



Universidad
Zaragoza



ReICAZ
Real e Ilustre Colegio de
Abogados de Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

**DICTAMEN SOBRE LAS ACCIONES A EJERCITAR POR
LA SOCIEDAD ANLABE, S.L. ANTE LA
PARTICIPACIÓN DE UN ADMINISTRADOR Y SOCIO
EN EL CAPITAL DE OTRA SOCIEDAD CON IDÉNTICO
OBJETO SOCIAL**

Autor

María Romeo Galindo

Directora

Dra. Esther Hernández Sainz

Universidad de Zaragoza/ Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

Facultad de Derecho

2022/2023

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	7
II.	CUESTIONES JURÍDICAS.....	11
III.	NORMATIVA APLICABLE.....	12
IV.	FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	12
1.	POSIBLE INFRACCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD Y LAS OBLIGACIONES QUE COMPORTA POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES D. ENRIQUE Y D. SERGIO EN ANLABE. S.L.....	12
1.1.	Deber de lealtad. Concepto, naturaleza y contenido. En particular el deber de evitar situaciones de conflicto de intereses.....	13
1.1.1.	<i>Definición y desarrollo normativo del deber de lealtad.....</i>	13
1.1.2.	<i>Obligaciones básicas implícitas en el deber de lealtad. En particular, el deber de evitar conflictos de intereses.....</i>	16
1.2.	Obligaciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de intereses que han sido infringidas por los administradores.....	19
1.2.1.	<i>Transacciones prohibidas con la sociedad.....</i>	19
1.2.2.	<i>Uso indebido de activos sociales o información confidencial.....</i>	21
1.2.3.	<i>Aprovechamiento de oportunidades de negocio de la sociedad.....</i>	23
1.2.4.	<i>Realización de actividades que conlleven una competencia efectiva.....</i>	24
1.3.	La inexistencia de dispensa de estas prohibiciones por la sociedad.....	27
2.	ACCIONES A EJERCITAR FRENTE A LAS CONDUCTAS REALIZADAS POR D. ENRIQUE Y D. SERGIO EN RELACIÓN CON LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTOS DE INTERESES	31

2.1. Posibilidad de ejercitar una acción social o individual de responsabilidad.....	31
2.2. Destitución del cargo de administrador.....	37
2.3. Otras posibles acciones a ejercitar, en particular, la acción de enriquecimiento injusto.....	39
2.3.1. <i>Posibilidad de anulación de los actos o negocios realizados por los administradores como medida para la remoción de los efectos de sus actos</i>	40
2.3.2. <i>Posibilidad de ejercitar la acción de enriquecimiento injusto</i>	41
3. POSIBILIDAD DE EJERCITAR ACCIONES CON FUNDAMENTO EN LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL.....	43
3.1. Actos desleales de imitación de prestaciones.....	44
3.2. Explotación de una reputación ajena.....	46
3.3. Violación de secretos empresariales.....	47
3.4. Acciones a ejercitar contra las prácticas de competencia desleal.....	49
V. CONCLUSIONES.....	51
VI. REFERENCIAS FINALES.....	53

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art./arts.	Artículo/ artículos
CC	Código Civil
CCom.	Código de Comercio
D./ Dña.	Don/ Doña
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSE	Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales
Nº/núm.	Número
<i>Op.cit.</i>	Obra citada
P.	Página
Pp.	Páginas
S.L.	Sociedad Limitada
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase

