractor depending on the contribution, which in addition, can be subject to changes over time.

THIRTEENTH.- The use of contractual tying in extinction of contracts present different efficacy depending on whether we deal with hegemonic or parietic network. In the former, contractual tying suppose granting a card of legal nature to something which already is an effect resulting of own nature and economic function of contracts. In the parietic networks, the link among contracts does not correspond to a unilateral dependence relationship, but to multilateral one, so that the extinction of one of the contracts requires the extinctions of others. All other contracts, depending on particular case, can keep their effects.

FOURTEENTH.- The interdependence of business performances as well as the shared use of a particular right of industrial property cause that the result of a member's activity is safe for all other members, but it projects the effects on them and it may influence or condition the exercise of their activity.

Thus, acting on behalf of a member of the network whose activity produces impacts on the heritage of a third part can be placed within the scheme of management relationships of outside interests.

FIFTEENTH.- Within management relationships of outside interests, acting on behalf of a member of the network with impact on third parties is within the institution of indirect representation or mandate without representation.

Such representative dimension of the network members' action is a result of the interdependence of the business network and the ability they have to affect other members by their conduct, without dealing with tacit empowerment in any case. This dimension is intrinsic to its own condition and it is an expression of shared interest of the network that implies a certain management action towards the achievement of such interest.

SIXTEENTH.- According with the previous conclusion, in all network member's individual performance concurs a management or administration dimension, indirect, of other network member's interests underpinning his consideration as a fiduciary and not as mere representative, which implies the submission to behaviour duties delimiting his performance freedom in warranty of the respect of other network member's interest: the fiduciary duties.

SEVENTEENTH.- As managers of the outside interests in fiduciary position, the performance of the members of business networks must comply with the performance requirements demanded by the principle of good faith. This, together with secondary duties of conduct will bring about special diligence in the exercise of its position. At the same time, the network member will be subject to a duty of loyalty with regard to other members of the network as a result of respect for the common interest. This will imply a positive duty of actuation that will favour the achievement of such interest and abstention duty regarding conducts that can harm the achievement of such interest.

EIGHTEENTH.- In the hegemonic networks, the exercise of power in network organization and management highlights the administrative dimension of network head' actions in the interest of the network (shared interest) in comparison to other members. This qualified administrative activity implies that the network head, in comparison to other entrepreneurs of the network, is on strengthened fiduciary position. Therefore, he/she has got greater capacity to affect not only the shared interest, but also the divergent interests of the members of the network. Because of this strengthened fiduciary positions, the duties of conduct to which the head of network is subject are reinforced in comparison to those holding by other members.

NINETEENTH.- The principle of good faith has a special influence on the field of business networks as a consequence of the prominent role the trust, as an internal organization parameter of networks, occupies. Thus, the principle of good faith is a source of special duties of conduct for the parties, both within the behaviour and the interpretation and integration of legal relationship, result of appearance or legitimate expectations of the counterparties.

TWENTIETH.- Based on the principle of good faith, it seems that the achievement of greater efficiency as well as better and faster results in the integration of a new member in the business network, knowing in advance the complex organizational and relational reality to which will belong – economic basis-together with impossibility for the potential new member to self-inform about relevant subjective and objective conditions of the network, like the nature of business relationship (lasting nature, *intuitu* relationships, interdependence of performances...) – legal basis – justify the imposition of the duty of pre-contractual information about the network member.

This way, the subject who has easy and effective access to this complex information will have to make it available to the counterparty in order to allow him/her to take decision about joining or not the network, correcting the information deficit between the parties and, thus, excluding the invocation of the error as vitiate consent.

TWENTY-FIRST.- We believe that the first information given to potential new member should not be the identification of the contractual partner, but a description of a network as a whole within which the subject will be integrated.

In this sense if, as has been until now, stress is put on the contractual counterparty, a false perception of business's object is produced: it is believed to contract with a single entrepreneur who arranges his own network, perceiving the incorporation agreement as strictly bilateral – this is the reason of the stress on the information about contractual counterparty –, when, really, what is being bargained is the entry in a more wide structure, the network, where the counterparty of the bargaining process is included – whether or not a network head –, thereby, information about the whole network and not only about counterparty is which really leads entrepreneur interested in joining to the network achieve a complete and non-biased conception of the starting legal relationship.

TWENTY-SECOND.- The information about members of the network must be distinguished according to whether we deal with hegemonic or parietic network.

In the first case, the information about head entrepreneur will be of special interest for a new member, when comparing to the information of other components of the network, something that happens because of his/her position in the organization of such network. In contrast, in case of parietic networks, as there is no entrepreneur in the situation of hegemony, the important thing is to give the interested entrepreneur sufficient information about being part of the network in order to issue informed consent.

TWENTY-THIRD.- It seems that the duty of pre-contractual information should be organized through the duty of delivering such information about the entrepreneur who is already a member of the network.

In the case of hegemonic networks, the imposition of this duty to the head of network seems to be the best option, precisely because of his/her previous membership in the network and his/her strong position regarding the entrepreneur interested in becoming a member of the network. The head of

network knows the structure and the organization of the network and is indirectly aware of the difficulty to obtain such data without being a part of the network. These data may be supplied to the new entrepreneur by an authorized person.

In the case of parietic networks, it seems that all members of the network have a great amount of information about the technical and organizational aspects of the network when comparing to the aspiring entrepreneur. That is why they can be addressees of such duty without prejudice that should weigh on the subject who realize it, together with the constraints arising from the duty of confidentiality, a duty of providing information to the network members about negotiations with third parties when incorporating them in the network. In view of the physiognomy of this kind of network, a qualified duty of joint discussion will weigh on this decision.

TWENTY-FOURTH.- According to the principle of good faith, when considered as a restriction to the freedom of determining the content of contract by the parties, we believe that, in the case of business network, specific situations such as information asymmetry, greater specialization or situation of hegemony and authority by the head of the network, underline the possibility of carrying out content control of general provisions in the contracts used by the head of the network (strong contractor) in order to incorporate new entrepreneurs (soft contractor).

Prosecution of the content of general provisions, by reference to the Principle of good faith, will have to take into consideration the typical characteristics of business networks such as - autonomy, interdependence and intuitu relationships among its members- something which will help identify provisions that suppose distortion of some of these characteristics and lead to abusive situations that can be qualified as "arrogant".

TWENTY-FIFTH.- The arrogant nature of a clause in business network contract does not only depend on the impact it causes on counterparty, for instance, connection of the contract to the sole discretion of other contractor, the lack of reciprocity, waiver of the right, etc., but also on whether the content of such

clause, even it does not mean a prejudice for counterparty, may involve the generalization of a conduct or an impact, which will harm the achievement of the network interests or will produce abusive or unlawful appropriation of such benefits by the head of the network.

By other hand, abusive conducts against shared interest's abstention imposed by loyalty duty to the network's head, ought to be also considered in the arrogant character exam of a general condition pre-established with bases on the good faith principle. Thus not only the developing of bilateral business relation between member and network's head inside its own characters is warranted, but also a possible instrumental use of the network for the head by the generalization of contracts that, even according their content with the good faith principle, grant himself excessive prerogatives damaging shared interest and indirectly divergent interest of each member, is avoided.

TWENTY-SIXTH.- The application of the doctrine of Abuse of Rights as a restriction to the freedom of the exercise of rights and duties by members of the network is not satisfactory. Therefore, its application premises do not reflect adequately the situation of dialogue between conflicting interests within the network. This situation may generate the risk of consideration of certain forms of exercising of rights by members of the network as "non-abusive", even if they actually harm unjustifiably both legitimate interests of the network; the shared interest on the one hand, and the divergent interest on the other hand.

TWENTY-SEVENTH.- The application of the doctrine of 'one's own acts' to business networks highlights how the requirement of a consistent exercise of rights by its members is particularly reinforced as a result of a qualified nature of the context in which is involved- intuitu- and as a result of such acts for all the members – interdependence-. This determines that the doctrine can act as an important restriction on the freedom of exercising of rights by the network entrepreneurs. Especially in the case of hegemonic networks for its head.

TWENTY-EIGHT.- The doctrine of estoppels can serve to identify breaches of duty of care and loyalty to which the

members of the network, especially the head, are subject. Thus breach of duty of loyalty would occur if contrary conduct to 'one's own acts' were carried out in order to gain financial advantage that can harm the result of network activity even indirectly. The breach of the duty of care occurs when the behaviour contrary to one's actions is a result of a lack of foresight, professionalism or expertise on the part of the member of the network. This makes him/her exercise a right to an extent contrary to what would be consistent with the legal nature of performance and the way it has been performed before. In this case, the lack of intentional element in obtaining financial advantage, when knowing the possible harm caused to shared interest, qualifies this conduct as contrary to duty of diligence (not duty of loyalty) to which the member of network is subject as a result of his/her fiduciary position and in guarantee the achievement of shared interest.

TWENTY NINETH.- The study of unjust enrichment doctrine application to business networks leads to, firstly, juridical operator awareness about the constant realization of patrimonial transmissions that, given its own characters, take place inside the network, outside from a possible legal regulation between its parties; secondly, to state that many of these patrimonial transmission supposes enrichment and correlative impoverishment of intervening parties; and, thirdly, existence or not of a justifying cause depend on the range of duties to which network's members are subject, hence, unjust enrichment doctrine will play as a limit to the performance duties content of network's members.

THIRTIETH - The following duties have been identified as members of the duty of care oriented towards the interests of network, to which all the members of the network are subject.

A *duty of professionalism*, i.e., behaviour of the member when exercising business performances that corresponds to him/her, according to the level of professionalism and expertise that might be expected from an entrepreneur in the same situation, ensuring in this way expectations and trust of network

members and third parties in a consistent behaviour by the entrepreneur integrated in the network.

A *duty to provide information* to the members, especially to the head of the network, about the circumstances, which are detected when exercising activity within the activity of exploitation inside or outside of the network and are likely to affect the development of the performances by the other members of the network or the business strategy of the network as a whole.

A *duty of transparency*, together with the duty of loyalty, which mean an imposition of positive obligation to communicate the members of the network all relevant information for the exercise of the functions of the members, managers of outside interests. The largest number of participants susceptible to be subject to the duty of transparency, together with the absence of institutional channel in the exercise of such duty, determine the necessity of defining the content of the duty in more general terms in comparison to the provisions in Commercial Law. This happens in order to include greater number of participants and possible suppositions, always with assured achievement of the various interests involved in the network.

Two angles of transparency duty are identify: transparency duty in relation to good faith as a warranty of business feature's efficiency and configured as a general clause: over network's members fall, as a transparency duty manifestation in warranty of shared interest consecution, an information obligation towards the rest of members, about facts known as a consequence of own network activity realization or private one, and, because of its content, could affect in a direct or indirect way, in all or in a portion, business network shared interest realisation to which they form part.

Second angle of transparency duty refers to the avoidance of opportunistic behaviours violating loyalty duty. The establishment of an abstention/authorization system similar to the existing in corporate law is defended: Network's members will have to communicate to the rest of components any direct

or indirect conflict situation they could have with the realization of network's share interest. The affected member will refrain of interviewing in situations to which conflict refers.

A duty of confidentiality, as a result of its status as trust, allows access to the information about other members of the network and the network as a whole. This duty will fall on the whole "confidential" information of the network, depending on the potential of such information to harm any of the legitimate interests of the network. This duty will also extend to pre-contractual and post-contractual phases until the information loses its harmful potential for the interests of the network.

THIRTY-FIRST.- The head of the network is subject to qualified duty of care with respect to the other entrepreneurs, members of the network in exercise of power of direction or coordination of the network, as their decisions entail significant consequences on the development of the network aims. Therefore, they may affect the action of each member and the achievement of shared interest. Within this duty we find: the qualified duty of professionalism of the head of the network, the duty to provide information to other members and the duty of surveillance and research on the activity of network members.

THIRTY-SECOND.- These duties arise from the qualified professional duty to which the head of network is subject:

A *duty of prudence* in making decisions that can affect the strategic and commercial development of the network.

A special *duty of maintaining network strategic goods in ideal conditions*, both for individual use and for its use by other members of the network.

THIRTY-THIRD.- The *duty of prior information to other members of the network* obliges the head to have all the relevant information regarding internal (organization, execution) and external aspects (business relationships with the third parties) that allow him/her to make serious strategic decisions.

This duty also includes the duty of providing information about significant matters and general running of the network.

THIRTY-FOURTH.- The head of the network is subject to a *qualified duty of transparency* due his greater involvement in legitimate interests of the network.

THIRTY-FIFTH.- The head of network is subject to *the duty of joint discussion with other members of the network about the most significant decisions in the development of the network.*

Facing composition, structures and organizative forms diversity that networks can present, we believe that is more convenient in this frame led to parties autonomy the possibility to configure this joint deliberation organ taking into account that, co-decision is possible without the need of a specific organ conforming a council

JURISPRUDENCIA

STS (Sala Primera), núm. 441/2013, de 27 de junio de 2013, ROJ STS 3770/2013.

STS (Sala Primera), núm. 208/2013, de 26 marzo de 2013, RJ\2013\2427.

STS (Sala Primera), núm. 129/2013 de 7 de marzo de 2013, RJ 2013\3152.

STS (Sala Primera), núm. 62/2012, de 27 de febrero de 2012, RJ\2012\4631.

STS (Sala Primera), núm. 662/2011, de 4 de octubre de 2011, RJ 2012\759.

STS (Sala Primera), núm. 349/2011, de 17 de mayo de 2011, RJ\2011\3973.

STS (Sala Primera), núm. 149/2011 de 3 de marzo de 2011, RJ 2011\2622.

STS (Sala Primera), núm. 256/2010, de 1 de junio de 2010, RJ 2010\2662.

STS (Sala Primera), núm. 315/2009, de 13 de mayo de 2009, RJ 2009\4742.

SAP Madrid (Sección 12ª), núm. 172/2009, de 17 marzo de 2009, AC 2009\758.

STS (Sala Primera), núm. 652/2008, de 9 de julio de 2008, RJ 2008\4369.

SAP Madrid (Sección 14ª), núm. 618/2007, de 6 de noviembre de 2007, AC 2008\8.

STS (Sala Primera), núm. 460/2007, de 7 de mayo de 2007, RJ\2007\3559.

SAP de Vizcaya, (Sección Quinta), núm. 562/2006, de 22 de diciembre de 2006, JUR 2007\98771.

SAP de Alicante (Sección 5ª), núm. 84/2006, de 22 de febrero de 2006, AC 2006\381.

STS (Sala Primera), núm. núm. 755/2005 de 6 de octubre de 2005, RJ\2005\8571.

STS (Sala Primera), núm. 754/2005, de 21 de octubre de 2005, RJ\2005\8274.

SAP de Madrid, (Sección Decimo-Primera), núm. 400/2004, de 24 de mayo de 2004, JUR 2004\227317.

SAP Barcelona (Sección 15ª), de 23 de febrero de 2004, JUR 2004\96267.

STS (Sala Primera), núm. 622/2003 de 26 de junio de 2003, RJ 2003\4308.

STS (Sala Primera), núm. 274/2003, de 21 marzo de 2003, RJ 2003\2762.

SAP de Barcelona (Sección 14ª), de 9 de diciembre de 2002, JUR 2003\61972.

STS (Sala Primera), núm. 758/2002, de 12 de julio de 2002, RJ\2002\6047.

STS (Sala Primera), núm. 360/2000, de 26 de abril de 2002, RJ\2002\5244.

SAP Baleares (Sección 5º), num. 357/2011 de 9 de noviembre de 2001, AC\2011\2286.

STS (Sala Primera), núm. 918/2001 de 15 de octubre de 2001, RJ\2001\9441.

STS (Sala Primera), núm. 766/2000, de 25 julio de 2000, RJ\2000\6196.

STS (Sala Primera), núm. 6/2000, de 20 de enero de 2000, RJ\2000\112.

STS (Sala Primera), núm. 209/1999, de 6 de marzo de 1999, RJ 1999\1854.

STS (Sala Primera), núm. 911/1998, de 9 de octubre de 1998, RJ 1998\7561

STS (Sala Primera), núm. 213/1998, de 12 de marzo de 1998, RJ 1998\1563.

STS (Sala Primera), núm. 763/1997, de 31 de julio de 1997, RJ 1997\5616.

STS (Sala Primera), núm. 88/1996, de 17 de febrero de 1996, RJ 1996\1408.

STS (Sala Primera), núm. 914/1995, de 26 de octubre de 1995, RJ\1995\8349.

STS (Sala Primera), 909/1993, de 9 de octubre de 1993, RJ\1993\8174.

STS (Sala Primera), de 14 de mayo de 1992, RJ\1992\4121.

STS (Sala Primera), de 11 de mayo de 1992, RJ\1992\389.

STS (Sala Primera), de 3 de diciembre de 1991, RJ\1991\8912.

STC (Sala Primera) núm. 47 de 1988, de 21 de marzo de 1988.

