



El deber del administrador de evitar situaciones de conflicto de interés: la prohibición de competencia.

Autor/a

Jorge Montull Urquijo

Magistrado. Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid.

Especialista CGPJ en asuntos propios de los órganos de lo mercantil

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº7 | Año 2017

Artículo nº 9

Páginas 77-82

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

1. INTRODUCCIÓN

El conflicto de interés en una sociedad mercantil puede afectar tanto a un socio de la misma como a un administrador. Las regulaciones de ambos conflictos, recogidas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), son diferentes en cuanto derivan respectivamente de la distinta posición que tiene el socio o el administrador respecto

de la sociedad, estando regida la de éste último por la necesaria subordinación de su interés particular al interés social, circunstancia que no concurre en el socio, que puede buscar su interés personal dentro del contrato de sociedad siempre que no perjudique el interés del resto de socios¹.

La regulación del conflicto de interés que afecta a los administradores viene deriva-

da de los deberes a los que la ley los somete: los deberes de diligencia (art. 225) y de lealtad (art. 227). Conforme a este último, y tras la reforma introducida por la Ley 31/14, «(l)os administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad». De entre las prohibiciones y obligaciones que el legislador ha derivado expresamente de este mandato genérico se encuentra la obligación de evitar ponerse en una situación de conflicto de interés (art. 228 letra e) TRLSC².

Dentro de esta obligación, como se ha señalado por la doctrina, hay que equiparar al conflicto de interés propiamente dicho el *conflicto de deberes*, también conocido como *conflicto de interés por cuenta ajena*, ya que el conflicto de interés no se produce entre la sociedad y el administrador, sino entre la sociedad y un tercero -normalmente otra sociedad- respecto del cual el administrador tiene contraídos igualmente deberes fiduciarios: es el caso del administrador que a su vez es administrador de una sociedad competidora; la equiparación normativa se debe a que en ambos casos es similar el riesgo de quiebra de la debida objetividad, y en consecuencia, de menoscabo de la integridad del interés protegido³.

Esta equiparación resulta también de uno de los deberes en que se concreta aquella obligación de evitar situaciones de conflicto de interés, el de prohibición de competencia, estando éste último identificado en el art. 229.1 f) TRLSC en los siguientes términos: «desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad». Esta equiparación entre conflicto de interés y

conflicto de deberes, por otra parte, permite soslayar en este caso la cuestión de si estamos ante un conflicto de interés directo o indirecto, debiendo apreciarse el primero en virtud de la misma.

2. CONDICIONES DE LA SITUACIÓN DE COMPETENCIA

Esta prohibición de competencia supone una situación de conflicto de interés permanente, a diferencia de otras situaciones de carácter ocasional prohibidas también por el art. 229, como el aprovechamiento de oportunidades de negocio. Cuando el conflicto tiene carácter ocasional, la solución menos invasiva y más proporcionada a la naturaleza del problema es la abstención de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiere (STS de 11 de noviembre de 2014 –ROJ 5407/2014). Esta misma sentencia requiere, para aplicar la prohibición de competencia, de «un conflicto estructural, no coyuntural y de competencia directa y permanente». La SAP de Barcelona, secc. 15ª, de 14 de diciembre de 2005 (ROJ: SAP B 15716/2005), en relación con el conflicto de interés que determina el cese de los administradores previsto en el art. 132.2 del Texto Re-fundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) -actual art. 224.2 TRLSC-, señaló que no se trata de un conflicto aislado, coyuntural o eventual, sino que es «un conflicto de intereses permanente, estructural, derivado de cualquier circunstancia que objetivamente genere una predisposición contraria a los intereses de la sociedad, una oposición o enfrentamiento estable con el interés social». Señala la misma sentencia como «ejemplo paradigmático del conflicto de intereses, que constituye justa causa para separar a los administradores

El deber del administrador de evitar situaciones de conflicto de interés: la prohibición de competencia.

nombrados por la minoría de acuerdo con el sistema de representación proporcional, el del administrador introducido en el consejo por un accionista, titular del número de acciones suficientes para ello, que es competidor de la sociedad».