Dictamen que emite María Romeo Galindo, Letrada del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, a instancias de D. Carlos Benito García y D. Fernando López Zalaya, socios de la mercantil Anlabe, S.L. donde a su vez, D. Fernando ocupa el cargo de administrador mancomunado, en relación con las posibles acciones a ejercitar por la sociedad Anlabe, S.L. ante la adquisición por sus otros dos administradores mancomunados, D. Enrique Sánchez y D. Sergio Nivelá, de una participación en otra sociedad con idéntico objeto social al de Anlabe, S.L., en base a los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La compañía mercantil Anlabe, S.L. con C.I.F. A-31-435259 e inscrita en el Registro Mercantil de Zaragoza en el tomo 310, folio 28, hoja ZA- 7643, es una sociedad constituida en 2005 y dedicada a la explotación y mantenimiento de parques e instalaciones de producción de energía renovable. Su capital social asciende a la cuantía total de 75.600,00 euros dividido en 700 participaciones de 108,00 euros de valor nominal unitario. El día 20 de julio de 2008, D. Fernando López Zalaya y D. Carlos Benito García adquirieron la mitad de las participaciones representativas del capital social de la compañía. El 1 de julio de 2008, fueron nombrados administradores mancomunados en junta universal, tal y como consta en el Registro mercantil. Ese mismo día, los dos únicos socios transmitieron una parte de sus participaciones a D. Enrique Sánchez Gimeno y a D. Sergio Nivelá Bribián. Desde 2008, el reparto de capital entre los socios ha permanecido invariable, siendo el siguiente:

NOMBRE Y APELLIDOS	PARTICIPACIONES	NÚMEROS	PORCENTAJES
Enrique Sánchez Gimeno	200	1 a 125 y 501 a 575	28,57
Sergio Nivelá Bribián	200	126 a 250 y 626 a 700	28,57
Fernando López Zalaya	175	251 a 375 y 576 a 625	25,00

Carlos Benito García	125	376 a 500	17,86
----------------------	-----	-----------	-------

SEGUNDO. – En cuanto a los Estatutos que rigen la estructura y funcionamiento de Anlabe, S.L. cabe destacar, a los efectos que interesan a este dictamen, los siguientes extremos:

- i) La Sociedad tiene su domicilio social en el Polígono Industrial La Chimenea, nº 7, de Zaragoza.
- ii) Entre las actividades que integran su objeto social, se encuentra “La explotación y mantenimiento de parques e instalaciones de producción de energías renovables, en especial eólica y minihidroeléctrica, así como espacios y equipamientos auxiliares o complementarios”.

Además, mediante certificación del Registro Mercantil de Zaragoza, se acredita que:

- i) El órgano de administración de la sociedad está integrado en la actualidad por tres administradores mancomunados (D. Enrique Sánchez Gimeno, D. Sergio Nivelá Bribián y D. Fernando López Zalaya), que fueron nombrados para dicho cargo el 03-02-2009.
- ii) El poder de representación de la sociedad deben ejercerlo conjuntamente al menos dos de ellos.

En la práctica, dicho poder de representación ha sido, sin embargo, ejercido casi siempre por D. Enrique y D. Sergio y, solo muy ocasionalmente, ha sido ejercido por D. Fernando de manera mancomunadamente con uno de ellos o con los dos.

Por último, Anlabe, S.L. dispone de página web en Internet, donde se pueden encontrar todos los servicios ofrecidos que, a su vez, coinciden con su objeto social anteriormente descrito.

TERCERO. - D. Enrique y D. Sergio adquirieron en fecha 04-12-2018 un 50% cada uno de ellos de las participaciones representativas del capital de Sedemetal, S.L., sociedad inscrita en el Registro Mercantil de Pamplona en el tomo 98, hoja NA- 1320 y que tiene asignado el C.I.F. N-34-145248. Su objeto social es similar al de Anlabe, S.L., pues incluye: “la reparación y mantenimiento de mini centrales hidroeléctricas”.

Sedemetal, S.L. inició su actividad en fecha 25-02-1986 y, también dispone de página web en Internet con características muy similares a las presentes en la de Anlabe, S.L. En ella se puede comprobar que Sedemetal, S.L. ya venía prestando estos servicios desde su origen en 1986 como parte de un grupo empresarial, pero únicamente para las obras que dicho grupo ejecutaba. Desde 2018, ofrece servicios de mantenimiento integral a cualquier tipo de instalación de producción de energía renovable.

CUARTO. - D. Enrique y D. Sergio fueron los administradores mancomunados de Sedemetal, S.L en el periodo comprendido entre el 04-12-2018 y el 30-11-2021, como queda acreditado mediante la certificación del Registro Mercantil de Pamplona.

