



## LA PROHIBICIÓN LEGAL DE COMPETENCIA DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMPETIDORAS PERTENECIENTES A UN MISMO GRUPO DE SOCIEDADES

**JAVIER GALLEGO LARRUBIA**

Socio de Gallego Martos & Quadra-Salcedo  
Doctor en Derecho-Profesor de Derecho Mercantil UCM

Revista Aranzadi Doctrinal 1 • Enero 2015 • Págs. 29 a 35

**Fecha recepción:** 31/10/2014

**Fecha aceptación:** 28/11/2014

**Resumen:** En este artículo se analiza el problema que plantea la aplicación de la prohibición de competencia establecida por el artículo 230 de la Ley de Sociedades de capital sobre los administradores ante la existencia entre sociedades cuya actividad converge sobre los mismos mercados de relaciones de grupo a través de participaciones de control en el capital de las mismas o acuerdos dirigidos a establecer formas de colaboración empresarial, coordinación o subordinación entre ellas; situaciones muy habituales en el ámbito de las inversiones realizadas por los fondos en sus sociedades participadas. Se plantean las distintas situaciones de hecho que se pueden dar en la realidad societaria y los distintos tratamientos jurídicos esgrimidos doctrinalmente desde una perspectiva crítica, ofreciéndose soluciones ponderadas basadas en la propia experiencia real del autor.

*Palabras clave:* Prohibición de competencia, administradores, sociedades de capital, artículo 230 Ley de Sociedades de Capital, grupos de sociedades, conflicto de interés, sociedades participadas por fondos.

**Resumé:** Dans cet article on analyse le problème qui projette l'application de la prohibition de concurrence établie par l'article 230 de la Loi de Sociétés de capitale sur les administrateurs devant l'existence entre les sociétés dont l'activité converge sur les mêmes marchés de relations de groupe à travers des participations de contrôle dans le capital de la même ou des accords dirigés à établir des formes de collaboration patronale, de coordination ou de subordination entre celles-ci; des situations très habituelles dans le domaine des investissements réalisés par les fonds dans ses sociétés annoncées. Ils se posent, les situations distinctes de fait qui peuvent se rendre dans la réalité societaria et les traitements distincts juridiques affirmés doctrinalement depuis une perspective critique, en lui offrant des solutions pesées basées sur la propre expérience réelle de l'auteur.

*Des mots clefs:* la Prohibition de concurrence, les administrateurs, des sociétés de capitale, d'article 230 la Loi de Sociétés de Capitale, les groupes de sociétés, le conflit d'intérêt, de sociétés annoncées par des fonds.

Una de las prohibiciones que nuestro ordenamiento societario impone sobre los administradores de las sociedades de capital, incardinada dentro de los deberes y obligaciones de aquéllos, es la llamada prohibición de competencia, que nuestra Ley de Sociedades de Capital (LSC) establece en su artículo 230 con el siguiente tenor literal:

*«Artículo 230. Prohibición de competencia*

- 1. Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general, a cuyo efecto deberán realizar la comunicación prevista en el artículo anterior.*
- 2. En la sociedad de responsabilidad limitada cualquier socio podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior.*
- 3. En la sociedad anónima, a petición de cualquier accionista, la junta general resolverá sobre el cese de los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora».*

Además del cese de su cargo del administrador infractor de la prohibición, se establecen sobre el mismo otras importantes consecuencias jurídicas como su responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a la sociedad administrada o, por imperativo legal en el caso de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, su exclusión como socio de la sociedad (artículo 350 LSC).

Sin perjuicio de las múltiples cuestiones que plantea la aplicación e interpretación de la prohibición de competencia impuesta sobre los administradores, una de las más relevantes y complejas es la cuestión acerca de la aplicabilidad de dicha prohibición ante la existencia entre sociedades cuya actividad converge sobre los mismos mercados de relaciones de grupo a través de participaciones de control en el capital de las mismas o acuerdos dirigidos a establecer formas de coordinación o subordinación entre ellas, o, en definitiva, formas de colaboración empresarial en el más amplio sentido; situaciones muy habituales en el ámbito de las inversiones realizadas por los fondos en sus sociedades participadas.

