

CIVIL/
MERCANTIL

LOS ADMINISTRADORES COMPETIDORES DE
LA S.A. ADMINISTRADA
(Un análisis práctico y parcial del art. 132.2 LSA)

Núm.
8/2004

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA

*Doctor en Derecho.
Abogado.*



D. Rodríguez Ruiz de Villa

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2004** en la Modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Javier O'CALLAGHAN MUÑOZ, doña Carmen ALONSO LEDESMA, don José Carlos GONZÁLEZ VÁZQUEZ, doña Juana PULGAR EZQUERRA, doña Matilde VICENTE DÍAZ y don Jorge VIERA GONZÁLEZ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

ANÁLISIS del artículo 132.2 de la LSA, que previene la interdicción de la competencia de los administradores con la S.A. por ellos administrada. Se delimitan los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación del precepto, para defender seguidamente una interpretación rigurosa del mismo, en el sentido de que obliga a la Junta General de Accionistas a adoptar el acuerdo de destitución de tales administradores competidores. En consecuencia se defiende, lógicamente, la impugnabilidad del acuerdo societario de no destitución del administrador competidor, acción acumulable a la de separación judicial de dicho administrador. Se aprovecha para proponer algunas modificaciones del precepto analizado, al objeto de resolver las dudas que su interpretación ha venido planteando a la doctrina y a la jurisprudencia. En fin, se trata de un estudio de evidente interés práctico como lo muestra el actual conflicto, posterior a la redacción del trabajo y que ha saltado a todos los medios de comunicación, relativo al nombramiento de administradores en «Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.» por su accionista y competidora «Acciona, S.A.».

Sumario:

- I. Introducción: el artículo 132.2 de la LSA.

- II. Justificación del precepto.

- III. Ámbito subjetivo.

- IV. Ámbito material.

- V. Operatividad práctica del precepto; en particular, la impugnación del acuerdo de no destitución y sus consecuencias.

- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: EL ARTÍCULO 132.2 DE LA LSA

En el presente trabajo voy a tratar brevemente sobre las múltiples dudas que me plantea la determinación de las consecuencias que se generan para los administradores de las S.A. cuando son, al mismo tiempo, competidores, en diversas medidas, con la actividad desarrollada por la S.A. que están administrando.

Artículo 132 de la LSA

En principio, podría parecer que la cuestión debería resolverse fácilmente a la vista del artículo 132.2 de la LSA, cuando el mismo dispone: «Los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad, cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General». Se trata de un precepto que, pese a los problemas que genera su interpretación por su deficiente técnica ¹, se ha mantenido invariado en la reforma de 1989, pues reproduce literalmente el antiguo artículo 83.2 de la LSA de 1951, sin tampoco haber recibido modificaciones después, especialmente en 2003 cuando, con motivo de la conocida como Ley de transparencia (Ley 26/2003, de 17 de julio), los preceptos próximos al mismo recibieron una nueva redacción, amén de la adición de nuevos artículos ².

Con el objeto de centrar mi trabajo atiendo exclusivamente, dentro del ámbito material de aplicación del artículo 132.2 de la LSA, que acabo de reproducir, a uno de los dos supuestos de hecho contemplados en el mismo, que el administrador compita con la S.A. administrada.

Corporate oportunities

Cuando aquí me refiero a esa competencia lo haré en sentido estricto, dejando al margen cuestiones aún más polémicas, como puede ser el caso del tratamiento de las restricciones a las «oportu-

¹ Así lo recuerda ESTEBAN VELASCO, G., «La administración de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», *Tratando de la Sociedad Limitada*, PAZ-ARES, C., coordinador, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, pág. 740.

² Sobre los antecedentes del artículo 83 de la LSA de 1951, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., «Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas», Tomo IV, *Administradores. Artículos 123 a 143*, Edersa, Madrid, 1994, págs. 215-216.

nidades de negocios» –expresión extraída de la práctica anglosajona–³, que se contemplan prenormativamente:

- En el punto 8.4 del «Código Olivencia», cuando dice que «Recomendamos que las sociedades adopten normas claras que impidan a sus consejeros aprovechar en beneficio propio o de sus allegados una oportunidad de negocio que corresponda a la sociedad. Como siempre, serán admisibles excepciones razonables. En este sentido, juzgamos satisfactoria una regla que permita al consejero explotar una oportunidad de negocio de la sociedad siempre que, habiéndole ofrecido previamente la posibilidad de valerse de ella, la sociedad la hubiera rechazado, y lo autorice la Comisión delegada correspondiente»⁴;
- En el artículo 36 del Reglamento Tipo de la CNMV, al disponer que: «1. El consejero no puede aprovechar en beneficio propio o de un allegado una oportunidad de negocio de la compañía, a no ser que previamente se la ofrezca a ésta, que ésta desista de explotarla y que el aprovechamiento sea autorizado por el Consejo, previo informe de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones. 2. A los efectos del apartado anterior se entiende por oportunidad de negocio cualquier posibilidad de realizar una inversión u operación comercial que haya surgido o se haya descubierto en conexión con el ejercicio del cargo por parte del consejero o mediante la utilización de medios e información de la compañía, o bajo cir-

³ Más extensamente sobre las *corporate opportunities*, cfr. PORTELLANO DIEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 27 y ss.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., «La doctrina de las corporate opportunities en los Estados Unidos de América», *RDBB*, núm. 66, 1997, págs. 477 y ss. y GUERRA MARTÍN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 457-466 y más en concreto SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia entre la sociedad y sus directivos», *RdS*, núm. 18, 2002-1, págs. 43-44 –este mismo trabajo en sustancia, aunque con menor extensión, puede consultarse con el título «Notas con relación a las situaciones de competencia entre la sociedad y sus directivos», en *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil*, VITOLO, D.R. y J.M. EMBID IRUJO (directores), Comares, Granada, 2003, págs. 1.085-1.114– y GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (presupuestos y ámbito de aplicación)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, págs. 55-64. *Vid.* también el análisis de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Imperialismo económico y dogmática jurídica», *RDM*, núm. 233, julio-septiembre 1999, págs. 939-940, sobre la paradoja que en ese ámbito se da, pues hay más y más concreta legislación sobre esa materia en un país de *common law* que en los países de *civil law*, donde, por contra, hay mayor desarrollo jurisprudencial, razón por la que, por ejemplo, IGLESIAS PRADA, J.L., «Nuevas tendencias del gobierno de las sociedades mercantiles», I Ciclo de conferencias «Los retos del Derecho mercantil ante el nuevo milenio», Instituto Europeo de Estudios Marítimos, Gijón, 26 de septiembre de 2002, defiende la necesidad de concretar su regulación en España; también *vid.* PÉREZ CARRILLO, E.F., «El deber de diligencia de los administradores de sociedades», *RdS*, núm. 14, 2000-1, págs. 318-319 y PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores (Reflexiones para la reforma legal en Latinoamérica)», *The Third Meeting of the Latin Corporate Governance Roundtable*, 8-10 de abril de 2002, www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/Seminarios%20Area.htm, pág. 15.

⁴ Fruto del acercamiento al *common law* es que el mismo Código Olivencia, 8.6, proponga la extensión de los deberes fiduciarios de los administradores a los accionistas significativos; *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Imperialismo...», *ob. cit.*, pág. 943. Similar influencia anglosajona en el tratamiento de las oportunidades de negocio puede contemplarse en la Recomendación 12 de la CNMV sobre el gobierno de las sociedades cotizadas, de Portugal, de 1999 (*vid.* la traducción de MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., *RdS*, núm. 14, 2000-1, págs. 547 y ss.), con un matiz de restringir sólo la utilización indebida de tales oportunidades, y en el apartado II.4.d) de los Principios para el gobierno de las sociedades cotizadas alemanas (Código de buena conducta) –*vid.* la traducción de VIERA GONZÁLEZ, J.A., *RdS*, núm. 14, 2000-1, pág. 531–, en este caso con prohibición de su aprovechamiento por los miembros de la Dirección y los directivos ejecutivos.

cunstances tales que sea razonable pensar que el ofrecimiento del tercero en realidad estaba dirigido a la compañía»⁵;

- En el artículo 124 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles (PCSM) de 2002⁶, al prever que «Los administradores no podrán realizar en beneficio propio o de personas a ellos vinculadas inversiones o cualesquiera operaciones de las que hayan tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o tuviera interés en ella»;
- Y en el informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas (informe de la Comisión Aldama)⁷, al proponer que se evite el que los consejeros, y también los directivos, los administradores de hecho, los administradores ocultos y los accionistas de control de las sociedades cotizadas (respecto de quienes propone un idéntico tratamiento en materia de deberes de lealtad) se aprovechen de las oportunidades de negocio consecuencia de sus respectivos puestos⁸.

Un sector de la doctrina sostuvo que las oportunidades de negocio estaban suficientemente tratadas en nuestro Derecho con los deberes de lealtad y fidelidad impuestos a los administradores (art. 127 LSA)⁹ y la prohibición de competencia (art. 132 LSA)¹⁰, tesis que contrasta con la comparación de ejemplos en la legislación comparada en los que se tratan ambos supuestos¹¹.

⁵ La importancia práctica de este Reglamento Tipo es grande, por su acogimiento voluntario por parte de las sociedades cotizadas españolas, como destaca en la doctrina MORILLAS JAMILLO, M.º J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002, pág. 374, en un trabajo en el que hace detallado recorrido por la práctica de los Reglamentos del Consejo y de la Junta y estatutos de las principales S.A. españolas.

⁶ Vid. *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

⁷ Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados, presentada el 4 de septiembre de 2002 por el Ministro de Economía, presidida por Enrique ALDAMA e integrada, entre otros, por los Profesores mercantilistas PAZ-ARES RODRÍGUEZ, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, SÁNCHEZ CALERO y GARRIDO GARCÍA. Para más información sobre el funcionamiento de esta Comisión, llamada para actualizar y perfeccionar los trabajos de la Comisión Olivencia, y sobre el texto de su informe, vid. www.cnmv.es.

⁸ Vid. diario *Expansión*, 13 de diciembre de 2002, págs. 48-49, en un anticipo de las conclusiones de la Comisión Aldama y en concreto el apartado II.2.2.v del citado Informe. En la doctrina, anteriormente, en el mismo sentido, vid. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Deberes...», ob. cit., pág. 18.

⁹ Vid. BISBAL I MÉNDEZ, J., «El gobierno de las compañías mercantiles: teoría, materiales y práctica», *RDM*, núm. 226, octubre-diciembre 1997, pág. 1.692, donde, analizando los *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, aprobados por el *American Law Institute* en abril de 1993, destaca que dentro del deber de fidelidad (*duty of fair dealing*), tratan, en sus apartados 5.05 y 5.06, respectivamente, las oportunidades de negocio y el modo de afrontarlas y la obligación de no competencia y los supuestos en que puede excepcionarse.

¹⁰ Vid. SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, J., «La competencia...», ob. cit., pág. 44 y anteriormente FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., «La doctrina...», ob. cit., págs. 515-516, también refiriéndose al artículo 65 de la LSR; en el mismo sentido, respecto de este último precepto, vid. R. URÍA-A. MENÉNDEZ-J.L. IGLESIAS PRADA, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, Tomo I, pág. 1.136.

Como dice, refiriéndose a la Sociedad Colectiva, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, Tomo I, Madrid, 1976, pág. 423, la abstención de concurrencia es la manifestación más fuerte del deber general de fidelidad en las sociedades.

¹¹ Es el caso del antes mencionado Código de buena conducta alemán, que no sólo trata la interdicción de las oportunidades de negocio para los miembros de la Dirección y directivos ejecutivos (II.4.d), sino que también les somete a una extensa prohibición de competencia (II.4.f). También es el caso del artículo 2.391.V del *Codice civile*, que introduce como novedad en la reforma de 2003 la responsabilidad de los administradores por daños ocasionados a la sociedad que administran por la apropiación de *corporate opportunities*, como ya se ha destacado en la doctrina italiana, por ejemplo por BONELLI, F., «L'amministrazione delle spa nella riforma», *Giurisprudenza Commerciale*, noviembre-diciembre 2003, 30.6, pág. 709/I.

La solución adoptada finalmente en nuestro ordenamiento fue la de regular *ex lege* las oportunidades de negocio en el artículo 127 ter de la LSA, incorporado a la LSA por la Ley 26/2003, de 17 de julio ¹², regulación con la que se puede desvirtuar el significado actual de nuestra legislación, en cuanto que previsor de una absoluta preponderancia del interés social sobre la libertad de iniciativa económica del administrador ¹³.

Competencia post-cese

También orillo el estudio de aquellos casos en los que la actividad competitiva se produce una vez que el administrador hubiese cesado en su cargo, cuestión incardinada en el ámbito de la competencia desleal y no en el Derecho societario vigente ¹⁴; *si de lege ferenda*, ya que el artículo 434 de la PCSM, al regular las sociedades cotizadas, impone una específica prohibición de competencia post-cese a los consejeros independientes, que concreta en un plazo de cinco años contado desde el cese y abarca a su prestación de servicios en sociedad competidora o en cualquier otra perteneciente al mismo grupo, con una redacción que deja en el aire varias incógnitas: ¿a qué servicios se hace referencia?, entendiéndolo por mi parte que se debe tratar de los servicios propios de administrador o aquellos que sean idóneos para competir indirectamente con la sociedad que administró como independiente; ¿a qué grupo de sociedades se refiere?, considerando por mi parte que se trata del grupo en que se integre la sociedad competidora, no del grupo en que se integre la sociedad anteriormente administrada.

Conviene tener en cuenta que en tanto el cargo de administrador está vigente a la prohibición legal de competencia a que el mismo se ve sometido, justamente por ese origen legal, no le es de aplicación la normativa española en materia de libertad de competencia ni de competencia desleal,

¹² Así se destacó ya en la información periodística aparecida sobre los trabajos de la Comisión General de Codificación en la redacción del Código de Sociedades Mercantiles (*vid.* diario *El Mundo*, 8 de julio de 2002) y de hecho así se plasmó en el Proyecto de Ley por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 28 de marzo de 2003, núm. 137-1, que introduce en el nuevo artículo 127 ter de la LSA un elenco detallado de deberes de lealtad de los administradores para con la sociedad de la que son tales.

¹³ Como pone de relieve SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», *ob. cit.*, pág. 44.

¹⁴ Sobre esta cuestión puede consultarse FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., «Deber de lealtad del administrador cesado (Observación a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de septiembre de 1997)», *RGD*, núm. 655, abril 1999, págs. 3.991 y ss. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», *ob. cit.*, págs. 34-43, proyectándose este último especialmente en la aplicación de los artículos 13 (competencia mediante la creación de una empresa competidora) y 14 (revelación de secretos empresariales) de la Ley de Competencia Desleal de 1991. En particular, respecto de la relación entre el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal y el supuesto del administrador pluriempleado en sociedad competidora, *vid.* también MASSAGUER FUENTES, J., «Inducción a la infracción contractual», *ADI*, tomo XV, 1993, págs. 43-44. Confirmación de lo expuesto lo encuentro en el apartado 4.3.1 del Código alemán de gobierno societario, en versión de 21 de mayo de 2003 [traducida al castellano por GUERRA MARTÍN, G., «Versión revisada del Código alemán de gobierno societario (Código Cromme) (21 de mayo de 2003)», *RdS*, núm. 21, 2003-2, pág. 410], cuando establece que «los miembros de la Junta Directiva están sometidos a una prohibición total de competencia durante su actividad en la empresa» –la cursiva es mía–.

relativa siempre a acuerdos restrictivos de la competencia que, en este caso, son, por lo que acabo de decir, inexistentes, al devenir la restricción de la competencia de la voluntad del legislador, en aras de la protección de los intereses de la sociedad ¹⁵.