STS (Sala Primera), de 21 de septiembre de 1987, RJ\1987\6186.

STS (Sala Primera), de 6 abril de 1987, RJ 1987\2491.

STS (Sala Primera), de 5 de julio de 1985, RJ\1985\3642.

STS (Sala Sexta), de 2 de mayo 1984, RJ 1984\2950.

STS (Sala Primera), de 29 de febrero 1984, RJ 1984\816.

STS (Sala Primera), de 2 de febrero de 1984, RJ\1984\571.

STS (Sala Primera), de 4 de enero de 1982, RJ 1982\179.

STS (Sala Primera), de 8 de julio de 1981, RJ\1981\3053.

STS (Sala Primera), núm. 1927 de 1976, de 26 de abril de 1976.

STS (Sala Primera) núm. 607 de 1947, de 29 de abril de 1947.

STS (Sala Primera), núm. 293 de 1944, de 14 de febrero de 1944.

STS (Sala Primera), núm. 17 de 1943, de 12 de enero de 1943.

Auto de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª), núm. 49/2001, de 14 mayo de 2001, AC\2001\1676.

BIBLIOGRAFÍA

AHUJA, G., SODA, G., ZAHEER, A., “The Genesis and Dynamics of Networks”, *Organization Science*, vol.23, núm. 2, 2012, págs. 434 – 448.

ALCALDE SILVA, J., “La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 275, 2010, págs. 7 – 73.

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., “Comentario al art. 1258 CC”, *Código civil Doctrina y jurisprudencia*, ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., SANTOS BRUZ, J., Tomo IV, Trivium; Madrid, 1992 págs. 585 – 587.

ALBÍN IZUIBEJERES, F., “Hacia una mejora de la calidad en la producción normativa (better regulation)”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 721, 2011, pág. 2255.

ALCALÁ DÍAZ, M^a.A., “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN DE VELASCO, G., (coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999, págs. 447 – 496.

ALFARO AGUILAREAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995.

Id. *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

ALMAGRO NOSETE, J., “Comentario al art. 1258 CC”, *Comentario del Código civil*, SIERRA GIL DE CUESTA, I., coord., Barcelona, Bosch, 2006, págs. 588 – 594.

ALONSO LEDESMA, C., “El papel de la Junta General en el Gobierno Corporativo de las Sociedades de Capital”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN DE VELASCO, G., coord., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, págs. 615 – 664.

ALONSO SOTO, R., “Bases para una futura regulación de los contratos de distribución”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, págs. 49 – 62.

ALONSO SOTO, R., PÉREZ DE LA CRUZ, A., SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Lección 27. Los contratos de colaboración”, *Lecciones de Derecho mercantil*, MENÉNDEZ, A., dir, Civitas, 10ªed., Madrid, 2012, págs. 89 – 113.

ALONSO UREBA, A., “El Gobierno de las grandes empresas (Reforma legal versus Códigos de Conducta)”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN DE VELASCO, G., (coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999, págs. 95 – 135.

AOKI, M., “Comparative Institutional analysis of Corporate Governance”, *Corporate Governance and Firm Organization: Microfoundations and Structural forms*, GRANDORI, A., ed., Oxford, 2004, págs. 31 – 44.

ARROYO MARTINEZ, I., “Trust y ley civil”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 82, núm.1, 1983, págs. 95 – 108.

ARZENI, S., “Introducción”, *Redes de Empresas y Desarrollo Local. Competencia y cooperación en los sistemas productivos locales*, OCDE, 1999, págs. 13 – 21.

AA.VV., *Principios de Derecho contractual Europeo*, BARRÉS BENLLOCH, Mª.P., EMBID IRUJO, J.M, MARTÍNEZ SANZ. J.M., (dirs.), Dykinson, Madrid, 2003.

AA.VV *Cases materials and texts on Unjustified Enrichment*, BEATSON J., SCHRAGE E., eds., Hart Publishing, Oxford, 2003.

AUBERT DE VINCELLES, C., “Linked contracts under French law”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, CAFAGGI. F., dir., Edward Elgar, 2011, págs.163 – 177.

BATT, PETER J., PARCHASE, S., “Managing collaboration within networks and relationships”, *Industrial Marketing Manager*, núm. 33, 2004, págs. 169 – 174.

BAUDRY B., CHASSAGNON, V., “The vertical network organization as a specific governance structure: what are the challenges for incomplete contracts theories and what are the theoretical implications for the boundaries of the hub-firm?”, *Journal of Management Journal*, núm. 16, 2012, págs. 285 – 303.

BEATSON, J., FRIEDMAN, D., “Introduction: from “Classical” to Modern Contract Law”, *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMAN, D., eds., Oxford University Press, 1997, págs. 3 – 22.

BELLANTUONO, G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, CEDAM, Padova, 2000.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Comentario al art.4 Cláusula General”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (dir.), Aranzadi, Cizur-Menor, 2011, págs. 93 – 113.

Id. *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 11ª ed., Cizur-Menor, 2010.

Id. “Comentario al art. 21 Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad”, *Comentarios a la ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ CANO, A., dir., Aranzadi, Cizur-menor, 2011 págs. 603 – 610.

BOSI, G., *Autoregolazione societaria*, Giuffrè, Milano, 2009.

Id. “Modelli di autorreglamentazione nelle reti di imprese”, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, CAFAGGI, F., ed., il Mulino, Bologna, 2004, págs 233 – 278.

BREL PEDREÑO, A., “Criterios jurisprudenciales de indemnización por clientela en la extinción del contrato de

distribución”, *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, VIERA GONZÁLEZ, JORGE. A., ECHEBARRÍA SÁENZ, JOSEBA. A., dirs., La ley, Madrid, 2011, págs. 321 – 334.

BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos 9ª ed, Madrid, 1991.

Id. “La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1968.

Id. *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1965.

BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 19ª ed., Madrid, 2012.

BROWNSWORD, R., “Network contracts Revisited”, *Networks, Legal Issues of Multilateral Co-operation*, AMSTUTZ, M., TEUBNER, G., ed., Oxford and Portland, Oregon, 2009, págs.31-52.

CABALLERO FERNÁNDEZ, G., GARCÍA VÁZQUEZ, J.M., QUINTÁS CORREDOIRA, M.A., “La importancia de los stakeholders de la organización: un análisis empírico aplicado a la empleabilidad del alumnado de la universidad española”, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 13, núm. 2, 2007, págs. 13 – 32.

CAFAGGI, F., El nuevo contrato de red: learning by doing?”, GÓMEZ ASENSIO, C., trad., *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012, págs. 25 – 46.

Id.”Redes contractuales y teoría contractual: una agenda de investigación para un derecho contractual europeo”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs.25 – 72.

Id. “Introduction”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, CAFAGGI. F., dir., Edward Elgar, 2011, págs. 1 – 20.

Id. “Il nuovo contratto di rete: “Learning by doing”, *I Contratti* 12/2010, págs. 1 -13.

Id. “Introduzione”, *Il contratto di rete*. CAFAGGI, F., dir., Il Mulino, Bologna, 2009, págs. 9 – 44.

Id. “Product safety, private standard –setting information and Networks”, *The Regulatory function of European Private Law*, CAFAGGI, F., MUIR WATT, H., eds., Edward Elgar, 2009, págs. 207 – 242.

Id., “Redes contractuales y Small Business Act”, en AA.VV *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 21 – 95.

Id. “Introduzione”, *Finanziamento delle PMI: crescere innovando*, CAFAGGI, F., VELLA, F., dirs., CEDAM, Padova, 2008, págs. 1 – 16.

Id. “Introduzione”, *La crisi dell’impresa nelle reti e nei gruppi*, CAFAGGI, F., GALLETTI, D., CEDAM, Padova, 2005, págs. VII – XXIV.

Id. “Introduzione. Modelli di regolazione e sistemi produttivi: un itinerario di ricerca” *Corporate Governance, networks ed innovazione*, CAFAGGI, F., dir., CEDAM, Padova, 2005, págs.VII – XX.

Id. “Organizational Loyalties and Models of Firms: Governance Design and Standard of Duties”, *Theoretical Inquires in Law*, vol.6, 2005, págs. 463 – 526.

Id. “Organizational Loyalties and Models of Firms: Governance Design and Standard of Duties”, *EUI Working Paper, Law*, núm. 5, 2005.

Id. “Reti di impresi, spazi e silenzi regolativi”, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economía*, CAFAGGI, F., ed., il Mulino, Bologna, 2004, págs. 1 – 54.

Id. “Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento inter-impresoriale”, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, CAFAGGI, F., ed., il Mulino, Bologna, 2004, págs. 57 – 124.

CAFAGGI, F., FERRARI, CH., IAMICELI, P., “Modelli di finanziamento per le reti di imprese: problema e prospettive”, *Finanziamento delle PMI: crescere innovando*, CAFAGGI, F., VELLA, F., dirs., CEDAM, 2008, págs. 17 – 54.

CAFAGGI, F.; IAMICELI, P.; “La governace del contratto di rete”, *Il contratto di rete*. CAFAGGI, F., dir., Bologna. Il Mulino, Bologna, 2009, págs. 45 – 61.

Id. *Reti di imprese tra crescita ed end innovazione organizzativa*, Bologna, Il Mulino, Bologna, 2007.

CALAVIA MOLINERO, J.M., “El contrato de distribución exclusiva”, *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, VAZQUEZ ALBERT, D., (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 69 – 84.

CAMARDI, C., “I contratti di distribuzione come contratti di “rete”, *Le reti di imprese e i contratti di rete*, IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., Torino, 2009, págs. 225 – 264.

CAMPUZANO TOMÉ, H., “El cumplimiento del deber de declaración del riesgo. Especial problemática derivada de los seguros vinculados a contratos de préstamo”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 21, 2008, págs. 105 – 133.

CANDANCE, J., HESTERLY, W.S., BORGATTI, S.P., “A General Theory of Network Governance: Exchange Conditions and Social Mechanisms”, *The Academy of Management Review*, Vol. 22, núm.4, Octubre 1997, págs. 911 – 945.

CANO ORTEGA, C., “Los grupos cooperativos como estructuras de redes empresariales”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de*

Redes Empresariales, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CARRASCO PERERA, A., “Comentario al art. 7”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ-CANO, R., coord., Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 46 – 50.

CASANUEVA ROCHA, C., “Relaciones estratégicas entre pymes: contraste de hipótesis empresariales mediante ARS”, *REDES, Revista Hispánica para el análisis de redes sociales*, vol.4, 2003, capt. 4, págs.1 – 27.

CASTALDO, S., *Trust in Market Relationships*, Edward Elgar, 2007.

Id. *Fiducia e relazioni di mercato*, Il Mulino, Bologna, 2002.

CASTELLANO RAMÍREZ, Mª J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia. (Análisis de las novedades introducidas por el art. 127 quáter de la Ley de Sociedades Anónimas)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 23, 2004, págs. 117 – 144.

CAUFFFMAN, C., “The impact of voidness for infringement of article 101 TFEU on linked contracts”. AA.VV *Linked contracts*, SAMOY, I., B.M. LOOS, M., (eds.), Intersentia, Cambridge, 2012, págs. 29 – 54.

CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., “Deber de lealtad y conflictos de interés de los administradores, con especial referencia a los deberes de las sociedades cotizadas”, *Estudios de derecho del mercado financiero en homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, 2010, págs. 41 – 66.

Id. *La igualdad en el derecho de defensa de la competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

CHAMORRO DOMÍNGUEZ, Mª DE LA CONCEPCIÓN, “Control de las condiciones generales de contratación en los contratos celebrados entre empresarios: retrospectiva, perspectiva

comparada y prospectiva de futuro”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, págs. 253 – 315.

CHAVES, R., “Creadores de redes empresariales: las políticas de promoción de la cooperación”, *Economía industrial*, núm. 329, vol.5, 1999 págs. 143 – 154.

CHEN-WENG, CH., M. CHIANG, D., FAN-YUN, P., “Cooperative strategy in supply chain networks” *Industrial Marketing Manager*, 2012, (en prensa).

CHÉRCOLES BLÁZQUEZ, J., “La cadena de proveedores y la responsabilidad social de la empresa”, *Partida Doble*, núm. 119, 2001 págs. 104 – 109.

CHOI, A., TRIANTIS, G., “Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions”, *The Yale Law Journal*, vol.119, 2010, págs. 848 – 924.

COHEN, NILI, “Pre-contractual duties: two freedoms and the Contract to Negotiate”, *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMANN, D., eds., Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 25 – 56.

CONAGLEN, M., *Fiduciary loyalty, Protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oregon, 2011.

CONTRACTOR, F.J., LORANGE, P., “Why should firms cooperate? The Strategy and Economic Basis for Cooperative Ventures”, *Joint Ventures and Technology Partnerships between Firms*, CONTRACTOR, F.J., LORANGE, P., dirs., Lexington books, New York, 1988, págs. 3 – 30.

CROUCH, C., “The place of networks in governance theory”, *Corporate Governance, networks e innovazione*, CAFAGGI, F., dir., CEDAM, Padova, 2005, págs. 1 – 24.

CUBILLOS GARZÓN, C., “Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica” *Revist@ e-Mercatoria*, Vol. 7, núm. 2, 2008.

CUERDO MIR, M., “Economía de red y defensa de la competencia en España”, *Anuario de la competencia*, 2006, pág. 59 – 82.

CUÑAT EDO, V., *Competencia desleal y protección de los consumidores*, Lecciones Magistrales, Valencia, 2010.

DEAKING, S., “Cooperation and Trust in inter-firms relations: beyond competition policy?”, *ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, working paper 79*, 1997.

Id. ., “Contract law, social norms and inter-firm cooperation” *ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, working paper 36*, 1996.

DE ANGEL YAGÜEZ, R., “Comentario al art. 7.2”, *Comentario del Código Civil*, T-I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs.57 – 71.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

Id. *Temas de Derecho civil*, Marisal, Madrid, 1972.

DE LAAT, PAUL.B., “Dangerous liasons: sharing knowledge whitin research and development alliances”, *Interfirm Networks: Organization and Industrial Competitiveness*, Routledge, 1999, págs. 208 – 236.

DE LA CÁMARA, M., DÍEZ-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988.

DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Bosch, Barcelona, 1965.

DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2004.

Id. *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2002.

DÍAZ- REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., “Comentario al art. 1258 CC”, *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ-CANO, R., coord., Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 1462 – 1464.

DÍAZ RUIZ, E., “Códigos de conducta y mercados financieros: cuestiones generales”, *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales “Códigos de Conducta y Mercado”*, REAL PÉREZ, A., coord., Marcial Pons, Barcelona, 2010, págs. 263 – 266.

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol.I, Civitas, Madrid, 6ª ed, 2007.

Id. *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987.

Id. “Prólogo”, *El principio general de la buena fe*, WIEACKER, F., Civitas, Madrid, 1986.

Id. *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979.

Id. *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963.

DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *El sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 9ªed, 2001.

DI MAGGIO, P., “Conclusion: the futures of Business Organization and Paradoxes of change”, *The Twenty-First-Century Firm, Changing economic organization in international perspective*, DI MAGGIO, P., (ed.), Princenton University Press, 2001, págs. 210 – 243.

EBKE, WERNER, F., STEINHAUER, BETTINA M., “The Doctrine of Good faith in German Contract Law”, *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMANN, D., eds., Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 171 – 190.

ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., “Los grupos por coordinación como instrumento de red”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 249 – 300.

Id. “Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 10, 2012, págs. 15 – 53.

Id. *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*. McGrawHill, Madrid, 1995.

EISENBERG, MELVIN.A., “Relational contracts” *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMANN, D., eds., Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 291 – 304.

EMBID IRUJO, J.M., “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284, 2012, págs. 25 – 52.

Id. “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”, *Ekonomiaz*, núm. 68, 2008, págs. 86 – 101.

Id. “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 46, 2006, págs. 9 – 48.

Id. *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003.

Id. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*,

Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

EMBED IRUJO, J.M, FUMÁS ALAS, V., “El gobierno de los grupos de sociedades”, *Fundación Alternativas*, Documento de trabajo 64/2005.

ENCISO ALONSO-MUÑUNER, M., “Duración de los contratos de distribución comercial”, *Los contratos de Distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., AITOR ECHEVARRÍA SÁENZ, J., JORGE VIERA GONZÁLEZ, A., dirs, ed. La Ley, monografía núm. 3, 2010.

E. SCOTT, R., G. TRIANTIS, G., “Anticipating Litigation in Contract Design” *The Yale Law Journal*, vol.115, issue 4, January 2006, págs. 816 – 879.

ESTEVAN DE QUESADA, C., “Intercambios de información en las redes empresariales: problemática *antitrust*”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs 507 – 530.

Id. “El abuso de dependencia económica en las redes de distribución”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales.*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 187 – 221.

ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, 2011 págs. 149 – 170.