El problema adquiere especial relevancia en relación con la habitual hipótesis de comunidad de administradores entre sociedades del mismo grupo, esto es, cuando el administrador de la sociedad tutelada por la prohibición de competencia ocupe simultáneamente el cargo de administrador de una sociedad competidora perteneciente al mismo grupo. No obstante, la cuestión sobre la aplicabilidad de la prohibición surge asimismo en todos aquellos casos en los que exista una relación de grupo entre la sociedad tutelada por la norma prohibitiva de competencia y el operador en el mercado competidor respecto a aquella, ya sea este último el propio administrador persona jurídica perteneciente al grupo de sociedades o sea otra sociedad integrada igualmente en el mismo grupo en la cual el administrador participe como socio ilimitadamente responsable o posea el control efectivo de la misma. En todos estos casos, siendo la esencia del grupo la existencia de una dirección económica unitaria, a la misma corresponde asimismo la existencia de un interés común o general (y en todo caso superior) del grupo, que engloba y supera los diversos intereses sociales de cada una de las sociedades que lo integran, lo cual pone en tela de juicio la efectiva subsistencia de la relación de compe-

tencia entre la sociedad tutelada por la prohibición de competencia y el operador que desarrolla actividad concurrente o complementaria respecto a la desarrollada por aquélla.

En esta línea se orienta un sector de la doctrina que, basándose en las experiencias extraídas en materia de acuerdos intragrupo en el Derecho de defensa de la competencia, niega la existencia de la relación de competencia entre sociedades pertenecientes al mismo grupo que operan en el mismo mercado relevante como consecuencia de la dirección económica unitaria que caracteriza al grupo; o, si existiese tal relación de competencia, ésta sería meramente formal, ya que se trataría de una competencia que se desarrollaría en el interés del grupo y bajo el constante control de la dirección unitaria del mismo, que podría hacerla cesar en cualquier momento. Así, según este sector, faltando en tales casos el presupuesto objetivo de aplicación de la prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital, esto es, la existencia de una relación de competencia, efectiva o potencial, que no sea meramente formal, no habría lugar para la aplicación de la norma prohibitiva.

Afirma el sector doctrinal apuntado que tal conclusión, además de ser sin duda cierta cuando entre las sociedades implicadas exista una relación de control absoluto, es asimismo válida cuando en la relación de grupo el control sea relativo, esto es, cuando en la sociedad controlada existan socios minoritarios externos al grupo que sean portadores de un interés opuesto al interés de grupo, puesto que, si bien estos últimos tendrían el derecho a oponerse a la supresión de la competencia entre la sociedad de la que forman parte y las otras sociedades del grupo, sin embargo, una vez que la competencia haya sido suprimida y la sociedad en la que participan haya perdido su autonomía para dictar en aras a su propio interés social su política económica con independencia del interés superior del grupo, carecería de sentido alguno la aplicación de la prohibición de competencia sobre sus administradores.

Desde un ángulo diferente del problema que nos ocupa, otra posición doctrinal propone afrontar la cuestión desde la perspectiva de la existencia del riesgo de conflicto de interés concurrencial, actual o potencial, entre la sociedad tutelada por la prohibición y el administrador, que está en la base del fundamento de la prohibición y de su función preventiva. La existencia de un interés superior del grupo, que es perseguido desde una dirección económica unitaria y aglutina los intereses sociales de las diversas sociedades integrantes del grupo, puede hacer desaparecer la duplicidad de intereses concurrencialmente contrapuestos en el mercado entre el sujeto pasivo y el sujeto tutelado por la prohibición de competencia (que justifica la existencia de dicha norma preventiva) al crear una comunidad de intereses entre las empresas que pertenecen al grupo. En este sentido ya se apuntó como principio general, en relación con la situación de comunidad de administradores en sociedades concurrentes cuando éstas pertenezcan al mismo grupo, que habrá competencia allí donde falte la comunidad de intereses entre las sociedades.

No obstante, dentro de dicho posicionamiento existen divergencias, como enseguida veremos, en torno a los supuestos en los cuales se puede producir el mencionado riesgo de colisión de intereses concurrenciales y aquellos otros en los que su inexistencia elimina la relación de competencia entre los sujetos de referencia de la prohibición de competencia determinando su inaplicabilidad al caso concreto.

