

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



**CONFLICTO DE INTERÉS CONCURRENCIAL EN LOS ADMINISTRADORES DE  
SOCIEDADES DE CAPITAL**

FERNANDO EDUARDO MIRANDA MENDOZA

*Director:*

Prof. Dr. D. ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE

Salamanca, 2017



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



CONFLICTO DE INTERÉS CONCURRENCIAL EN LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE  
CAPITAL

TESIS DOCTORAL

Para optar el grado de doctor por

FERNANDO EDUARDO MIRANDA MENDOZA

*Director:*

Prof. Dr. ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE

Salamanca, 2017



Prof. Dr. ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE

Director de la Tesis

V °B°



*A mí amada madre...*





# Índice

ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCIÓN .....	15
CAPÍTULO I: CUESTIONES PREVIAS Y ELEMENTOS INTRODUCTORIOS A LA DOCTRINA DEL CONFLICTO DE INTERÉS CONCURRENCIAL (PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA) .....	21
1. EL DEBER DE LEALTAD COMO PRINCIPIO REGULADOR DEL CONFLICTO DE INTERÉS .....	23
1.1. Significado y contenido del principio genérico del deber de lealtad.....	24
1.2. La concreción normativa deber de lealtad.....	27
1.3. Criterios ordenadores del alcance del deber de lealtad .....	27
1.3.1. El desempeño del administrador como un representante fiel .....	28
1.3.2. La aplicación del principio de Buena Fe .....	31
1.3.3. La conducta de buscar el mejor interés de la sociedad .....	34
2. EL CONFLICTO DE INTERESES .....	35
2.1. Concepto .....	35
2.2. Definición .....	36
2.3. Elementos constitutivos del conflicto de intereses .....	39
2.3.1. El Interés privado del administrador.....	39
2.3.2. El interés social.....	41
2.3.2.1. Conceptualización y su aproximación .....	44
2.3.2.2. Teoría institucionalista .....	48
2.3.2.3. Teoría contractualista .....	51
2.3.2.4. El interés social y la RSC .....	55
2.4. La debida actuación del administrador ante el conflicto de intereses .....	56
2.5. Contenido y régimen del conflicto de intereses .....	59
2.5.1. Los deberes de comunicación y abstención.....	61
2.5.1.1. El deber de comunicar un conflicto de interés .....	62
2.5.1.2. El deber de abstención ante un conflicto de intereses.....	64
3. CONFLICTO DE INTERÉS CONCURRENCIAL (PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA): CUESTIONES PREVIAS Y SUS PARTICULARIDADES .....	66
3.1. La permanencia del conflicto de intereses concurrencial en el tiempo .....	69
3.2. La prohibición de competencia, el derecho de competencia y el principio de libre iniciativa económica.....	72
3.2.1. La distinción entre competencia desleal y conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) .....	74

3.3. ¿La prohibición de competencia se considera como una supuesta obligación de dedicación exclusiva para el administrador? .....	81
3.4. La naturaleza dispositiva como prohibición legal del conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) .....	83
4. LAS CORPORATE OPORTUNNITIES Y SU RELACIÓN CON LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA	85
4. 1. Introducción y cuestiones previas.....	85
4.2. Las oportunidades de negocio y el conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia): su preliminar relacionamiento y complementariedad .....	91
4.3. La prohibición de aprovechar oportunidades de negocio .....	97
CAPÍTULO II: ÁMBITO Y ESTUDIO SUBJETIVO DE LA APLICABILIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	101
1. EL SUJETO PASIVO DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL .....	105
1.1. El administrador en el aspecto temporal.....	106
1.1.1. Nombramiento del cargo de administrador .....	106
1.1.1.1. Condiciones constitutivas del nombramiento de administrador.....	109
1.1.1.2. Condición suspensiva del nombramiento del administrador .....	112
1.1.2. La terminación y extinción del cargo de administrador en el aspecto temporal ...	114
1.2. La posible relación del cese de cargo de administrador y la obligación de guardar secreto en cuanto al conflicto de interés concurrencial.....	119
1.3. Administrador como: persona jurídica y su representante (persona física designada)	124
1.4. Conflicto de interés concurrencial y personas vinculadas .....	129
2. La extensibilidad del deber de evitar situaciones de conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) en la figura del administrador de hecho, director general, liquidador y socio .....	132
2.1. La extensión subjetiva del deber de evitar situaciones de conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) en el administrador de hecho.....	132
2.2. La probable aplicación del deber de evitar situaciones de conflicto de interés concurrencial en los directores generales y alta dirección de las sociedades de capital .....	139
2.3. La posible aplicabilidad del deber de evitar conflicto de intereses concurrencial (prohibición de competencia) en los liquidadores de las sociedades de capital.....	148
2.4. El socio y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés concurrenciales (prohibición de competencia) .....	156
2.4.1. La probable aplicación de la prohibición de competencia en los socios de las sociedades de capital .....	158
2.4.2. El caso del socio dominante, socio mayoritario, socio minoritario y la probable aplicación del deber de evitar situaciones de conflicto de interés concurrenciales .....	158
2.4.3. El caso del socio administrador y el deber de evitar situaciones de conflicto de interés concurrenciales .....	166