Id. “Una aproximación a los códigos de buen gobierno en el marco del complejo y heterogéneo fenómeno de los códigos de conducta”, *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales “Códigos de Conducta y Mercado”*, REAL PÉREZ, A., coord., Marcial Pons, Barcelona, 2010, págs. 267 – 289.

FABRE-MAGNAN, M., “Duties of disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis”, *Good Faith and*

Fault in Contract Law, BEATSON, J., FRIEDMANN, D., eds., Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 99 – 120.

FARNSWORTH, E ALLAN., “Good Faith in Contract Performance”, *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMANN, D., eds., Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 153 – 170.

FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Civitas, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La transparencia de los sindicatos de voto entre accionistas: su publicidad”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 12, núm. 45, 1992, págs. 83 – 128.

FERNÁNDEZ NOGALES, A., MARTÍNEZ CASTRO, E., REBOLLO ARÉVALO, A., “La reorganización de los canales de distribución”, *Mediterráneo Económico*, núm.11, págs. 195 – 212.

Ferreira Rubio, D.M., *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1984.

FERRUZ AGUDO, L., MARCO SANJUÁN, I., ACERO FRAILE, I., “Evolución temporal de los códigos de buen gobierno en España”, *Boletín Económico de ICE* nº 2948, 2008, págs. 19 – 28.

FILIPPI, LAURA LYDIA., *El administrador de hecho en la sociedad anónima*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba (Argentina), 2006.

FLEISCHER, H., “La Business Judgement Rule a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 246, 2002, págs. 1727 – 1754.

FONT GALÁN, J.I., “La empresa en el derecho mercantil” *Derecho Mercantil I* (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., coord.), Ariel, Madrid, 2008.

Id. “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 25, 2005, págs. 71 – 107.

FREEMAN, R.E., *Strategic Management. A Stakeholder Approach*, Pitman, London, 1984.

FRIGNANI, A., *Il franchising*, Utet, Torino, 1990.

GADEA SOLER, E., SACRISTÁN BERGIA, F., *El contrato de agencia, la ley 12/1992 en la jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2010.

GALÁN CORONA, E., “Comentario al art. 13 Violación de secretos”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (dir.), Aranzadi, Cizur-Menor, 2011, págs. 351 – 378.

GALEOTE MUÑOZ, M.P., “Los sindicatos de voto en una sociedad conjunta”, *Diario la Ley*, núm. 6993 – 6995.

GALGANO, F., *El negocio jurídico*, BLASCO GASCÓ, F., PRATS ALBENTOSA, L., trans. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991.

GAMBINO, F., *Problemi del rinegoziare*, Giufrè, ed, Milán, 2004.

GARCÍA ALVAREZ, B., “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: un conflicto abierto”, *Derecho de los Negocios*, núm. 254, 2011, págs. 7 – 23.

GARCÍA AMIGO, M., “Integración del Negocio Jurídico” *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, núm. 23, 1981, págs. 77 – 106.

GACÍA-CRUCES GONZÉLEZ, J.A., “Comentario al art.5 Actos de Engaño”, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, BERCOVITZ CANO, A., dir., Aranzadi, Cizur-menor, 2011 págs. 115 – 142.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

GARCÍA GUTIÉRREZ, L., “Los contratos de franquicia internacional”, *RDM*, núm. 275, 2010, págs. 249 – 281.

GARCÍA HERRERA, A., *La duración del Contrato de Distribución Exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GARCÍA RUBIO, M^a PAZ., *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

GARRIDO, J.M., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, Madrid, 1995.

GARRIGUES, DÍEZ-CAÑABATE J., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1981.

Id. *Tratado de derecho mercantil*, T. I, Madrid, 1947.

GAUDIN, JACQUES-H., “Structures internes des entreprises conjointes et intérêts privés”, *Coopération entre entreprises, Entreprises conjointes stratégies industrielles et pouvoirs publics*, JACQUEMIN, A., REMICHE, B., eds., De Boeck Université, Bruxelles, 1988, págs. 31 – 42.

Id., *Stratégie et négociation des transferts de techniques*, Editions du Moniteur, Bruxelles, 1982.

GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Comares, Granada, 2001.

GOBBATO, M., “Franchising e innovazione: spunti dalla nuova disciplina dell’affiliazione commerciale”, *Corporate Governance, networks ed innovazione*, CAFAGGI, F., dir., CEDAM, Padova, 2005, págs. 161 – 214.

GODREAU ROBLES, M., “Lealtad y buena fe contractual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 68, núm. 609, 1992, págs. 291 – 344.

GOERGEN, M., MALLIN, CH., MITLETON-KELLY, E., AL-HAWAMDEH, A., YU CHIU, I., *Corporate Governance and Complexity Theory*, Edward Elgar, 2010.

GÓMEZ ASENSIO, C., *La mejora regulatoria (Better Regulation). Aplicaciones en materia de contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Id. “El concepto de red en la reforma de la ley de auditoría”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 319 – 341.

GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

GÓMEZ POMAR, F., “Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, CAFAGGI, F., dir., Edward Elgar, 2011, págs. 21 – 38.

Id. La complejidad del incumplimiento contractual en los contratos de distribución”, *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, VIERA GONZÁLEZ, JORGE. A., ECHEBARRÍA SÁENZ, JOSEBA. A., dirs., La ley, Madrid, 2011, págs. 167 – 196.

Id. “Compensation after long-term Distribution Contracts: An Economic Perspective of EU Law”, *InDret*, 4/2006.

GÓMEZ POMAR, F., GIL SALDAÑA, M., “Cuestiones de formación del contrato en la propuesta de anteproyecto de ley de contratos de distribución”, *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA. C., ECHEVARRÍA SÁENZA, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A. J., dirs., La Ley, Madrid 2010, págs. 245-298.

GONDRA, J.M., “La contribución del derecho mercantil a la dogmática general de la representación” *AFDUAM*, núm. 8, 2004, págs. 195 – 212.

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. JAVIER., PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, *Tratado de contratos*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., dir., T.II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs 1583 – 1758.

GONZÁLEZ CASTILLA, F., “El criterio de “razonabilidad” de las condiciones comerciales impuestas en los contratos de distribución”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, págs. 175 – 191.

“Caracterización de la relación comercial entre los integrantes de la red secundaria y la marca”, *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, VIERA GONZÁLEZ, JORGE. A., ECHEBARRÍA SÁENZ, JOSEBA. A., dirs., La ley, Madrid, 2011, págs. 321 – 334.

Id. “En torno a las consecuencias de la conexión contractual en el crédito al consumo: la superación jurisprudencial de las exigencias de la Ley 7/1995”, *RDM*, núm. 279, págs. 286 -298.

“La aplicación del principio de relatividad de los contratos a las redes de distribución”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 97 – 133.

Id. *Leasing financiero inmobiliario*, Civitas, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ DE COSSIO, F., “Contratos incompletos y solución de controversias”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 7, 2010, págs. 59 – 66.

GONZÁLEZ-DÍAZ, M., LÓPEZ, B., “Internationalizing the governance of networks: The case of franchising”, *Corporate governance, networks e innovazione*, CAFAGGI F., dir., CEDAM, Padova, 2005, págs. 117 – 133.

GONZÁLEZ ESTEBAN, E., “La teoría de los *stakeholders*. Un puente para el desarrollo práctico de la ética empresarial y de la responsabilidad social corporativa”, *Veritas*, vol. 2, núm. 17, 2007, págs. 205 – 224.

GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Distribución comercial y Derecho de la Competencia (pasado, presente y futuro de la exención por categorías en los acuerdos verticales, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm.6, págs. 37 – 76.

GRANDORI, A., “Introduction”, *Corporate Governance and Firm Organization: Microfoundations and Structural forms*, GRANDORI, A., ed., Oxford, 2004, págs. 1 – 30.

Id. “Contracts as organizational documents: designing flexible formalization”, *CROMA Working Paper*, núm. 11, 2002.

Id. “Interfirm Networks: Organizational mechanisms and economic outcomes”, *Interfirm Networks: Organization and Industrial Competitiveness*, Routledge, GRANDORI, A., ed., 1999, págs 1 – 14.

Id. “Governance Structures, Coordination Mechanisms and Cognitive Models”, *The Journal of Management and Governance*, núm.1 1997, págs. 29 – 47.

Id. “An Organizational Assesment of Interfirm Coordination Modes”, *Organization Studies*, núm.18, 1997, págs. 897 – 925.

GRISI, GIUSEPPE, *L’obbligo precontractuale di informazione*, Pubblicazioni della Rivista Critica del Diritto Privato, Jovene Editore, Napoli, 1990.

GROSS BROWN, S., “Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgement rule” *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 37, año 2011-2012, págs. 307 – 320.

GRUNDMANN, S., “Redes contractuales, ¿Contratos o sociedades personificadas?”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 126 – 158.

Id. “Contractual Networks in German private law”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, CAFAGGI, F., dir., Edward Elgar, 2011, págs. 111 – 162.

GUERRA MARTIN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2003.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al art. 7 CC”, *Comentario del Código Civil*, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., coord., Bosch, Barcelona, 2006, págs. 120 – 127.

HART, O., *Firms, contracts and Financial Structure*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

HEERMAN, PETER W., “The status of Multilateral synallagmas in the Law of connected contracts”, *Networks, Legal Issues of Multilateral Co-operation*, AMSTUTZ, M., TEUBNER, G., ed., Oxford and Portland, Oregon, 2009, págs. 103 – 118.

HERNANDO CEBRIÁ, L., “La configuración estatutaria del deber de diligente administración”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 34, 2010-2011, págs. 125 – 165.

Id. *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La Regla del - buen – juicio empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El contrato de franquicia de empresa*, Civitas, Madrid, 2000.

HERNÁN GONZÁLEZ-CAMPO, C., “Interacción teórica para la caracterización de las redes empresariales”, *Innovar Journal*, núm. 20 (37), 2010, págs. 117 – 132.

HIDALGO GARCÍA, S., *EL contrato y los terceros. Seguro, edificación, crédito al consumo, pactos de exclusiva y subcontratación*, Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2012.

HILSENRAD, A., *Las obligaciones precontractuales*, Anacleta Editorial, Pamplona, 2005.

HOPT, J. K., WYMEERSCH, E., *Comparative Corporate Governance, essays and materials*, Walter de Gruyter, Berlin, 1997.

HOSTENS, M., “Chains of sales contracts: towards a European system of direct producer’s liability?”, AA.VV *Linked contracts*, SAMOY, I., B.M. LOOS, M., (eds), Intersentia, Cambridge, 2012, págs. 79 – 113.

IAMICELI, P., “Dalle reti di imprese al contratto di rete: un percorso (in)compiuto”, *Le reti di imprese e i contratti di rete*, IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., Torino, 2009, págs. 1 – 43.

Id. “Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento”, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, CAFAGGI, F., ed., il Mulino, Bologna, 2004, págs. 125 – 176.

IGLESIAS PRADA, J.L., “Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil”, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría* (AA.VV), Civitas, Madrid, 1978, págs. 251 – 284.

ILLESCAS ORTIZ, R., “El empresario mercantil individual: reglas generales”, *Derecho mercantil I*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., coord., Ariel, Madrid, 13ª ed., 2009, págs.105 – 120.

JACQUEMIN, A., “Coopération ente les entreprises et droit économique”, *Coopération entre entreprises, Entreprises conjointes stratégies industrielles et pouvoirs publics*, JACQUEMIN, A., REMICHE, B., eds., De Boeck Université, Bruxelles, 1988, págs. 17 – 30.

JACQUEMIN, A., LAMMERANT, M., SPINOY, B., “Coopération entre les entreprises et accords en recherche-développement: quelques aspects empiriques”, *Coopération entre entreprises, Entreprises*

conjointes stratégies industrielles et pouvoirs publics, JACQUEMIN, A., REMICHE, B., édés., De Boeck Université, Bruxelles, 1988, págs. 203 – 211.

JAEGER, P. G., *L'interesse sociale*, Giufre, Milano, 1964.

JORDA CAPITAN E., “El control de incorporación y la nulidad de las condiciones generales de la contratación: la pretendida exclusión en el ámbito de la contratación entre empresarios de un control de contenido específico”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, págs. 195 – 219.

JUSTELGATUA MENCÍA-ARREGUI, J.F., “Deberes de los Administradores. (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 24, 2005, págs. 75 – 89.

KILLING, J.P., “Understanding Alliances: The Role of Task and Organizational Complexity”, *Joint Ventures and Technology Partnerships between Firms*, CONTRACTOR, F.J., LORANGE, P., dirs., Lexington books, New York, 1988, págs. 56 – 67.

KORNET, N., *Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives*, Intersentia, Oxford, 2006.

KRAAKMAN, R., “The durability of the corporate form”, *The Twenty-First-Century Firm, Changing economic organization in international perspective*, DI MAGGIO, P., (ed.), Princeton University Press, 2001 págs. 147 – 160.

KRICK, T., FOSTATER, M., MONAGHAN, P., SILAMPÄÄ, M., *De las palabras a la acción: El compromiso con los stakeholders, manual para la práctica de las relaciones con los grupos de interés*, Accountability, 2006.

LACRUZ BERDEJO, J.L., “La gestión de negocios sin mandato”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 507, 1975, págs. 245 – 270.

LAMPEL, J., “The Benefit of Doubt: Shadow Norms and Governance in Trust-based Organizations”, *Corporate Governance and Firm Organization: Microfoundations and Structural forms*, GRANDORI, A., ed., Oxford, 2004, págs. 232 – 245.

LASARTE, C., “Sobre la integración del contrato: la Buena Fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del T.S. de 27 de enero de 1977)”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 64, 1980, págs. 50 – 78.

LEÓN ARCE, A., “La representación”, *Negocio jurídico y representación*, Guías de estudio La Ley, Madrid, 1989.

LOMI, A., “Markets with Hierarchies and the Network Structure of Organizational communities”, *The Journal of Management and Governance*, núm. 1, 1997, págs. 49 – 66.

LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos*, Bosch, Barcelona, 1994.

LÓPEZ MESA, M.J., ROGEL VIDE, C., *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2005.

LORENZONI, G., “Genesis of a research field: district, network, strategic network”, *Journal of Management and Governance*, núm. 14, 2010, págs. 221 – 239.

LLEBOT MAJO, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1996.

LLOBET ANGLÍ, M., “Administradores sociales y colisión de deberes: información a los socios vs. secreto empresarial”, *Diario La Ley*, núm. 7409, 2010, págs. 1 – 36.

LLOBREGAT HURTADO, M^a.L., *El contrato de agencia mercantil*, Bosch, Barcelona, 1994.

MACARIO, F., “Reti di imprese, contratto di rete e individuazione delle tutele. Appunti per una riflessione metodologica”, *Le reti di imprese e i contratti di rete*, IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., Torino, 2009, págs. 273 – 294.

MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., “Los códigos de conducta como fuente de Derecho”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 17, Enero-Diciembre 2003, págs. 361 – 376.

MANNING, B., “The Business Judgement Rule and the director’s Duty of Attention: Time for reality”, *Business Law Review*, núm. 39, 1984, págs 1477 – 1501.

Id. “The Business Judgement Rule in Overview”, *Ohio State Law Journal*, Vol. 45, 1984, págs. 615 – 628.

MARIMÓN DURÀ, R., “Régimen de garantías del proveedor frente al distribuidor y consumidores por falta de conformidad en el producto”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, págs. 371 – 414.

MARIOTTI, S., CAINARCA, G.C., “The evolution of transaction governance in the textile-clothing industry”, *Journal of Economic Behaviour and Organization*, núm. 7, 1986, págs. 351 – 374.

MARTÍ MIRAVALLS, J., “Gastos de confianza o inversiones específicas ¿Qué debería ser objeto de indemnización en la ley de contratos de distribución?”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, págs. 501 – 518.

Id. “Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 285, 2012, págs. 95 – 136.

Id. “Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia. Comentario a la

STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012, 4631) (Civil)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284, 2012, págs. 399– 422.

Id. “Redes de distribución: régimen jurídico de las inversiones”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs.191 – 227.

Id. *El contrato de master franquicia*, Aranzadi, Thomson-Reuters, Pamplona, 2009.

Id. “Transparencia y redes empresariales”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales.*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs 135 – 163.

Id. Los códigos de conducta en las redes de franquicia: El modelo americano versus el europeo”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm.269, 2008, págs. 949 – 994.

Id. “El contrato de franquicia y sus relaciones con el derecho antitrust comunitario: acuerdos verticales”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 2007, págs. 53 – 79.

Id. “El deber de transparencia en la introducción de una red de franquicia en Italia”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 264-265, 2007, págs. 647 – 664.

MARTI MIRAVALLS, J., RUIZ PERIS, J.I., “Deberes de información precontractual respecto a contratos de colaboración comercial: la nueva Ley belga de transparencia en redes”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm 17, 2006, págs. 25 – 37.

Id. “La regulación china de la franquicia”, *Derecho de los negocios*, año 17, núm. 190-191, 2006, págs. 7 – 32.