Distinta es, en fin, la posibilidad que se apunta en el informe de la Comisión Aldama (apdo. II.2.2.ii). En este último caso se contempla la prohibición de competencia de los administradores desde otra perspectiva, pues se les pretende obligar a no desempeñar cargos (más amplio y más impreciso que ser administrador, por tanto, y también incluyendo, por supuesto, el ser administrador de una sociedad competidora) en otras empresas competidoras, tanto con la sociedad que administran como con otras sociedades del grupo en que ésta se integre. En este último caso, sí que se hace referencia al grupo de la sociedad administrada, al objeto de ponderar los intereses afectados por la competencia del administrador desleal ¹⁶.

II. JUSTIFICACIÓN DEL PRECEPTO

El artículo 132.2 de la LSA es, a primera vista, una excepción al régimen general de libre revocabilidad de los administradores de las S.A., que contempla el artículo 131 de la LSA, precepto que se diferencia del primero ¹⁷, ya que frente al principio de su libre destitución, que justifica el que nunca un acuerdo de separación de un administrador fundado en el artículo 132.2 de la LSA resulte impugnabile ¹⁸, introduce una aparente, ya se razonará sobre si es real, obligación de destitución de los administradores que incurran en los supuestos contemplados.

Protección de la sociedad

La razón de ser del precepto que vengo a estudiar estriba en que la Ley presume que la objetiva conducta del administrador a favor de la sociedad por él administrada no puede ser garantizada cuando el mismo se encuentra incurso en determinadas circunstancias o situaciones; de forma más gráfica y dramática se ha dicho en la doctrina española que «la razón de ser de esta

¹⁵ Vid. EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, ARROYO I. y EMBID, J.M. (coordinadores), Tecnos, Madrid, 1997, pág. 688, respecto de la LSRL, pero trasladable directamente a la LSA.

¹⁶ Vid. EMBID IRUJO, J.M., «El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades», *RDM*, núm. 249, julio-septiembre 2003, págs. 946-947.

¹⁷ Sobre tal diferenciación *vid.*, por ejemplo, la Sentencia de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de marzo de 1997 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Leonor Fernández Benito; *RGD*, núms. 634-635, julio-agosto 1997, págs. 9.715-9.717).

¹⁸ Vid. GARRIGUES, J. y R. URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo II, Tercera Edición, revisada, corregida y puesta al día por MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M., Madrid, 1976, pág. 224 y SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 233.

prohibición de competencia es más bien la necesidad de contrarrestar el especial peligro que entraña para la sociedad la competencia de su administrador, puesto que éste está en situación de socavar e incluso arruinar económicamente a la sociedad»¹⁹. Ello es fácilmente comprensible si se toma en consideración el caudal de información acerca de la sociedad administrada de que disponen sus administradores, lo que la sitúa en una posición de franca vulnerabilidad, puesto que tal administrador «se ahorraría costes de producción, podría explotar en beneficio propio las relaciones que ha logrado con otros agentes económicos gracias a su posición en la sociedad, podría diseñar una estrategia empresarial dirigida a socavar los planes de la sociedad»²⁰. Desde este enfoque es desde donde se puede apreciar que la prohibición de competencia está en conexión mediata con el deber de secreto impuesto por el artículo 127.2 de la LSA²¹, así como con la quiebra de la confianza que los socios tienen depositada en el administrador²², dado que no otra cosa puede ocurrir respecto del que desde el interior de la empresa la torpedea, haciéndole la competencia, a modo de «caballo de Troya»²³.

Lo que acabo de exponer explica que sólo en las sociedades unipersonales desaparece de hecho esta prohibición, pues carece de trascendencia jurídica que el socio único, que a la vez sea administrador de la sociedad, se haga la competencia a sí mismo²⁴. No ocurre lo mismo en el caso de que el administrador competidor fuese distinto del socio único, si bien en tal caso, realmente, la operatividad del precepto se revela nula, pues basta con que dicho socio único ejercite la facultad de libre revocabilidad que le atribuye el artículo 131 de la LSA para que, como amo y señor que es de la empresa, separe al administrador que compite con la misma sin necesidad de acudir a la aplicación del artículo 132.2 de la LSA²⁵.

¹⁹ Vid. PORTELLANO DIEZ, P., *Deber...*, ob. cit., pág. 32; en contra, niega que se esté ante una prohibición de competencia en sentido estricto LLEBOT MAJO, J.O., «El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia», *RdS*, núm. 7, 1996, pág. 65, basándose en que la antecedente previsión expresa de tal prohibición en el Anteproyecto de Ley de Sociedades del Instituto de Estudios Políticos de 1951 (que decía: «Tampoco podrán ser administradores los socios con responsabilidad ilimitada o los administradores de otra sociedad competidora, ni las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad») y su supresión en el artículo 83 de la LSA de 1951 así lo justifica; otras motivaciones vio RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 2.ª edición, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1967, pág. 243, para tal modificación: la dificultad de determinar la existencia de competencia y la conveniencia de circunscribir la misma a la concurrencia mercantil.

²⁰ Vid. PORTELLANO DIEZ, P., *Deber...*, ob. cit., pág. 33.

²¹ Cfr: la diferencia con el artículo 2.390 del *Codice civile*, donde dicha relación, aún plausible, no es compartida por la doctrina mayoritaria, como expone BUONAUURA, V. C., *Trattato delle Società per azioni*, 4, *Amministratori. Direttore generale, diritto da* G.E. COLOMBO y G.B. PORTALE, UTET, Torino, 1991, pág. 215.

²² Como destacó SPOLIDORO, M.S., «Il divieto di concorrenza per gli amministratori di società di capitali», *Rivista delle Società*, 1983, pág. 1.170, a quien se suma PARACCHI, G., «Cumulo di cariche sociali, divieto di concorrenza e conflitto di interessi», www.magistra.it, 28 de abril de 2003, en la doctrina italiana.

²³ En este mismo sentido, VICENT CHULIA, F., «Representación proporcional en el consejo (el "caso FCC-Acciona")», diario *Cinco Días*, 13 de julio de 2004, consultado versión electrónica www.cincodias.com.

²⁴ Vid. PORTELLANO DIEZ, P., *Deber...*, ob. cit., págs. 34-35 y GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición...*, ob. cit., págs. 147-148.

²⁵ Conclusión a la que se llega finalmente en la Sentencia de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de enero de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez; *Jur.* 2003/208919).

Conflicto de intereses

Se está, en suma, ante una de las manifestaciones particulares de la prohibición de actuación de los administradores en conflicto de intereses, porque es fácil comprender que quien administra a la vez dos empresas competidoras habrá de sacrificar los intereses de una de ellas, infringiendo el deber de lealtad que tiene para con las mismas²⁶. Es importante destacar que estamos ante una manifestación legal de la interdicción del conflicto de intereses, como especie respecto de este último género, que, curiosamente, encontró tratamiento legal específico primero en la especie, porque no tuvo plasmación legal directa en el texto originario de la LSA. Sí que años más tarde se encuentra dicho tratamiento legal del género conflicto de intereses en los artículos 52 y 65 de la LSRL de 1995, aunque este último precepto presenta serios problemas de interpretación, al punto de que sus dos párrafos *prima facie* se contradicen y excluyen mutuamente, a menos que se haga primar la autorización expresa, en todo momento, incluso durante el procedimiento judicial antes de sentencia firme y definitiva, sobre el cese judicial²⁷. Más recientemente, el artículo 127 ter.3 de la LSA, sí que incluyó, por fin, en las S.A., de

²⁶ Así lo reconocen, por ejemplo, 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*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 359; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., *Los administradores de la Sociedad Anónima*, Ciss, Madrid, 1999, pág. 158, ALCALÁ DÍAZ, M.^a A., «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad», *El gobierno...*, ob. cit., pág. 453; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Competencia desleal por solicitud de marca coincidente con la denominación social utilizada para la empresa en la que se venían prestando servicios laborales (Comentario a la STS de 22 de enero de 1999)», *RGD*, núms. 670-671, julio-agosto 2000, ob. cit., pág. 9.603; FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de Sociedades Anónimas y Limitadas*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 159 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Una nota sobre la prohibición de autocontratación de los administradores de Sociedades Anónimas y Limitadas», *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil*, VITOLO, D.R. y J.M. EMBID IRUJO (directores), Comares, Granada, 2003, págs. 683-684, aunque este último no cite la competencia que vengo analizando entre los grupos significativos de conflicto de intereses que enumera.

En la práctica, en el mismo sentido, *vid.* las Sentencias de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de julio de 2002 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez; *Jur.* 2004/14079) y de 24 de marzo de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Luis Garrido Espá; *Jur.* 2004/14208) y la Sentencia de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de mayo de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca; *Jur.* 2003/172684).

En la doctrina y jurisprudencia italianas se encuentra la misma justificación para su artículo 2.390 del *Codice civile*, como sintetiza BUONAURA, V.C., *Trattato...*, ob. cit., págs. 216-217.

²⁷ Así lo hace QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución, conflicto de interés, separación. Los suplentes», *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tomo I, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 667. Por contra, EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios...*, ob. cit., págs. 693-694, considera que la intervención judicial paraliza la adopción de un acuerdo de autorización por la Junta General. En todo caso, *vid.* el elogio de VIERA GONZÁLEZ, J.A., «Las sociedades de capital cerradas y causas de separación y exclusión en la S.A. y en la S.R.L.», *RdS*, núm. 17, 2001-2, págs. 99-100, al sistema de la LSRL, destacando el juego de la exclusión del socio administrador en competencia con la sociedad que contempla el artículo 98 de la LSRL, que, a su vez, puede plantear problemas de litispendencia entre el procedimiento judicial de exclusión y el procedimiento judicial de impugnación del acuerdo de no exclusión, operando la litispendencia en el segundo de los procedimientos que se haya iniciado, como tiene declarado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 12 de julio de 2001 (*RdS*, núm. 18, 2002-1, pág. 316), criterio que defiendo es el que debe sostenerse frente a la no estimación de tal litispendencia que se hace en la Sentencia de la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de enero de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Fernando Delgado Rodríguez; *Jur.* 2003/208919). Para mí está claro que en estos casos hay riesgo de sentencias contradictorias, pues podría ocurrir que judicialmente se determinase que el acuerdo de no destitución era conforme a la Ley, por no concurrir la causa para ello que vengo estudiando, y, al mismo tiempo, otro Juez, por los mismos hechos acordase judicialmente el cese del administrador por esa misma causa.

forma amplia, el tratamiento del conflicto de intereses, directo o indirecto, del administrador, obligando expresamente al mismo a abstenerse de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera ²⁸.

Desde otra perspectiva, no hay que olvidar que es lugar común en la regulación de todos los tipos sociales la prohibición de competencia de determinadas personas, en cuanto que manifestación del deber de lealtad de éstas para con tales entidades a las que de una u otra manera están ligadas, debiendo destacarse que si bien en las sociedades personalistas tal prohibición afecta a los socios, en la prototípicamente capitalista, que es la anónima, afecta a sus administradores ²⁹. Todo ello es lo que explica, en fin, que esta prohibición de competencia encuentre justificación y, a la vez, no entre en contradicción con la legislación de defensa de la competencia, que *prima facie* podría entenderse afectada por este régimen prohibitivo.

La importancia de la cuestión tratada fue ya apreciada clásicamente por los Profesores GARRIGUES y URÍA ³⁰, cuando indicaron que «... es en este párrafo segundo del artículo 83 donde se abordan dos de los problemas más delicados en el Derecho de sociedades anónimas: el de la coincidencia en una misma persona de la cualidad de administrador de dos sociedades competidoras y el de la oposición duradera de intereses entre el administrador y la sociedad que administra». Más recientemente, el Profesor VICENT CHULIA reconoce que el acuerdo de la Junta General de separación del administrador designado por la minoría competidora con la sociedad administrada –por ende, competidor, dada su condición de consejero dominical, defensor de los intereses competidores de dicha minoría– hace valer el derecho de propiedad de la mayoría, el principio configurador de la mayoría que rige la sociedad anónima, el derecho a la libertad de empresa en la economía de mercado e incluso el derecho a la legítima defensa ³¹. Así y todo, como se expondrá a

²⁸ Excede de este trabajo, pero debo dar cuenta de que la existencia de dos regulaciones diferentes del conflicto de intereses en S.A. y en S.R.L. nos sitúa ante una situación semejante a la italiana reciente (arts. 2.391 y 2.475 ter *Codice civile*), con los problemas que ello acarrea, como ya está analizando la doctrina científica italiana, por ejemplo ABRIANI, N., «Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata», *Le Società*, núm. 3/2003, págs. 416-419.

²⁹ *Vid.*, en este sentido, la síntesis doctrinal que hace PORTELLANO DIEZ, P., *Deber...*, ob. cit., pág. 29.

³⁰ *Vid.* GARRIGUES, J. y R. URÍA, *Comentario...*, ob. cit., pág. 216.

³¹ *Vid.* VICENT CHULIA, F., «Representación...», ob. cit., salvando la situación del contrato de joint venture entre empresas, donde admite que la Junta no ejercite el, a su juicio, derecho del artículo 132.2 de la LSA y defiende la participación cruzada de administradores en la administración de las empresas contratantes. En contra, *vid.* DUTILH, I., «La doble vara de medir en FCC», diario *Cinco Días*, 10 de julio de 2004, pág. 11, defensora de tales participaciones cruzadas mientras no se demuestre el perjuicio para los intereses de la sociedad. Posteriormente, según información periodística, el Registro Mercantil de Barcelona no admitió la inscripción del nombramiento de los administradores que sustituían a los cesados, previamente designados por el sistema de representación proporcional, al tiempo que sí inscribió tal cese y reconoció el derecho de Acciona a dicha representación proporcional en el Consejo de Administración de FCC (*vid.* diario *ABC*, 14 de agosto de 2004, pág. 57 y 24 de agosto de 2004, pág. 44, diario *Expansión*, 19 de agosto de 2004, pág. 4 y diario *El País*, 5 de septiembre de 2004, pág. 56), siendo tal calificación recurrida por FCC fundándose en la pérdida del derecho a la representación proporcional de Acciona después de que sus primeros tres consejeros hubieran sido cesados, lo que ya escapa del objeto de este trabajo (*vid.* diario *Cinco Días*, 20 de septiembre de 2004, consultado en su versión electrónica www.cincodias.com). Por otro lado es de destacar la especialidad del caso citado de «FCC», dado que lo habitual, como destaca SÁNCHEZ CALERO, F., «Informe anual del gobierno corporativo», *RDBB*, núm. 94, abril-junio 2004, pág. 28, es que en las sociedades cotizadas no se haga uso del derecho de representación proporcional en el Consejo, siendo por lo demás, con SÁNCHEZ CALERO, *loc. ult. cit.*, pág. 29, el mismo caso un ejemplo de que habitualmente los consejeros dominicales de las sociedades cotizadas son personas físicas fiduciarias de las personas jurídicas propietarias de acciones de la administrada.

continuación, las dificultades de su aplicación práctica generan el riesgo de convertir en papel mojado dicha disposición, cuya aplicación en la práctica jurisprudencial de éstas sus más de cinco décadas de vigencia es sumamente escasa y de la que tampoco tengo conocimiento que se venga haciendo una aplicación frecuente extrajudicialmente.