3. La prohibición de competencia: su acceso y aplicación en el administrador nombrado por la autoridad judicial .....	169
4. La posible aplicabilidad del deber de evitar situaciones de conflicto de intereses concurrenciales (prohibición de competencia) en la sociedad unipersonal.....	177
4.1. Supuestos prácticos en cuanto al régimen de conflictos de interés concurrencial (prohibición de competencia) .....	179
CAPÍTULO III: PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	183
1. EL OBJETO SOCIAL COMO ELEMENTO DE APLICACIÓN EN LOS CONFLICTO DE INTERÉS CONCURRENCIAL (PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA) .....	185
1.2. Posicionamiento e importancia del objeto social en el conflicto de interés concurrencial .....	185
1.2. Cambios circunstanciales del objeto social y su aplicación ante un conflicto de interés concurrencial.....	187
1.3. Objeto social y actividad de hecho.....	190
1.4. La relación de complementariedad como elemento objetivo del conflicto de intereses concurrencial (prohibición de competencia) .....	193
1.4.1. Limitación de la complementariedad.....	193
1.4.2. Relevancia de la relación de complementariedad en cuanto al conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) .....	195
2. DELIMITACION DE LA COMPETENCIA EFECTIVA [Art. 229.1 f)].....	199
2.1. Consideraciones previas a la actividad competitiva: conflicto de interés concurrencial .....	202
2.2. La competencia efectiva y el mercado relevante.....	205
2.2.1. Elemento objetivo (producto o servicio) del mercado relevante .....	206
2.2.2. Elemento geográfico del mercado relevante .....	209
2.2.3. Elemento temporal del mercado relevante .....	210
2.2.4. El mercado ascendente o descendente .....	211
2.3. La competencia efectiva potencial.....	213
2.4. Conflicto permanente de intereses.....	217
3. EL PRESUPUESTO DEL CONFLICTO DE INTERÉS CONCURRENCIAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA .....	221
3.1. El conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) de acuerdo al alcance del carácter horizontal y vertical.....	221
3.1.1. Prohibición de competencia desde el carácter horizontal.....	221
3.1.2. Prohibición de competencia desde el carácter vertical .....	226
4. EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS CONCURRENCIALES POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES DE GRUPO DE SOCIEDADES .....	229

