

KATTALIN OTEGUI JÁUREGUI

**LOS CONFLICTOS
PERMANENTES DE INTERÉS
ENTRE EL ADMINISTRADOR
Y LA SOCIEDAD**

Prólogo de
Alberto Emparanza Sobejano

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	17
NOTA DE LA AUTORA	21
ABREVIATURAS	23
INTRODUCCIÓN	27
CAPÍTULO I. EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULACIÓN ACTUAL	33
1. EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	33
1.1. El deber de lealtad.....	33
1.2. El fundamento jurídico del deber de lealtad.....	34
1.2.1. La relación fiduciaria entre el administrador y la sociedad.....	34
1.2.2. El principio general de la buena fe. Mención especial al deber de fidelidad.....	39
1.3. La relación entre el deber de lealtad y el deber de diligencia.....	42
2. LA REGULACIÓN DEL DEBER DE LEALTAD.....	45
2.1. Preliminar.....	45
2.2. Antecedentes.....	46
2.2.1. El Código de Comercio.....	46
2.2.2. La Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas.....	48
2.2.3. La Ley de 17 de julio de 1953, del régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.....	50

2.2.4. El Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.....	51
2.2.5. La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.....	52
2.2.6. La Ley 26/2003, de 17 de julio, 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.....	52
2.2.7. El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.....	56
2.2.8. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.....	58
2.3. La nueva regulación consagrada en la LSC tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014.....	60
2.3.1. Preliminar.....	60
2.3.2. La nueva previsión del deber general de lealtad.....	62
2.3.3. Los elementos del deber de lealtad.....	64
2.3.3.1. La representación fiel.....	65
2.3.3.2. La buena fe.....	65
2.3.3.3. La búsqueda del <i>mejor</i> interés de la sociedad.....	67
2.3.4. La interpretación del <i>mejor</i> interés de la sociedad. La influencia de la discrecionalidad empresarial....	73
2.3.4.1. Preliminar.....	73
2.3.4.2. Consideraciones generales sobre la introducción de la doctrina del <i>Business Judgment Rule</i> en España.....	74
2.3.4.3. Los elementos fundamentales de la <i>Business Judgement Rule</i> . Ámbito de aplicación.....	77
2.3.4.4. La discrecionalidad del administrador en la búsqueda del <i>mejor</i> interés de la sociedad.....	81
3. LAS NUEVAS OBLIGACIONES BÁSICAS DERIVADAS DEL DEBER DE LEALTAD (ART. 228 LSC). EN ESPECIAL, LA OBLIGACIÓN DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS [ART. 228.E) LSC].....	82
3.1. La novedosa previsión de las obligaciones <i>básicas</i>	82
3.2. La regla <i>ningún conflicto</i> [art. 228.e) LSC].....	84

3.2.1. Alcance de la obligación prevista en el art. 228.e) LSC.....	85
3.2.1.1. Preliminar.....	85
3.2.1.2. Las medidas exigibles al administrador leal.....	86
3.2.2. Los conflictos entre el interés del administrador y sus deberes fiduciarios.....	88
3.2.3. Reflexión final sobre su función preventiva.....	88
CAPÍTULO II. EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS (ART. 229.1 LSC). EN ESPECIAL, LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	93
1. EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS, EN GENERAL.....	93
1.1. Preliminar.....	93
1.2. Los casos de deslealtad <i>ex art</i> 229.1 LSC.....	94
2. EL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS: LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	99
2.1. Preliminar.....	99
2.2. El fundamento de la prohibición de competencia.....	99
2.3. Antecedentes normativos.....	101
3. LA REGULACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	105
3.1. Preliminar.....	105
3.2. Ámbito objetivo de la prohibición.....	107
3.2.1. Las actividades que entrañan competencia efectiva.....	107
3.2.1.1. El concepto de <i>competencia</i>	107
3.2.1.2. El mercado relevante.....	110
3.2.1.3. El <i>desarrollo</i> de una actividad competitiva.....	119
3.2.1.4. El necesario carácter efectivo.....	122
3.3. Ámbito subjetivo de la prohibición.....	126
3.3.1. La sociedad cuyo interés se protege.....	126
3.3.2. Los sujetos afectados por la prohibición.....	127
3.3.2.1. Los administradores sociales.....	127
3.3.2.2. Los sujetos afectados en virtud de la extensión prevista en el art. 236 LSC.....	130
3.3.2.3. El desarrollo de una actividad competitiva por cuenta propia o por cuenta ajena....	134
3.3.2.4. Los sujetos beneficiarios de la deslealtad: la complejidad del conflicto indirecto.....	150
3.4. Especialidades de la prohibición de competencia en el marco de los grupos de sociedades.....	154