III. ÁMBITO SUBJETIVO

Administradores, apoderados, consejeros-delegados, administradores judiciales, liquidadores

El ámbito subjetivo del artículo 132.2 de la LSA contempla, en primer lugar, a los administradores, en general, lo que de mano excluye a los apoderados y Directores Generales³² e incluye a los hoy residuales administradores judiciales³³. Los primeros no son administradores y cuando el legislador pretende que sean tratados como administradores lo hace expresamente, como ocurre en el artículo 127.5 inciso segundo.2.º de la LSA, lo que viene a ratificar que fuera de esos casos el Director General ni es administrador ni debe ser tratado como tal. Respecto de los administradores judiciales, sustituyen a los administradores, ocupando su posición, por lo que entiendo que están sometidos a los mismos derechos, deberes y responsabilidad que estos últimos.

De otra parte, el artículo 132.2 de la LSA no exige que el administrador sujeto al mismo deba participar de forma efectiva en la administración y representación sociales. Por ese motivo se ha apuntado en la doctrina, para rechazarla y sin que se tenga noticia de su aplicación en la práctica, la posibilidad de que se modere la normativa en aquellos casos en los que los administradores afectados sean minoritarios en el Consejo de Administración y no ostenten facultades delegadas del mismo³⁴. Ésta sería una posibilidad que permitiría a la Junta General apreciar si la

³² En contra, *vid.* MORATA ESCALONA, M.^a del P., «La prohibición de competencia del administrador de Sociedad de Responsabilidad Limitada», *RdS*, núm. 15, 2000-2, pág. 134, en una, a mi entender, incorrecta tendencia de asimilar apoderados y administradores, que sólo se puede admitir cuando el apoderado sea administrador de hecho y que ni siquiera en este último caso, como también analizo en este trabajo, permitiría someterle al artículo 132.2 de la LSA. A favor, refiriéndose en concreto a los Directores Generales, GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición...*, ob. cit., págs. 158-159 y la doctrina italiana mayoritaria que analiza con detalle PARACCHI, G., «Cumulo...», ob. cit., basada en que el peligro que para la sociedad supone la competencia de su administrador no concurre cuando se trate del Director General.

³³ Como advierte MORATA ESCALONA, M.^a del P., «La prohibición...», ob. cit., pág. 138, tras la derogación del Decreto-Ley de 20 de octubre de 1969, sólo restan los administradores judiciales del artículo 6.1 de la Ley de Suspensión de Pagos. Desde el 1 de septiembre de 2004 ganan importancia de nuevo, con motivo de la aparición de los administradores concursales, regulados en los artículos 25 y ss. de la Ley concursal de 9 de julio de 2003. En el caso del administrador judicial el control del respeto a la prohibición de competencia corresponde al Juez que lo haya designado, como razona GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición...*, ob. cit., págs. 145-146.

³⁴ Es la tesis del Profesor SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 229, acogida por otros muchos autores en la doctrina, que sintetiza, y a los que se adhiere PORTELLANO DIEZ, P., *Deber...*, ob. cit., pág. 31, afirmando que «La interdicción se activa, pues, cualquiera que sea la colaboración del administrador en las tareas de administración». En la S.R.L., por ejemplo, se sigue el mismo criterio por ESTEBAN VELASCO, G., «La administración...», ob. cit., pág. 741 y BONARDELL LENZANO, R. y R. CABANAS TREJO, *Separación y exclusión de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 114.

intensidad de la influencia de la actuación del administrador en la S.A. es suficiente como para dotar al conflicto de intereses existente de la relevancia bastante como para apartarle de su cargo; ahora bien, es de advertir que se trata de una interpretación de imposible admisibilidad, a la vista de la rotundidad con que se pronuncia el precepto legal analizado, con independencia de que *de lege ferenda* pudiese defenderse la adopción de la misma por parte del legislador, algo para lo que fue una buena oportunidad perdida la reforma de 1989, pero que es posible que en un futuro próximo sea adoptada, dentro de la tendencia defendida, en la nueva regulación de *corporate governance*, hacia la imposición de obligaciones especialmente rigurosas a los administradores en el ámbito del deber de lealtad ³⁵.

Distinto de lo expuesto es la posibilidad, que estimo perfectamente admisible, de que la competencia de los administradores delegados pueda generar, a su vez, responsabilidad frente a la S.A. por parte de los delegantes, derivada de su culpa *in eligendo* o *in vigilando*, pero ello partiendo de la base de que tanto delegados como delegantes están afectos al precepto que vengo analizando ³⁶.

Por último, y en relación con los liquidadores, la sumisión de los mismos al régimen de los administradores (art. 114 LSRL) dota de apoyo legal a su asimilación a efectos de la prohibición de competencia, aun cuando su relevancia es notoriamente inferior por causa de la limitación de actividades que están llamados a realizar, con la consiguiente prohibición de emprender nuevas operaciones y obligación de continuar la actividad normal de la sociedad que estén liquidando ³⁷.

Administrador persona jurídica

Si el administrador concernido por la aplicación de este precepto fuese persona jurídica (lo que cada vez ocurre más frecuentemente y más en este ámbito que vengo a estudiar, dado que justamente da más juego en los supuestos de competencia entre empresas cuyos titulares son habitualmente per-

³⁵ Vid. RECALDE CASTELLS, A., «Organización y "buen gobierno" de las sociedades anónimas cotizadas», *NUE*, núm. 210, julio 2002, pág. 90. En la práctica francesa reciente, sobre la inserción de la prohibición de concurrencia de los administradores dentro de su deber de lealtad, también de construcción jurisprudencial, vid. GODÓN, L., «L'obligation de non-concurrence du dirigeant social et l'émergence d'une obligation de fidélité», *Revue des Sociétés*, núm. 4, octubre-diciembre 2002, págs. 702-710, a la vista de las Sentencias de la Corte de Casación de 6 de junio de 2001 y 12 de febrero de 2002.

³⁶ Vid. MORATA ESCALONA, M.^a del P., «La prohibición...», ob. cit., pág. 134, de quien discrepo en que aquí pueda hablarse de culpa *in instruendo* de los administradores delegantes, pues se está ante la infracción de un mandato legal por parte de los mismos, y la ignorancia de las leyes, a mi juicio, ni excusa de su cumplimiento ni puede servir para arrostrar consecuencias a unos administradores delegantes que entre sus obligaciones no tienen la de explicar la Ley a los delegados. También discrepo de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», ob. cit., pág. 27, cuando defiende que se mitigue la prohibición de competencia para el consejero independiente y minoritario, frente a su potenciación respecto del Consejero Delegado, pues estimo que ambos están afectados por la prohibición, sin que se deban hacer distinciones entre ellos, y que el Consejero Delegado, además, no vacía de competencias al Consejo de Administración ni al resto de sus integrantes.

³⁷ En este mismo sentido, vid. GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición...*, ob. cit., págs. 163-166 o BUONAUURA, V. C., *Trattato...*, ob. cit., págs. 218-219 y PARACCHI, G., «Cumulo...», ob. cit., en Italia.

sonas jurídicas³⁸), es claro que concurre el supuesto de hecho del artículo 132.2 de la LSA cuando la situación de competición se da entre la propia persona jurídica administradora y la S.A. administrada.

El problema se plantea respecto de la situación de la persona física, representante de ese administrador persona jurídica para el desempeño de sus funciones como tal administrador (art. 143 RRM). Se está ante un problema más que plantea en la práctica la situación de esa persona física representante (estoy pensando en el debate habido acerca de la proyección de la responsabilidad del administrador sobre tal persona o la determinación de quién es el beneficiario de la retribución del administrador, si la hubiese), que se deriva de la ausencia de un estatuto jurídico-legal del administrador persona jurídica, que fue novedosamente admitido de forma expresa en la reforma de 1989 (a través del RRM de 1989, pues hasta ese momento su admisión se había basado en las opiniones doctrinales y jurisprudenciales favorables) y que a fecha de hoy sigue huérfano de regulación específica³⁹ (*de lege ferenda* el art. 115 PCSM integra esta importante laguna, al prever, en su apartado 2, que «la persona natural representante de la persona jurídica administradora estará sometida a los mismos deberes y a la misma responsabilidad que si ejerciere el cargo en su propio nombre...»; en la misma línea, el apdo. II.2.2.i del Informe de la Comisión Aldama, extiende los deberes de lealtad y entre ellos el de no competencia «a las personas físicas que representan a los administradores que sean personas jurídicas»⁴⁰).

En la doctrina se ha defendido que la misma situación de sujeción al artículo 132.2 de la LSA concurre cuando la situación de competencia se dé con respecto a la persona física designada para representar a la persona jurídica administradora, si bien es evidente que en este caso la solución es sencilla, pues basta sustituir a esa persona física por otra que no se encontrase en la mencionada situación competidora, para evitar que ello afectase al administrador⁴¹. Comparto por mi parte esta tesis, que encuentro justificada en el hecho de que esa persona física representante del administrador persona jurídica es perfectamente incardinable en la noción legal de «personas que desempeñan cargos en la sociedad», a la que de esta forma se dota de significado⁴², y ello para el caso de que se entendiese que, dado que se está ante un precepto restrictivo de derechos (en este caso, el de libre competencia), no podría incluirse a la persona física en la noción estricta de administrador, que lo

³⁸ Como ya afirmara RUBIO, J., *Curso...*, ob. cit., pág. 244, «el régimen de alianzas y concentración de empresas conduce a que unas sociedades sean efectivamente administradas por otras».

³⁹ Sobre el administrador-persona jurídica, *vid.*, por ejemplo, PÉREZ DÍAZ, M., «La administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel BROSETA PONT*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2.945-2.965 y DE PRADA GONZÁLEZ, J.M.^a, «La persona jurídica administradora de una Sociedad Anónima», *Estudios jurídico en homenaje al profesor Aurelio MENÉNDEZ*, Tomo II, *Sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 2.295-2.338.

⁴⁰ A favor de esta solución en la doctrina, *vid.* PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Deberes...», ob. cit., pág. 18.

⁴¹ *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 227, que concluye diciendo que «En otro caso, de permanecer en éste (la persona física se refiere), el conflicto de intereses podría imputarse a la persona jurídica»; también *vid.*, respecto de una S.R.L., BONARDELL LEZANO, R. y R. CABANAS TREJO, *Separación...*, ob. cit., págs. 115-116 y MORATA ESCALONA, M.^a del P., «La prohibición...», ob. cit., págs. 135-136 y con carácter más general GALLEGU LARRUBIA, J., *Prohibición...*, ob. cit., págs. 137-138.

⁴² *Vid.* la crítica de SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 224, al considerar que sólo debería hacerse referencia a los administradores.

sería la correspondiente persona jurídica, su poderdante. Además, la tesis que aquí se comparte se funda también en que la actuación de la persona física representante ha de imputarse a la persona jurídica administradora, siendo la consecuencia de tal imputación, en el ámbito objeto de este estudio, la aplicación del artículo 132.2 de la LSA ⁴³.

Ahora bien, en estos casos, el problema que encuentro se plantea es la incidencia práctica de esta situación, pues ¿debe ser destituido el administrador persona jurídica por causa de incurrir en competencia con la S.A. administrada la persona física que le representa en el ejercicio de las funciones como tal? Considero que tal destitución sí ha de afectar al administrador persona jurídica porque si mantiene a la persona física representante competidora es por su exclusiva voluntad, ya que puede en cualquier momento sustituirla por otra, siendo ésta la única manera de salvaguardar la eficacia práctica del mandato legal en este caso, pues la Junta General de la sociedad administrada no tiene competencia respecto de la designación o cese directos de la tan mencionada persona física ⁴⁴, a menos que se considere a la misma administrador de hecho ⁴⁵ y se identifique al administrador de hecho con el de derecho a los efectos de su cese, interpretación que considero no es sostenible, pues el administrador de hecho al ser tal no es posible su destitución por acuerdo social, sino solamente su separación de la compañía también *de facto*, mediante negarle el ejercicio de las funciones de tal administrador.

Administradores suplentes

En cuanto a la situación de los administradores suplentes, cuando los haya, dado que, en realidad, no son administradores hasta que devengan a la condición de tales *stricto sensu* (arts. 59.1 LSRL y 147.2 RRM), sólo desde ese momento en que dejen la suplencia y asuman la titularidad estarán sujetos a la aplicación del artículo 132.2 de la LSA ⁴⁶.

Administrador cooptado

De otro lado, podría dudarse acerca de la interrelación entre el artículo 132.2 de la LSA y el artículo 137 del mismo texto legal, regulador del régimen de cooptación. Ahora bien, la doctrina ha

⁴³ En particular, sobre tal imputación *vid.* BONARDELL LENZANO, R. y R. CABANAS TREJO, *Separación...*, ob. cit., pág. 116.

⁴⁴ *Vid.* PÉREZ DÍAZ, M., «La administración...», ob. cit., pág. 2.956.

⁴⁵ Así lo hace SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.^a, «Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores», *RDM*, núm. 227, enero-marzo 1998, pág. 136.

Sobre la aplicación de la prohibición de competencia al administrador de hecho, *vid.* GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición...*, ob. cit., págs. 139-141, sin analizar, frente a lo que hago a continuación la imposibilidad de destitución jurídica del administrador de hecho, imposibilidad que sí viene reconocida en la doctrina italiana por BUONAURA, V.C., *Trattato...*, ob. cit., pág. 218 –pese a lo cual también defiende la expansión de la prohibición de competencia al citado administrador de hecho– y por SPOLIDORO, M.S., «Il divieto...», ob. cit., pág. 1.171 –este último excluyendo sí al administrador de hecho de esta prohibición de competencia–.

⁴⁶ *Vid.* MORATA ESCALONA, M.^a del P., «La prohibición...», ob. cit., págs. 136-137, por su síntesis respecto de la S.R.L. En paralelo, respecto de otro deber de los administradores, el contemplado en el artículo 127.2 de la LSA, *vid.* FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit., pág. 101.

entendido que prima el artículo 132.2 de la LSA, de modo que no tiene relevancia alguna el hecho de que el administrador competidor haya sido cooptado, pues queda igualmente sometido al régimen de destitución forzosa que se acaba de contemplar⁴⁷. Me adhiero a esta interpretación doctrinal, pues es la única forma de evitar que fuese bastante con alcanzar el porcentaje de participación en el capital necesario para cooptar y así competir, desde dentro, con la sociedad en la que se participa y que se administra.