4.1. La aplicabilidad de la prohibición de competencia sobre los administradores de sociedades de un mismo grupo de empresas.....	230
4.1.1. Conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) en el grupo de sociedades.....	233
4.1.2. La actividad complementaria como conflicto de interés concurrencial en el interior del grupo de sociedades.....	236
4.2. Operaciones de concentración empresarial y el conflicto de interés concurrencial probable .....	238
<b>CAPITULO IV: DISPENSA Y CESE DEL ADMINISTRADOR INCURSO DE CONFLICTO DE INTERESES CONCURRENCIAL (PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA) .....</b>	<b>241</b>
<b>1. PROCESO DE COMUNICACIÓN DEL ADMINISTRADOR EN SITUACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES CONCURRENCIAL.....</b>	<b>243</b>
1.1. Fundamento del deber de comunicación .....	244
1.2. La confidencialidad del administrador y el deber de comunicación.....	246
1.3. Características y formalidades del deber de comunicación.....	248
1.4. La comunicación del conflicto de interés concurrencial y las obligaciones derivadas de esta .....	255
1.5. El reporte de conflictos de interés concurrencial en la memoria anual .....	258
<b>2. LA DISPENSA DEL CONFLICTO DE INTERESES CONCURRENCIALES (PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA) .....</b>	<b>260</b>
2.1. La competencia para la dispensa .....	261
2.2. Contradicciones entre la dispensa y la autorización en la normativa.....	264
2.3. Procedimiento y contenido de la dispensa .....	266
2.3.1. Acuerdo expreso y separado.....	267
2.3.2. Valor de la información .....	269
2.3.3. Quorum y casos especiales .....	270
2.3.4. Reglamento .....	274
2.4. La inocuidad en la dispensa.....	275
2.5. Características del acuerdo social de dispensa .....	278
2.6. La ratificación e impugnación del acuerdo social .....	280
2.7. La posible revisión Judicial .....	282
<b>3. EL CESE DEL ADMINISTRADOR EN CONFLICTOS DE INTERESES CONCURRENCIALES.....</b>	<b>285</b>
3.1. Contenido y características y del cese .....	286
3.2. Quorum e impugnación del cese .....	290
3.3. Exclusión del socio en ejercicio del cargo de administrador.....	291
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>295</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>307</b>
<b>Sentencias y Resoluciones.....</b>	<b>339</b>

Legislacion (Textos legislativos y prelegislativos) e informes ..... 341



## INTRODUCCIÓN





El conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia), se constituye en uno de los varios conflictos de intereses que señala el art. 229.1 LSC – mediante la modificación de la Ley 31/2014-. Durante mucho tiempo fue el único conflicto de interés regulado específicamente por la legislación –histórica- de las sociedades de capital, se lo recogió y señaló en determinadas Leyes societarias –por primera vez-, como ser: art. 83 II de la Ley de sociedades anónimas de 1951 (aunque más que prohibición, como supuesto de causa de cese del administrador) y el art. 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953. Desde esa regulación normativa hasta ahora, la prohibición de competencia se ha mantenido de manera ininterrumpida en todas las regulaciones, pasando por la LSA de 1989, LRSL de 1995, Ley de transparencia de 2003 y la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2010 (aunque la redacción de la prohibición en todas las normas señaladas ha ido cambiando de manera paulatina).

La aplicación del deber de evitar situaciones de conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) en el administrador de sociedades de capital, no consiste en blindar y proteger a la sociedad de toda competencia, sino que cualquiera puede competir con la sociedad, salvo el administrador. ¿Por qué no puede competir el administrador social? Porque en caso que el administrador decida competir en contra de la sociedad que administra, este la puede socavar gradualmente y finalmente destruir. El administrador en ejercicio de su cargo adquiere información importante y decisiva para la gestión y desenvolvimiento económico de la sociedad. Si la norma permitiera que el administrador compitiera con todo el caudal informativo que posee, la sociedad administrada quedaría en franca vulnerabilidad.

La actitud concurrencial del administrador contrae acciones y actividades perjudiciales para la sociedad, el administrador puede hacer uso en su beneficio de: las relaciones que haya logrado con otros agentes económicos por la posición de su cargo, obtención de un ahorro de costes en la gestión de la actividad competitiva y configurar actividades que pueden lesionar desde su interior a la sociedad. Además, el administrador concurrente ya no persigue los beneficios e intereses para la sociedad

que administra de igual manera que otro administrador social, el interés social se ve fracturado. Ante tal situación, los socios –quienes son los propietarios de la sociedad– se ven recelosos del administrador en conflicto, que en lugar de obtener los máximos beneficios, perjudica y daña desde su interior a la sociedad y a la empresa.

En ese sentido, hemos visto la necesidad de realizar una seria y correcta investigación sobre la aplicación del conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia), en el administrador de sociedades de capital en el marco de la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo. Investigación que se presenta de manera sólida, actual y sistematizada.

En cuanto a la investigación metodológica de la presente Tesis, hemos empleado los métodos: inductivo y analítico. Con el fin de analizar, descomponer y recomponer la normativa sobre el régimen del conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) y además, examinar la jurisprudencia y los probables casos que se puedan presentar en el transcurso de la pesquisa. La técnica de investigación desarrollada es el análisis documental, mediante el cual se aplican las siguientes herramientas de investigación: la doctrina, la jurisprudencia, las recomendaciones normativas (soft law) y la legislación positiva.