No se producen tales divergencias cuando entre los sujetos de referencia de la prohibición exista una relación de control absoluto de la matriz sobre la controlada, es decir, en aquellos casos en los que en la sociedad tutelada por la prohibición no haya socios minoritarios externos al grupo que puedan ser portadores de un interés opuesto al interés del grupo. En estos casos no hay lugar para la duplicidad de intereses en conflicto, ya que existe un predominio absoluto del interés del grupo sobre los intereses sociales de las sociedades integrantes del mismo, los cuales quedan totalmente supeditados a aquél. En consecuencia, no se puede hablar de competencia, desapareciendo así el presupuesto objetivo de aplicación de la prohibición de competencia.

No parece tampoco que se pueda negar la pertinencia de los mismos argumentos expuestos en relación con la hipótesis en la que la matriz imponga administradores comunes a sociedades del grupo que sean concurrentes entre ellas pero no estén ligadas por una relación de dependencia. La hipótesis y las conclusiones que respecto a la misma a continuación se exponen comprenden, a nuestro juicio, además del supuesto de comunidad de administradores, todos aquellos casos en los que los sujetos de referencia de la prohibición de competencia sean sociedades concurrentes controladas por una misma matriz común, siempre que dicho control no sea absoluto, es decir, que existan socios minoritarios con un interés potencialmente opuesto al interés de grupo. En este supuesto, si bien la composición de los conflictos concurrenciales está confiada a las decisiones adoptadas desde el exterior por la dirección unitaria del grupo, la presencia en el Órgano de administración de las sociedades concurrentes de un administrador que es portador de un interés concurrencial potencialmente opuesto a los intereses de la sociedad que administra cumple un papel determinante y en relación al cual puede seguir observándose una situación de potencial conflicto de intereses del administrador que justifica la aplicación del artículo 230 LSC, desde una perspectiva de tutela de los intereses de los que son portadores los socios minoritarios de las sociedades controladas. De este modo, correspondería a la Junta General de socios acordar o no la dispensa de la prohibición respecto a dicho administrador, donde el voto del socio mayoritario (sociedad matriz) no debería considerarse censurable desde la perspectiva del conflicto de intereses ex artículo 190 LSC cuando exprese una exigencia de coordinación de las actividades de las controladas dirigido a la persecución de un interés común. El sometimiento de la decisión acerca de la existencia del riesgo de colisión de intereses concurrenciales al juicio de la Junta General permite valorar en particular si la exoneración del administrador del respeto a la prohibición de competencia viene impuesta por la matriz en el exclusivo interés de la sociedad concurrente o, por el contrario, responde a exigencias de coordinación y dirección unitaria del grupo con vista al logro de objetivos comunes que justifican el sacrificio concurrencial impuesto a la sociedad controlada.

Las discrepancias que anunciadas dentro de esta orientación surgen en torno a la hipótesis en que la relación de grupo existente entre la sociedad tutelada por la prohibición y el competidor sea una relación de dependencia caracterizada por el control relativo de la sociedad competidora sobre la sociedad tutelada por la prohibición (es decir, en la sociedad controlada existe una minoría de socios externos al grupo).

De una parte, se mantiene que desde el punto de vista de la controlada se puede sostener que principio tener uno o más administradores en común con la matriz no comporta para éstos una violación de la prohibición de competencia. De hecho, si

también se plantea un conflicto concurrencial entre las dos sociedades, en tal conflicto no influye tanto la posición del administrador común cuanto la posibilidad de la matriz de imponer a la controlada sus propias decisiones.