Administradores de sociedades del grupo

Es excepción al ámbito subjetivo que acabo de analizar el supuesto de la existencia de grupos de sociedades. Dada la endémica falta de regulación de los grupos de sociedades en el ordenamiento español —su «permanente vacación», común a lo ocurrido, con alguna excepción, en el Derecho comparado⁴⁸—, han debido ser la doctrina y la jurisprudencia las que han integrado tal clásica laguna⁴⁹. Dicha integración ha entendido, en el supuesto que aquí me ocupa, que la existencia de un grupo implica que las sociedades integradas en el mismo no compiten entre sí en sentido estricto, ya que carecen de intereses contrapuestos, al insertarse sus respectivos intereses en el común del grupo, que implica una misma acción comercial⁵⁰; muestra de ello se encuentra en el artículo 32 del Regla-

⁴⁷ Vid. POLO, E., *Comentario...*, ob. cit., pág. 278 y LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., *Los administradores...*, ob. cit., pág. 163. Ya clásicamente dijeron GARRIGUES, J. y R. URÍA, *Comentario...*, ob. cit., pág. 223, que «He aquí un camino que ofrece la Ley a la mayoría de los accionistas para conseguir la destitución, invocando una justa causa, del administrador que, al amparo del sistema de representación proporcional establecido en el artículo 71, haya introducido en el Consejo de Administración una sociedad competidora que posea el número suficiente de acciones para ello. La existencia de una causa legal justificativa del cese cierra el camino a toda discusión (vid., sobre la posible en esta materia, *supra*, comentarios a los arts. 71 y 75) respecto de las facultades de la Junta para acordarlo».

⁴⁸ Vid. EMBID IRUJO, J.M., «Grupos y gobierno corporativo», *El gobierno...*, ob. cit., págs. 594-595.

⁴⁹ Vid., por todos, recientemente, SÁNCHEZ CALERO, F., «De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades», *RDBB*, núm. 77, enero-marzo 2000, págs. 7-63. En Italia, en similar sentido, en su doctrina clásica BUONAURA, V.C., *Trattato...*, ob. cit., págs. 237-240. En Francia, por ejemplo, se ha integrado en este ámbito concreto dicha laguna, mediante la Ley núms. 2001-420, de 15 de mayo, relativa a la nueva normativa en materia económica, que en su artículo 111 ha ampliado el ámbito subjetivo de los afectados por conflictos de intereses con la sociedad, para comprender a los administradores, directores generales, miembros del directorio o consejo de vigilancia, directores generales delegados, socios con derecho de voto superior al 5 por 100 y sociedad dominante del grupo.

⁵⁰ Vid. las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1973 (Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Aguado González; *RJA* 1973/3773) y de 28 de junio de 1982 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García; *RJA* 1982/3445), así como las de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de julio de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso; *AC* 1994/1254), de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de noviembre de 1995 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas; *RGD*, núm. 619, abril 1996, págs. 4.750-4.752) y de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de marzo de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá; *Jur.* 2004/14208). En la doctrina, en similar sentido al que se ha seguido en la práctica, vid. GARRIGUES, J. y R. URÍA, *Comentario...*, ob. cit., pág. 219; SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios...*, ob. cit., págs. 234-235; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., *Los administradores...*, ob. cit., págs. 158-159; MARTÍNEZ SANZ, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, volumen II; ARROYO MARTÍNEZ, I. y J.M. EMBID IRUJO (coordinadores), *Tecnos*, Madrid, 2001, pág. 1.383; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», ob. cit., pág. 29; EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 691 y MORATA ESCALONA, M.ª del P., «La prohibición...», ob. cit., págs. 135 y 139-142, los dos últimos refiriéndose a la S.R.L. En contra, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.ª, «Grupos...», ob. cit., págs. 139-140, amparándose en la autonomía e independencia de las sociedades del grupo defiende la aplicación del artículo 132 de la LSA a los administradores de las sociedades que lo integran.

mento tipo de la CNMV, cuando dice que «El consejero no puede prestar sus servicios profesionales en sociedades que tengan un objeto social total o parcialmente análogo al de la compañía. Quedan a salvo los cargos que pueden desempeñarse en sociedades del grupo». Faltando, pues, el requisito de los intereses opuestos entre las sociedades del grupo no se da el presupuesto de hecho del artículo 132.2 de la LSA, por lo que el administrador integrante del mismo grupo de sociedades que la S.A. administrada no podrá ser apartado de su cargo por aplicación del meritado precepto legal. Por tanto, en el grupo de sociedades la prohibición de competencia opera *ad extra* del grupo, respecto de aquella otra sociedad que sea ajena al grupo y compita con él ⁵¹.

IV. ÁMBITO MATERIAL

Delimitación de la competencia: mismo género de comercio

El supuesto que analizo, recuerdo, es el de que el administrador compite con la S.A. que administra o, más en extenso, el de la contraposición de intereses entre el administrador y la sociedad administrada, que es la segunda hipótesis de hecho que contempla el artículo 132.2 de la LSA y en la que, de hecho, se embebe a la primera ⁵².

Es claro, y así lo reconoce la práctica totalidad de la doctrina científica especializada, que en el último inciso del artículo 132.2 de la LSA se han venido a incluir todos aquellos casos en los que el administrador, en su nombre y por cuenta propia o ajena, se dedica al mismo género de comercio que la empresa de la que es administradora ⁵³, siendo tal dedicación con carácter permanente. De hecho, se ha llegado a decir en la doctrina que «no resulta ocioso advertir a este respecto que la concurrencia en el mismo género de comercio constituye... un ejemplo paradigmático del conflicto permanente de intereses recogido, en perfecta coherencia de nuestro ordenamiento jurídico, en nuestra legislación mercantil societaria, tanto en el artículo 137 del CCom. como en el artículo 12, párrafo segundo, de la LSRL (se refiere al texto de 1953)» ⁵⁴. Por ello, debe considerarse que no es admiti-

⁵¹ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», ob. cit., págs. 29-30 y GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición...*, ob. cit., págs. 231-243.

⁵² Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», ob. cit., págs. 31-32.

⁵³ La expresión «mismo género de comercio» es una expresión legal, del artículo 12.2 de la LSRL, que hizo fortuna en la doctrina referida a la S.A. En este sentido, GARRIGUES, J. y R. URÍA, *Comentario...*, ob. cit., pág. 217 y ya respecto de la LSA de 1989; POLO, E., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V, Civitas, Madrid, 1992, págs. 261 y 266 y SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 227. En la práctica, vid. la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 8 de mayo de 1991 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez; RGD, núms. 580-581, enero-febrero 1993, págs. 946-948).

⁵⁴ Así lo expone, rotundamente, el profesor POLO, E., *Comentario...*, ob. cit., pág. 266. Quedan al margen, los supuestos más conflictivos de participación del administrador en entidades competidoras con la sociedad que administra, en cuyo caso habrá que ponderar su efectiva incidencia en la actividad concurrencial, como indican BONARDELL LENZANO, R. y R. CABANASTREJO, *Separación...*, ob. cit., pág. 117.

da en nuestro Derecho la posibilidad, apuntada en la doctrina española por los estudiosos del Derecho mercantil como Derecho económico, imbuidos por su análisis del Derecho norteamericano, de que la prohibición de competencia sólo existe cuando concurren determinadas circunstancias ⁵⁵, del mismo modo que tampoco es preciso que la conducta competitiva haya resultado lesiva para la sociedad, pues se está ante una prohibición de carácter preventivo ⁵⁶, consecuencia de que la actuación competitiva del administrador con la entidad que administra implica deslealtad para con la misma y engendra el riesgo potencial de que se anteponga el interés particular del administrador al interés social de la sociedad que administra, en daño de la misma ⁵⁷.

Identidad de objeto social material

En cuanto al ámbito material de la competencia prohibida es de reseñar que, lógicamente, tratándose de una norma prohibitiva, ha de ser interpretada restrictivamente (es dudoso que sirvan aquí, como criterio interpretativo, la enunciación de actos de competencia que se hace por la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991 ⁵⁸), por lo que la misma se limita a lo que es directamente idéntica actividad económica que la realizada efectivamente por la entidad administrada—objeto social efectivamente desarrollado, en el sentido de que se trasciende a lo que es el mero objeto estatutario para exigir la constancia del verdadero ejercicio de la actividad concreta integrante del objeto social, lo que a su vez implica que no opera esta prohibición cuando la competencia de la actividad del administrador sea con una actividad de la sociedad que administra fuera de su objeto social estatutario ⁵⁹—, sin que pueda entenderse expandida al ejercicio de las actividades económicas que

⁵⁵ Es la tesis, más que minoritaria, de LLEBOT MAJO, O., *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1996, págs. 126 y ss., que no ha sido seguida ni por la doctrina, ni, como más adelante se verá, por la Jurisprudencia posterior.

⁵⁶ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber...*, ob. cit., pág. 33; LLEBOT MAJO, O., *Los deberes...*, ob. cit., pág. 124 y MORATA ESCALONA, M.^a del P., «La prohibición...», ob. cit., pág. 130. En la práctica, por ejemplo, insisten en esta circunstancia las Sentencias de la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de noviembre de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Julio Márquez de Prado y Pérez; *Jur.* 2004/8041) y de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Navarra de 11 de junio de 2004 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Aurelio Vila Duplá; *Jur.* 2004/198017).

⁵⁷ Más que poner en duda dicha lealtad, como dicen DE PEDRO MORO, J.L. y F. MARROQUÍN PARRA, «La diligencia y lealtad en la actuación de los administradores de las Sociedades Anónimas», *La Ley*, núm. 4.836, 9 de julio de 1999, pág. 4, lo mismo que en la doctrina italiana PARACCHI, G., «Cumulo...», ob. cit. *Vid.* la Sentencia de la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de marzo de 2003 (Ponente: Iltma. Sra. D.^a Pilar Cerdán Villalba; *Jur.* 2003/137558), cuando destaca que el fundamento del precepto que vengo analizando se encuentra en el deber de lealtad de los administradores para con la sociedad que administran.

⁵⁸ A favor de dicha aplicación, *vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Competencia...», ob. cit., pág. 9.602 y «La competencia...», ob. cit., pág. 28.

⁵⁹ Así, por ejemplo, entre otros, ESTEBAN VELASCO, G., «La administración...», ob. cit., pág. 742, respecto de la S.A.; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., *Los administradores...*, ob. cit., pág. 158; BONARDELL LENZANO, R. y R. CABANAS TREJO, *Separación...*, ob. cit., pág. 119, respecto de la S.R.L. MARTÍNEZ SANZ, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.383; PORTELLANO DÍEZ, P., «Las oportunidades de negocio en el "Informe Olivencia" y en el Reglamento tipo de la CNMV», *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, volumen III, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 2.875 y GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición...*, ob. cit., págs. 189-190.

.../...

impliquen prestación de suministros por o para la actividad de la administrada. Así, se cita en la doctrina el caso de la Coca-Cola, en Estados Unidos, donde se sancionó severamente al administrador de Coca-Cola por haber comprado en nombre y por cuenta propia la marca y el jarabe de la Pepsi-Cola cuando ésta quebró, y ofrecer luego ese jarabe a la empresa por él administrada a un precio elevado ⁶⁰, que entiendo que en el Derecho español habría de reconducirse a la responsabilidad del administrador por infracción de sus deberes de diligencia y lealtad, pero que no puede entenderse conducta competitiva en el sentido del artículo 132.2 de la LSA, lo mismo que ya en la práctica judicial española se entendió que no existía dicha competencia cuando el administrador era a la vez cliente de la sociedad que estaba administrando ⁶¹.

La protección de la buena fe en el tráfico económico no exige, a mi juicio, compartir la tesis de que no habrá competencia prohibida a estos efectos cuando haya coincidencia entre la actividad del administrador y la actividad integrada en el objeto social estatutario de la sociedad que administra, si la actividad del administrador era previa al inicio de la suya por parte de la sociedad administrada, pues hay que suponer que la sociedad debió informarse de tal circunstancia y conformarse con que su administrador ya se dedicaba a dicha actividad, ya que debe primar, una vez más, el interés social, sobre el interés del administrador ⁶².

Por último, resulta indiferente que la competencia exista en la oferta de productos o servicios en el mercado o en la adquisición de los mismos, si bien en este último caso es necesario que la citada adquisición competitiva tenga lugar de forma tal que la concurrencia de la demanda de las dos empresas pueda incidir de forma sensible en el citado mercado perjudicando a una de las empresas ⁶³.

.../...

En la práctica, *vid.* la Sentencia de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de mayo de 2002 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Márquez Romero; *AC* 2002/773), a propósito de la no aplicación de una cláusula estatutaria de separación del socio competidor con la S.R.L., trasladable al objeto de este trabajo, porque «aun habiéndose acreditado la constitución por el demandado de una sociedad unipersonal con el mismo objeto que el de la sociedad actora, a la que pertenece, y no obstante las manifestaciones que se vierten en la escritura pública de su constitución en el sentido de que el mismo día daban comienzo sus operaciones, puede estimarse acreditado, con la documentación aportada, que dicha sociedad unipersonal no ha llegado a tener actividad alguna. No es sólo que no se haya acreditado la existencia de un perjuicio concreto por la actividad comercial concurrente, o, lo que es lo mismo, una disminución de beneficios, sino incluso esa misma actividad comercial concurrente»; en idéntico sentido, *vid.* la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz de 4 de septiembre de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Gómez y Flores; *Jur.* 2004/53404). En Italia, por todos, en el mismo sentido BUONAURA, V.C., *Trattato...*, ob. cit., págs. 223-224 y PARACCHI, G., «Cumulo...», ob. cit., este último con síntesis de doctrina y jurisprudencia italianas al respecto.

⁶⁰ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber...*, ob. cit., pág. 40.

⁶¹ Tiene dicho en este sentido la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1973 (Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Aguado González; *RJA* 1973/3773), que «... ni tal incompatibilidad aparece demostrada ni la misma puede deducirse de esa simple condición de accionistas y clientes arrendadores de los servicios sanitarios que la sociedad les presta y que pagan al precio convenido, actuaciones ambas perfectamente compatibles, que no se contradicen, en modo alguno...».

⁶² En contra, GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición...*, ob. cit., págs. 192-193.

⁶³ Como analiza BUONAURA, V.C., *Trattato...*, ob. cit., págs. 220-221.

Habitual competencia

Sin abandonar esta dimensión material, más discutible es si resulta necesario o no que la actividad concurrencial sea habitual o permanente, tesis esta última que es la acogida mayoritariamente por la doctrina española al referirse a la S.A.⁶⁴, lo que conduce a dejar en el aire las consecuencias que se podrían derivar de la concurrencia aislada o esporádica, que, en todo caso, podrían tratar de reconducirse al campo, que más adelante se referirá, como breve apunte, de la responsabilidad de los administradores. Por mi parte me sumo a la tesis de la exigencia de actuación continuada pues el hecho de que la Ley hable de «sociedad competidora» implica la existencia de una empresa competidora, esto es, de una actividad competidora de dicha sociedad, lo que, a su vez, determina que una situación competitiva aislada normalmente será inocua para la sociedad (salvo que fuese de un volumen muy relevante) y si así no lo fuese habrá que recurrir al mecanismo indemnizatorio de la responsabilidad en que habrá incurrido el administrador en tal caso⁶⁵.