La problemática radica en que, en ningún momento existió ocultación por parte de D. Enrique y D. Sergio de la adquisición de las participaciones representativas del capital social de Sedemetal, S.L, efectuadas a título personal. La posible adquisición de las participaciones de Sedemetal por Anlabe, S.L. se planteó en una reunión informal en la que estaban presentes todos los socios de Anlabe, S.L. como una forma de ampliar su negocio. La existencia de esta reunión informal puede probarse mediante los correos electrónicos y mensajes de texto, previos y posteriores que se remitieron los socios entre sí.

D. Carlos y D. Fernando no estaban interesados en que Anlabe, S.L. adquiriese Sedemetal, porque eso supondría desplazarse hasta Pamplona para trabajar, siendo el ámbito territorial de Anlabe, S.L, el propio de Zaragoza. Asimismo, y, dado que Sedemetal, S.L., en esos momentos, se encontraba en una situación económica negativa, consideraron que podría ponerse en riesgo la solvencia de Anlabe, S.L si el proyecto de ampliación empresarial no producía los resultados esperados. Ante la imposibilidad de que Anlabe, S.L. adquiriese Sedemetal, S.L., D. Enrique y D. Sergio, convencidos de que era una buena oportunidad de negocio, propusieron en dicha reunión, adquirir una participación de control en la sociedad a título personal, sin que ninguno de los presentes plantease ninguna objeción.

QUINTO. - D. Enrique y D. Sergio tras realizar una evaluación sobre la implantación que Sedemetal, S.L había conseguido en este sector, debido a su largo recorrido laboral desde 1986, resolvieron adquirir cada uno de ellos, con fecha 4 de diciembre de 2018, la mitad de las participaciones representativas del capital de Sedemetal, S.L. a pesar de que, en esas fechas Sedemetal no atravesaba su mejor situación económica. D. Enrique y D. Sergio esperaban que dicha compra les reportase beneficios en un futuro próximo, pero también relevantes ventajas comerciales para Anlabe, S.L. como vía para su expansión, debido al arraigo y reputación de que gozaba Sedemetal en Pamplona, territorio en el que Anlabe, S.L. había realizado algunos trabajos de forma esporádica sin llegar a establecerse en él. Por consiguiente, D. Enrique y D. Sergio vieron la viabilidad de crear sinergias comerciales entre ambas empresas en dicho territorio.

De esta manera, en los inicios de D. Enrique y D. Sergio a cargo de Sedemetal, realizaron sucesivos trabajos, que ya desde un primer momento, algunos de ellos fueron desempeñados por Anlabe, S.L., sucediéndose simultáneamente ambas sociedades en numerosas ocasiones, ya que, abarcaban una mayor cantidad de trabajo y obtenían mayores ventajas, llegando a tener una gestión casi unitaria. Pues bien, para D. Sergio y D. Enrique la adquisición de Sedemetal, S.L. fue concebida siempre como una misma parte del proceso de implantación de Anlabe, S.L. en Pamplona.

Sedemetal, S.L. remontó su situación económica, transformando su balance de finales del año 2018 hasta finales del año 2021 de negativo a positivo, dado la gran labor de D. Enrique y D. Sergio en su gestión. Así pues, a mediados del año 2021, recibieron una atractiva oferta económica por otra mercantil para la compra de sus participaciones y decidieron aceptarla.

SEXTO. - El 30 de noviembre de 2021, D. Enrique y D. Sergio cesaron en sus cargos como administradores mancomunados en Sedemetal, S.L, fecha en la que también vendieron la totalidad de sus participaciones en dicha compañía, obteniendo importantes beneficios económicos.

Pocos días después de la referida transmisión, D. Carlos y D. Fernando tuvieron conocimiento extraoficial de ella y preguntaron a D. Enrique y D. Sergio por si era o no cierta, por el precio de la misma y por el destino que pensaban dar a los fondos obtenidos con la venta de sus participaciones en Sedemetal, S.L; a lo que contestaron que la adquisición la habían realizado ellos a título personal, y no de Anlabe, S.L., debido a la negativa que manifestaron desde un primer momento a involucrar a Anlabe en la operación y que, por tanto, ningún derecho ostentaba D. Carlos y D. Fernando sobre tales fondos.