Por otro lado, parece razonable pensar que la problemática en efecto no se sitúa en la coincidencia formal de administradores en las sociedades competidoras pertenecientes al grupo, sino en la relación de los intereses de cada una de ellas y en la relación de los mismos con el interés superior del grupo, por lo que la solución que ofrece el artículo 230 LSC de cese de los administradores parece insuficiente por eludible. Deben pues encontrarse otras vías de protección de los socios minoritarios externos al grupo que, no lo olvidemos, son portadores de un interés particular legítimo que también conforma el interés social y puede contraponerse al interés de grupo. En efecto, la existencia de socios minoritarios externos, no obstante la supremacía no discutida del interés del grupo, conforma de modo diverso el interés social de la sociedad tutelada por la prohibición (la sociedad controlada) respecto al supuesto en el que el control absoluto de la matriz sobre la misma cree una comunidad de intereses perfecta donde el interés social de la controlada quede totalmente supeditado al interés del grupo. Es decir, las directrices dictadas por la matriz en contra del interés social de la controlada con socios externos desde la perspectiva concurrencial estarán justificadas sólo cuando el sacrificio concurrencial de la misma se imponga en aras del interés superior del grupo y no del interés particular de la matriz. De este modo, se plantea asimismo en la hipótesis que nos ocupa la posibilidad de existencia de un riesgo de conflicto de intereses entre el administrador de la controlada que es portador también de los intereses concurrenciales de la matriz, ya que el mismo puede actuar guiado por el interés concurrencial particular de la matriz, y no por el interés superior del grupo, en perjuicio del interés social de la controlada en el que, repetimos, también confluyen los intereses de los socios minoritarios externos formando parte de él. Por lo tanto, a nuestro juicio, también en el caso de control relativo con relación de dependencia directa entre la matriz y la controlada, la prohibición de competencia será *a priori* aplicable, y corresponderá a la Junta General decidir acerca de la existencia del riesgo de conflicto de intereses del administrador con la controlada, esto es, acerca de la adecuación de la subsistencia en el cargo del administrador al interés superior del grupo y no a los intereses particulares de la matriz en el mercado. Coherentemente con la anterior afirmación, el acuerdo de dispensa de la prohibición de competencia en favor del administrador en cuestión podrá ser impugnado por lesión del interés social de la controlada por parte de los socios minoritarios si no respondiese a exigencias de coordinación y dirección unitaria del grupo para la consecución de objetivos comunes que justifiquen el sacrificio concurrencial impuesto a la sociedad controlada.

Vista la problemática que plantea la aplicación de la prohibición de competencia al administrador que es portador de los intereses de una empresa perteneciente al grupo en el que está integrada la sociedad que administra, y entre las que existe una relación de competencia, procede abordar ahora la misma cuestión cuando entre las actividades de la sociedad tutelada por la prohibición legal y las desarrolladas por la sociedad del grupo que constituya el elemento de referencia externo de la aplicación de la prohibición exista una relación de complementariedad, dado que la prohibición legal no sólo se refiere desde el plano objetivo al desarrollo por el administrador por

cuenta ajena de actividades idénticas o análogas a las desarrolladas por la sociedad tutelada, sino también al ejercicio de actividades complementarias. La noción de actividad complementaria a tener en cuenta para valorar la existencia de una relación de complementariedad relevante a los fines de aplicación de la prohibición no goza de una única acepción, pudiendo ser complementarias en relación con la actividad principal desarrollada por la sociedad tutelada tanto aquellas actividades instrumentales (por resultar necesarias o convenientes respecto a la misma) que contribuyen a hacer posible o a perfeccionar el desarrollo de dicha actividad principal, como aquellas otras que satisfacen necesidades complementarias de la clientela que demanda los bienes o servicios que ofrece la sociedad tutelada en el ejercicio de la actividad económica a la que se dedica en el mercado. Nótese que el ejercicio por parte del sujeto pasivo de la prohibición de competencia de actividades complementarias no genera el nacimiento de una relación de competencia con la sociedad tutelada, la cual reclama ya la existencia de una situación de colisión de intereses derivada de la pugna concurrencial en el mismo mercado relevante. Sin embargo, determinados cambios o decisiones que se puedan adoptar en el seno de la empresa que desarrolla la actividad complementaria en cuestión pueden afectar negativamente a la posición concurrencial de la sociedad tutelada por la prohibición (p. ej. la alteración de las condiciones de suministro de una determinada materia prima básica para la producción de la sociedad tutelada provocaría la pérdida de competitividad relativa de la misma frente a sus competidores directos en el mercado). Ello, unido al hecho de que el administrador, como consecuencia del ejercicio de su cargo, pueda tener acceso a determinadas informaciones decisivas respecto a las necesidades y conexiones en el mercado de la actividad o actividades sociales, determina que el ejercicio, por cuenta propia o ajena, por parte del administrador de una actividad complementaria pueda generar *a priori* el riesgo del nacimiento de una situación de conflicto de intereses que la norma del artículo 230 LSC considera necesario prevenir atendiendo al deber de fidelidad que vincula al administrador para con la sociedad que administra con el fin de proteger el interés social de esta última.