Concurrencia de mercados

De otro lado, la competencia entre el administrador y la S.A. administrada por él ha de ser real, debiendo ponderarse cuidadosamente las circunstancias del mercado (espaciales o geográficas, temporales, objetivas e incluso subjetivas atinentes a los destinatarios⁶⁶) para determinar si existe

⁶⁴ Vid. POLO, E., *Comentario...*, ob. cit., pág. 261; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «La información...», ob. cit., pág. 360; MORATA ESCALONA, M.^a del P., «La prohibición...», ob. cit., pág. 126; MARTÍNEZ SANZ, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.383; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», ob. cit., pág. 28 y GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición...*, ob. cit., pág. 205. En relación con la S.R.L. no ocurre lo mismo, pues ya respecto del artículo 12 de la LSRL de 1951, entre otros, CARLÓN SÁNCHEZ, L., «Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial», Tomo XXIII, *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Edersa, Madrid, 1984, pág. 151, entendió también incluido el acto aislado de competencia; lo mismo, respecto del artículo 65 de la LSRL de 1995; BONARDELL LENZANO, R. y R. CABANAS TREJO, *Separación...*, ob. cit., pág. 118; R. URÍA-A. MENÉNDEZ-J.R. IGLESIAS PRADA, *Curso...*, ob. cit., pág. 1.137 y MORATA ESCALONA, M.^a del P., «La prohibición...», ob. cit., pág. 127.

⁶⁵ Vid. BUONAURA, V.C., *Trattato...*, ob. cit., págs. 222-223 y PARACCHI, G., «Cumulo...», ob. cit., destacando de este último el análisis que hace de la *Interlocking Directorates en la Clayton Act* norteamericana, que sigue el sistema diferente a toda la Unión Europea de prohibir la competencia en función del valor agregado de las sociedades (al menos en una de ellas debe superar el millón de dólares), del volumen de operaciones de las dos sociedades (que debe superar el millón de dólares o el 2 por 100 del volumen de ventas de cada empresa).

⁶⁶ Piénsese en la producción de los mismos productos por dos empresas pero que se dirijan a mercados distintos, ya espacialmente o incluso subjetivamente, porque, por ejemplo, unos se dirijan a consumidores de clase alta, por tener dichos productos más calidad, y otros a consumidores de clase baja, por la menor calidad del producto. La globalización del mercado hace que cada vez estas teóricas diferencias sean menos nítidas, pues los nichos de mercados son cada vez más permeables. De hecho la domiciliación en el extranjero de la sociedad competidora de la que el administrador de la competida es también administrador no impide que el mismo esté incurso en la competencia prohibida, como acertadamente tiene razonado la Sentencia de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de abril de 2002 (Ponente: Iltma. Sra. D.^a Cristina Trascasa Blanco; *Jur.* 2002/185172), ya que «no basta el mero dato de la condición de extranjera o de la lejana situación geográfica de las otras empresas administradas, participadas o para las que se sirve», para entender que no resulte aplicable el artículo 132 de la LSA, «... pudiendo darse el caso de que efectivamente si en determinados ámbitos del mercado la mera distancia física entre sociedades y aun dentro del mismo país es motivo suficiente para eliminar cualquier riesgo de concurrencia, en otros, y dada la proyección exterior de la empresa desarrollada, la simultánea administración de una entidad española con otra extranjera, pueda ciertamente considerarse concurrencial y perjudicial a los intereses de la primera».

o no tal concurrencia, pues resulta insuficiente la mera identidad de tráfico⁶⁷. Debe tratarse además de mercados no regulados, como actualmente ocurre en España en la práctica totalidad de actividades, fruto de la fuerte liberalización experimentada por el mercado español en los últimos años.

Ejemplos prácticos de esta competencia en el sentido que acabo de mencionar puede haberlos muy variados, cuando el administrador y la S.A. administrada realizan materialmente la misma actividad y ofertan sus productos o servicios a unos mismos clientes, en un mismo período y en un mismo espacio físico; un caso claro, por ejemplo, el de las entidades contratistas de la Administración en idéntico sector económico.

Esta restricción que acabo de defender en relación con el ámbito material de la prohibición de competencia de los administradores de la S.A. encuentra, ya para concluir, un argumento más si se tiene en cuenta la diferencia entre los artículos 132 de la LSA y 65 de la LSRL. La dicción de este último precepto («mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social»), permite ampliar respecto de los administradores de las S.R.L. la prohibición de competencia, pues la misma comprende las actividades complementarias, conexas o equivalentes al objeto social efectivamente desarrollado por la sociedad, incluso en noveles económicos diferentes, que entren en concurrencia con el mismo, concurrencia que habrá de ser material y efectiva, no simplemente nominal o aparente, de modo que pueda producir el efecto de la desviación de clientes entre las dos empresas competidoras o de la pérdida de una cuota de mercado de una de

⁶⁷ Comparto, pues, el cuidadoso análisis del mercado que se hace en la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1982 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García; *RJA* 1982/3445), para entender que en ese caso no había competencia, «... a pesar de la analogía en el objeto de su tráfico, afirmando que la compra de remolacha la realizan en distintas zonas y hasta en diversos partidos judiciales tanto en la provincia de Granada como en las de Cádiz y Ciudad Real, según lo acreditan los documentos que detalladamente examina, competencia que igualmente tiene por indemostrada por lo que se refiere a la venta de los productos elaborados, pues el precio de los alcoholes es fijado periódicamente por la correspondiente Comisión Interministerial sobre fábrica o depósito y en la venta de azúcar tampoco hay disputa de mercado»; asimismo comparto el mismo análisis que se hace en la Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de julio de 2002 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez; *Jur.* 2004/14079), para en este caso entender que sí existía tal competencia, pues coincidía el mismo género de negocio, desarrollado en dos localidades cercanas (Martorell e Igualada), con similar nombre comercial, disputándose un mismo mercado e incluso con intercambio de personal entre las dos empresas y en la Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de marzo de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá; *Jur.* 2004/14208), aquí para entender no concurrente tal competencia efectiva, porque, entre otras razones, consideró que sus negocios estaban separados en el espacio y dirigidos a la captación de diferente tipo de clientela.

En la doctrina, *cf.*, entre otros, POLO, E., *Comentario...*, ob. cit., págs. 267-269; ESTEBAN VELASCO, G., «La administración...», ob. cit., pág. 742; MORATA ESCALONA, M.ª del P., «La prohibición...», ob. cit., págs. 127-130, con particular referencia a las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1986 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas; *RJA* 1986/5230) y de 6 de marzo de 2000 (Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela; *RJA* 2000/1205) –reiteradas más recientemente en la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de 15 de noviembre de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Esteban Campelo Iglesias; *AC* 2003/462)–; GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición...*, ob. cit., págs. 220-222. Fuera del ámbito de las sociedades mercantiles, refiriéndose al artículo 1.684 del CC, atinente a las sociedades civiles, *vid.* PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1.422.

ellas en beneficio de la otra ⁶⁸. Se trata de una solución elogiada, pues permite asegurar más la defensa de los intereses de la sociedad por parte de sus administradores, razón por la que se debe compartir la expansión que de dicha previsión hacen los artículos 79.3 y 126.2 de la PCSM de 2002 a todas las sociedades mercantiles.

Para concluir, hay que entender que no existe competencia cuando la sociedad administrada desarrolla su objeto social, total o parcialmente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades con objeto idéntico o análogo, cuando sea titular de la práctica totalidad de dichas acciones o participaciones, pues la actividad de la sociedad participada es como si lo fuese de la partícipe ⁶⁹. Igualmente tampoco hay competencia cuando el administrador mantenga relaciones con sociedades competidoras que no supongan implicación en su gestión y actuación empresarial ⁷⁰.

V. OPERATIVIDAD PRÁCTICA DEL PRECEPTO; EN PARTICULAR, LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DE NO DESTITUCIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

Acuerdo de destitución

Una vez que se haya dado el supuesto de hecho del artículo 132.2 de la LSA –en el caso objeto de este análisis, una vez que exista un administrador que compita, en el sentido antes indicado,

⁶⁸ Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Principales aspectos...», ob. cit., pág. 665, SOTO VÁZQUEZ, R. y C. SOTO FERNÁNDEZ, *Tratado práctico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 3.ª edición, Comares, Granada, 1996, págs. 339 y 341; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., «La doctrina...», ob. cit., pág. 515; R. URÍA-A. MENÉNDEZ-J.L. IGLESIAS PRADA, *Curso...*, ob. cit., pág. 1.136 y MORATA ESCALONA, M.ª del P., «La prohibición...», ob. cit., pág. 130. En particular, tomo de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», ob. cit., pág. 32, su precisión de la exigencia de competencia material o efectiva entre administrador y S.R.L. administrada, al igual que ocurre en la S.A. En la práctica, *vid.* la Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de julio de 2000 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; AC 2000/1522), a propósito de dos sociedades que tenían un aspecto de su objeto social estatutario idéntico –justificativo *per se* de la destitución del administrador común– y otros tres complementarios (explotación de ganado porcino, una de ellas, y venta de medicamentos para animales, venta de alimentos para animales y prestación de servicios veterinarios, la otra) –que por la consiguiente contraposición de intereses, y *obiter dicta*, también se consideró suficiente para el cese–; también *vid.* la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 1 de septiembre de 2000 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; AC 2000/2569), que considera análogos los objetos sociales de venta de productos derivados de la petroquímica, por un lado, y de adquisición, almacenaje, transporte, distribución, venta, suministro y comercialización al por mayor y al por menor de toda clase de productos petrolíferos y sustancias conexas, relacionadas o derivadas; por su parte, la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 24 de marzo de 2003 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª Pilar Aragón Ramírez; Jur. 2003/194145), considera complementarias las actividades de fabricar y vender mobiliario de cocina. Destacando la diferencia en este aspecto entre LSA y LSRL, *vid.* la Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de marzo de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espá; Jur. 2004/14208).

⁶⁹ *Id.* la Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de julio de 2000 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; AC 2000/1522).

⁷⁰ Ahí está el caso del administrador de una sociedad que es presidente de otra que audita las cuentas de una sociedad competidora de la primera, como se encarga de reconocer el Auto de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña de 17 de enero de 2002 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Pantin Reigada; Jur. 2002/96854), entendiéndose que además en ese caso ni tan siquiera hay conflicto de intereses.

con la S.A. por él administrada— dice dicho precepto que tal administrador cesará en su cargo. Pero no dice sólo eso, sino que añade que tal cese tendrá lugar «a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General».

Tal dicción legal implica claramente:

1. Que no existe una destitución o cese automático *ipso iure* del administrador incurso en el ámbito del precepto legal ⁷¹.
2. Que es necesario se adopte un acuerdo de destitución por la Junta General de Accionistas, que ha de constar, consecuentemente, en el acta correspondiente a la reunión en que se haya adoptado tal acuerdo social. Así lo ha entendido, con acierto, la RDGRN de 26 de julio de 1996 ⁷².
3. Que la iniciativa para la adopción del precitado acuerdo de cese o destitución se atribuye *ex lege*, pero no exclusivamente, a cualquier socio. Por ello, todo socio, con independencia de que ni siquiera alcance el 5 por 100 del capital social, podrá pedir a los administradores que se convoque una Junta General con el objeto de decidir sobre la separación de los administradores incursos en conflicto con la S.A. y si tal convocatoria no tuviera lugar podrá solicitar incluso la convocatoria judicial de una Junta con tal objeto, pues de lo contrario se estaría vaciando de contenido la previsión legal ⁷³. Pero, más aún, dentro de cualquier Junta General, aunque el asunto no esté incluido en el orden del día, cualquier socio podrá pedir que se adopte un acuerdo de separación en el supuesto que se viene analizando, dado que este artículo 132.2 de la LSA debe ser completado con el artículo 131 de la LSA, que, regulando en general la separación de los administradores, previene que se está ante un acuerdo que no precisa su inclusión en el orden del día ⁷⁴.

En el caso de requerimiento del accionista individual al Consejo de Administración, el Presidente del Consejo de Administración tendrá obligación, bajo pena de incurrir en responsabilidad, de proponer al Consejo la adopción de un acuerdo para, a su vez, proponer a la Junta General el debate sobre dicha destitución de los administradores ⁷⁵. Ahora bien, como dije anteriormente, la Ley no ha atribuido la iniciativa exclusiva del cese a los socios, de modo que puede perfectamente, sin que haya habido petición de ningún

⁷¹ Como dice la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 8 de mayo de 1991 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez; *RGD*, núms. 580-581, enero-febrero 1993, págs. 946-948), «... el cese no se produce automáticamente...».

⁷² *RJA* 1996/5620.

⁷³ *Vid.* POLO, E., *Comentario...*, ob. cit., pág. 257 y «La reforma del régimen jurídico de los administradores de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Aspectos tipológicos y normativos», *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 559, y SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 232. Me sumo a esta tesis porque de cegar el acceso del socio aislado a la convocatoria judicial el cumplimiento del precepto quedaría, salvo por la amenaza de posible responsabilidad, al paio de la decisión del propio órgano de administración.

⁷⁴ *Vid.* GARRIGUES, J. y R. URÍA, *Comentario...*, ob. cit., pág. 224; MARTÍNEZ SANZ, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.384.

⁷⁵ *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 232.

accionista, el órgano de administración proponer a la Junta la mencionada destitución ⁷⁶; es más, considero que el deber de diligencia que a los administradores les impone el artículo 127 de la LSA y la posibilidad de que la conducta competitiva de los administradores pudiera generar daños y perjuicios a la sociedad son factores que conducen a entender que el órgano de administración ha de hacer lo posible para liberarse del administrador-competidor, y ello a través de la convocatoria de una Junta que tenga por objeto su destitución o cese.

4. Que la previsión legal afecta al administrador con cargo vigente, de modo que el administrador cesado es libre, conforme a la LSA, de competir con la propia S.A. que administró. Ello al margen de la posibilidad de que dicha competencia pudiese estimarse desleal, por implicar la violación de secretos (arts. 13 y 18.5.º Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991), y debiendo quedar claro que una cosa es el artículo 132.2 de la LSA, que vengo estudiando, y otra bien distinta es la responsabilidad derivada de la infracción del deber de secreto que impone a los administradores, incluso tras su cese, el artículo 127.2 de la LSA; si el legislador hubiera querido limitar la competencia de los administradores tras su cese bien pudo hacerlo expresamente, como ocurrió con el citado deber de secreto (art. 127 quáter LSA) ⁷⁷.

Impugnación del acuerdo de no destitución

El siguiente problema a analizar es el de determinar qué es lo que ocurre cuando la Junta General haya debatido ya sobre el asunto de la separación del administrador competidor y no haya adoptado el acuerdo de su destitución, pese a estar acreditado que la situación de competencia existe en realidad; el acuerdo de destitución es, en principio, inimpugnable, pues hay que recordar la libre destitución sancionada por el artículo 131 de la LSA ⁷⁸.

⁷⁶ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 231.