La presente Tesis se divide en cuatro capítulos, todos ellos ordenados concatenadamente conforme a la problemática y el estudio presentado.

En el primer capítulo se realiza un análisis dogmático que justifica los cimientos de la regulación y aplicación del conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) sobre el administrador. Analizamos: a) el deber de lealtad desde el sentido de la modificación normativo (no conflict, no profit) que impone al administrador a desempeñarse como un representante leal, que obre de buena fe y busque el mejor interés de la sociedad, deber que se constituye en el sustento del nuevo régimen de obligaciones y bloque de conflictos de intereses (arts. 228 y 229), b) el conflicto de intereses de manera general, c) las cuestiones previas y particularidades de la prohibición de competencia, ahora formulada como: “conflicto de interés concurrencial”, y d) las oportunidades de negocios (corporate oportunnities), con el fin

de considerar la relación y diferencia entre las conductas consistentes en la competencia prohibida y el aprovechamiento de oportunidades de negocios (más aún se presentaba tal situación con la normativa ya derogada).

En el segundo capítulo efectuamos un estudio pormenorizado del ámbito de aplicación del conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) sobre el administrador social como sujeto pasivo. Analizamos al administrador desde diversos aspectos de su cargo (nombramiento y cese) en relación con la prohibición de competencia y de igual manera a cualquier otra persona que se beneficie y tenga alguna vinculación con el administrador concurrente. Asimismo, estudiamos la extensibilidad de la aplicación del conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) sobre la figura del administrador de hecho, director general, liquidador, socio y administrador nombrado por autoridad judicial.

En el capítulo tercero, establecemos de manera esquematizada y particular los presupuestos objetivos que contiene el deber de evitar situaciones de conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia). El mismo se divide en cuatro partes, en la primera se examina al objeto social y a la relación de complementariedad, la segunda parte estudia la actividad competitiva efectiva (actual y potencial) en el mercado relevante y las situaciones que deriven un conflicto de interés permanente, en la tercera parte se estudia al conflicto de interés concurrencial desde el punto de vista de la competencia y finalmente la cuarta parte se enfoca en el estudio del conflicto de interés concurrencial en los administradores de grupo de sociedades.

Analizado el ámbito subjetivo y objetivo del régimen del conflicto de interés concurrencial en los capítulos anteriores; en el último capítulo de esta Tesis, se analizan, de manera sistemática, dos bloques normativos que se conectan y se desarrollan con la aplicación del conflicto concurrencial. El primer bloque analiza la aplicación y tratamiento del deber de comunicación (art. 229.3 LSC) que deberá cumplir el administrador cuando se presente un conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) en la sociedad de capital. Posteriormente, el segundo bloque estudia la aplicabilidad de dos institutos fundamentales que completan formal

y legalmente el régimen de la prohibición de competencia, siendo estos: la dispensa y el cese del administrador, delimitados en el art. 230.3 de LSC.

## CONCLUSIONES



1. El deber de lealtad tras la reforma, ordena la conducta del administrador bajo ciertos parámetros (reglas de no conflict, no profit) y obligaciones señaladas en los arts. 228 y 229 LSC. En el marco de estas obligaciones [mencionadas de la a) a la f) del art. 229.1 LSC], una de ella específicamente se refiere al deber que tiene el administrador de evitar situaciones de conflicto de interés concurrencial [prohibición de competencia, 229.1 f)]. Tras la reforma el régimen normativo de esta obligación de no competir (obligación de non facere) que recae sobre el administrador social se presenta de manera más estructurada, ordenada y precisa.

2. Podríamos determinar que el interés social, es un concepto jurídico indeterminado que se constituye como una pauta normativa que precisa ser colmada de contenido –sus límites aún no están completamente precisados-. Sin embargo pueden serlo en el momento de una correcta y concreta aplicación. Normalmente sus determinaciones se reservan a la voluntad de los socios (shareholders) y al interés de los mismos. Asimismo se ha concebido que las sociedades cotizadas o abiertas por su estructura (gran cantidad de accionistas e importante poder de decisión del consejo de administración) y gran tamaño –preferentemente y en tanto, por la reforma normativa como por la adecuación de las recomendaciones- se han ido ajustando institucionalmente a los intereses de la empresa (buenas prácticas de Responsabilidad Social Corporativa) y a sus terceros interesados.