MARTÍN ARESTI, P., “Signos distintivos y redes de distribución”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 547 – 572.

MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL, *El abuso del Derecho*, Montecorvo, Madrid, 1982.

MARTÍNEZ CHURIAQUE, J.I., RODRÍGUEZ MOLINUEVO, J.M., ÁLVAREZ ETXEBARRÍA, I., IPIÑAZAR PETRALANDA, IZASKUN., “Grupos de coordinación y reforma contable. Evolución de la regulación nacional e internacional”, *Ekonomiaz*, núm. 68, págs. 32 – 55.

MARTÍNEZ SANZ, F., “Buena fe”, *Derecho Privado Europeo*, CÁMARA LAPUENTE, S., (coord.), Colex, Madrid, 2003, págs. 481 – 500.

MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, ACHIM, “Comentario al art. 127 quáter”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ARROYO, I., EMBID, JOSE MIGUEL., GÓRRIZ, C., coords., Tecnos, Madrid, 2009, Vol. II, págs. 1446 -1450.

MASSAGUER, J., “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, *InDret*, núm. 2, 2011.

MAUGERI, M., “Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo”, *Giurisprudenza commerciale*, núm. 39.1, Gennaio-Febraio 2012, págs. 66 – 89.

MAYORGA TOLEDANO, M^a C., *El contrato mercantil de franquicia*, Comares, Granada, 2007.

MCKENDRIC, E., “The Regulation of Long-term contracts in English Law”, *Good Faith and Fault in Contract Law*, BEATSON, J., FRIEDMAN, D., eds., Oxford University Press, 1997, págs. 305 – 333.

MERCADAL VIDAL, F., “La reciente sentencia del TJCE de 26 de marzo de 2009 (Turgay Semen contra Deutsche Tamoil GMBH) en materia de cálculo de la indemnización por clientela” *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, VIERA GONZÁLEZ, JORGE. A., ECHEBARRÍA SÁENZ, JOSEBA. A., dirs., La ley, Madrid, 2011, págs., 289 – 302.

Id. *El contrato de agencia mercantil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 7”, *Comentario del Código Civil*, T-I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 37 – 56.

MOMNBERG URIBE, R., “Linked Contracts: elements for a General Regulation”, AA.VV *Linked contracts*, SAMOY, I., B.M. LOOS, M., (eds.), Intersentia, Cambridge, 2012, págs. 153 – 163.

Id. *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts*, Intersentia, Cambridge, 2011.

MONKS, ROBERT A.G., MINOW, N., *Corporate governance*, Blacwell Business, 1995.

MONTAVINI, M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Libro Moderno, 1995.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato Mercantil de Concesión*, Thomson - Aranzadi, 2010.

MORGAN, K., “El aprendizaje mediante la interacción: redes interempresariales y apoyo empresarial”, *Redes de Empresas y Desarrollo Local. Competencia y cooperación en los sistemas productivos locales*, OCDE, 1999, págs. 59 – 74.

MORILLAS JARILLO, M^a.J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002.

MORO VISCONTI, R., *La governance nei gruppi e nelle reti di imprese, Conflitti fra stakeholders e diffusione di valore*, Etas, 2011.

MOUZAS, F., FORD, D., “The constitution of Networks”, *Industrial Marketing Manager*, núm. 38, 2009, págs. 495 – 503.

MOXICA ROMÁN, J., *La Ley del contrato de Agencia*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

MOYA, J., *Managment democratico. Crea valor para tu sociedad*. PreMya Consultores, SRL, 1ª ed. 2008. Disponible en <http://www.eumed.net/libros/2009a/472/index.htm>.

MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información de los consejeros de la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

MUSY.M., A., *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, Univeristà degli Studi di Trento, Trento, 1999.

NERVI.A., *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associative*, Edizione Scientifiche Italiane, Roma, 2011.

NOOTEBOOM, B., *A cognitive theory of the Firm. Learning, Governance and Dynamic Capabilites*, Edward Elgar, 2009.

“Methodological interactionism: theory and application to the firm and to the building of trust”, *Discussion paper*, núm. 2007-05, Center, Tilburg University, octubre 2006.

Id. “Learning and innovation in inter-organizational relationships and networks”, *Discussion paper*, núm. 2006 39 – 05, Center, Tilburg University, marzo 2006.

Id. “The dynamic efficiency of networks”, *Interfirm Networks: Organization and Industrial Competitiveness*, GRANDORI, A., ed., Routledge, 1999, págs. 91 – 120.

OLIVENCIA, M., “Los llamados Códigos de Buen Gobierno (continuación)”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 38, 2008, págs. 185 – 194.

Id. “Los llamados Códigos de Buen Gobierno”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 37, 2007 págs. 133 – 152.

Id. “El buen gobierno de las sociedades y su evolución”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 108, 2007, págs. 209 – 234.

ORIO L LLEBOT, J., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, ROJO, A., BELTRAN, E., (dirs.), Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2011, págs. 27 – 58.

ORTIZ BAQUERO, I.S., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y, en particular, la valoración de las cláusulas de exclusividad en los regímenes de libre competencia europeo, español y colombiano”, *Revista e-Mercatoria*, vol. 6, núm.1, 2007.

OWEN SMITH, J., POWELL, WALTER W., “Knowledge networks as Channels and Conduits: The Effects of Spillovers in the Boston Biotechnology Community”, *Organization Science*, vol.15, núm. 1, 2004, págs. 5-21. Disponible en: www.stanford.edu.

PALAU RAMÍREZ, F., “Comentario al art.9”, *Comentario a la ley sobre el contrato de agencia*, MARTÍNEZ SANZ, F., MONTEAGUDO, M., PALAU RAMÍREZ, F., Civitas, Madrid, 2000, págs. 192 – 207.

Id. “Comentario a los arts. 20 y 21”, *Comentario a la ley sobre el contrato de agencia*, MARTÍNEZ SANZ, F., MONTEAGUDO, M., PALAU RAMÍREZ, F., Civitas, Madrid, 2000, págs. 371 – 388.

PAÑOS PASCUAL, J.M, “Los socios minoritarios frente a la mayoría: opciones en la Ley de Sociedades de Capital”, *Cont4b13*, núm.37, 2011, págs. 46 – 52.

PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos: estudio crítico de sus caracteres y de su función práctica en el ordenamiento jurídico español*, Montecorvo, Madrid, 1986.

PASTOR VITA, F.J., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, *La Ley*, año XXVI, núm. 6367, págs. 1217 – 1226.

PAZ ARES, C., “Deber de lealtad y gobierno corporativo”, *Gobierno corporativo y Derecho Penal, mesas redondas de derecho y economía*, BAJO FERNÁNDEZ, M., (dir.), BACIGAPULPO, S., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (coords.), Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008 págs. 15 – 73.

Id. *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, Centro de Estudios, 2007.

Id. “Lección 11. Las sociedades mercantiles”, *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENÉNDEZ, A., dir., Thomson Civitas, Madrid, 10 ed., 2012, págs. 341 – 358.

Id. “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Working Paper núm. 182, Barcelona, enero 2004.

Id. “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor” *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 251, 2004, págs. 7 – 60.

Id. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 20, 2003, págs. 67 – 109.

Id. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2003.

PERDERSEN, R., “The gateway to successful business relationships in the 21st century”, *Pecnia, Monográfico*, 2010, págs. 165 – 176.

PERALES VISCASILLAS, M^a P., “Formación del contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución”, *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZA, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A. J., dirs., La Ley, Madrid 2010, págs. 301 – 350.

Id. “El derecho uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 223, 1997, págs. 221 – 298.

PEREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la junta general de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

PIQUERAS BAUTISTA, R., “El nuevo marco del Derecho de sociedades”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, págs. 535 – 561.

PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de las sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Civitas, Madrid, 1996.

POWELL, WALTER W., “Networks of innovators”, *The oxford handbook on innovation*, FAGERBERG, J., MOWERY, DAVID.C., NELSON, RICHARD.R., ed., Oxford University Press, 2006, págs. 56 – 85.

Id. “The Capitalist Firm in the Twenty- First Century: Emerging Patterns in Western Enterprise”, *The Twenty-First-Century Firm, Changing economic organization in international perspective*, DI MAGGIO, P., (ed.), Princenton University Press, 2001, págs. 33 – 68.

Id. “Neither Market nor hierarchy: network forms of organization”, *Research in Organizational Behavior*, Vol.12, 1990, págs. 295 – 336.

POWELL, WALTER W., WHITE, DOUGLAS R., KOPUT, KENNET.W., OWEN-SMITH, J., “Networks dynamics and field evolution: The growth of interorganizational collaboration in the life Sciences”, *American Journal of Sociology*, vol. 110, núm. 4, 2005, págs. 1132 – 1205. Disponible en www.personal.umich.edu.

POWELL, WALTER W.; KOPUT, KENNET.W., SMITH DOER, L., OWEN SMITH, J., “Network position and firm performance: Organizational returns to collaboration in the Biotechnology

industry”, *Networks in and Around Organizations*, STEVEN, A., KNOKE.D., ed., Greenwich, CT: JAI Press, 1999.

PROCTOR G., MILES, L., *Corporate Governance*, Cavendish Publishing, London, 2002.

PUIG RAPOSO, NURIA., “Redes empresariales de oportunidad en la España del siglo XX: El caso de la industria químico-farmacéutica”, *Historia empresarial*, enero 2004, núm. 812, págs. 179 – 188.

QUIJANO LÓPEZ, J., “Responsabilidad de los consejeros”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN DE VELASCO, G., (coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999, págs. 537 – 594.

QUINTÁNS EIRAS, M^a DEL R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, Civitas, Madrid, 2001.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Principios y criterios legales de la interpretación del contrato”, *Aranzadi Civil: revista doctrinal*, num. 3, 2009, págs. QUINTANÁS EIRAS, M^a DEL R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 2805 – 2826.

RASMUSSEN, E., KOE MADSEN, T., SERVAIS, P., “On the foundation and early development of domestic and international new ventures”, *Journal of Management Governance*, DOI 10.1007/s10997-010-9162-1.

RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de sociedades de Capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, 2012, págs. 73 – 154.

Id. “Comentario al art. 225”, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, ROJO, A., BELTRÁN, E., (dirs.), T.I, Civitas, Madrid, 2011, págs. 1608 – 1620.

Id. “Comentario al art. 226”, *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, ROJO, A., BELTRÁN, E., (dirs.), T.I, Civitas, Madrid, 2011, págs. 1620 – 1626.

Id. *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, Madrid, 2010.

Id. *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2004.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentarios al art. 7 CC”, RAMS ALBESA, J y MORENO FLÓREZ, R.Mª; *Comentarios al Código Civil*, Vol I, J.M Bosch editor, Barcelona, 2000, págs. 212 – 223.

RODEAN, N., “Participatory Democracy: Mechanism of Better Regulation in Europe”, *Acta U. DanubiusJur.* núm.31, 2011, págs. 35 – 42.

RODOTÀ S., “Códigos de conducta: entre hard law y soft law”, *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos Internacionales “Códigos de Conducta y Mercado”*, REAL PÉREZ, A., coord., Marcial Pons, Barcelona, 2010, págs. 19 – 30.

ROSARIA MAUGERI, M., “Reti contrattuali e abuso di dipendenza economica: alla ricerca di nuove discipline?” *Le reti di imprese e i contratti di rete*, IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., Torino, 2009, págs. 295 – 328.

RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., “Aspectos generales del contrato de distribución y de distribución en exclusiva”, *Contrato de agencia, distribución y franquicia*, FERNÁNDEZ SEIJO, J.Mª., dir., Cuadernos de Derecho Judicial, 2007, págs. 123 – 160.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN DE VELASCO, G., (coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1999, págs. 419 – 445.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., “Adquisición de acciones de los socios minoritarios y principio de igualdad de trato en la STJUE de 15 de octubre de 2009”, *Revista de derecho de sociedades*, núm.34, 2010-2011, págs. 379 – 398.

ROJO, A., “Lección 2. El empresario”, *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENÉNDEZ, A., dir., Thomson civitas, 10ª ed., 2012, págs. 41 – 75.

RONCERO SÁNCHEZ, A., “Deberes precontractuales de información (A propósito del régimen previsto en el Proyecto de Ley de contratos de distribución de 29 de junio de 2011)”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, págs. 137 – 172.

RUIZ MUÑOZ, M., “Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)”, *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA, C., ECHEVARRÍA SÁENZA, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A. J., dirs., La Ley, Madrid 2010, págs. 353 – 425.

RUIZ PERIS, J.I., “Las redes empresariales en el proyecto de ley de contratos de distribución español de 2011”, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, VIERA GONZÁLEZ, J., ECHEBARRÍA SÁENZ, J., RUIZ PERIS, J.I., dirs., La Ley, Madrid, 2013, págs. 78 – 87.

Id. “Un Derecho específico para las redes empresariales”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 73 – 124.

Id. “Una reforma consumerista de la ley de competencia desleal o reforma no siempre significa mejora”, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de consumidores y usuarios)*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 13 – 35.

Id. “La reforma de la cláusula general de la ley de competencia desleal”, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de consumidores y usuarios)*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 37 – 59.

Id. “Business networks as a legal explanatory framework” en *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70.Geburtstag am 24.August 2010*. Vol.2. De Gruyter, págs. 2901 – 2917.

Id. “El laberinto de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 30, 2009-2010, págs. 435 – 454.

Id. “Una nueva orientación del tratamiento antitrust de la coordinación empresarial en las redes de distribución”, *Crisis económica y política de la competencia (III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia)*, TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA, coord., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 93 – 104.

Id. “Del contrato bilateral a la relación de red” en *Hacia un Derecho para las redes empresariales.*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 9 – 20.

Id. *Intrusión en la clientela ajena y redes de distribución (Encroachment)*, Thomson – Aranzadi, Cizur-Menor, 2007.

Id. *Igualdad de trato en el derecho de sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Id. *Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2000.

Id. “De la actividad comercial en régimen de franquicia”, *Comentarios a la ley de ordenación del comercio minorista y a la ley orgánica complementaria*, PIÑAR MAÑAS, J.L., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., dirs., Civitas, Madrid, 1997, págs. 491 – 510.

Id. *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, Madrid, 1991.

RUIZ PERIS, J.I., MARTÍ MIRAVALLS, J., “La reforma del régimen de transparencia en materia de franquicia: un paso adelante y una ocasión perdida”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 262, 2006, págs. 1355 – 1400.

RUIZ-RICO RUIZ, C., *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SABEL, CH., “El aprendizaje a través del monitoreo: los dilemas de la política económica regional en Europa” *Redes de Empresas y Desarrollo Local. Competencia y cooperación en los sistemas productivos locales*, OCDE, 1999, pág. 25 – 57.

SACCO, R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Unione Tipografico-Editrice torinese, Torino, 1959.

SACRISTÁN BERGIA, F., “Tratos preliminares y contratos de distribución”, *Los contratos de distribución*, ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L., ALONSO LEDESMA. C., ECHEVARRÍA SÁENZA, J.A., VIERA GONZÁLEZ, A. J., dirs., La Ley, Madrid 2010, págs. 429 – 451.

SAMOY, I., LOOS, M., *Linked contracts*, Intersentia, Cambridge, 2012.

SANCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 17ª ed., Cizur-Menor, 2012.

SANCHEZ CALERO, F., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 36ª ed., Cizur-Menor, 2013.

SÁNCHEZ JORDÁN, Mª.E., *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid, 2000.

SCHER, MARK.J., “Japanese interfirm networks, “high-trust” or relational acces?” *Interfirm Networks: Organization and Industrial Competitiveness*, Routledge, 1999, págs. 303 – 317.

SCHOLASTIQUE, E., *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés droits français et anglais*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris, 1999.

SCOGNAMILIO, C., “Dal collegamento negoziale alla causa di coordinamento nei contratti tra imprese”, *Le reti di imprese e i contratti di rete*, IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., Torino, 2009, págs. 61 – 76.

SCOTT, A.W; FRATCHER, W.F., *The law of trust*, Little Brown, Boston, 1987.

S. GEIS, G., “The space between markets and hierarchies”, *Virginia Law Review*, Vol. 95:99, págs. 99 – 153.

Id. “An empirical examination of business outsourcing transactions”, *Virginia Law Review*, Vol. 96:2010, págs. 241 – 300.

SODA, G., ZAHEER, A., “A network perspective on organizational architecture: performance effects of the interplay of formal and informal organization”, *Strategic Management Journal*, núm. 33, 2012, págs. 751 – 771.

SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, *Vniversitas*, núm. 108, diciembre 2004, págs. 281 – 315.

STEEN, J., COOPMANS, C., WHYTE J., “Structure and agency? Actor-network theory and strategic organization”, *Strategic Organization*, núm.4, 2006, págs. 303 – 312.

STIGLITZ, R., STIGLITZ, A., *Responsabilidad precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

SUÁREZ-VILLA, L., “Las estructuras de cooperación: reducción de escala, subcontratación y alianzas en redes”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 109, 1996, págs. 59 – 70.