A tenor de las siguientes circunstancias, D. Carlos y D. Fernando entienden que los beneficios obtenidos por D. Sergio y D. Enrique pertenecen Anlabe, S.L y, en vista del rechazo mostrado por la otra parte, acuden a mi despacho en busca de asesoramiento, puesto que, pretenden presentar una demanda en el Juzgado de lo Mercantil que por turno correspondan.

II. CUESTIONES JURÍDICAS

- 1- En el caso planteado, ¿se ha infringido el deber de lealtad por parte de D. Enrique y D. Sergio? ¿existe conflicto de intereses en la toma de participación al coincidir el mismo objeto social en ambas empresas y ser ambos administradores mancomunados y socios al mismo tiempo de las dos compañías?
- 2- ¿Puede considerarse que Anlabe, S.L. concedió dispensa a sus dos administradores para realizar esta operación al ser conocida por todos los socios?
- 3- ¿Cabría ejercitar con éxito la acción social de responsabilidad social frente a D. Enrique Sánchez Gimeno y D. Sergio Nivela Bribián? ¿concurren todos los presupuestos para su ejercicio? ¿Ha habido realmente unos daños efectivos para Anlabe, S.L.? ¿y un enriquecimiento injusto por parte de D. Enrique y D. Sergio?
- 4- ¿Se podría lograr el cese de D. Enrique y D. Sergio en sus cargos como administradores de Anlabe, S.L.?
- 5- ¿Han realizado D. Enrique y D. Sergio un acto de competencia desleal? ¿podría prosperar frente a ellos alguna de las acciones previstas en la Ley de competencia desleal?

III. NORMATIVA APLICABLE

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Cc)

- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (CCom)

- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD)

- Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (LSE)

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. POSIBLE INFRACCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD Y LAS OBLIGACIONES QUE COMPORTA POR PARTE DE LOS ADMINISTRADORES D. ENRIQUE Y D. SERGIO EN ANLABE S.L.

El estudio de la cuestión objeto de este dictamen requiere, en primer lugar, de una aproximación al concepto de deber de lealtad, ya que, a pesar de la reforma llevada a cabo en la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital¹ para la mejora del gobierno corporativo, vigente hasta este momento, no hay una definición universalmente válida que delimite completamente el contenido del deber de lealtad, las consecuencias derivadas de su infracción y su

¹ La reforma de la Ley 31/2014 tiene su origen en el informe de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 y tuvo como finalidad velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de sociedades de capital para generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores, mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa.

interrelación con los posibles conflictos de intereses entre un administrador y la sociedad que administra.

1.1. Deber de lealtad. Concepto, naturaleza y contenido. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de intereses

El deber de lealtad tiene su fundamento último en el principio básico de Derecho privado de actuar de “buena fe”. Asimismo, el propio deber de lealtad es un principio fundamental de Derecho privado y puede definirse (de modo generalista) como: la obligación de cualquier agente de anteponer los intereses del principal a los suyos propios o a los de terceras personas. Este principio aparece como un deber de obligado cumplimiento en toda relación representativa, aunque en su aplicación práctica no siempre resulta sencillo determinar cuál es el interés del principal, especialmente cuando se trata de una persona jurídica².

Pese a que este deber no se encuentra únicamente vinculado al Derecho societario, nosotros nos vamos a centrar en este ámbito. Y, particularmente, en la repercusión que tiene este deber en la delimitación de las obligaciones y los límites en la actuación del administrador de una mercantil.

1.1.1. Definición y desarrollo normativo del deber de lealtad

El *deber de lealtad* consiste en la obligación del administrador de actuar en interés de la sociedad en caso de conflicto de intereses. Si esta situación se produce, el administrador debe subordinar sus propios intereses, o los de terceras personas, en favor de los de la sociedad, salvo que ésta autorice su actuación interesada, habiendo mediado notificación previa del conflicto por parte del administrador afectado³.