3. Ante la problemática que se presentaba entre las oportunidades de negocio y la prohibición de competencia, la reforma a la LSC en la mejora de gobierno corporativo, por la Ley 31/2014, nos brinda un razonamiento congruente y sencillo –sistematización de los conflictos de intereses de manera concreta en el art. 229.1 d) LSC-, despojado de fórmulas legales enrevesadas. La reforma normativa nos otorga un panorama claro y preciso sobre los dos conflictos de interés que puede desarrollar el administrador desleal: oportunidades de negocio y actividades concurrenciales, otorgando un sistema normativo sistemático, independiente y ordenado para cada caso conflictivo en particular. Ahora bien, esto no significa que las actividades competitivas en un momento concreto, puedan subsumirse o complementarse en un sentido económico las oportunidades de negocio en una infracción del deber de evitar situaciones de conflicto de interés (Art. 229.1 en sus incisos d y f de la LSC).

4. En la sociedad en formación, el administrador nombrado no podrá desarrollar actividad concurrencial en contra de la sociedad tutelada, deberá cumplir con los deberes de lealtad y abstención ante cualquier oportunidad y conflicto que se le pudiera presentar en el ejercicio de su cargo.

5. La prohibición de competencia (obligación de no competir) subsistirá en el administrador cesado cuando esté haya suscrito un acuerdo comercial con la sociedad que administro. Ambas partes voluntariamente –de mutuo acuerdo- pactaran un acuerdo comercial de naturaleza convencional que ampliara el deber de abstención de realizar actividades concurrenciales (prohibición de competencia) por parte del administrador cesado en contra de la sociedad –el plazo máximo de este acuerdo es de dos años- en los ámbitos que sean determinados –sean temporales, territoriales y/o materiales- y convenidos.

6. Consideramos que la extensibilidad de las consecuencias jurídicas (acciones de responsabilidad e infracción al deber de lealtad) por infringir el deber de evitar conflictos concurrenciales (prohibición de competencia), que recae sobre el administrador nombrado y regular, recaerá en su equivalente interdicción sobre el administrador de hecho, administrador aparente o administrador oculto, a través de dos condiciones que consideramos pertinentes señalar: a) cuando el administrador de hecho u oculto –pudiendo considerar al socio dominante -, influye o manipula al administrador de derecho para que desarrolle actividades concurrenciales –o infrinja la prohibición de competencia- en contra de la sociedad administrada y se deriven daños respectivos, b) en caso que la sociedad inicie acciones de responsabilidad en contra del administrador de hecho y compruebe legalmente que en el ámbito de las actividades que gestiona, había desarrollado actividades competitivas en contra de la sociedad y que las mismas derivaron en perjuicios y daños (comprobados) al interés social de la sociedad.

7. El régimen normativo del conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) no se aplica sobre el director general –trabajador de alta dirección- o apoderado de la sociedad, porque no se presenta en la legislación ninguna norma específica que traslade la remisión del régimen del deber de lealtad de los



administradores de la Ley de Sociedades de Capital al régimen de los directores generales o altos directivos. Sin embargo, consideramos prudente analizar el supuesto caso, en el que un director general –que posee poder general- se le extiende subjetivamente todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidades de los administradores conforme a lo que señala el artículo 236.4 LSC –habiéndose cumplido con los requisitos que exige la norma-; este será probablemente responsable de los daños y perjuicios derivados de las actividades concurrenciales –en cuanto a las actividades competitivas en nombre propio y ajeno- que haya gestionado. Supuesto que se venía discutiendo por la doctrina, en sede a la analogía y que era sujeta a contradicciones por la falta de claridad en la normativa anterior, sin embargo con la actual modificación a la LSC podríamos insinuar que esta refutación ya se encontraría zanjada.