SUÑOL LUCEA, A., *El secreto empresarial, un estudio del art. 13 de la ley de competencia desleal*, Civitas, 2009.

TAPIA SANCHEZ, MARÍA R., “Aportación de nuevos clientes o incremento sensible de las operaciones como presupuesto de la indemnización por clientela en los contratos de distribución”, *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, VIERA GONZÁLEZ, JORGE. A., ECHEBARRÍA SÁENZ, JOSEBA. A., dirs., La ley, Madrid, 2011, págs. 303 – 320.

TARDÍO PATO, J.A., *Los Principios Generales del Derecho, su aplicación efectiva como normas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2011.

TATO PLAZA, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., HERREA PETRUS CH., *La reforma de la ley de competencia desleal*, La Ley, 2010.

TEUBNER. G., *Network as connected contracts*, versión traducida al inglés por M. Everson, Oxford, Hart, 2011.

Id. “Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks Beyond contract and Organisation”, *Networks, Legal Issues of Multilateral Co-operation*, AMSTUTZ, M., TEUBNER, G., ed., Oxford and Portland, Oregon, 2009, págs. 3 – 30.

TILLY, CH., “Welcome to the Seventeenth Century”, *The Twenty-First-Century Firm, Changing economic organization in international perspective*, DI MAGGIO, P., (ed.), Princenton University Press, 2001, págs. 200 – 209.

TODEVA, E., *Business Networks: strategy and structure*, Routledge, 2006.

TOFFOLETO, A., en *Derecho Italiano de Sociedades (Manual Breve)*, AA.VV, traducción al español por LATORRE CHINER, N y MARTÍ MOYA, V., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

UNGERER, H., “Entreprises conjointes et recherche-développement” *Coopération entre entreprises, Entreprises conjointes stratégies industrielles et pouvoirs publics*, JACQUEMIN, A., REMICHE, B., eds., De Boeck Université, Bruxelles, 1988, págs. 213 – 219.

VALÉS DUQUE, P., *La responsabilidad precontractual*, Reus, Madrid, 2012.

VAN DONGEN, S., “Groups of contracts. An exploration of types and the archetype from a dutch legal perspective”, AA.VV *Linked contracts*, SAMOY, I., B.M. LOOS, M., (eds.), Intersentia, Cambridge, 2012, págs. 9 – 28.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Civitas, Madrid, 2007.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., “La información en el consejo de administración: derechos y deberes del consejo y de los consejeros”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, ESTEBAN DE VELASCO, G., coord., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, págs. 305 – 369.

VICENT CHULIÀ F., *Introducción al derecho mercantil*, vol.1, Tirant lo Blanch, 23ª ed., 2012.

Id. “Licitud eficacia y organización de los sindicatos de voto”, *Derecho mercantil de la Comunidad Europea: estudios homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 1205 – 1252.

Id. “Licitud eficacia y organización de los sindicatos de voto”, *Revista General de Derecho*, núm. 559, 1991, págs. 2995 – 3045.

VICIANO PASTOR, J., “El principio de eficiencia (defensa de la competencia) en el Derecho contractual. Los límites a la política comercial de las redes de distribución ¿eficiencia o ineficiencia?”, *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes*

Empresariales, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 479 – 506.

Id. “La tutela de intereses públicos y las redes contractuales. Especial referencia al control de las concentraciones y las redes empresariales”, *Hacia un Derecho para las redes empresariales.*, RUIZ PERIS, J.I., dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 223 – 240.

VILA FLORENSA, P., “Comentario al art. 57”, *Comentarios al Código de Comercio*, SALA REIXACHS, A., dir., BALDÓ DEL CASTAÑO, V., RUEDA MARTÍNEZ, J.A., coords., T-I, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 502 – 504.

VILLA, G., “Il coordinamento interimpreditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale”, *Le reti di imprese e i contratti di rete*, IAMICELI, P., dir., G. Giappichelli, ed., Torino, 2009, págs. 101 – 130.

WALKER, G., “Network Analysis for Cooperative Interfirm Relationships”, *Joint Ventures and Technology Partnerships between Firms*, CONTRACTOR, F.J., LORANGE, P., dirs., Lexington books, New York, 1988, págs. 227 – 240.

WALZER, M., *Spheres of justice*, New York Basic Books, 1983.

WELLWNHOFER, M., “Third Party Effects of Bilateral Contracts within the Network”, *Networks, Legal Issues of Multilateral Cooperation*, AMSTUTZ, M., TEUBNER, G., ed., Oxford and Portland, Oregon, 2009, págs. 119 – 136.

WHITE, E., “Petites et moyennes entreprises et entreprises conjointes. Une nouvelle forme de coopération productive Nord-sud?”, *Coopération entre entreprises, Entreprises conjointes stratégies industrielles et pouvoirs publics*, JACQUEMIN, A., REMICHE, B., eds., De Boeck Université, Bruxelles, 1988, págs. 43 – 73.

WESTNEY, D.E., “Japanese enterprise Faces the Twenty-First Century”, *The Twenty-First-Century Firm, Changing economic*

organization in international perspective, DI MAGGIO, P., (ed.), Princeton University Press, 2001, págs. 105 – 143.

WHITTAKER, S., “Contract networks, freedom of contract and the restructuring of privacy of contract”, *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, CAFAGGI, F., dir., Edward Elgar, 2011, págs. 179 – 197.

WHITTAKER, S., ZIMMERMANN, R., “Good faith in european contract law: surveying the legal landscape”, *Good faith in European Contract Law*, ZIMMERMANN AND WHITTAKER eds., Cambridge University Press, 2000 págs. 8 – 62.

WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1986.

WILKINSON, I., YOUNG, L., “On cooperating: Firms, relationships, networks”. *Journal of Business Research*, núm.55, 2002, págs. 123 – 132.

WILLIAMSON, O.E., “Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, núm. 2 (Oct.,1979), págs. 233 – 261. Disponible en <http://www.nek.lu.se/NEKAHA/hemsida/Williamson.pdf>.

WINDAHL, CH., LAKEMOND, N., “Developing integrated solutions: The importance of relationships within the networks”, *Industrial Marketing Management*, núm. 35, 2006, págs. 806 – 818.

WINSTON & STRAWN, “The Sarbanes-Oxley Act of 2002: What Corporate Directors and Executives Need to Know”, *New York Business Law Journal*, 2005, vol.9, núm.1

ZORZI, A., “Reti di imprese e modelli societari di coordinamento”, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, CAFAGGI, F., ed., il Mulino, Bologna 2004, págs. 177 – 231.

ADENDA I

En los últimos años, los cambios estructurales acontecidos en la sociedad con la generalización del Estado del Bienestar por un lado, y el fenómeno de la globalización por otro, han propiciado una revolución protagonizada por las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) en las formas de comunicación y organización personal, fenómeno que ha tenido su incidencia en el ámbito de la organización empresarial propiciando cambios tanto en la forma de organización interna de las empresas, como en su forma de relación con otras empresas en el mercado, esto es, su organización externa.

Respecto a la forma de organización interna, debe destacarse como la mayor calificación profesional de los trabajadores gracias a la posibilidad de acceso a una educación superior propiciada por el Estado del Bienestar, así como la mayor capacidad de interacción, coordinación y supervisión interpersonal brindada por las TIC, han propiciado una transformación en la forma de organización del trabajo en las empresas: el abandono de la organización en torno a puestos de trabajos mecánicos y sin responsabilidad integrados en la cadena de producción – *fordismo taylorismo* - , para pasar a la cultura de los equipos o grupos de trabajo autónomos, encargados de la gestión de un determinado proyecto/tarea, la cual se inserta a su vez dentro de un proyecto o proceso de producción mayor.

Esta desintegración vertical de la empresa no implica solamente una diferente asignación de tareas, sino que supone la difuminación o declive del modelo jerárquico de organización empresarial, propiciando la instauración en la empresa de una nueva cultura de gestión empresarial – heterarquía –, en la que el poder se desplaza en cierta medida de los administradores a los trabajadores, quedando la labor de los primeros centrada en la coordinación de las actividades desarrolladas por equipos de trabajo autónomos, pero a la vez interdependientes y

comprometidos con el éxito del resultado final, en un esfuerzo por la racionalización y búsqueda de la eficacia de la gestión empresarial.

Respecto a la forma de organización externa, ésta es heredera de los cambios antes señalados en la esfera interna. De esta forma la necesidad de competir a nivel global implica el establecimiento de relaciones de colaboración empresarial estables, duraderas e intensas entre los agentes económicos, lo que desemboca en la búsqueda de un mayor grado de interacción entre empresas con el objetivo de obtener el máximo rendimiento de las sinergias entre las distintas fortalezas estratégicas de los participantes. Esto da lugar a un mayor grado de integración empresarial recíproca en la que se reproduce, en cierta medida, la dinámica de coordinación e interrelación presente a nivel interno en los grupos de trabajo autónomos e interdependientes, difuminándose así también los contornos de la empresa en lo que respecta a su ámbito externo.

De esta forma, los procesos de disgregación o desverticalización organizativa, así como la convergencia entre empresas independientes, han ocasionado una serie de cambios en las formas de estructuración y relación empresarial, dando lugar a la aparición de una realidad económica distinta, la red empresarial, como forma de organización económica situada entre los modelos ideales de mercado y jerarquía, cuyos caracteres, al menos desde el punto de vista de la ciencia económica, pueden agruparse en torno a tres grandes conceptos: la interdependencia de las prestaciones empresariales; el carácter estable y duradero y basado en la confianza recíproca (*trust*) de las relaciones mantenidas entre empresarios; y la existencia de una efectiva transmisión y creación de conocimientos industriales y Know-how.

La red empresarial supone así la creación de un nuevo modelo organizativo o realidad económica cuya regulación jurídica no resulta eficiente desde la perspectiva de las instituciones tradicionales del Derecho. Además, dichas instituciones, no son capaces tampoco de ofrecer una respuesta adecuada a las especificidades que presenta dicha realidad. De

esta forma, la red empresarial ha sido calificada como una realidad económica intermedia entre mercado y jerarquía, y que desde el punto de vista jurídico presenta un carácter híbrido, que se sitúa entre el modelo contractual y el organizativo/societario.

Por este, motivo, en lugar de intentar explicar y encuadrar el fenómeno de las redes empresariales en el ámbito de los posibles institutos utilizados para su instrumentación jurídica, es necesario abordar el estudio de la red empresarial como una realidad económica nueva con sustantividad propia, analizando en primer lugar sus caracteres para, a continuación, enjuiciar la adecuación de las instituciones jurídicas existentes a los mismos, así como enjuiciar su capacidad para proporcionar una respuesta eficaz a los retos y necesidades que plantean las redes empresariales

Desde un punto de vista jurídico la red empresarial se define como: “un conjunto de empresarios jurídica y económicamente independientes, pero vinculados jurídicamente – a través de contratos de colaboración de larga duración, de contratos plurilaterales, estructuras consorciales, grupales o societarias – y económicamente – como consecuencia de su interdependencia fruto de su colaboración empresarial –, que sostienen generalmente una estructura relacional estable y múltiple, que presenta como principales características, la interdependencia, la estabilidad o carácter duradero de la red, la autonomía empresarial y la responsabilidad ilimitada de sus miembros, en el sentido de que cada uno de sus miembros, sociedad o persona, es responsable ilimitadamente de la propia actividad económica que realiza.

Otras características propias de las redes estriban en que implican compartir la explotación, aunque no necesariamente la titularidad directa o indirectamente de elementos inmateriales de la empresa – marca, *know-how* técnico o comercial, reputación o clientela/fondo de comercio –; implican el reparto de las funciones de *I+D+i*, productivas, distributivas o post venta, entre los miembros de la red; determinan la existencia de relaciones entre los miembros de la red con independencia de

que estén reguladas por escrito o no; y se fundan en relaciones de confianza entre sus miembros”. RUIZ PERIS.

Un análisis más detallado de esta definición nos permite poner de relieve alguna de las particularidades y retos derivados de los caracteres propios de la red empresarial:

Así, respecto al carácter estable y duradero de la red, al objeto de dar una respuesta eficaz a los cambios en las condiciones del mercado, es necesario establecer mecanismos de revisión, modificación, gestión y coordinación de las relaciones entre los miembros de la red. En el caso de una red empresarial de carácter contractual, esto plantea retos desde la perspectiva de la redacción de los contratos, su integración, su modificación/novación, y su extinción.

Por lo que se refiere a la autonomía empresarial de sus miembros, ésta es la principal característica que permite diferenciar a las redes de los grupos societarios, en especial, de los grupos societarios por subordinación. Al mismo tiempo, la libertad de configuración de la red nos permite hablar de dos grandes tipos ideales de redes: la red hegemónica – en la que existe una situación de superioridad organizativa o estratégica en la que un cabeza de red, que ejerce su influencia sobre la organización y actividad de la red, si bien no ejerce un control efectivo sobre ninguno de los miembros independientes de la misma –, y la red paritaria, refiere a un escenario en el que no existe ninguna empresa predominante y los miembros de la red, a menudo empresarios que se encuentran dentro de un mismo sector de actividad y nivel de la cadena de producción, pese a mantener relaciones de interdependencia, se encuentran en un plano de mayor igualdad, pudiendo de hecho ser colaboradores en lo que la actividad objeto de la red se refiere y competidores para el resto de actividades que ejercen.

La coexistencia de intereses contradictorios en el seno de la red es una característica única y propia de las redes empresariales, pues la diversidad de relaciones mantenidas por los miembros de la red entre sí es la causa de la coexistencia de intereses paralelos y divergentes entre los mismos, ambos en relación dialéctica y ambos absolutamente legítimos, que

pueden ser encuadrados dentro de dos grandes categorías: por un lado, el interés compartido y paralelo de todos los miembros respecto a la creación de valor para la red, es decir, el interés en el éxito y eficacia de la misma; y, por otro lado, el interés divergente de cada uno de ellos, respecto a la atribución o reparto del valor creado con exclusión de los demás, que es el interés que en realidad motiva la entrada del empresario individual en la red.

Por lo que respecta a la interdependencia de las relaciones empresariales, supone que el resultado de la actividad individual de los miembros de la red dependa, y a la vez condicione, el resultado del resto de empresas incluidas en la misma, lo que desde un punto de vista contractual sitúa el problema en el ámbito de los contratos coligados, vinculados o conexos, así como en el de la “eficacia refleja frente a terceros”. Esto obliga a prever diversos modos de coordinación y supervisión de la ejecución de la actividad por los miembros de la red, que permitan garantizar y fortalecer la eficacia de la red en su conjunto, así como la consecución del interés compartido. A su vez, el refuerzo de la interdependencia fortalece los vínculos entre las partes y dificulta la salida de la red, evitando por tanto conductas disruptivas por parte de los miembros de la red, como son el parasitismo y el oportunismo.

En cuanto al carácter intuitu de las relaciones entre los miembros de la red, la transmisión de información y el hecho de compartir derechos de propiedad industrial, debe señalarse que la integración de las prestaciones empresariales, supervisión y la transmisión de información que se producen dentro de la red, otorgan a la esfera relacional un papel destacado en la misma, de forma que la confianza se convierte en un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, caracterizándose así las relaciones entre sus miembros directamente vinculados como *uberrima fides*. Este clima de confianza es el que actúa como catalizador de la transmisión de información entre los miembros de la red – incluso la difícil de plasmar en soporte material –, mejorando las sinergias entre sus miembros y favoreciendo la estabilidad en las relaciones empresariales entre los mismos. No obstante será necesario coordinar las disfunciones existentes

entre el régimen legal de protección de estos derechos de propiedad industrial y el efecto de extensión de efectos de la acción de unos miembros de la red sobre otros.

Una vez identificada y analizados los caracteres más importantes de la realidad económico-organizativa que constituye nuestro objeto de estudio, cabe plantearse por lo que respecta a su governance –ámbito en el que se incluye la cuestión de los deberes derivados de la buena fe –, si, en primer lugar, ésta presenta unas demandas específicas respecto a las formas societarias o contractuales de governance y, en segundo lugar, si las fórmulas utilizadas en esta sede pueden ser de aplicación al ámbito de las redes empresariales.

Abordando la primera cuestión, parece que una adecuada governance de las redes empresariales requiere de una previa identificación de donde reside y en qué se fundamenta el *poder* en el gobierno de las redes empresariales, debiendo partirse de una premisa distinta a la del caso de las sociedades, y es que a los “directores” de la red no les basta con que su *poder* tenga un fundamento obligacional – legal o contractual –, sino que es necesario que dicho *poder* se ejerza por quien verdaderamente ostenta una *autoridad* (posición hegemónica en el caso de las redes hegemónicas, o atribuida democráticamente en el caso de las redes paritarias) dentro de la red empresarial, que sea percibido y aceptado por los demás miembros y que, por tanto, legitime el ejercicio de su *poder* e incentive el acatamiento voluntario de sus decisiones por el resto de miembros de la red.