La prohibición de competencia que recoge el art. 229.1 f) TRLSC es resultado de la reforma operada por la Ley 31/14, que vino a sustituir, ampliándola, a la anterior prohibición de competencia recogida en el art. 230, que constreñía ésta a que los administradores prestasen «sus servicios en sociedades que tengan análogo o complementario género de actividad». La misma tiene, como el resto de deberes recogidos en dicho precepto consecuencia del deber genérico del art. 228 e), carácter profiláctico y preventivo, bajo la consideración de que la mejor forma de evitar que el administrador pueda llevar a cabo actuaciones desleales es evitando que se encuentre en situaciones que puedan dar lugar a las mismas. Este carácter previsor se compadece con la amplitud del conflicto de interés abarcado por la norma, pues se extiende a las actividades que entrañen «una competencia efectiva, actual o potencial». Respecto de esta última previsión legal, la doctrina resalta la contradicción entre la efectividad y la potencialidad de la actividad concurrencial, que habrá que resolverse en el sentido de hacer práctica abstracción del término “efectiva”, y entender comprendida en la prohibición la competencia actual y la potencial, interpretando aquel término si acaso en el mero sentido de que la competencia tenga visos de realidad, de ser llevada efectivamente a cabo, y ello en su caso a pesar de ser sólo potencial⁴.

Así, la STS 523/2008, de 12 de junio (ROJ STS 3690/2008), consideró que para apreciar el daño potencial derivado del conflic-

to de interés se requería un riesgo serio y consistente, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso. Asimismo, y en el sentido de potencialidad apuntado, la STS 1.166/2008, de 5 de diciembre (ROJ STS 6666/2008), fijó como doctrina jurisprudencial que la prohibición de competencia desleal que imponía a los administradores el art. 65 LSRL se infringía mediante la creación por parte de éstos, sin la autorización expresa de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, como señalaban sentencias anteriores, aunque ésta no hubiese iniciado su actividad (STS de 6 de marzo de 2000, ROJ STS 1735/2000), de donde se infería que el daño que origina la actividad competitiva no se funda en su carácter actual y efectivo, sino en que sea real y consistente y se origine por una contraposición de intereses, valorada a tenor de las circunstancias del caso (STS de 28 de junio de 1982, ROJ STS 93/1982).

No obstante esto último, la STS de 26 de diciembre de 2012 (ROJ STS 8863/2012) introdujo en la anterior doctrina un matiz relevante al advertir que la Ley parte de la premisa de que la dedicación simultánea del administrador de la sociedad a una actividad análoga o complementaria a la del objeto social, ya sea por cuenta propia o ajena, constituye un conflicto de interés que puede redundar en perjuicio de la sociedad, razón por la cual se prohíbe, pero no de forma absoluta, sino relativa, pues cabe la autorización de la junta general.

Tanto en la anterior regulación como en la presente, no es necesario que el administrador lo sea también de la sociedad competidora, pues en la anterior regulación se exigía que se “dedicase”, y en la actual que “desarrolle”, actividades que puede realizar a pesar de no ser administrador, como señaló la SAP de Barcelona, secc. 15ª, de 9 de diciembre de

2014 (ROJ: SAP B 11171/2014)⁵. Esta misma sentencia estableció cómo lo relevante, al efecto de determinar la realización de una actividad competidora por el administrador social, es valorar si la actividad de la sociedad competidora es análoga a la de la sociedad, y por tanto hay riesgo (actual o potencial) de que el administrador sacrifique los intereses de la sociedad administrada por el mismo en beneficio de la sociedad competidora. La analogía tiene que provocar una concurrencia efectiva entre las dos empresas, para lo que hay que estar a los límites de índole temporal, territorial y funcional en que aquellas desarrollan sus respectivas actividades concurrentes. Ahora bien, la propia sentencia advierte que no es necesario que la actividad competidora haya incidido negativamente en la facturación de la sociedad, ya que se trata, como hemos visto, de un ilícito concurrencial de peligro y no de resultado.

3. EFECTOS DE LA VULNERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN

Tras la Ley 31/14, el administrador tiene obligación de comunicar al órgano de administración, o si es un administrador único a la junta general, cualquier situación de conflicto en que ellos, o las personas vinculadas a ellos relacionadas en el art. 231 TRLSC, pudieran tener con el interés de la sociedad, y por tanto también, en caso de encontrarse en el conflicto de interés derivado de desarrollar una competencia efectiva con la sociedad.

Cuando un administrador social incurre en esta situación de conflicto de interés por vulnerar la prohibición de competencia (actual o potencialmente), la solución, en el caso de la Sociedad Anónima, es el cese del consejero por la junta en virtud del art. 224.2 TRLSC,

salvo que se otorgue la dispensa prevista en el art. 230.3 TRLSC. Conforme a este último, *«(l)a obligación de no competir con la sociedad sólo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado con los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa»*, siendo necesario al efecto acuerdo expreso y separado de la junta general. Si no se interesa la dispensa por alegar el administrador que la competencia no es efectiva o ni siquiera es potencial, o, si solicitada ha sido denegada por la junta, el efecto será el referido cese.

El art. 224.2 TRLSC establece que, en las sociedades anónimas, *«(l)os administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general»*.