	Pág.
3.4.1. Especialidades en el ámbito objetivo de la prohibición de competencia.....	155
3.4.2. Especialidades en el ámbito subjetivo de la prohibición de competencia	159
CAPÍTULO III. LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE DISTINTOS A LOS DERIVADOS DE LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	163
1. PRELIMINAR.....	163
2. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE.....	165
2.1. Características comunes de los conflictos de interés de carácter permanente.....	165
2.2. Características especiales de los conflictos de interés de carácter permanente distintos a los derivados de la infracción de la prohibición de competencia.....	168
2.2.1. Preliminar.....	168
2.2.2. El origen de la permanencia del conflicto: la relación entre el administrador y el socio que promueve su nombramiento.....	169
2.3. Especial atención al carácter potencial de los conflictos de interés de carácter permanente.....	171
3. GRUPOS DE CASOS	172
3.1. Preliminar.....	172
3.2. Los administradores designados en virtud del derecho de representación proporcional	173
3.2.1. Régimen aplicable.....	173
3.2.2. Limitaciones al ejercicio del derecho de representación proporcional: la ausencia de conflicto en el accionista promotor	175
3.3. Los administradores designados por el socio mayoritario.....	179
3.4. Los consejeros dominicales	182
3.4.1. Consideraciones generales acerca de los consejeros dominicales.....	182
3.4.2. El recelo hacia la presencia del consejero dominical.....	184
3.4.3. Mecanismos dirigidos a controlar la presencia de consejeros dominicales	185
3.5. El socio de control.....	188
3.5.1. Consideraciones generales acerca del socio de control.....	189
3.5.2. La aplicabilidad del estatuto de deberes de la LSC al socio de control	190

	Pág.
3.5.3. El socio de control como sujeto titular de conflictos de interés de carácter permanente	194
3.6. Los administradores de las sociedades paritarias.....	196
3.6.1. El control paritario como origen de los conflictos de interés de carácter permanente	197
3.6.2. Las dificultades relativas al cumplimiento del deber de lealtad por los administradores de una sociedad paritaria: la especial relación fiduciaria.....	200
3.6.3. La aplicabilidad del estatuto de deberes de la LSC a los administradores de una sociedad paritaria.....	202
3.6.4. El pacto parasocial como alternativa a la rigidez del estatuto de deberes de la LSC.....	203
3.6.4.1. La flexibilidad del pacto parasocial.....	203
3.6.4.2. El problema de la efectividad del pacto parasocial.....	207
3.6.5. La extensión del deber de lealtad al socio de la sociedad paritaria	210
CAPÍTULO IV. RÉGIMEN DE IMPERATIVIDAD Y DISPENSA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE.....	211
1. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE	211
1.1. El carácter expreso de la imperatividad. Fundamento jurídico.....	211
1.2. El carácter relativo de la imperatividad: la dispensa	213
1.2.1. Ratio de la relatividad	213
1.2.2. El carácter singular de la relatividad	216
2. EL PROCEDIMIENTO DE LA DISPENSA DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE.....	219
2.1. Preliminar.....	219
2.2. Régimen jurídico aplicable al procedimiento de la dispensa de los conflictos de interés de carácter permanente.....	220
2.2.1. Órgano competente	220
2.2.2. Régimen de mayorías.....	222
2.2.3. Requisitos formales del acuerdo de dispensa.....	224
2.2.4. Las fases del procedimiento dirigido a la concesión de la dispensa	226
2.2.4.1. La puesta en conocimiento del conflicto: la transparencia	226
2.2.4.2. La elevación del conflicto a la junta general	229