Identificado el anterior elemento debe tomarse también en consideración que, como consecuencia de la autonomía e interdependencia y el carácter duradero e *intuitu* de las relaciones mantenidas entre los miembros de la red las posibles estructuras de governance deberán procurar un equilibrio entre el ejercicio de la autoridad y la integración del elemento personal en la gestión de la red, es decir, conjugar el ejercicio del poder de dirección/organización con el importante componente relacional propio de las redes empresariales, equilibrio cuya configuración variará sustancialmente según que nos encontremos ante una red hegemónica o paritaria. Esto

traerá como consecuencia que, en ocasiones, la forma de ejercicio del poder deba suavizarse por la observancia del componente relacional. Sin embargo, en otras ocasiones, será necesario una organización y formalización del componente relacional para garantizar la eficacia en la gestión de la red, por ejemplo, en los casos de transmisión de propiedad industrial entre los miembros de la misma, en especial *know-how* y aquella información que resulta difícil de sustanciar en soporte físico.

El estudio de la adecuación de las fórmulas de *governance* utilizadas en otras sedes a las redes empresariales, se centra sobre los modelos de *governance* más importantes: formas de *governance* societaria, contractual y una forma que pudiéramos calificar como “híbrida”: los códigos de conducta.

Por lo que respecta a las estructuras de *governance* societaria, en su vertiente interna, no resultan aplicables a las redes empresariales, pues las mismas se construyen sobre la base del patrimonio común societario, inexistente o de escasa relevancia en la red empresarial. Por lo que respecta a la vertiente externa, el fenómeno de los *stakeholders* y su toma en consideración en la *governance* societaria pone de manifiesto cómo, la teoría de la *corporate governance* no ha permanecido ajena al fenómeno de la conectividad e interdependencia que surgen como consecuencia de las relaciones duraderas y estables entre empresarios jurídicamente independientes, si no que ha tomado conciencia de la dimensión relacional de la empresa y de la existencia de sujetos que fuera del ámbito interno de la misma, ejercen una influencia en ocasiones determinante sobre su producción y/u organización, si bien el papel que se les da a los mismos en la *governance* societaria es todavía muy reducido y para nada satisfactorio con las necesidades de una *governance* multilateral con sujetos en situación de igualdad.

En cuanto a las formas de *governance* de carácter híbrido, la autorregulación, como herramienta de *soft law*, consiste en como el ejercicio de la capacidad que poseen los sujetos privados para elaborar un conjunto de normas de naturaleza vinculante, a las cuales deciden someterse voluntariamente en el ejercicio de su actividad empresarial, una de cuyas

manifestaciones más importantes la constituyen los códigos de conducta. No obstante, el problema de dichos códigos es el de su eficacia, el de su carácter vinculante entre empresarios que lo han asumido y aquellos que no, y el de su extensión a toda la red, de manera que hablemos, frente a terceros, de un código de la red empresarial en su conjunto – recordemos el problema de los contornos difusos de la red empresarial – y no de un conjunto de códigos de conducta de empresas miembros de la red.

Sin embargo y aunque se consiguiera resolver el problema de la eficacia de los códigos, nos enfrentaríamos al problema todavía mayor de determinar el contenido de los mismos, lo que significa reproducir en sede de autorregulación los mismos problemas que en teoría general de la *governance* de las redes empresariales antes ya han sido señalados.

Finalmente, abordando la cuestión de los instrumentos de *governance* de carácter contractual, se trata más bien de evaluar la eficacia de determinadas estipulaciones contractuales que son usadas por los operadores económicos que se ven enfrentados a la realidad de las redes empresariales y buscan dar respuesta a los retos derivados de sus caracteres antes enunciados.

Ahora bien, debe tomarse en consideración que, con carácter general, el empleo de cláusulas contractuales para instrumentar la *governance* de las redes empresariales se enfrenta al problema de la falta de adaptación de la estructura de nuestro derecho de obligaciones a los contratos de colaboración interempresarial de larga duración. En este sentido, nuestro sistema de remedios ante el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato en general, aparece abocado a la extinción de la relación jurídica y la indemnización por daños, no previendo en cambio mecanismos de solución alternativos que permitan la superación de la controversia entre las partes y la continuación de la relación jurídica, situación que, en el contexto de la red empresarial, parece más acorde con la economía del contrato y los intereses de las partes.

Dicho lo anterior en el presente trabajo se analiza la viabilidad a los fines de instrumentar una *governance* de las

redes empresariales de la cláusulas que prevén deberes mutuos de control de la actividad entre los miembros de la red, cláusulas que suponen la introducción de condiciones en la ejecución del contrato como vía para instrumentar contractualmente la interdependencia económica existente entre los miembros de la red, cláusulas de exclusividad y pactos de no competencia, cláusulas de asignación de responsabilidad e indemnizaciones cuyo objetivo es salvar la dificultad de imputación de los efectos derivados del incumplimiento contractual a cada uno de uno de los miembros de la red, cláusulas de vinculación contractual en la terminación de los contratos y cláusulas de imposición de deberes post contractuales de conducta. Sólo algunas de ellas resultarán eficaces para la governance de las redes empresariales.

Descrito el objeto de estudio – las redes empresariales – y el ámbito en el que se inserta el mismo – la governance de las redes empresariales – la siguiente cuestión abordada por el presente trabajo es el fundamento para la imposición a los miembros de la red, y en especial a su cabeza, de deberes fiduciarios de conducta derivados de la buena fe que limiten su libertad de actuación en aras a la eficiencia y protección de los intereses de la red.

Para dar respuesta a esta demanda, se afronta primero un estudio acerca del concepto, significado, contenido y alcance de los Principios Generales del Derecho, dentro de los cuales se inserta el Principio General de buena fe. Aclarado este aspecto e identificada su potencialidad como fuente de normas de conducta para las partes, el trabajo analiza a continuación los carácter concurrentes en otros sujetos que tienen la condición de “fiduciarios” en el ordenamiento jurídico – gestores de intereses ajenos, categoría en la que se insertan los representantes, tanto la representación contractual, como la orgánica, es decir, administradores sociales –, para identificar si, primero, los caracteres que definen la posición fiduciaria de estos sujetos se encuentran también presentes en el ámbito de las redes empresariales, y, en segundo lugar, si es posible predicar en las redes empresariales la existencia de los mismos deberes que se

derivan de la condición de fiduciantes de dichos sujetos en otros sectores del ordenamiento jurídico.

En este sentido, la interdependencia de las prestaciones empresariales, así como el hecho de compartir el uso de un determinado derecho de propiedad industrial, provocan que el resultado de la actividad de un miembro de la red no resulte inocuo para el resto de miembros, sino que proyecte sus efectos sobre éstos, pudiendo influir o incluso condicionar el ejercicio de su actividad. De esta forma, la actuación en nombre propio del miembro de la red cuyo resultado de su actividad produce efectos en el patrimonio de un tercero, ubica dicha actuación dentro del esquema propio de las relaciones de gestión de intereses ajenos.

Caracterizada de este modo la actuación de los miembros de la red, es necesario identificar a continuación con cuál de las instituciones concretas incluidas dentro de dicha categoría se identifica la actuación de los miembros de la red, concluyendo que se trata de la representación indirecta o mandato sin representación. Dicha representación se configura como una consecuencia derivada de la interdependencia propia de las redes empresariales y de la capacidad de los miembros de la red de afectación, con su comportamiento, del respectivo de otros integrantes de la misma, sin que este fenómeno quepa identificarse con apoderamiento tácitos. La dimensión representativa de la actuación del miembro de la red es intrínseca a su propia condición como tal, y, además, es expresión del interés compartido propio de la red en cuanto implica una cierta actividad de gestión orientada hacia la consecución del mismo.

De esta forma, en toda actuación individual de un miembro de la red concurre una dimensión de gestión o administración, si se quiere indirecta, de los intereses de los otros miembros de la red, fundamento dicha actuación de su consideración como fiduciario y no como mero representante, y que, consecuentemente comportará el sometimiento a unos deberes de conducta que delimiten su libertad de actuación en garantía del respeto al interés del resto de miembros de la red: los

deberes fiduciarios, siendo los más importantes – y concurrentes con los presentes en el ámbito societario –, el deber de diligencia y el deber de lealtad. Dichos deberes, en el ámbito de las redes hegemónicas, presentarán un carácter más cualificado en la figura del cabeza de red, en el cual concurre, por ejercer la función de dirección y organización de la misma, una especial cualificación de la dimensión representativa y de gestión o administración sobre el resto de miembros, lo que justifica su sujeción a deberes con un carácter más cualificado respecto al resto de miembros de la red.

Fundamentado de este modo el carácter fiduciario de la posición que ocupan los miembros de la red como gestores de intereses ajenos, resta por comprobar cuáles son los deberes en los que, con origen en el Principio general de buena fe, se concretan las obligaciones derivadas de dicha posición fiduciaria. Dicha labor pasa por estudiar primero cuál es el contenido del Principio General de buena fe, cuáles son las funciones que el mismo desempeña y cómo aparece recogido en el ordenamiento jurídico español.

Tras distinguir entre las dos concepciones de la buena fe imperantes, subjetiva y objetiva, y entender que la buena fe a la que se refiere el Principio General como fuente de obligaciones de conducta es la concepción objetiva, cabe destacar que, en todo caso y precisamente por su condición de Principio General antes señalada, la buena fe va actuar como un principio informador de todo el ordenamiento jurídico y ello con independencia de que aparezca o no reconocida por el mismo para dicha función, por cuanto constituye una causa de justificación normativa previa y hacia la que tiende el conjunto del ordenamiento jurídico. Así entendida la buena fe, se observa como en su influencia sobre las relaciones de los particulares la misma despliega diversas funciones, actuando como criterio para la ejecución de los derechos y deberes de las partes, para la interpretación e incluso para la integración de la voluntad de las mismas de forma que lo pactado sea conforme a la naturaleza del negocio en cuestión y a las expectativas y confianza despertadas por terceros en el tráfico.

Presentado de este modo el Principio General de buena fe, se entiende que dicho principio ejerza una influencia especialmente cualificada en el ámbito de las redes empresariales como consecuencia del papel destacado que ocupa la confianza como parámetro de organización interna de las mismas, así como la interdependencia y carácter estable y duradero de las relaciones entre sus miembros, lo que obliga a estar en un continuo proceso de adaptación y modificación de las condiciones de la relación negocial.

De esta forma, y abordando el estudio de los deberes de conducta derivados de la Buena fe según el *iter* clásico que atraviesa toda relación jurídica, parece que la consecución de una mayor eficiencia, así como mejores y más rápidos resultados, en la integración de un nuevo miembro en la red empresarial, al conocer de antemano la compleja realidad organizativa y relacional de la que va a formar parte – fundamento económico – por un lado, junto a la inexigibilidad de la diligencia desorbitada (cuando no imposibilidad) que supondría para el aspirante a nuevo miembro de la red la exigencia de auto informarse acerca de las condiciones subjetivas y objetivas relevantes de la red, como por los caracteres propios que presentará la relación negocial (carácter duradero, *uberrima fides*, interdependencia de prestaciones...) – fundamento jurídico –, justifiquen la imposición de un deber de información precontractual sobre el miembro de la red.

Dicho deber de información precontractual debe, no obstante, adaptarse a los especiales caracteres del ámbito económico-organizativo en el que se predica, por lo que, en primer lugar, deberá suministrarse al nuevo miembro de la red información sobre ésta en su conjunto y no solo sobre su contraparte, pues este proceder ocasionaría una falsa percepción de lo que constituye el objeto del negocio: se cree entablar simplemente una relación contractual con un empresario particular que organiza su propia red empresarial, percibiendo el negocio de incorporación como estrictamente bilateral, cuando, en realidad, lo que se está negociando es entrada del empresario a una estructura más amplia, la red, de la cual forma parte el sujeto con el que se negocia, con lo que es la información sobre el

conjunto de la red y no sólo sobre la contraparte, la que realmente permite alcanzar al empresario interesado en entrar a formar parte de la red, una concepción plena y no sesgada de la relación jurídica que se inicia; en segundo lugar, el contenido de la información acerca de los componentes de la red empresarial se modalizará según nos encontremos ante una red hegemónica, en la que la información acerca del cabeza de red ocupará una posición primordial, o una red paritaria en la que bastará con una información suficiente sobre los caracteres de todos los miembros; y en tercer lugar, respecto al sujeto sobre el que recae el cumplimiento del deber de información contractual, la propia fisionomía de las redes hegemónicas determina que sea su cabeza el encargado de esta función, mientras que en las redes paritarias podrá serlo cualquiera de sus miembros.

Una vez entregada la información precontractual el siguiente paso es la redacción de los términos que regirán la relación negocial, ámbito donde de nuevo el Principio de buena fe manifestará su influencia pues las especiales circunstancias que se dan entre las partes – asimetría de información, mayor especialización, situación de hegemonía y autoridad del cabeza de red –, fundamentan que deba llevarse a cabo un control de contenido de las cláusulas generales predispuestas en los contratos utilizados por el cabeza de red (contratante fuerte) para la incorporación de nuevos empresarios (contratante débil) a la misma, lo que permitirá la identificación de aquellas cláusulas que, por alterar alguno de estos caracteres, suponen un falseamiento de los mismos o conducen a situaciones abusivas que pueden calificarse como “prepotentes”.

Siguiendo con el *iter* negocial, el siguiente escenario a abordar es el de ejecución de la propia relación jurídica, sede en la que, con el objetivo de identificar los deberes derivados del Principio de Buena fe a los que se encuentran sujetos los miembros de la red en su actuación, se procede a realizar una delimitación negativa de los mismos. En este sentido, se analiza la idoneidad de las doctrinas generales que, con base en el Principio de buena fe, imponen límites a la libertad de actuación de las partes, para enfrentarse a la problemática específica de las redes empresariales. De esta forma, dichas doctrinas ayudarán a

identificar determinadas conductas que bien sean o no subsumibles en sus presupuestos constituyen situaciones de ejercicio de los derechos por parte de los miembros de la red que pueden ser contrarias a alguno de los legítimos intereses de red a cuya consecución debe orientarse su actividad en cuanto gestores de intereses ajenos en posición fiduciaria.

De esta forma, la primera doctrina analizada es la del abuso del Derecho, cuya aplicación a las redes empresariales no resulta satisfactoria, pues sus presupuestos de aplicación no reflejan adecuadamente la situación de diálogo entre intereses contrapuestos en el seno de la red, lo que deriva en la consideración como “no abusivas” de determinadas formas de ejercicio de los derechos por parte de los miembros de la red que suponen, en realidad, un perjuicio injustificado a cualquiera de los dos intereses legítimos propios de la red. La segunda es la doctrina de los propios actos cuya aplicación a las redes empresariales permite destacar la especial importancia que reviste un ejercicio coherente de sus derechos por parte de los miembros de la red dado el carácter *uberrima fides* de las relaciones entre ellos, y las elevadas expectativas de actuación conforme a una determinada pauta derivadas también de la interdependencia empresarial. Por su parte, el estudio acerca de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto a las redes empresariales permite la toma en consideración por sus miembros de la constante realización de transmisiones patrimoniales que, fruto de los caracteres que le son propios, se dan en el seno de la red al margen de una posible regulación jurídica entre las partes de la misma; en segundo lugar, para constatar que muchas de esas transmisiones patrimoniales suponen enriquecimiento y correlativo empobrecimiento de las partes que en ellas intervienen; y que, en tercer lugar, la existencia o no de una causa que las justifique dependerá del alcance que se le dé a los deberes a los que se encuentran sometidos en su actuación los miembros de la red, por lo que la doctrina del enriquecimiento sin causa actuará en esta sede como límite al contenido de los deberes de actuación a los que se encuentran sometidos los miembros de la red.

Las anteriores conclusiones sirven para demostrar el limitado alcance de estas doctrinas para disciplinar la actuación de los miembros de la red – si bien señalan ciertos aspectos a tomar en consideración en la governance de las mismas –, lo que determina que quepa plantearse si es posible aplicar a los miembros de la red los mismos deberes a los que se encontraban sometidos los administradores sociales en cuanto gestores de intereses ajenos en posición fiduciaria. De esta forma y reduciendo el análisis estrictamente a los deberes derivados del Principio de Buena Fe, se analiza el contenido del deber de diligencia al que se encuentran sometidos todos los miembros de la red y, en su caso, la existencia de determinados deberes de conducta cualificados a los que debiera sujetarse el cabeza de red por razón de su posición en las redes hegemónicas.