⁷⁷ En la doctrina, MORATA ESCALONA, M.ª del P., «La prohibición...», ob. cit., pág. 143, defiende la inclusión en estatutos de la prohibición de competencia posterior al cese del administrador por plazo de 2 a 4 años, puntualizando SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», ob. cit., pág. 31, que no es admisible la prohibición absoluta a la iniciativa económica de los administradores afectados, al tiempo que destaca que los estatutos no pueden moderar el rigor legislativo, pero sí incrementarlo dentro del límite máximo antes citado. Mucho me temo que en las pequeñas empresas ello pudiera ser un auténtico espanta-administradores, máxime si lo sumamos a su escasa, cuando no nula, retribución y a su riguroso régimen de responsabilidad; en la gran S.A., con administradores bien retribuidos y protegidos por el escudo de seguros de responsabilidad civil, tal previsión estatutaria puede ser una adecuada medida defensiva de la sociedad. Aclaro que soy contrario a estimar que la retribución del administrador actúe como un elemento que rigore su prohibición de competencia, frente a lo que defiende SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», ob. cit., pág. 27, porque la Ley no distingue a estos efectos y si no se ha considerado que la retribución o gratuidad del cargo incida, por ejemplo, en la responsabilidad de los administradores no veo razón para que incida en la prohibición *ex lege* de competencia que pesa sobre los mismos.

Sobre el deber de secreto de los administradores, por todos, *vid. in extenso* FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, ob. cit. y en particular respecto de su relación con la prohibición de competencia, *loc. ult. cit.*, págs. 157-160.

⁷⁸ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 1.385.

En este momento me sitúo ante la cuestión de si existe o no una obligación de que la Junta General adopte el acuerdo de cese, lo que deviene de determinar el carácter imperativo o no del artículo 132.2 de la LSA. Es ésta, a mi juicio, una de las cuestiones más complejas que derivan de este precepto, puesto que de ella depende la auténtica virtualidad práctica del mismo.

Así, una primera línea interpretativa del precepto considera que la Junta General de Accionistas es soberana para decidir discrecionalmente la destitución o no del administrador incurso en las circunstancias previstas en el mismo. Conforme a este criterio se proyecta la soberanía de la Junta sobre la determinación del perjuicio o no que para la entidad cause o pueda causar la actuación competitiva de sus administradores, de modo que si la Junta entiende que ello no es perjudicial, que no hay efectivo conflicto de intereses, decidirá la no destitución y tal acuerdo no será atacable ⁷⁹.

Pero es que si se entiende, como acabo de referir, que la Junta General es soberana para decidir o no la separación del administrador competidor, el artículo 132.2 de la LSA está casi de sobra. Y digo que está casi de sobra porque ya el artículo 131 de la LSA contiene el régimen general de libre destitución de los administradores, de modo que la única novedad que incluiría este precepto sería la atribución de la iniciativa de la destitución a cualquier socio; a mi juicio, magro resultado práctico para un precepto legal.

Además, no es cierto, frente a lo que se ha argumentado en pro de esta primera línea interpretativa, que el Derecho comparado diga lo mismo que el español. Así, por ejemplo, el artículo 2.390 del *Codice civile* dice ahora tras el Decreto legislativo de 10 de enero de 2003, de reforma orgánica

⁷⁹ *Vid.*, en este sentido, la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1982 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García; *RJA* 1982/3445), a propósito del artículo 83.2 de la LSA de 1951, «... precepto, el citado, que contempla el problema de la coincidencia en una misma persona de la cualidad de administrador de dos sociedades competidoras o concurrentes en el mercado, cuya aplicación requiere, según señala la mejor doctrina, una cuidada ponderación de las circunstancias de cada caso concreto, sin que baste acudir al solo criterio de la identidad en la índole de las operaciones sociales, ya que no es insólita la alianza o concentración de sociedades del mismo género, razón por la cual el legislador remite la solución del problema al órgano soberano de la sociedad que se entiende perjudicada con dicha situación en la que late una oposición de intereses, que es también la pauta seguida en el derecho comparado (arts. 2.390 del Código Civil italiano, tanto en su anterior redacción como en la fruto de la reforma por Decreto de 30 de septiembre de 2002, y 101 de la Ley francesa sobre el particular)»; se sigue este mismo criterio en la «jurisprudencia menor», por las Sentencias de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 2000 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez; *AC* 2001/31) y de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 14 de noviembre de 2003 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Elena Arias-Salgado Robsy; *Jur.* 2004/12862). En la doctrina se acoge este criterio, entre otros, por BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 10.ª edición, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 302; LLEBOT MAJO, J.O., «El sistema...», ob. cit., pág. 66; ALCALÁ DÍAZ, M.ª A., «El deber...», ob. cit., págs. 477-478; MORATA ESCALONA, M.ª del P., «La prohibición...», ob. cit., págs. 122-123; PORTELLANO DÍEZ, P., «Las oportunidades...», ob. cit., pág. 2874, Nota (19); VIERA GONZÁLEZ, J.A., «Las sociedades...», ob. cit., pág. 99 y RUIZ-RICO RUIZ, C., «Aspectos problemáticos de la regulación sobre el conflicto de intereses en las entidades de responsabilidad limitada: deficiencias jurídicas del artículo 52 de la LSRL», *RDM*, núm. 243, enero-marzo 2002, págs. 213-214. Encuentro un matiz en la tesis de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Imperialismo...», ob. cit., pág. 941, pues dice que «... puede liberarse a los administradores de la prohibición de competencia...», pero ello después de subordinarlo al «... consentimiento de todos los socios», de modo que no valdría un acuerdo ordinario de Junta General, sino se exigiría la unanimidad de todos los socios (prácticamente una utopía, por ejemplo, en una sociedad cotizada).

de la disciplina de las sociedades de capitales y de las sociedades cooperativas: «*Divieto di concorrenza. Gli amministratori non possono assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti, né esercitare un'attività concorrente per conto proprio o di terzi, né essere amministratori o direttori generali in società concorrenti, salvo autorizzazione dell'assemblea. Per l'inoservanza di tale divieto l'amministratore può essere revocato dall'ufficio e risponde dei danni*»⁸⁰. Analizando comparativamente ese precepto se observa que, a diferencia del español:

1. Se contempla la posibilidad de autorización por parte de la Asamblea del ejercicio de actividades competitivas por los administradores, con lo que expresamente se prevé que los socios son quienes tienen la capacidad para valorar el peligro de la situación concurrencial, permitiendo, en su caso, el desarrollo de tales actividades del administrador en situación de competencia⁸¹. Por tanto, en Italia el legislador no decide si la actividad competencial del administrador debe motivar su cese o autoriza para que cualquier socio pueda pedir el cese y el mismo entonces resulta obligatorio para la Sociedad. Lo que hace el legislador italiano es atribuir a los socios la facultad de decidir, por mayoría ordinaria, si los administradores son liberados de la prohibición de desempeñar las actividades concurrenciales que se enumeran en el artículo 2.390 del *Codice civile*, pudiendo ser tal autorización previa o posterior al inicio de la actuación competitiva, y siempre expresa, con la salvedad de la autorización tácita admitida respecto de la concreta situación competitiva que se demuestre que era conocida por la Asamblea cuando nombra al administrador incurso en tal situación o reelige al mismo citado administrador⁸². En España no se contempla en modo alguno esa posible autorización asamblearia en la S.A., que, por contra, sí aparece, como competencia exclusiva de la Junta General, por ejemplo, en los artículos 44.1.c) y 65 de la LSRL⁸³, sujetándose, implí-

⁸⁰ En la doctrina italiana, sobre este nuevo precepto, *vid.* SALAFFIA, V., «Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria», *Le Società*, núm. 12, 2002, pág. 1.466.

En la doctrina española, como simple referencia, *vid.* GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., «Observaciones sobre el Decreto Legislativo italiano de 17 de enero de 2003 (núm. 6), de reforma orgánica de la disciplina de las sociedades de capital y de la Sociedad cooperativa», *RdS*, n.º 20, 2003-1, pág. 406, destacando su relación con los deberes de lealtad o fidelidad que pesan sobre los administradores en situaciones de conflicto de intereses.

⁸¹ Como viene entendiendo tradicionalmente la doctrina italiana. Por ejemplo, PESCATORE, S., *Manuale di Diritto Commerciale*, BUONOCORE, V. (director), G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, pág. 319.

⁸² *Vid.* PARACCHI, G., «Cumulo...», *ob. cit.*

⁸³ Sobre dicha autorización, que ha de ser expresa, concreta –aisladamente se admite en la doctrina que sea genérica–, revocable y *ex post* o *ex ante*, *vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Principales aspectos...», *ob. cit.*, págs. 666-667; EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios...* *ob. cit.*, págs. 691-692; BONARDELL LENZANO, R. y R. CABANAS TREJO, *Separación...*, *ob. cit.*, págs. 119-120; R. URÍA-A. MENÉNDEZ-J.L. IGLESIAS PRADA, *Curso...*, *ob. cit.*, pág. 1.137; COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones (Estudio de los conflictos de intereses agrupados en el art. 52 de la LSRL)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 102-103; SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en Sociedades de capital. Artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo*, Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 315-320 y GALLEGU LARRUBIA, J., *Prohibición...*, *ob. cit.*, esp. págs. 75-77. En la práctica, la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de febrero de 1999 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero; AC 1999/4520), ha interpretado flexiblemente el requisito de

.../...

citamente, a su control vía impugnación por la posibilidad de que la misma incurra en lesión al interés social ⁸⁴.

2. Se dice que el administrador «puede ser destituido» ⁸⁵, a diferencia del empleo de un verbo en forma de futuro, con un matiz imperativo, que se hace en España (me refiero a «cesarán»).
3. Se añade la previsión expresa de la prohibición de ocupar los cargos de director general o de administrador en sociedades concurrentes, una novedad que no existía en el texto anterior a la reforma de 2003, pero que respecto de los supuestos de ser administrador de sociedades concurrentes ya se había alcanzado por la doctrina mayoritaria, al entender que en ese caso se estaba también en el supuesto ya previsto de la prohibición de ejercitar una actividad competidora por cuenta de terceros (*né esercitare un'attività concorrente per conto... di terzi*, como sigue diciendo hoy el art. 2.390 *Codice civile*) ⁸⁶.

Una segunda línea interpretativa es la que considera que la libertad de la Junta General queda circunscrita a la determinación de si concurre o no la competencia, pero que, una vez estimada su

.../...

la autorización, entendiendo que la misma concurre también cuando la Junta nombra administrador a quien ya conocía que anteriormente a su nombramiento ya realizaba actividad competitiva con la sociedad, tesis que se encuentra reiterada en la Sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de abril de 2002 (Ponente: Iltna. Sra. D.ª Cristina Trascasa Blanco; *Jur.* 2002/185172). La misma situación de fondo concurre cuando resulta que son idénticos los socios de las sociedades competidoras que cuentan con un mismo administrador, pues en ese caso se entiende que no concurre deslealtad alguna que justifique la separación de tal administrador, como bien dice la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Baleares de 5 de junio de 2002 (Ponente: Iltna. Sra. D.ª M.ª Rosa Rigo Rosselló; *Jur.* 2002/210043). Más severa es, en apariencia, la Sentencia de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 31 de marzo de 2003 (Ponente: Iltna. Sra. D.ª Berta Llana Álvarez; *AC* 2003/1500), cuando exige la autorización de competencia expresa por parte de la Junta, rechazando toda eficacia para los simples conocimientos o autorizaciones tácitas por actos concluyentes, pero luego admite que equivale a autorización el citado conocimiento por cuanto que rechaza, por contrariar los actos propios y la buena fe, la acción de separación ejercitada por quien tuviera tal conocimiento.

De lege ferenda, la PCSM, en su artículo 79.3 contempla dicha autorización para todo tipo social mercantil, que, más adelante, el artículo 129.2 de la misma se cuida de concretar que debe ser previa.

- ⁸⁴ *Vid.* R. URÍA-A. MENÉNDEZ-J.L. IGLESIAS PRADA, *Curso...*, ob. cit., pág. 1.137. A una solución contraria podría conducir la afirmación de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Competencia...», ob. cit., p. 9.603, relativa a que «la más significativa expresión de que la prohibición de competencia enlaza con la defensa del interés social es la habilitación a la Junta general para enervar la prohibición de competencia por medio del correspondiente acuerdo», a menos que se reconduzca en el sentido de entenderla referida a aquellos supuestos en los que efectivamente no existía lesión del interés social por la actuación competitiva de los administradores.
- ⁸⁵ Sobre el significado de esa expresión *vid.* BUONAURA, V.C., *Trattato...*, ob. cit., págs. 230-231, quien, con la doctrina italiana dominante, admite de forma muy amplia las posibles autorizaciones asamblearias de competición, ya sean previas o posteriores, expresas o tácitas.
- ⁸⁶ *Vid.* el texto comparado del artículo 2.390 del *Codice civile* antes y después de la reforma de 2003, en *Giurisprudenza Commerciale*, suplemento al número 4/2003, *La riforma delle Società*, donde se aprecia con claridad esa novedad. Sobre la situación precedente y su integración doctrinal, al imputarse al administrador de la sociedad competidora los actos competitivos de aquella, *vid.* BUONAURA, V.C., *Trattato...*, ob. cit., pág. 228 y PARACCHI, G., «Cumulo...», ob. cit. —con detallado análisis de la doctrina científica italiana y destacando la situación italiana en 2001, revelada por un estudio publicado por el *Corriere della Sera* conforme al cual de 1.800 administradores de sociedades cotizadas, casi 300 lo eran de varias sociedades, con una media de 2,7 cargos por cabeza, y un máximo de hasta nueve cargos para una misma persona—.

existencia, ya se ve obligada a acordar la destitución⁸⁷. No comparto esta tesis, pues considero que la decisión de la Junta acerca de si concurre o no la competencia desencadenante de la separación también debe estar sujeta a control judicial, justamente en defensa de los intereses de la minoría y, por ende, de la propia sociedad, de manera que la Junta General ha de ajustarse a criterios objetivos para estimar existente o no la concurrencia.

Una tercera línea interpretativa del precepto analizado permite dotarle de virtualidad práctica, impidiéndole que resulte prácticamente ocioso⁸⁸, y es la que resulta congruente con la lectura de que el artículo 132.2 de la LSA contempla una determinada prohibición de ser administrador. Conforme a este criterio, dado el carácter imperativo del precepto legal, su diferencia respecto del artículo 131 de la LSA y la necesidad de que la infracción de la prohibición antes citada no quede sin resultado material alguno, una vez que la Junta haya, en su caso, adoptado el acuerdo de no destitución será susceptible de impugnación por nulidad (art. 115 LSA), al ser un acuerdo adoptado en contra del imperativo artículo 132.2 de la LSA⁸⁹. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Sala I.^a del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1998⁹⁰, a propósito del supuesto de doble administración de sociedades competidoras, pero trasladable *mutatis mutandis* al presente caso, cuando, decretando la nulidad del acuerdo de no destitución del administrador incurso en esa situación de incompatibilidad manifiesta, dijo que «Del *factum* de la Sentencia de primera instancia se desprende paladinamente y sin la más mínima mácula de duda, que en la entidad recurrida... en la que ejercía como administrador L.B.J., tenía intereses contrapuestos de entidad muy importante con la

⁸⁷ Es la tesis de POLO, E., *Comentario...*, ob. cit., págs. 268-269, y «La reforma...», ob. cit., pág. 559. También la de VICENT CHULIA, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Tomo I, Vols. 1.º y 2.º, José M.ª Bosch Editor, Barcelona, 1991, págs. 634 y 944, sólo si se hace la lectura conjunta de ambas citas, pues en la primera de ellas sólo podría entenderse que se adscribe a la tercera línea interpretativa que seguidamente expongo. Más modernamente se sigue esta interpretación por MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 415.