8. Ante la presencia de un conflicto de interés en el liquidador, este deberá proceder conforme a lo que establecen los artículos 227 y 228 de la LSC, es decir que deberá anteponer los intereses de la sociedad liquidadora ante los suyos, desempeñara su cargo como un leal y fiel representante (liquidador), relación que subsiste mientras se gestione todas las operaciones pendientes, necesarias y finales hasta que la sociedad llegue a su plena liquidación. En caso que se presentare un conflicto de interés concurrencial, la aplicación del deber de abstención por parte del liquidador deberá ser obedecida en su integridad. Si un liquidador considera quebrantar total o parcialmente el deber de evitar conflicto de interés concurrencial dependerá del resultado del tipo de operación que esté desarrollando en la fase liquidatoria –siempre se esperara un resultado beneficioso para el fin liquidatorio-.

9. Ante la presencia de un conflicto de interés concurrencial en el socio, se puede plantear la construcción de una solución estructural, admitiendo la posibilidad de extender estatutariamente el deber de evitar estos conflictos de interés concurrencial (prohibición de competencia) sobre los socios de las sociedades de capital, en virtud de la voluntad estatutaria tipificada en el artículo 28 LSC. Aunque esta extensión estatutaria, se encontrara determinada bajo las condiciones y características de las prestaciones accesorias señaladas en el art. 86 LSC. Determinación que se encuentra delimitada y refrendada taxativamente por la Resolución de 5 de junio de 2015, de la

Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 9 de julio) –inducida por el rechazo de una inscripción de una cláusula en los estatutos de una SRL por parte del registrador-. Por tanto, el deber de evitar conflictos de interés concurrencial (prohibición de competencia) pertenecerá a la prestación accesoria de no hacer y deberá cumplir con todos los requisitos que ella dispone.

10. Sobre el socio-administrador recae el deber de lealtad y por consiguiente la prohibición de competencia, quien no podrá dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo género de actividad que constituya el objeto social ni realizar actividad competitiva contra la sociedad que administra, salvo dispensa expresa de la sociedad manifestada en junta general de socios –el socio administrador no podrá ejercer el derecho a voto para la autorización de dicha prohibición de competencia, sea persona física o jurídica-; siendo la sanción por infringir esta prohibición –y quebrantar el deber de lealtad- no solo la aplicación de responsabilidades (236 LCS) y destitución en el cargo de administrador sino la probable exclusión de la sociedad como socio. Por consiguiente, todo el conglomerado de deberes de lealtad, y con especial atención el deber de evitar conflicto de interés concurrencial (prohibición de competencia) se aplicara subjetivamente al socio-administrador de la sociedad de capital, siendo requisito imprescindible que el socio adquiera la calidad de administrador en la sociedad, puesto que el deber señalado en la normativa en vigencia se destina solamente en el administrador y no taxativamente al socio de la sociedad.

11. El administrador judicial, deberá cumplir los deberes fiduciarios impuestos a su cargo y asimismo se le será aplicable el régimen de responsabilidades. Es así, que el administrador judicial se encontrara sujeto al deber de evitar situaciones de conflicto de intereses (prohibición de competencia). El administrador judicial que haya infringido los presupuestos de la prohibición de competencia responderá frente a la sociedad por los posibles daños y perjuicios que haya causado a consecuencia de las actividades concurrenciales que haya realizado en contra de la misma.

12. La evolución y las distintas modificaciones normativas de la prohibición de competencia, ha considerado que el administrador social se encontrara en situación de conflicto de interés concurrencial cuando realmente desarrolle actividades que

encierren una competencia efectiva, pudiendo ser esta actual o potencial, o en su caso sitúen a la actividad competitiva en un conflicto permanente. Las posibles actividades concurrenciales que desarrolle el administrador pueden: a) pertenecer o no al mismo género de actividad que constituye el objeto social, b) ser análogas o complementarias –e incluso ser parte de los mercados conexos- al género de actividad, y c) estar comprendidas en las actividades de hecho que desarrolle la sociedad tutelada efectivamente en el tráfico comercial.

14. En cuanto a la competencia potencial, la jurisprudencia se presenta unánime, refiriéndose que ante la actitud del administrador que constituya o sea parte de una nueva sociedad que realice las mismas actividades de la sociedad administrada (mismo objeto social) se aplicara el régimen de la prohibición de competencia causando los efectos jurídicos pertinentes –sea dispensa o cese, según el caso-. La actividad concurrencial potencial (futura) ha de ser consistente, motivo por el cual, se considera que ante una situación de competencia potencial, deberá ser neutralizada de manera rigurosa –asumiéndose una prohibición de competencia de manera restrictiva-, con el objetivo principal de evitar una excesiva e injustificada extensión del ejercicio de la gestión y decisión –con especial importancia en la gestión de actividades con un sentido económico- del administrador.