	Pág.
2.2.4.3. La adopción del acuerdo relativo a la solitud de dispensa.....	232
2.3. Las debilidades del régimen jurídico aplicable a la dispensa de los conflictos de interés de carácter permanente.....	239
2.3.1. Preliminar.....	239
2.3.2. Problemas prácticos derivados de la insuficiencia del régimen jurídico aplicable a la dispensa de los conflictos de interés de carácter permanente.....	240
2.3.2.1. Las debilidades del deber de información en el marco de los conflictos de interés de carácter permanente.....	240
2.3.2.2. Dificultades prácticas relacionadas con la elevación de los conflictos de interés de carácter permanente a la junta general por parte del órgano de administración ...	242
2.3.2.3. La complejidad del acuerdo relativo a la solitud de la dispensa de los conflictos de interés de carácter permanente.....	242
2.3.3. Propuesta para atajar la insuficiencia del régimen jurídico aplicable a la dispensa de los conflictos de interés de carácter permanente.....	244
2.3.3.1. Marco normativo complementario.....	244
2.3.3.2. Contenido sustantivo de la propuesta del marco normativo complementario.....	247
CAPÍTULO V. LOS REMEDIOS APLICABLES A LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE INCURRIR EN SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE.	251
1. PRELIMINAR.....	251
2. LOS REMEDIOS ESPECIALES APLICABLES A LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	252
2.1. Preliminar.....	252
2.2. El cese del administrador <i>ex art. 230.3.II LSC</i>	252
2.2.1. Procedimiento.....	252
2.2.1.1. La solitud del cese del administrador competidor. Órgano competente para resolver sobre el cese.....	252
2.2.1.2. La adopción del acuerdo del cese: el momento <i>oportuno</i>	253
2.2.2. Requisitos materiales: la relevancia del conflicto....	255
2.2.3. El carácter obligatorio o discrecional del cese.....	256
2.2.4. La renuncia del administrador como alternativa a su cese.....	258

	Pág.
2.3. La exclusión del socio-administrador <i>ex art. 350 LSC</i>	260
3. LOS REMEDIOS ESPECIALES APLICABLES A LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE DISTINTOS A LOS DERIVADOS DE LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA.....	263
3.1. Preliminar.....	263
3.2. Ámbito de aplicación del cese del administrador <i>ex art. 224.2 LSC</i>	263
3.2.1. La ubicación del art. 224.2 en la vigente LSC.....	264
3.2.2. Aplicación del art. 224.2 LSC en el ámbito de las sociedades anónimas. Aplicación analógica en las sociedades de responsabilidad limitada.....	265
3.2.3. Ámbito de aplicación objetivo.....	266
3.2.3.1. Especial mención a la relación entre el art. 224.2 LSC y el art. 230.3.II LSC.....	268
3.2.3.2. La aplicabilidad de los arts. 224.2 y 230.3.II LSC para cesar al administrador designado por el sistema de representación proporcional.....	271
3.2.4. Ámbito de aplicación subjetivo.....	273
3.2.5. La renuncia del administrador como alternativa a su cese.....	274
3.3. ¿La exclusión del socio-administrador?.....	275
4. LOS REMEDIOS GENERALES FRENTE A LA DESLEALTAD: SU APLICABILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE CONFLICTO DE INTERÉS DE CARÁCTER PERMANENTE.....	276
4.1. Preliminar.....	276
4.2. La obligación de devolver el enriquecimiento injusto.....	277
4.2.1. Cuestiones generales.....	277
4.2.2. Objeto de la devolución y titularidad sobre el mismo.....	280
4.2.3. Presupuestos.....	282
4.2.4. Legitimación.....	286
4.3. Otras acciones.....	287
4.3.1. La acción de impugnación.....	289
4.3.2. La acción de anulación.....	290
4.3.3. Las acciones de cesación y remoción de efectos.....	293
4.4. La acción de responsabilidad por daños.....	297
4.4.1. La infracción del deber de lealtad como presupuesto de responsabilidad.....	297
4.4.2. La culpabilidad.....	299

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
4.4.3. La acción directa de responsabilidad social con base en la infracción del deber de lealtad (art. 239.1.II LSC).....	301
4.4.4. La exención de responsabilidad <i>ex art.</i> 236.2 LSC...	302
4.5. La compatibilidad entre los remedios encaminados a combatir las infracciones del deber de lealtad.....	305
BIBLIOGRAFÍA	309
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA	325
NORMAS INTERNAS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS CITADAS.....	329
INFORMES Y OTROS DOCUMENTOS	331