⁸⁸ Como dice la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 8 de mayo de 1991 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez; *RGD*, núms. 580-581, enero-febrero 1993, págs. 946-948).

⁸⁹ Clásicamente ya GARRIGUES, J. y R. URÍA, *Comentario...*, ob. cit., pág. 223. Más modernamente SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 234 y VIERA GONZÁLEZ, J.A., «Las sociedades...», ob. cit., pag. 99. A la misma conclusión debe conducir la opinión de VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 17.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 389, cuando afirma que la separación del administrador competidor es obligatoria para la Junta General.

⁹⁰ Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; *RJA* 1998/6608. Esta Sentencia casó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 12 de enero de 1994, que había dicho «... el nombramiento de administradores fue hecho *intuitu pecuniae*, criterio que es aplicable a la remisión... La remoción es una cuestión en la que juegan factores como su competencia profesional, rendimiento laboral, afección a la empresa, honestidad, número de acciones que tenga en ella, y se acomoda a las reglas que dicta la lógica y la experiencia el que la sociedad, y sólo ella, sea la que decida pues es la más interesada en el curso favorable de la sociedad...», como reproducen parcialmente DE PEDRO MORO, J.L. y F. MARROQUÍN PARRA, «La diligencia...», ob. cit., pág. 4, pues se trata de una Sentencia que no he encontrado publicada en los repertorios de «Jurisprudencia Menor» que he consultado. En idéntico sentido de no reconocimiento de traba a la impugnación del acuerdo de no destitución, *vid.* el Auto de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña de 17 de enero de 2002 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Pantin Reigada; *Jur.* 2002/96854) y la Sentencia de la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de marzo de 2003 (Ponente: Ilmo. Sra. D.^a Pilar Cerdán Villalba; *Jur.* 2003/137558) –crítico esta última por su falta de claridad, pues partió de afirmar *obiter dicta* la absoluta discrecionalidad de la Junta a la hora de decidir sobre la destitución de los administradores competidores–.

firma DISA, en la que, a su vez, ejercía el mismo cargo dicha persona»⁹¹. Nótese, además, que en esta Sentencia se ha venido a concluir que «debe ser muy estricto en la valoración de la incompatibilidad y sus efectos»⁹² y que, la misma, por si fuera poco, salta el obstáculo que supone siempre la utilización de personas interpuestas, pues entiende que ello implica un evidente fraude de ley, cuya destrucción se efectúa aplicando correctamente el artículo 6.4 del CC.

Esto último es reflejo de la importancia que el Tribunal Supremo, al fin, ha dado al artículo 132.2 de la LSA, lo que vendrá, sin duda alguna, a incidir en la aplicación futura de este precepto, que hasta el presente había sido incluso minusvalorado por la doctrina, como cuando por ejemplo el Profesor VELASCO SAN PEDRO afirmó de él que «... es aparentemente de gran rigor, pues de las diversas soluciones por las que teóricamente podría haberse optado (deber de comunicación, deber de abstención, etc.), se ha elegido la más radical de la separación del administrador, aunque no la más radical en términos absolutos, que es la prevista en el artículo 126 de la PCSM, cuando combina el deber de los administradores de comunicar a los demás y, si fuese administrador único, a la Junta de Socios, su participación y sus cargos en sociedades competidores y la prohibición de competencia con cese judicial del administrador incumplidor. Si bien se mira, sin embargo, la norma es más bien simbólica, pues sujeta tal separación a dos circunstancias –la denuncia por parte de un socio y el posterior acuerdo de la Junta–, de no fácil articulación en la práctica y que deja a fin de cuentas la resolución de la cuestión en manos de la mayoría, sin perjuicio del posible control judicial de los acuerdos sociales... En el caso de las sociedades bursátiles de capital disperso, la norma es todavía más hipotética, habida cuenta de la constatada ineficacia de la Junta como órgano de control»⁹³; en esta misma línea de pensamiento tiene dicho ALCALÁ DÍAZ que «la previsión normativa del artículo 132.2 de la LSA se limita a facultar a los socios para proponer a la Junta General la separación del cargo de un administrador y a insistir en la atribución de competencia a la Junta General sobre el cese de los administradores. En consecuencia, el artículo 132.2 de la LSA cumple la función de configurar las actividades concurrenciales de los administradores como justa causa para la separación del cargo, sin que ello influya en la posición jurídica de los administradores y sin vincular a la mayoría en Junta General que de concurrir dicha causa de separación, es soberana para decidir o no el cese del administrador, manteniendo de este modo el mismo ámbito de discrecionalidad que tendría de no haberse previsto el artículo 132.2 de la LSA»⁹⁴. Es ésta una opinión doctrinal que

⁹¹ Tras una redacción confusa, ese mismo Fundamento Jurídico entendió que en la sentencia de instancia había «... una prueba contundente de la interferencia finalística entre ambas empresas comerciales, en las que la persona sujeto del acuerdo social cuya anulación se pretende prestaba sus servicios como administrador, manifestándose dicha prueba en dos datos importantes: a) Que L.B.J. actuaba por su cuenta y riesgo, con actividades paralelas, pero sin dar cuenta de su actuación al Consejo de Administración de la entidad recurrida, y b) Que L.B.J. formaba parte de dos Consejos de Administración de dos sociedades competidoras y con intereses contrapuestos».

⁹² Tras decir que «Todos estos datos, hace (*sic*) que surja ineludiblemente la cuestionada incompatibilidad, y aunque este término por alguna doctrina se estime como ya debatido desde el punto de vista jurídico, ello, no es cierto, ya que no se puede olvidar el contenido –interno y externo– de ética que conlleva dicha cuestión de la incompatibilidad, la que debe presidir toda relación social, económica y comercial, pues cuanto mejor sea la dosis de eticidad que compone el *sustratum* de la compatibilidad o incompatibilidad, mayor será la normalidad y la seguridad de toda relación social».

⁹³ *Vid.* VELASCO SAN PEDRO, L.A., «La información...», *ob. cit.*, pág. 359.

⁹⁴ *Vid.* ALCALÁ DÍAZ, M.^a A., «El deber...», *ob. cit.*, pág. 478.

ha de ponerse en cuarentena a la vista del pronunciamiento judicial antes referido, y que, además, en el caso de las sociedades cotizadas, justamente por la dispersión de su capital social, cabe entender que es más factible su aplicación, porque cualquier socio, de ese disperso capital social, puede desencadenar la destitución del administrador competidor.

La antes mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1998 pone también en duda la posibilidad de que se admita en la práctica judicial, en lo sucesivo, la tesis doctrinal defensora de la libertad de la Junta para acordar o no el cese del administrador competidor y la remisión de la impugnación del acuerdo de no revocación a su anulabilidad por lesión a los intereses de la sociedad en beneficio de los propios accionistas o de terceros ⁹⁵. Ello es consecuencia de que, a mi juicio, la mayor severidad de la nulidad embebe la anulabilidad, que, en realidad, solamente opera en defecto de la nulidad, esto es, cuando el acuerdo social impugnado no infrinja un precepto legal imperativo, como es justamente el criterio que se sigue en relación con las S.R.L., en las que, al ser válido el acuerdo que autorice a los administradores la competencia con la sociedad, ello no impide que tal acuerdo pueda impugnarse por ser lesivo para los intereses sociales y beneficioso para los del administrador ⁹⁶. La diferencia de trato entre la S.A. y la S.R.L. en este punto puede entenderse justificada desde la perspectiva de la configuración de la primera como una sociedad abierta, en la que la minoría está más necesitada de protección y en la que es más fácil que las mayorías minoritarias de control tengan una especial relación con los administradores competidores, lo que podría redundar en perjuicio de tal minoría al adoptar las mismas una actitud permisiva ante la actuación competitiva de tales administradores.

Tampoco parece, pues, que pueda admitirse en España la posibilidad que sí se regula en el parágrafo 88.1 *Aktiengesellschaft*, cuando contempla expresamente la posibilidad de que un miembro del Vorstand pueda, con la autorización expresa del Aufsichtsrat, que puede comprender sólo actividades o clases específicas de negocios, ejercer la misma actividad empresarial que la sociedad, por cuenta propia o ajena, siendo similar la situación contemplada en los artículos 101 y siguientes de la Ley de Sociedades francesa ⁹⁷.

⁹⁵ *Vid.*, entre otros defensores de esta tesis, PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber...*, ob. cit., págs. 111-112 y 118; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., *Los administradores...*, ob. cit., pág. 163 y MARTÍNEZ SANZ, F., *Comentarios...*, ob. cit., págs. 1.382 y 1.385. En la práctica entiendo que se suma tácitamente a esta interpretación la Sentencia de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de marzo de 1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio de la Campa y Cano; *RGD*, núms. 598-599, julio-agosto 1994, págs. 8.471-8.475), pues al estimar la falta de legitimación de los impugnantes del acuerdo de no destitución está a la no constancia en acta de su oposición al acuerdo citado, luego está al requisito de legitimación que el artículo 117 de la LSA impone para la impugnación de acuerdos anulables; en sentido, directo *vid.* la estimación de una impugnación del acuerdo de no cese por entenderlo lesivo para los intereses sociales en la Sentencia de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de marzo de 2003 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª Pilar Cerdán Villalba; *Jur.* 2003/137558).

⁹⁶ *Vid.* ESTEBAN VELASCO, G., «La administración...», ob. cit., pág. 743.

⁹⁷ *Vid.* una sintética exposición de tal situación, lejana de la española, en ALCALÁ DÍAZ, M.ª A., «El deber...», ob. cit., págs. 454 y 455.

Tras la reforma de la LSA en 2003, por la Ley 26/2003, de 17 de julio, la situación no cambió sustancialmente. El artículo 127 ter.4 de la LSA contempla un importante doble deber de información a materializar en la memoria respecto de las situaciones en las que el administrador participe en el capital o en la administración de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad que la sociedad que administra (véase cómo aparece aquí, y no en el art. 132.2 de la LSA como también debería ocurrir, la expresión empleada en el art. 65.1 LSRL), o realice por cuenta propia o ajena dichas actividades, deber del que, curiosamente, se olvidó la Orden del Ministerio de Economía de 26 de diciembre de 2003, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades, cuyo objeto es desarrollar el contenido de las nuevas webs corporativas, olvido que fue correctamente subsanado en la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas (Anexo I.B.1.31)⁹⁸. Se enumeran aquí, por tanto, las diversas posibilidades de competencia del administrador con la sociedad que administra. El doble deber de información referido comprende: la comunicación del administrador a la sociedad y la comunicación de la sociedad a los accionistas y a los terceros, esta última mediante la inserción de dicha información en la memoria. Partiendo de tales datos es cuando se podrá determinar si esa participación implica efectiva competencia y una vez confirmada la misma la Junta deberá actuar *ex* artículo 132.2 de la LSA cesando al administrador competidor. Entiendo que de esta forma queda satisfecho mejor el loable deseo de que el administrador competidor sea incompatible, que en la solución propuesta durante los debates parlamentarios del entonces Proyecto de Ley, cuando el Grupo Parlamentario Socialista propuso que el artículo 127 ter.4 de la LSA dijese, por lo que aquí interesa, que «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 y previa de la sociedad mediante acuerdo de la Junta de socios. Dicha autorización se incluirá, igualmente, en la memoria y en el informe anual del gobierno corporativo»⁹⁹. Y es que la citada enmienda hubiese generado, a mi entender, el problema de dejar prácticamente sin efecto el artículo 132.2 de la LSA o bien de entrañar una contradicción entre ambos preceptos que no tendría solución¹⁰⁰.

⁹⁸ Destaca esa laguna en la Orden ECO/3722/2003, VICENT CHULIA, F., «Internet y sociedades», conferencia pronunciada en el curso de las *V Jornadas de Derecho del Comercio Electrónico*, Universidad Carlos III de Madrid, 15 de marzo de 2004, al tiempo que advierte la preocupación con que el citado deber de información se recibió por parte de administradores, abogados y auditores. Preocupación, a mi juicio, lógica para los administradores competidores, no para el resto, ya que supone poner a disposición de los accionistas la información necesaria para separarles de su cargo.

⁹⁹ *Vid.* la enmienda núm. 34 del Grupo Parlamentario Socialista, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 12 de mayo de 2003, núm. 137-5.

¹⁰⁰ Con esta interpretación se salvan, a mi juicio, las dudas apuntadas en la doctrina por FERNÁNDEZ PÉREZ, N., «El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español», *RdS*, núm. 22, 2004-1, pág. 103.

Impugnación judicial + separación judicial

Cuando se impugne, por nulidad o por anulabilidad, el acuerdo de no destitución del administrador competidor persistirá el problema de que la Sentencia recaída en dicho procedimiento, aun siendo estimatoria de la demanda, carecería de virtualidad práctica en relación con lo más importante, la separación del administrador, puesto que, como es de sobra conocido, la impugnación de un acuerdo social no permite al órgano judicial suplir la voluntad de la sociedad, sustituyendo el acuerdo impugnado por otro acuerdo social, que sería, en realidad, judicial, diferente.