Fruto de este análisis se identificará como todos los miembros de la red se encuentran sujetos en su actuación a: un deber de profesionalidad, es decir, de comportamiento del miembro de la red en el ejercicio de la prestación empresarial que le corresponde de acuerdo con el nivel de profesionalidad o pericia que legítimamente cabría esperar de un empresario en su misma situación, garantizando de este modo las expectativas, la confianza, de los miembros de la red y terceros en un comportamiento coherente por parte del empresario en cuestión integrado en la red; un deber de comunicación al resto de miembros y, en especial al cabeza de red, de aquellas circunstancias que, dentro de la actividad objeto de explotación en la red, o fuera de ella, detecten con ocasión del desarrollo de su actividad, y que sean susceptibles de afectar el desarrollo de las prestaciones por los otros miembros de la red, e incluso a la estrategia comercial de la red en su conjunto; un deber de transparencia, en conexión con el deber de lealtad y que supone la imposición de una obligación positiva de información al resto de miembros de la red de aquella información propia que pueda ser relevante para el ejercicio de las funciones de los demás miembros tomando en consideración su condición de gestores de intereses ajenos, identificándose dos facetas del deber de transparencia en esta sede: el deber de transparencia en relación con la buena fe en garantía de la eficacia en la ejecución de las

prestaciones empresariales y el deber de transparencia en relación con la evitación de comportamientos oportunistas que supongan una violación del deber de lealtad; un deber de confidencialidad, como consecuencia de su condición de fiduciarios, del acceso de los mismos a la información sobre otros miembros de la red y sobre ésta en su conjunto. Este deber recaerá sobre toda la información que tenga el carácter de “confidencial para la red”, carácter que dependerá de la potencialidad de la información para lesionar alguno de los legítimos intereses de red. Asimismo dicho deber se extenderá tanto a la fase precontractual como a la postcontractual hasta que la información pierda su potencial lesivo para los intereses de red.

Finalmente se identificarán como derivados del especial deber de diligencia al que se encuentra sometido el cabeza de red: un deber de prudencia en la toma de decisiones que puedan afectar al desarrollo estratégico/comercial de la red; un especial deber de conservación de los bienes estratégicos para la red en condiciones óptimas, tanto para su uso individual, como para su aprovechamiento por el resto de miembros de la red; un deber de información previo al resto de miembros de la red que obliga al cabeza de red a disponer de toda la información relevante relativa tanto a los aspectos internos – organizativos, de ejecución –, como externos – relaciones negociales que mantiene con terceros en el mercado – de la red, que permitan adoptar de forma razonablemente informada al cabeza de red decisiones estratégicas de trascendencia para la misma, incluyendo este deber a su vez tanto un deber de información acerca de la marcha general de la red, así como un deber de información sobre los asuntos trascendentales para la red; un cualificado deber de transparencia, debido a su mayor capacidad de afectación de los legítimos intereses de red; y, por último un deber de deliberación conjunta con los demás miembros de la red de aquellas decisiones que pueden considerarse trascendentales para el desarrollo de la misma.

ADENDA II

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha abordado, en primer lugar y partiendo de la visión de la ciencia económico-organizativa, la tarea de identificación de las redes empresariales como realidad jurídica con autonomía y sustantividad propia respecto a los modelos organizativos de tipo contractual o societario-institucional. A continuación, y fruto de la anterior identificación, se ha llevado a cabo una delimitación positiva y negativa de las demandas jurídicas que requiere la *governance* de una figura como la que aquí se analiza: positiva, en cuando se han aislado e identificado los elementos consustanciales a la propia estructura de las redes empresariales cuya toma en consideración resulta indispensable a la hora de afrontar la tarea de diseñar una *governance* efectiva para las mismas; negativa, en cuanto se han descartado para dicha función la aplicación de instituciones provenientes tanto del ámbito contractual como societario que, en ocasiones, se han venido utilizando en la práctica del tráfico para intentar dar acomodo jurídico a los retos organizativos y de funcionamiento que supone una realidad *sui generis* como las redes empresariales.

Centrado en estas cuestiones el objeto del estudio, se ha procedido a analizar la naturaleza jurídica de la posición que ocupa cada uno de los miembros de la red respecto al resto, y respecto a la red en su conjunto, como consecuencia de los caracteres singulares que presentan las relaciones entre los mismos, producto y reflejo a la vez de las particularidades de la forma organizativa en forma de red.

Caracterizada jurídicamente la posición ocupada por los miembros de la red, se han analizado las consecuencias de la aplicación del Principio de buena fe a la actuación de dichos miembros en cuanto sujetos con una responsabilidad reforzada hacia el resto de miembros de la red y ésta en su conjunto, pasando a identificar determinados deberes de conducta a los

que, en atención a los caracteres propios de la red, parece que su actuación deba sujetarse, tanto desde las fases preliminares de la relación negocial, como durante la ejecución de la misma e incluso más allá de su extinción.

Fruto de todo el estudio anterior y las reflexiones llevadas a cabo a lo largo del mismo, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- La autonomía jurídica y económica de los miembros de la red, así como la pluralidad de formas de organización interna posibles de la misma, hacen que exista una amplia tipología de redes empresariales, no obstante lo cual resulta posible la identificación de dos grandes categorías de redes empresariales: la red hegemónica y la red paritaria.

La red hegemónica se corresponde con lo que la doctrina ha venido identificado como red jerárquica o vertical, si bien preferimos el término “hegemónico”, pues la autonomía jurídica de las empresas que conforman la red hace que sea imposible hablar de relaciones jerárquicas entre las mismas basadas en el ejercicio de un poder a través del control. Ello no obstante, la realidad económica y organizativa muestra la existencia, como se ha apuntado anteriormente, de empresarios que, por razón de su tamaño o mayor cantidad de recursos – materiales o inmateriales – que aportan a la red, se encuentran en una situación de mayor prevalencia estratégica para la red que el resto, por tanto “hegemónica”, adjetivo utilizado para identificar este tipo de redes.

La red paritaria, por su parte, refiere a un escenario en el que no existe ninguna empresa predominante y los miembros de la red, a menudo empresarios que se encuentran dentro de un mismo sector de actividad y nivel de la cadena de producción, pese a mantener relaciones de interdependencia, se encuentran en un plano de mayor igualdad, pudiendo de hecho ser colaboradores en lo que la actividad objeto de la red se refiere y competidores para el resto de actividades que ejercen. Por ello preferimos el uso del término “paritario” como contrapuesto al “hegemónico” y porque refleja mejor este distinto reparto de poder que el término “horizontal” o por “coordinación”

SEGUNDA.- La interdependencia entre las prestaciones empresariales de los miembros de la red implica que el resultado de la actividad individual de sus miembros dependa, y a la vez condicione, el resultado del resto de empresas incluidas en la misma. Este efecto obliga a prever diversos modos de coordinación y supervisión de la ejecución de la actividad por los miembros de la red, que permitan garantizar y fortalecer la eficacia de la red en su conjunto, así como la consecución del interés compartido, fortaleciendo al mismo tiempo los vínculos entre las partes y elevando los costes de salida de la misma.

A nivel jurídico la interdependencia se refleja, por un lado en fenómenos de vinculación contractual – contratos coligados, vinculados o conexos – y, por otro lado, en fenómenos de superación del principio de relatividad contractual por cuanto los contratos ente los miembros de la red presentan “eficacia refleja frente a terceros”, además de la consideración a los intereses de red como criterio de integración del contrato.

TERCERA.- Parece claro que debe rechazarse, con carácter general, la idea de una forma unitaria de organización y gobernanza para las redes empresariales, todo ello sin perjuicio de la existencia de principios o reglas comunes que solo se mostrarán ante nosotros de modo claro tras la realización de estudios específicos respecto a cada tipo de red. Las diferencias estructurales existentes entre las redes hegemónicas y paritarias, unidas a la especificidad organizativa que puede revestir cada red dentro de las dos categorías anteriores, hacen que no sea posible preestablecer unas formas o estructuras-tipo para la organización y gobierno de la red empresarial que resulten eficaces y den cabida a las particulares necesidades de cada tipo de red en concreto.

Sí parece razonable que deban admitirse, por un lado, la existencia de modelos más o menos coincidentes de governance dirigidos a las redes empresariales hegemónicas y, por otro lado, la existencia también de modelos organizativos y de gobierno diseñados para las redes paritarias.

CUARTA.- Una adecuada governance de las redes empresariales requiere de una previa identificación de donde

reside y en qué se fundamenta el *poder* en el gobierno de las redes empresariales, debiendo partirse de una premisa distinta a la del caso de las sociedades, y es que a los “directores” de la red no les basta con que su *poder* tenga un fundamento obligacional – legal o contractual –, sino que es necesario que dicho *poder* se ejerza por quien verdaderamente ostenta una *autoridad* (posición hegemónica o atribuida por los miembros) dentro de la red empresarial, que sea percibido y aceptado por los demás miembros y que, por tanto, legitime el ejercicio de su *poder* e incentive el acatamiento voluntario de sus decisiones por el resto de miembros de la red.

QUINTA.- Como consecuencia de la autonomía e interdependencia y el carácter duradero e *intuitu* de las relaciones mantenidas entre los miembros de la red, las posibles estructuras de governance deberán procurar un equilibrio entre el ejercicio de la autoridad y la integración del elemento personal en la gestión de la red, es decir, conjugar el ejercicio del poder de dirección/organización con el importante componente relacional propio de las redes empresariales. Esto traerá como consecuencia que, en ocasiones, la forma de ejercicio del poder deba suavizarse por la observancia del componente relacional. Sin embargo, en otras ocasiones, será necesario una organización y formalización del componente relacional para garantizar la eficacia en la gestión de la red, por ejemplo, en los casos de transmisión de propiedad industrial entre los miembros de la misma, en especial *know-how* y aquella información que resulta difícil de sustanciar en soporte físico.

SEXTA.- Los instrumentos de governance de carácter societario tienen una escasa incidencia para el ámbito organizativo interno de la red empresarial ante la inexistencia de un patrimonio común en la misma que sirva de base para organizar todo un sistema de gobierno y reparto de funciones y responsabilidades en la red.

SÉPTIMA.- La autorregulación (códigos de conducta), puede ser utilizada para establecer mecanismos específicos de gobierno adaptados a las particularidades de cada red empresarial. No obstante, el problema de dichos códigos es el de su eficacia, el

de su carácter vinculante entre empresarios que lo han asumido y aquellos que no, y el de su extensión a toda la red, de manera que hablemos, frente a terceros, de un código de la red empresarial en su conjunto – recordemos el problema de los contornos difusos de la red empresarial – y no de un conjunto de códigos de conducta de empresas miembros de la red.

Sin embargo y aunque se consiguiera resolver el problema de la eficacia de los códigos, nos enfrentaríamos al problema todavía mayor de determinar el contenido de los mismos, lo que significa reproducir en sede de autorregulación los mismos problemas que en teoría general de la *governance* de las redes empresariales antes ya han sido señalados.

OCTAVA.- Con carácter general, el empleo de cláusulas contractuales para instrumentar la *governance* de las redes empresariales se enfrenta al problema de la falta de adaptación de la estructura de nuestro derecho de obligaciones a los contratos de colaboración interempresarial de larga duración – contratos relacionales –. En este sentido, nuestro sistema de remedios ante el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato en general, aparece abocado a la extinción de la relación jurídica y la indemnización por daños, no previendo en cambio mecanismos de solución alternativos que permitan la superación de la controversia entre las partes y la continuación de la relación jurídica – por ejemplo, a través de modalizaciones del cumplimiento, otorgamiento de plazos extraordinarios, etc. – situación que, en el contexto de la red empresarial, parece más acorde con la economía del contrato y los intereses de las partes en conservar las sinergias derivadas de la pertenencia a la red empresarial.

NOVENA.- La previsión contractual de deberes de control de la actividad constituye un mecanismo que puede ser eficiente para la *governance* de las redes empresariales, pues su previsión atestigua la conciencia de las partes acerca de la interdependencia económica existente entre ellas y de la “eficacia refleja de su contrato en relación con terceros”, de forma que su inclusión es expresión de la voluntad de las mismas de tratar de ordenar las repercusiones que su relación

negocial tiene sobre terceros. En ningún caso suponen una atribución de un derecho directo a un tercero sobre el resultado del contrato, lo que distingue claramente a estas estipulaciones de los llamados contratos en favor de terceros.

DÉCIMA.- El uso de condiciones en la ejecución del contrato como vía para instrumentar contractualmente la interdependencia económica existente entre los miembros de la red, no es adecuado, pues por un lado confunde la “eficacia refleja del contrato en relación con terceros” con un hecho generador de una condición contractual suspensiva o resolutoria y, por otro lado, el régimen jurídico de este tipo de condiciones no se ajusta a la dinámica de interdependencia de prestaciones propia de la red empresarial, en cuanto que las condiciones de cumplimiento o saneamiento de las mismas están pensadas para un escenario negocial bilateral y no multilateral.

DÉCIMOPRIMERA.- El uso de cláusulas de exclusividad y pactos de no competencia solo puede encontrarse en el ámbito de las redes hegemónicas en las que resulta verdaderamente eficiente, no así en las paritarias en las que normalmente no existe competencia entre los miembros de la red. En las redes hegemónicas estas cláusulas actúan en defensa del interés compartido de la red frente a los intereses individuales de sus miembros, tipificando un conjunto de comportamientos que, de ser realizados por los miembros de la red, atentarían contra el interés de la misma. Estas cláusulas contribuyen por tanto a determinar la vertiente negativa de la autonomía individual de los empresarios en cuanto miembros de la red, fijando límites a su libertad de actuación en atención a la salvaguarda del interés compartido. El componente anticompetitivo de las mismas debería quedar justificado desde la perspectiva de las restricciones accesorias.

DÉCILOSEGUNDA.- Por lo que respecta a las cláusulas de asignación de responsabilidad e indemnizaciones cuyo objetivo es salvar la dificultad de imputación de los efectos derivados del incumplimiento contractual a cada uno de uno de los miembros de la red, no se ajustan a la realidad de las redes empresariales. En este sentido, articular un sistema contractual y por lo tanto,

marcadamente bilateral de asignación de responsabilidades dentro del marco operativo multilateral propio de la red empresarial, caracterizado por la interdependencia de las prestaciones, no resulta adecuado. Además, el establecimiento de este tipo de cláusulas en contratos multilaterales implicaría la redacción de una cláusula específica para cada contratante distinto en función de su aportación, la cual además puede estar sujeta a variaciones con el tiempo.

DÉCIMOTERCERA.- El uso de cláusulas de vinculación contractual en la terminación de los contratos, presenta una eficacia diversa según se trate de una red hegemónica o paritaria. En las primeras, dichas cláusulas suponen otorgar carta de naturaleza jurídica a lo que en ocasiones es ya un efecto derivado de la propia naturaleza y función económica de los contratos; en las redes paritarias la vinculación entre los contratos no responde a una relación de dependencia unilateral, sino multilateral, de forma que la extinción de uno de los contratos no tiene por qué llevar aparejada la de los demás, pues el resto de contratos, dependiendo del caso concreto, pueden seguir desplegando sus efectos normalmente.

DÉCIMOCUARTA.- La interdependencia de las prestaciones empresariales, así como el hecho de compartir el uso de un determinado derecho de propiedad industrial, provocan que el resultado de la actividad de un miembro de la red no resulte inocuo para el resto de miembros, sino que proyecte sus efectos sobre éstos, pudiendo influir o incluso condicionar el ejercicio de su actividad.

De esta forma, la actuación en nombre propio del miembro de la red cuyo resultado de su actividad produce efectos en el patrimonio de un tercero, ubica dicha actuación dentro del esquema propio de las relaciones de gestión de intereses ajenos.

DÉCIMOQUINTA.- Dentro de las relaciones de gestión de intereses ajenos, la actuación en nombre propio del miembro de la red con efectos sobre terceros se encuadra dentro de la institución de la representación indirecta o mandato sin representación.

Dicha dimensión representativa de la actuación de los miembros de la red es una consecuencia derivada de la interdependencia propia de las redes empresariales y de la capacidad de afectación con su comportamiento de unos miembros de la red sobre otros, no tratándose en ningún caso de negocios de apoderamiento tácitos, sino que la dimensión representativa de la actuación del miembro de la red es intrínseca a su propia condición como tal, y, además, es expresión del interés compartido propio de la red en cuanto implica una cierta actividad de gestión orientada hacia la consecución del mismo.

DÉCIMOSEXTA.- De acuerdo con la anterior conclusión, en toda actuación individual de un miembro de la red concurre una dimensión de gestión o administración, indirecta, de los intereses de los otros miembros de la red fundamento dicha actuación de su consideración como fiduciario y no como mero representante, y que, consecuentemente comportará el sometimiento a unos deberes de conducta que delimiten su libertad de actuación en garantía del respeto al interés del resto de miembros de la red: los deberes fiduciarios.

DÉCIMOSÉPTIMA.- Como gestores de intereses ajenos en posición fiduciaria, la actuación de los miembros de la red empresarial deberá ajustarse a las exigencias de comportamiento exigidas por el principio de buena fe, lo que comportará junto a los deberes secundarios de conducta que del mismo se derivan, unas exigencias de especial diligencia en el ejercicio de su cargo. Asimismo, el miembro de la red se encontrará sometido también a un deber de lealtad respecto al resto de miembros de la red como consecuencia del respeto al interés compartido, lo que implicará un deber positivo de actuación de forma que se favorezca la consecución de dicho interés y un deber de abstención respecto de aquellas conductas que puedan perjudicar la consecución del mismo.