15. La referencia conflicto permanente, se comporta como un criterio valorativo del conflicto de interés, determinara si la actividad desarrollada por el administrador – u otra persona vinculada- es conflictiva y contraria – de manera permanente- con la sociedad tutelada. Siendo así, una de las características fundamentales de la referencia de permanencia, es que el conflicto deba ser estructural y no coyuntural.

16. Ante la presencia de un conflicto de interés concurrencial en un grupo de sociedades –que posea una misma dirección económica unitaria que concentra un control absoluto en el grupo y predominio de su interés-, no causaría daños y sería desapercibido, ya que el interés de grupo es superior al interés social individual de cada sociedad miembro –e incluso se llega a concebir que el interés grupal posee un interés con un pleno sentido económico y empresarial que elimina el interés social individual-. Y además no sería necesaria la correspondiente aplicación del deber de

abstención por parte del o los administradores incurros, ya que toda competencia que se presentara ya estaría contemplada en los proyectos de crecimiento del interés de grupo. Aunque, en ciertas oportunidades el conflicto de interés concurrencial podría ser dañino y aplicable a los administradores (desde la configuración del riesgo y la prevención) cuando los intereses particulares en conflicto de alguna de las diversas sociedades miembros del grupo, puedan ocasionar aprietos en los intereses propios del grupo (más aun, en el caso que falte una comunidad de intereses consolidado, o exista intereses contrapuestos), sea por: una falta de una coordinación concreta en la comunidad de los administradores, diferentes posicionamientos o divergencias que pueden presentarse en la dirección económica y casos aislados que se pudieran presentar.

17. En caso que el conflicto de interés concurrencial se presente en un grupo de sociedades que no sea controlada de manera absoluta por la matriz, es decir que pueda presentarse la presencia de socios minoritarios –quienes poseen un interés contrario al interés superior del grupo- podría ocasionar complicaciones que se deberían proteger. La simple presencia de un administrador que sea portador de un interés concurrente (individual, contrario y altamente peligroso) en cualquier sociedad miembro del grupo podría afectar el interés social de la misma y probablemente repercutir en el interés del grupo. Por tanto, la aplicación del deber de evitar conflicto de interés concurrencial sería altamente factible.

18. Evidentemente el artículo 229.3 LSC, despliega un renovado sistema autónomo de prevención y transparencia que se aplicara sobre el administrador que desarrolle, gestione o esté implicado en un conflicto de interés concurrencial. Este sistema concentra la obligación de comunicación de la situación del conflicto de interés directo o indirecto por parte del administrador. Deviene del deber de lealtad y se constituye en un deber de comunicación que preverá con la información comunicada cualquier posible daño al interés social de la sociedad. Consideramos a la comunicación y declaración del conflicto de interés concurrencial –actual o potencial- como la primera etapa formal procedimental que gestiona el administrador (en cumplimiento de deber de lealtad) ante la sociedad, la información deberá cumplir ciertas exigencias y formalidades para que posteriormente sea analizada por los órganos sociales

correspondientes. En caso que el administrador concurrente (o el administrador que posea conocimiento del conflicto) incumpla y omita informar el conflicto de interés concurrencial habrá quebrantado el deber de lealtad depositado en su investidura, el conflicto no comunicado podrá causar perjuicio a la sociedad y/o beneficio para el administrador, ante esta situación el administrador deberá indemnizar el daño causado y devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto que obtenga, situación independiente del acuerdo de cese que resuelva la sociedad sobre el administrador desleal.