No obstante, a diferencia de lo que ocurre cuando la relación que se plantea entre ambas sociedades es de competencia en sentido estricto donde, como hemos visto, se suscita la cuestión acerca de si la relación de competencia deja de existir (o, si se prefiere, se convierte en una relación de competencia meramente formal) como consecuencia de la comunidad de intereses existente entre las sociedades pertenecientes al mismo grupo, en el caso en que entre los sujetos de referencia de la prohibición exista una relación de complementariedad económica, tal relación no deja de existir a causa de la integración de los sujetos de referencia dentro del mismo grupo y la existencia de una dirección económica unitaria que vela por la realización del interés del grupo. Al contrario, la relación de complementariedad económica subsiste, pero su relevancia respecto a la aplicabilidad de la prohibición de competencia sobre el administrador de la sociedad tutelada se ve afectada por la comunidad de intereses existente entre las empresas del grupo y la supremacía del interés común sobre los intereses sociales de las sociedades que lo componen, ya que la dirección económica unitaria que preside la política económica del grupo puede anular la duplicidad de intereses concurrenciales contrapuestos que se encuentra en la base de la *ratio* de la prohibición.

Así, como hemos señalado, la integración en un mismo grupo de empresas que guardan entre ellas una relación de complementariedad económica en el mercado puede influir decisivamente en la aplicabilidad de la prohibición de competencia. Siguiendo la tesis mantenida respecto a las hipótesis de competencia entre empresas pertenecientes al mismo grupo, debemos distinguir entre el control absoluto y el control relativo de la matriz sobre las sociedades controladas, esto es, la aparición o no en escena de socios externos al grupo.

Cuando la relación de grupo entre los sujetos de referencia interno y externo de la prohibición de desarrollar, por cuenta propia o ajena, actividades complementarias respecto a las actividades a las que se dedica la sociedad que se administra esté presidida por el control absoluto de la matriz sobre la controlada no hay lugar alguno para la aparición de la duplicidad de intereses contrapuestos que genera el riesgo de conflicto de intereses que la norma trata de evitar, puesto que la comunidad de intereses entre los sujetos de referencia es perfecta, por lo que cabe concluir sin reservas que la prohibición no será aplicable.

Ahora bien, cuando el control sea relativo el riesgo de colisión de intereses puede aparecer, dado que la existencia de unos intereses legítimos de la minoría externa al grupo modula el interés social de la sociedad tutelada independizándolo, no obstante la supremacía indubitada del interés del grupo, del interés social de la matriz, de modo que será necesario recurrir a la decisión de la Junta General de la sociedad tutelada para dispensar o no al administrador de la observancia de la prohibición; autorización que estará justificada respecto al interés social de la sociedad tutelada cuando se adopte en aras del interés común del grupo por exigencias de coordinación entre las actividades económicas de los sujetos de referencia de la prohibición.

Por último, sólo nos queda hacer una breve referencia a las hipótesis en las cuales los sujetos de referencia interno y externo de la prohibición de competencia suscriban acuerdos de cooperación productiva, financiera o comercial. A nuestro juicio, en estos casos, a pesar de la comunidad de intereses que se genera entre la sociedad tutelada y el sujeto de cuyo interés es portador el administrador de la primera, puede subsistir el riesgo de conflicto de intereses concurrencial que justifica la existencia de la prohibición en determinados aspectos de la actividad de la sociedad tutelada a los que no alcancen los acuerdos de colaboración empresarial, de modo que será necesaria la intervención de la Junta General para autorizar al administrador a desarrollar las actividades externas que le hagan portador del interés potencialmente contrapuesto al interés social. La dispensa de la prohibición quedará en todo caso justificada cuando la permanencia del administrador en su cargo dentro del Órgano de administración de la sociedad tutelada venga impuesta por la comunidad de intereses generada en el sector donde ambas empresas hayan acordado colaborar económicamente.