DÉCIMOCTAVA.- En las redes hegemónicas, el ejercicio del poder de organización/dirección de la red acentúa la dimensión administrativa o gestora de la actuación del cabeza de red en interés de la misma (interés compartido), en comparación

con la del resto de miembros. Esta actividad cualificada de administración implica, consecuentemente, que el cabeza de red se sitúa, respecto del resto de empresarios que forman parte de la red, en una posición fiduciaria reforzada, por cuanto tiene una mayor capacidad real de afectación, no sólo al interés compartido, sino también incluso a los intereses divergentes de los miembros de la red. Por ello, los deberes de conducta a los que se encuentra sujeto el cabeza de red por razón de dicha posición fiduciaria – deberes fiduciarios – presentarán un carácter reforzado respecto a los ostentados por el resto de miembros de la red.

DÉCIMONOVENA.- El Principio de buena fe ejerce una influencia especialmente cualificada en el ámbito de las redes empresariales como consecuencia de la consideración del papel destacado que ocupa la confianza como parámetro de organización interna de las mismas. De esta forma, del Principio de buena fe actuará como fuente de especiales deberes de conducta para las partes, tanto en sede de comportamiento, como de interpretación e integración de la relación jurídica, fruto de la apariencia o legítimas expectativas despertadas en la contraparte.

VIGÉSIMA.- Con origen en el Principio de buena fe, parece que la consecución de una mayor eficiencia, así como mejores y más rápidos resultados, en la integración de un nuevo miembro en la red empresarial, al conocer de antemano la compleja realidad organizativa y relacional de la que va a formar parte – fundamento económico – por un lado, junto a la inexigibilidad de la diligencia desorbitada (cuando no imposibilidad) que supondría para el aspirante a nuevo miembro de la red la exigencia de auto informarse acerca de las condiciones subjetivas y objetivas relevantes de la red, como por los caracteres propios que presentará la relación comercial (carácter duradero, ubérrima fides, interdependencia de prestaciones...) – fundamento jurídico –, justifiquen la imposición de un deber de información precontractual sobre el miembro de la red.

De esta forma dicho sujeto, que sí tiene acceso efectivo a esta información compleja de forma sencilla, deberá ponerla a

disposición de la contraparte con el objetivo de que esta pueda adoptar una decisión con conocimiento de causa acerca de su incorporación o no a la red, corrigiendo el déficit de información existente entre las partes y excluyendo de esta forma la invocación del error como vicio del consentimiento.

VIGÉSIMOPRIMERA.- La primera información que en nuestra opinión debe ser suministrada al potencial nuevo miembro de la red no es tanto la relativa a la identificación de la contraparte contractual, como la referente a la descripción de la red en su conjunto, dentro de la cual, lógicamente, estará integrado el sujeto con el cual se contrata.

En este sentido si se pone el acento, como se ha venido realizando hasta ahora, en la contraparte contractual, se produce una falsa percepción de lo que constituye el objeto del negocio: se cree entablar simplemente una relación contractual con un empresario particular que organiza su propia red empresarial, percibiendo el negocio de incorporación como estrictamente bilateral – de ahí el acento en la información acerca de la contraparte contractual –, cuando, en realidad, lo que se está negociando es la entrada del empresario a una estructura más amplia, la red, de la cual forma parte el sujeto con el que se negocia – sea o no cabeza de red –, con lo que es la información sobre el conjunto de la red y no sólo sobre la contraparte, la que realmente permite alcanzar al empresario interesado en entrar a formar parte de la red, una concepción plena y no sesgada de la relación jurídica que se inicia.

VIGÉSIMOSEGUNDA.- Por lo que respecta a la información acerca de los miembros que conforman la red, debe distinguirse en función de que nos encontremos en presencia de una red hegemónica o paritaria.

En el primer supuesto, la información acerca del empresario cabeza de red revestirá un especial interés para el nuevo miembro en comparación con la información sobre el resto de componentes de la red, por razón de la posición que ocupa el cabeza en la organización de la misma. En cambio, en el caso de las redes paritarias, al no haber un empresario en situación de hegemonía sobre el resto, lo importante será transmitir una

información suficiente acerca de la red al empresario interesado en formar parte de la misma para poder emitir un consentimiento con conocimiento de causa.

VIGÉSIMOTERCERA.- Parece que el deber de información precontractual deba articularse a través de la imposición de un deber de entrega de dicha información sobre el empresario que ya es miembro de la red.

En el caso de las redes hegemónicas, parece que la imposición de este deber al cabeza de red sea la opción más garantista por cuanto debido precisamente a su anterior pertenencia a la red, es el cabeza el que se encuentra en una posición reforzada respecto al empresario interesado en formar parte de la red: conoce la estructura y organización de la misma e indirectamente es conocedor de la dificultad para obtener dichos datos si no se forma parte de la red, o bien, son suministrados al nuevo empresario por persona autorizada.

En el caso de las redes paritarias parece que todos los miembros de la red, por razón de su pertenencia a la misma, tienen un mayor volumen de información acerca de los aspectos técnicos y organizativos de la red con respecto al empresario aspirante a la incorporación de la misma, por lo que todos ellos pueden ser destinatarios de este deber, sin perjuicio de que, correlativo al ejercicio de este deber, deba pesar sobre el sujeto que lo realiza, junto a los límites derivados del deber de confidencialidad, un deber de comunicación al resto de miembros de la red de las negociaciones mantenidas con un tercero para su incorporación a la red, decisión sobre la que, en atención a la fisonomía de este tipo de redes, parece que pesará un cualificado deber de deliberación conjunta.

VIGÉSIMOCUARTA.- De acuerdo con el papel desempeñado por el Principio de buena fe como límite a la libertad de determinación del contenido contractual por las partes, creemos que, en el caso de las redes empresariales, las especiales circunstancias que se dan entre las partes – asimetría de información, mayor especialización, situación de hegemonía y autoridad del cabeza de red –, fundamentan que, con base en el Principio de buena fe, pueda llevarse a cabo un control de

contenido de las cláusulas generales predisuestas en los contratos utilizados por el cabeza de red (contratante fuerte) para la incorporación de nuevos empresarios (contratante débil) a la misma.

El enjuiciamiento por referencia al Principio de buena fe del contenido de las cláusulas generales, deberá tomar en consideración los caracteres que son propios de la red empresarial – autonomía, interdependencia y relaciones intuitu entre sus miembros, principalmente –, lo que permitirá identificar aquellas cláusulas que, por alterar alguno de estos caracteres, suponen un falseamiento de los mismos o conducen a situaciones abusivas que pueden calificarse como “prepotentes”.

VIGÉSIMOQUINTA.- El carácter prepotente de una cláusula en el contexto de un contrato de red, no depende sólo del efecto causado sobre la contraparte –vinculación del contrato a la sola voluntad del otro contratante, falta de reciprocidad, renuncia de derechos, etc. –, sino que también debe tomarse en consideración si el contenido de dicha cláusula, pese a no suponer un perjuicio para la contraparte, puede suponer la generalización de una conducta o de un efecto que perjudique la consecución de los intereses propios de la red o que produzca una apropiación abusiva o indebida de los beneficios derivados del mismo por parte del cabeza de red.

Por otro lado, la obligación impuesta al cabeza de red por el deber de lealtad al que se encuentra sometido de abstención de la realización de conductas que atenten a la consecución del interés compartido, debe ser también tenida en consideración en el enjuiciamiento del carácter prepotente de una condición general predispuesta con base en el Principio de buena fe. De esta forma se garantiza no solo que la relación comercial bilateral entre el miembro y el cabeza de red se desarrolle dentro del marco fijado por los caracteres propios de la misma, sino que se impide una posible instrumentalización de la red a favor del cabeza como consecuencia de la generalización de contratos que, aún incluso conformes en su clausulado con las exigencias de la buena fe, otorguen excesivas prerrogativas a favor del

cabeza en perjuicio del interés compartido e, indirectamente, del divergente de cada uno de sus miembros.

VIGÉSIMOSEXTA.- La aplicación de la doctrina del abuso de Derecho como límite a la libertad de actuación de los miembros de la red en el ejercicio de sus derechos y deberes, no resulta satisfactoria por cuanto sus presupuestos de aplicación no reflejan adecuadamente la situación de diálogo entre intereses contrapuestos en el seno de la red. Esta situación puede generar el riesgo de la consideración como “no abusivas” de determinadas formas de ejercicio de los derechos por parte de los miembros de la red que supongan, en realidad, un perjuicio injustificado a cualquiera de los dos intereses legítimos – compartido y divergente –, propios de la red.

VIGÉSIMOSÉPTIMA.- La aplicación de la doctrina de los propios actos a las redes empresariales permite poner de relieve cómo en la red empresarial, por los propios caracteres que la definen, la exigencia de un ejercicio coherente de derechos por parte de sus miembros, se ve especialmente reforzada como consecuencia del también carácter cualificado tanto del contexto en que se realizan – intuición – como de las consecuencias que de dichos actos se derivan para el resto de miembros – interdependencia –. Ello determina que dicha doctrina pueda actuar como un importante límite a la libertad de ejercicio de los derechos por parte de los empresarios miembros de la red. En especial, en el caso de las redes hegemónicas, para su cabeza.

VIGÉSIMOCTAVA.- La doctrina de los propios actos puede servir para identificar infracciones de los deberes de diligencia y lealtad a los que se sujetan los miembros de la red y, en especial, el cabeza de red. Así la violación del deber de lealtad se produciría en el supuesto de que el comportamiento contrario a los propios actos se lleve a cabo con la finalidad de obtener una ventaja patrimonial propia, que aún de forma indirecta, pueda perjudicar al resultado de la actividad de la red. La violación del deber de diligencia se produce cuando el comportamiento contrario a los propios actos es consecuencia de una falta de previsión, de profesionalidad o de pericia por parte del miembro de la red, lo que le lleva a ejercitar un derecho de forma

contraria a lo que resultaría coherente esperar de acuerdo con lo que constituye la naturaleza jurídica de la prestación a realizar y la forma en que la ha venido realizando anteriormente. En este caso, la falta del elemento intencional en obtener la ventaja patrimonial aún a sabiendas del posible perjuicio para el interés compartido, determina la calificación del comportamiento como contrario al deber de diligencia (y no al de lealtad), al que también se encuentra sometido el miembro de la red como consecuencia de su posición fiduciaria y en garantía de la consecución del interés compartido.

VIGESIMONOVENA.- El estudio de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa a las redes empresariales provoca, en primer lugar, la toma de consciencia por el operador jurídico de la constante realización de transmisiones patrimoniales que, fruto de los caracteres que le son propios, se dan en el seno de la red, al margen de una posible regulación jurídica entre las partes de la misma; en segundo lugar, para constatar que muchas de esas transmisiones patrimoniales suponen enriquecimiento y correlativo empobrecimiento de las partes que en ellas intervienen; y que, en tercer lugar, la existencia o no de una causa que las justifique dependerá del alcance que se le dé a los deberes a los que se encuentran sometidos en su actuación los miembros de la red, por lo que la doctrina del enriquecimiento sin causa actuará en esta sede como límite al contenido de los deberes de actuación a los que se encuentran sometidos los miembros de la red.

TRIGÉSIMA.- Se han identificado como integrantes del deber de diligencia orientado hacia la consecución de los intereses de red, al que se encuentran sometidos todos los miembros de la red los siguientes deberes:

Un deber de profesionalidad, es decir, de comportamiento del miembro de la red en el ejercicio de la prestación empresarial que le corresponde, de acuerdo con el nivel de profesionalidad o pericia que legítimamente cabría esperar de un empresario en su misma situación, garantizando de este modo las expectativas, la confianza, de los miembros de la red y terceros en un

comportamiento coherente por parte del empresario en cuestión integrado en la red.

Un deber de comunicación al resto de miembros y, en especial al cabeza de red, de aquellas circunstancias que, dentro de la actividad objeto de explotación en la red, o fuera de ella, detecten con ocasión del desarrollo de su actividad, y que sean susceptibles de afectar el desarrollo de las prestaciones por los otros miembros de la red, e incluso a la estrategia comercial de la red en su conjunto.

Un deber de transparencia, en conexión con el deber de lealtad y que supone la imposición de una obligación positiva de información al resto de miembros de la red de aquella información propia que pueda ser relevante para el ejercicio de las funciones de los demás miembros tomando en consideración su condición de gestores de intereses ajenos. El mayor número de sujetos susceptibles de ser sujetos del deber de transparencia, junto con la ausencia de un cauce institucional para el ejercicio de dicho deber en las redes empresariales, determinan que la definición del contenido del mismo deba realizarse en términos más genéricos en comparación con las previsiones del Derecho societario, todo ello con el objetivo de dar cabida al mayor número de sujetos y supuestos posibles, siempre en garantía de la consecución de los diversos intereses presentes en la red.

Se identifican dos facetas del deber de transparencia en esta sede: El deber de transparencia en relación con la buena fe en garantía de la eficacia en la ejecución de las prestaciones empresariales, configurando el mismo en forma de cláusula general: sobre los miembros de la red pesa, como manifestación del deber de transparencia al que se encuentran sujetos en garantía de la consecución del interés compartido, una obligación de información al resto de miembros, sobre aquellos hechos de los que tengan conocimiento con motivo de la realización de la actividad propia de la red o la suya privada individual, y que, por razón de su contenido, puedan afectar de forma directa o indirecta, en todo o en parte, a la realización del interés compartido de la red empresarial de la cual forman parte.

La segunda faceta del deber de transparencia refiere a su relación con la evitación de comportamientos oportunistas que supongan una violación del deber de lealtad. Se defiende el establecimiento de un sistema de abstención/autorización similar al del Derecho societario: Los miembros de la red deberán comunicar al resto de componentes de la misma cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con la realización del interés compartido de la misma. El miembro afectado se abstendrá de intervenir en las situaciones a las que el conflicto se refiera.

Un deber de confidencialidad, como consecuencia de su condición de fiduciarios que permite el acceso de los mismos a la información sobre otros miembros de la red y sobre ésta en su conjunto. Este deber recaerá sobre toda la información que tenga el carácter de “confidencial para la red”, carácter que dependerá de la potencialidad de la información para lesionar alguno de los legítimos intereses de red. Asimismo dicho deber se extenderá tanto a la fase precontractual como a la postcontractual hasta que la información pierda su potencial lesivo para los intereses de red.

TRIGÉSIMOPRIMERA.- El cabeza de red se encuentra sometido a un cualificado deber de diligencia respecto al resto de empresarios miembros de la red en el ejercicio de su poder de dirección o coordinación de la red, debido a que sus decisiones conllevan unas trascendentales consecuencias para el desarrollo del objeto de la red, en cuanto son capaces de afectar a la acción individual de cada miembro y, por ende a la consecución del interés compartido. Dentro de este deber se integran: el también cualificado deber de profesionalidad del cabeza de red, un deber de información al resto de miembros de la red, así como un deber de vigilancia e investigación sobre la actividad desarrollada por el resto de miembros de la red.

TRIGÉSIMOSEGUNDA.- Son deberes derivados del cualificado deber de profesionalidad al que se encuentra sujeto el cabeza de red:

Un deber de prudencia en la toma de decisiones que puedan afectar al desarrollo estratégico/comercial de la red.

Un especial deber de conservación de los bienes estratégicos para la red en condiciones óptimas, tanto para su uso individual, como para su aprovechamiento por el resto de miembros de la red.

TRIGÉSIMOTERCERA.- El deber de información previo al resto de miembros de la red obliga al cabeza de red a disponer de toda la información relevante relativa tanto a los aspectos internos – organizativos, de ejecución –, como externos – relaciones negociales que mantiene con terceros en el mercado – de la red, que permitan adoptar de forma razonablemente informada al cabeza de red decisiones estratégicas de trascendencia para la misma.

Este deber incluye a su vez un deber de información acerca de la marcha general de la red, así como un deber de información sobre los asuntos trascendentales para la red.

TRIGESIMOCUARTA.- El cabeza de red se encuentra sometido a un cualificado deber de transparencia, debido a su mayor capacidad de afectación de los legítimos intereses de red.

TRIGÉSIMOQUINTA.- El cabeza de red se encuentra sometido a un deber de deliberación conjunta con los demás miembros de la red de aquellas decisiones que pueden considerarse trascendentales para el desarrollo de la misma.

Ante la diversidad de la composición, estructura y formas organizativas que pueden presentar las redes, creemos que en este ámbito es más conveniente dejar un espacio a la autonomía de la voluntad de las partes para la configuración de este órgano de deliberación conjunta, teniendo en cuenta que la codecisión puede darse sin necesidad de un órgano específico que conforme un consejo.

NOTAS