19. El procedimiento que regula la dispensa adquiere ciertas dificultades organizacionales y operativas, entre ellas están: a) disfuncionalidad organizativa (pérdida de confianza de los socios respecto al administrador en conflicto e incomodidad de los administradores no conflictuados respecto a los que se encuentran en conflicto), b) a consecuencia del punto anterior, la sociedad probablemente se limitara a no dispensar conflictos que presenten complicación (V.gr. actividades competitivas) y simplemente dispensara conflictos no relevantes (V.gr. uso de activos sociales), c) según la estructura de la sociedad, probablemente el proceso de dispensa no sea suficientemente robusto y se necesite el refuerzo del régimen de mayorías, d) asimismo según el conflicto en particular se necesite un informe de algún tercero especializado (fairness opinions), e) los costes en el tiempo, el gasto en la convocatoria y gestión de la celebración de la junta general, f) y el riesgo de pérdidas económicas que contrae el retraso de la operación en conflicto de interés. Ante estos problemas, sería conveniente que la sociedad elabore un reglamento interno dentro de la sociedad –en sociedades cotizadas, este reglamento podrá adherirse a la comisión que corresponda-, que disponga un procedimiento abreviado para la dispensa de cualquier operación que propicie un conflicto de interés concurrencial –además la autorización o dispensa de los restantes conflictos de intereses señalados por la LSC-. El reglamento interno favorecerá con la operatividad en el proceso de dispensa, también ahorrara costes económicos a la sociedad y realzara la conciencia ética y de previsión de sus miembros. Sin embargo debemos ser cautelosos al implementar dicho documento, ya que debe precautelar ciertas condiciones, como ser: a) el contenido de la reglamentación no puede erosionar el contenido y capacidad de decisión de los socios

en Junta General –normalmente el reglamento es diseñado, elaborado y aprobado por el órgano de administración-, b) tampoco el reglamento podrá adicionar requisitos procedimentales adicionales, que causen retardación e ineficiencia en la decisión de la Junta General, y c) el reglamento bajo ninguna circunstancia podrá adicionar minorías o mayorías legales o estatutarias para la aprobación del acuerdo de dispensa .

20. El régimen de la dispensa, garantiza que el acuerdo asumido por la Junta General sobre una operación competitiva deberá ser inocua para el interés social de la sociedad, evitando: a) negocios y operaciones que resulten perjudiciales para el patrimonio de la sociedad –o que, al menos en el peor de las circunstancias, el perjuicio pueda ser aceptable cuando la operación se desarrolle en condiciones de mercado y transparencia-. b) O que ante la ejecución y consecuencia derivada de la actividad concurrencial este ocasione un daño, pero el beneficio obtenido sea superior, y/o en su caso se prevé a un tiempo futuro obtener una mayor compensación y ganancia para la sociedad.

21. Se puede presentar excepcionalmente la solicitud de cese –a un administrador- por parte de cualquier socio cuando considere que una actividad competitiva ya dispensada –la junta general la haya dispensada conforme a su régimen legal (cumpliendo procedimiento, reglamentos, inocuidad, etc.)- se constituya en riesgosa y perjudicial para la sociedad (relevante riesgo y perjuicio). Solicitud que nace probablemente a raíz de los constantes cambios que se producen en el mercado y en sus operadores, cuales pueden fluctuar conforme a la naturaleza de la economía y al tráfico comercial. Pudiendo la actividad competitiva dispensada ocasionar daños que en principio podrían ser considerados riesgosos, pero, posteriormente estos podrían fortalecerse y realmente convertirse en perjuicios insostenibles y dañinos para la sociedad. La mutabilidad constante en el mercado, ha permitido que el legislador, pueda prever y disponer el cese posterior ante un administrador en conflicto de interés concurrencial dispensado, quien podrá fortalecer la competencia mínima y poner en peligro mayúsculo al interés social.

22. Asimismo la infracción a la prohibición de competencia –conflicto de interés concurrencial- podrá recaer sobre el socio administrador que sea titular de una

participación igual o superior al veinticinco por ciento (25%) del capital social, y para que esta causal ocasione la exclusión del mismo, además del acuerdo social emitido por la Junta General, deberá acompañar una resolución judicial –salvo que exista una condena judicial para indemnizar a la sociedad por el daño ocasionado o que el socio se encuentre conforme con el acuerdo social emitido por la Junta General-. El acuerdo social no causara la exclusión inmediata del socio administrador –la norma exige también la presencia de la sentencia emitida por autoridad judicial (Art. 352.2)-, pero si podrá causar la destitución del cargo de administrador al socio incurso –con la posible excepción que esté pueda impugnar dicho acuerdo-, asimismo, es importante aclarar que esté no perderá los derecho de socio, pudiendo participar y votar en las juntas posteriores al acuerdo social que decidió su exclusión, todo ello, hasta que la sentencia firme emitida por autoridad judicial confirme la exclusión.