De ahí que lo que suele ocurrir en tal caso es que se intente el ejercicio acumulado de dos acciones: la de impugnación del acuerdo social y la de solicitar del Juez que él mismo decida el cese del administrador competidor de la Sociedad. Esta última es una proyección analógica sobre la S.A. de la acción que expresamente se contempla en tal sentido en el artículo 65.2 de la LSRL, cuya admisión en la S.A. resulta discutible, a la vista de la diferencia de redacción entre la LSA y la LSRL en este punto, y que encuentra un apoyo integrador en el artículo 148 del RRM, cuando el mismo contempla la inscripción del cese de administradores, ya por decisión de la Junta ya por decisión judicial, dando a entender que esta segunda opción es también posible en las S.A.¹⁰¹; *de lege ferenda* supera este problema el artículo 126.3 de la PCSM, pues regula expresamente, para todas las sociedades mercantiles, la separación judicial, por el Juez del domicilio social, del administrador competidor, a petición de cualquier socio. Es además una acumulación de acciones que implica otro problema, cual es el de la pretérita especialidad del procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, antes prevista en los artículos 115 y siguientes de la LSA, y de la misma presente especialidad en la LEC de 2000, lo que hace dudoso el ejercicio acumulado de ambas acciones¹⁰². Por mi parte me

¹⁰¹ Vid. ESTEBAN VELASCO, G., «La administración...», ob. cit., pág. 743; LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M., *Los administradores...*, ob. cit., pág. 163; EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios...*, ob. cit., págs. 692-694 y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», ob. cit., pág. 30. Vid. su aplicación práctica en las Sentencias de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 1 de septiembre de 2000 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; AC 2000/2569), de la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz de 22 de mayo de 2001 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Matías Madrigal Martínez Pereda; Jur. 2001/191001) —que destaca la diferencia entre los arts. 65.2 de la LSRL y 132 de la LSA, por causa de que el primero de ellos sustrae a la Junta General la decisión sobre la separación del administrador competidor, que queda atribuida directamente al Juez— y de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de julio de 2002 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez; Jur. 2004/14079). Una vez más nos encontramos ante los problemas de conexión entre la LSA y la LSRL, ¿especialidad de esta última o criterio interpretativo supletorio de la primera por su mayor juventud?, no exclusivos, por otra parte, de nuestro ordenamiento; en este último sentido ahí tenemos el ejemplo de la reforma italiana de 2003, que acarreo que en la regulación de la S.R.L. italiana no haya un precepto paralelo al artículo 2.390 del *Codice civile*, lo que ya exigió que la doctrina italiana integrara esa laguna acudiendo a tal precepto o bien al artículo 2.301 del *Codice civile*, previsto para las sociedades de personas, para entender que también en las S.R.L. los administradores están afectados por la prohibición de competencia, como, por ejemplo, razona DE ANGELIS, L., «Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata», *Rivista delle Società*, marzo-abril 2003, págs. 482-483.

¹⁰² En pro de tal ejercicio acumulado de acciones, sin dudar, fundándose en que se sigue un juicio de menor cuantía, hoy ordinario, cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 234. Hay que observar que el procedimiento de impugnación de acuerdos sociales no era un menor cuantía sin más sino un menor cuantía con especialidades; la duda está en hasta qué punto las especialidades pueden impedir la acumulación. Desde la entrada en vigor de la LEC de 2000 se trata de un juicio ordinario con especialidades.

inclino por admitir tal acumulación dado que entiendo que las especialidades del juicio de impugnación no son tantas como para primar sobre la tutela judicial efectiva, que se logra, evidentemente, mejor a través de un único procedimiento ¹⁰³, y no obligando al actor a iniciar una nueva acción, de separación judicial del administrador, tras haber tenido que superar el previo procedimiento de impugnación, lo que haría, sin duda, que la final separación del administrador-competidor (el objetivo deseado) llevaría bastantes años, con evidente peligro de que cuando se acordase la medida resultase carente de interés (otra vez el mito de Sísifo). Además, con la entrada en vigor de la LEC de 2000 las especialidades procedimentales de la impugnación de acuerdos sociales se reducen, al tiempo que se incorporan al propio texto de la Ley de Enjuiciamiento, lo que viene a ratificar mi adhesión a la acumulación de pretensiones antes referida ¹⁰⁴. Es más, a mi entender es aconsejable también, en su caso, acumular una acción social de responsabilidad contra el citado administrador (art. 134 LSA), al objeto de que indemnice a la sociedad los daños y perjuicios, consistentes por lo común en un menor desarrollo del nivel de negocio de la sociedad, causados con su actividad, si los hubiese ¹⁰⁵, cuya difícil prueba recaerá en el demandante (art. 217 LEC) ¹⁰⁶.

La vía penal. Remisión

Amén de las acciones civiles ejercitadas contra el acuerdo de no separación del administrador competidor, los accionistas perdedores en la Junta tienen a su disposición otra importante arma contra el socio administrador competidor de la S.A. que administra y que hubiera votado en contra de su separación: el delito societario de ejercicio abusivo del voto que contempla el artículo 291 del CP. Y es que en este caso se está ante un acuerdo abusivo, sin beneficio para la sociedad, en perjuicio de los restantes socios y que satisface el ánimo de lucro de tal socio administrador ¹⁰⁷.

¹⁰³ *Vid.*, en contra, GUERRERO LEBRÓN, M.^a J., «Comentario a la STS de 27 de octubre de 1997», CCJC, núm. 46, enero-marzo 1998, pág. 179: «En el procedimiento de impugnación sólo se pueden ventilar pretensiones negativas, las pretensiones positivas no tienen cabida en el cauce de este procedimiento especial», apoyándose para ello en doctrina jurisprudencial del TS emanada bajo la vigencia de la LSA de 1951, en la que el procedimiento de impugnación presentaba muchas más especialidades que tras la reforma de 1989.

¹⁰⁴ Dice a este respecto DE LA VEGA GARCÍA, F.L., «Aspectos mercantiles de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley*, núm. 5.103, 24 de julio de 2000, pág. 6, que con el artículo 249.1.3.º de la LEC 2000 se reduce a primera vista la especialidad de esta clase de procesos.

¹⁰⁵ No es necesario que los haya, como recuerdan las Sentencias de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de noviembre de 1999 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz; AC 1999/8594) y de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 31 de marzo de 2003 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª Berta Llana Álvarez; AC 2003/1500), ambas con síntesis de doctrina jurisprudencial al respecto.

¹⁰⁶ Falta en nuestra legislación la adecuada previsión en tal sentido que contiene el inciso final del artículo 2.390.2 del *Codice civile*, cuando, recuerdo, dice que el administrador, en los casos que contempla dicho precepto, «risponde dei danni», si bien ello no empece para que también en Italia se haya destacado lo difícil que en estos casos acreditar la existencia de tales daños indemnizables (así, PARACCHI, G., «Cumulo...», ob. cit. y la doctrina y doctrina que allí refiere).

¹⁰⁷ Comparto la tesis de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», ob. cit., pág. 31.

Responsabilidad del administrador competidor y del resto de administradores abstencionistas

Ya para concluir queda al margen el tratamiento de la responsabilidad en que se podría incurrir por parte de los administradores competidores, en el caso de que usasen de su información de la S.A. por ellos administrada a favor de sus propias empresas y en perjuicio de la administrada ¹⁰⁸. En tal caso, se podría ejercitar frente a ellos la acción social de responsabilidad (art. 134 LSA) para obtener la reparación del daño emergente y del lucro cesante padecidos por el patrimonio de la sociedad administrada y unidos en relación de causalidad a la conducta objeto de análisis ¹⁰⁹, pues, *prima facie*, es más difícil que sea subsumible dicha conducta en el tipo penal de la administración desleal o fraudulenta del artículo 295 del CP ¹¹⁰. Nótese que la reparación del daño ocasionado a la sociedad implica la restauración de los intereses de la misma e, indirectamente, de los de sus accionistas, lesionados, en su caso, por los resultados derivados de la competencia de sus propios administradores y que dicha reparación de daños es independiente de la separación de los administradores. Esto es, no es que haya separación porque haya daños es que hay separación porque puede haber daños ¹¹¹.

Sin abandonar la vía civil podría formularse también el ejercicio directo de una acción inhibitoria o de cesación ¹¹², que como debería plantearse, en defensa de los intereses de la sociedad, por el órgano de administración, conduce a la posible responsabilidad del resto de los administradores que, siendo no competidores, tuviesen conocimiento de la existencia de la competencia –nótese que, incluso, se ha defendido que el deber de lealtad de los administradores obliga a los competidores a poner esa circunstancia en conocimiento de la S.A., a través de su órgano de administración, que es su representante ¹¹³, en cuyo caso ese conocimiento sería más claro– hiciesen caso omiso de la misma, pues en ese momento se podría entender que esa inacción, esa omisión, también sería susceptible de causar perjuicios a la sociedad y desencadenaría su responsabilidad por incumplimiento de los deberes de diligencia (diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal) que les impone el artículo 127 de la LSA, cuya infracción genera, *ex* artículo 133 de la LSA, la responsabilidad civil de tales otros administradores.

¹⁰⁸ Por ejemplo, *vid.* el reconocimiento de tal posibilidad en DE PEDRO MORO, J.L. y F. MARROQUÍN GARCÍA, «La diligencia...», *ob. cit.*, pág. 4.

¹⁰⁹ *Vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., «Responsabilidad de los consejeros», *El gobierno...*, *ob. cit.*, págs. 571-572. En la práctica, aunque no se estime la acción social de responsabilidad por falta de prueba de los daños, es interesante la consulta de la Sentencia de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de julio de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Luis Casero Alonso; *Jur.* 2004/15058), por su admisión del ejercicio acumulado de una acción para determinar la existencia de infracción de la prohibición de competencia y otra social de responsabilidad del administrador infractor.

¹¹⁰ *Vid.* MATA MARTÍN, R.M., «Responsabilidad penal del administrador societario desleal. Estudio del artículo 295 del Código Penal», *RdS*, núm. 13, 1999-2, pág. 152, que incluye en este tipo penal las actividades del administrador en concurrencia desleal con la sociedad, así como la utilización en beneficio propio o de terceros de informaciones reservadas. Con carácter más general, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M.ª, *Los delitos societarios*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 185, considera tipificadas las acciones de los administradores en conflicto de intereses con la sociedad y en perjuicio de la misma.

¹¹¹ Como observa, por ejemplo, DE ANGELIS, L., «Amministrazione...», *ob. cit.*, pág. 482, a propósito del artículo 2.391.2 del *Codice civile*.

¹¹² *Vid.* PORTELLANO DíEZ, P., *Deber...*, *ob. cit.*, págs. 123-124.

¹¹³ *Vid.* VELASCO SAN PEDRO, L.A., «La información...», *ob. cit.*, pág. 360.

VI. CONCLUSIONES

Como conclusiones de lo que acabo de exponer extraigo, concisamente, las siguientes:

1. Es conveniente mantener en la legislación un precepto que prohíba la competencia de los administradores con la S.A. que administran.

Me he planteado la posibilidad de que las soluciones hubieran podido ser otras y todas ellas las rechazo porque considero que son susceptibles de generar mayores problemas.

De una parte, podría establecerse el sistema italiano de autorización expresa de la competencia por parte de la Junta General. Es un sistema que no me convence porque:

- a) Supone dejar la decisión a la mayoría de los accionistas, que bien pueden estar estrechamente ligados con los administradores en situación conflictiva o bien pueden incluso desconocer el verdadero alcance de la situación.
- b) Obliga, a mi juicio, a que los accionistas deban realizar una labor proactiva de investigación de la competencia, que puede resultarles costosa, para determinar hasta qué punto la situación objetiva de competencia no perjudica a la sociedad o bien aunque perjudique a la sociedad le pueda resultar interesante porque, por ejemplo, la supercapacidad del administrador haga preferible autorizarle la competencia ya que aunque concurra la misma y ello perjudique en cierta medida a la sociedad, esta última obtiene ventajas que compensan y superan a esos perjuicios por causa de esa supercapacidad.
- c) Deja en manos de los Jueces el control último, ya que siempre cabrá la posibilidad de impugnar el acuerdo autorizador por abusivo.

De otra parte, pudiera optarse por establecer escalas de limitación de competencia en función de la capacidad decisoria del administrador, de modo que se diferenciase entre delegantes y delegados, o entre unipersonales y solidarios, de un lado, y mancomunados y colegiados de otro. Tampoco considero satisfactoria esta posibilidad porque el conocimiento que, en todo caso, tiene y debe tener el administrador de la sociedad a la que administra genera una situación de riesgo, latente pero patente, cuando concurre la situación de competencia con la misma.

En fin, considero preferible la medida preventiva de la prohibición y consiguiente separación imperativa convencional o, alternativamente, judicial del administrador, porque los perjuicios que pueden derivarse de esa competencia pueden afectar a la pervivencia de la sociedad y perjudicar, máxime en el caso de las sociedades cotizadas, a multiplicidad de pequeños accionistas desconocedores de la situación, generándose además una situación de desconfianza generalizada en las inver-

siones en acciones. Además, es siempre preferible la vía preventiva a la judicialización de conductas que implica el saneamiento de la cuestión a través de la exigencia judicial de responsabilidad a los administradores competidores.

2. Sentado, pues, que, en principio, estoy conforme con el sentido que, a mi juicio, tiene el artículo 132.2 de la LSA, como he puesto de relieve a lo largo de este trabajo, el mismo presenta dificultades interpretativas y lagunas que exigen su reforma clarificadora e integradora a la vez.

3. Dicha reforma debe hacerse, en primer lugar, en el sentido de dejar claro que existiendo competencia debe, por norma imperativa como regla general, haber separación, acordada por la Junta General a instancia de cualquier accionista que haya detectado esa situación. Es una medida preventiva, como he apuntado anteriormente, imprescindible para proteger a las sociedades mercantiles, máxime cuando se trata de grandes empresas cotizadas en las que la dilución del accionariado y el enorme volumen de actividad social puede hacer más difícil el conocimiento por esa minoría del efecto perjudicial que se derive o no de la situación de competencia.

4. De otro lado, debe obligarse a que los administradores estén alerta para detectar la competencia de otros administradores y para que propongan a la Junta la separación de los mismos, considerando que dicha obligación es manifestación del deber de diligencia de aquéllos en el desempeño de su cargo.

5. Además, debe acogerse la acción de cesación judicial del administrador competidor a instancia de cualquier accionista, admitiéndose expresamente la acumulación de dicha acción con la de impugnación del acuerdo social de no destitución.

6. Al ejercitarse la acción de cesación judicial es muy importante advertir la virtualidad práctica del empleo de medidas cautelares, tendentes a obtener la separación provisional del administrador, situado bajo sospecha fundada de competencia, en tanto se sustancie el procedimiento judicial, que se puede subsumir en la aplicación del artículo 727.7 de la LEC de 2000¹¹⁴ y que mejor podría ser, para disipar dudas, objeto de tratamiento específico como una medida cautelar determinada.

7. Ha de regularse específicamente la situación de los grupos de sociedades, en los que el suprainterés del grupo, sobre el interés particular de cada entidad integrante del mismo, sí debe permitir la «competencia» de sus administradores, siempre, por supuesto, dentro del grupo y en aras de los intereses del mismo.

¹¹⁴ Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La competencia...», ob. cit., pág. 30. En la práctica, aunque se inadmitan por motivos concretos del caso, *vid.* la admisión teórica de la separación de los administradores competidores como medida cautelar en el seno de un procedimiento de impugnación del acuerdo social de no separación, en el Auto de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña de 17 de enero de 2002 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Pantin Reigada; *Jur.* 2002/96854).

8. En tanto no se apruebe la reforma propuesta que explicita las conclusiones a que acabo de llegar, considero que de la legislación vigente ha de entenderse en el sentido siguiente:

- a) La separación de los administradores competidores es obligatoria para la Junta General.
- b) Caso de que se adopte un acuerdo en contra de ella tal acuerdo será impugnabile por incurrir en causa de nulidad, al entrar en contradicción con un precepto legal imperativo es admisible la acción de cesación judicial, acumulada incluso a la de impugnación que acabo de apuntar.
- c) Los administradores competidores responderán frente a la S.A. por ellos administrada de los daños y perjuicios causados a la misma y derivados de dicha conducta desleal y negligente, no debiendo descartarse incluso la posible incursión en responsabilidad penal.
- d) Es deber de los restantes administradores, no competidores, controlar la actuación de estos últimos y promover su destitución, para, de esta forma, evitar su propia responsabilidad.