Cuando se tratase de una Sociedad Limitada, no existe previsión específica para el supuesto del conflicto de interés, por lo que sería asimismo aplicable lo dispuesto para todas las sociedades de capital en el segundo párrafo del art. 230.3 TRLSC, que, tras prever la posibilidad de dispensa que ya hemos visto, admite que *«(e)n todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante»*.

De acuerdo con éstos preceptos, si la junta considera que concurre el conflicto de interés en el administrador, deberá acordar a continuación su cese. Esté, tanto por la vía del art. 224.2 como por la del 230.3. El requiere de la apreciación expresa por la junta de la existencia del conflicto de interés.

El deber del administrador de evitar situaciones de conflicto de interés: la prohibición de competencia.

El efecto práctico por tanto de acordar el cese será que, en caso de impugnación del acuerdo social, en la impugnación deberá atacarse la existencia del conflicto de interés, debiendo pronunciarse la sentencia sobre la existencia del mismo, pues el cese del administrador se justifica en dicha existencia. En caso de no apreciarse el conflicto de interés, el cese del administrador deberá revocarse.

Con independencia de los anteriores procedimientos de cese específicos para el incumplimiento de la obligación que estamos viendo, la junta en todo caso tiene a su disposición la posibilidad de cesar *ad nutum* al administrador social del art. 223 TRLSC, sin necesidad de que figure en el orden del día y sin justificar causa alguna para el cese, por lo que en tal caso ni la junta debería declarar, ni el procedimiento de impugnación tendría por objeto, la existencia del conflicto de interés del socio.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES DE CARÁCTER PRÁCTICO

Desde un punto de vista práctico, algunas de las cuestiones que plantea esta regulación serán la determinación de una competencia efectiva entre la actividad de la sociedad y la de la competidora, el que se pueda determinar que el administrador social “desarrolla” la actividad competidora, y la apreciación de la competencia cuando ésta sea meramente potencial.

En cuanto a la primera, abandonada la anterior fórmula del “análogo o complementario género de actividad”, y acogida la de “actividades que entrañen una competencia efecti-

va” y “le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad”, el elemento valorativo se ha ampliado restando al intérprete criterios objetivos para determinar la existencia de competencia, pues ya no cabe la mera comparación de actividades, sino que hay que valorar si éstas, aun no siendo análogas, pueden entrañar una competencia efectiva.

La segunda cuestión implica efectuar asimismo una valoración de la capacidad de decisión del administrador en la sociedad competidora atendiendo a su poder de decisión efectivo y no tanto al ámbito de sus competencias o responsabilidades, lo que incluye la valoración de si se tratase de un administrador de hecho de la competidora.

Por último, la competencia meramente potencial incluye los supuestos en que se hayan realizado los trámites necesarios para poner en marcha una actividad pero ésta no haya comenzado, ya sea porque se ha cesado al administrador con anterioridad a tal momento, ya sea porque aquellos trámites se encuentren pendientes de algún elemento del que dependa su eficacia jurídica. En tales casos, como en los anteriores, en primer lugar para la junta general que concede la dispensa o cesa al administrador, y en segundo lugar para el jurista que participa en el pleito subsiguiente, el elemento valorativo alcanza no sólo a la determinación de si la actividad que pretende desarrollar el administrador implica una competencia efectiva, sino también a si, a pesar de aquellas circunstancias, puede considerarse en este momento como potencial, en el sentido de que el administrador ya se va a ver afectado en el ejercicio de sus responsabilidades como tal por el conflicto de interés con la otra actividad que pretende llevar a cabo.

NOTAS

¹ JUSTE MENCÍA, J: «Art. 227. Deber de lealtad», en Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en Materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014), Navarra, 2015, pp.364.

² El deber de lealtad del administrador se plasma en cinco deberes concretos, recogidos en el art. 228 TRLSC, el últimos de los cuales, evitar situaciones de conflicto de interés, se plasma a su vez en seis deberes concretos, relacionados en el art. 229 TRLSC. El art. 230.2 prevé la posibilidad de dispensa para casos singulares de los seis deberes en que se concreta el deber genérico de evitar situaciones de conflictos de interés.

³ PAZ-ARES, C: «Anatomía del deber de lealtad», Actualidad jurídica UM, 2015, pp. 53 y 54.

⁴ JUSTE MENCÍA, J.: «Art. 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», en op. cit., pp.406 y ss.

⁵ En caso de participación en el capital social de la sociedad competidora, será necesario que ésta participación sea lo suficientemente significativa como para poder apreciar un cierto poder de decisión en el en aquella (JUSTE MENCÍA, op. cit. pg. 407).

*El deber del administrador de evitar situaciones de conflicto de interés:
la prohibición de competencia.*