En función de esta conceptualización, posteriormente concluiremos si D. Enrique y D. Sergio han respetado este principio o, por el contrario, con su conducta pospusieron el interés social de Anlabe, S.L., frente a sus intereses personales, radicando una de las

² Como observa GARNACHO CABANILLAS, L., «Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital», *Revista de derecho de sociedades*, nº 52 (enero- abril), 2018. p. 4, cuando se trata de una sociedad: “El primer problema con el que nos encontramos entonces es la parquedad con la que nuestro legislador societario se refiere a ese “interés social”. Pues, aun cuando no deja de mencionar de manera reiterada en la LSC la necesidad de una actuación orgánica de acuerdo con aquél, en ningún caso llega a definirlo o delimitarlo de manera concreta”.

³ *Vid.*: RIBAS FERRER, V., «El deber de lealtad» en AA.VV., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 1620.

claves para responder esta pregunta en la manera de comunicar la decisión de adquisición de participaciones a título propio en Sedemetal, S.L.

En la actualidad, el *deber de lealtad* se encuentra regulado en el artículo 227.1⁴ de la LSC. Este precepto ofrece un tratamiento unitario del deber de lealtad, lo cual no implica que deba obviarse la estrecha relación que guarda con otros deberes, como es el deber de diligencia. Bajo la cláusula general de “diligencia del ordenador empresario”, el legislador ha regulado los deberes de diligencia o de cuidado del administrador. Estos deberes están sujetos a la directiva general de fidelidad en la atención y promoción de los intereses del principal⁵. De ahí que este deber tiene una aplicación general a todas las conductas del administrador, con la exclusión de los conflictos de interés que quedan sujetos al *deber de lealtad*. En definitiva, aunque el artículo 227.1 de LSC no incluya expresamente el término *fidelidad*, todo acaba reduciéndose a ello; pues, doctrinalmente, los deberes de los administradores de diligencia y lealtad se han considerado manifestaciones del deber de fidelidad, como conducta general que debe observar el administrador.

No siempre este tratamiento ha sido como lo conocemos hoy en día, sino que su configuración actual es fruto de un largo desarrollo normativo. Tradicionalmente, los deberes generales de los administradores han partido de un modelo de conducta basado en la “diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”, al que el artículo 127 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante TRLSA), añadió un deber de “ secreto de las informaciones” y no fue hasta la llamada Ley de Transparencia de 2003 cuando se optó por una desmembración del deber de diligencia. Por lo que concierne al *deber de lealtad*, la Ley de Transparencia mantuvo en el artículo 127 TRLSA el principio programático del deber del administrador de comportarse como un “representante leal” e incorporó al número ter del artículo 127 del TRLSA la relación de

⁴ Vid. artículo 227.1 de la LSC, a tenor del cual: «1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad».

⁵ Como describe RIBAS FERRER, V., «El deber de lealtad», *op. cit.*, p. 1613: “El deber de cuidado del administrador consiste en el conjunto de normas de conducta que, como parte de los deberes de fidelidad del administrador, orientan la función promotora de la actividad de administrar. De ello se sigue, que el deber de cuidado del administrador depende de la categoría más general de deberes de fidelidad, a su vez, subconjunto de los deberes de diligencia, cuya ubicación general se encuentra en el deber general de buena fe”.

conductas en las que se podía manifestar su incumplimiento. Con esta incorporación se reguló con mayor detalle el régimen de situaciones de conflicto del administrador con la sociedad y de las personas a él vinculadas. Sin embargo, tras la promulgación del Texto refundido de la Ley de sociedades de capital de 2010, el deber de fidelidad queda diluido en el artículo 226, precepto que recoge las reglas generales que inspiran el *deber de lealtad*⁶.

Así pues, con esta serie de modificaciones normativas a lo largo del tiempo, por fin la Ley 31/2014 por la que se modifica la LSC introduce una definición del *deber de lealtad* en el artículo 227.1 LSC, con la que se pretende retomar la expresión de la “buena fe” que, en su día, desapareció al tiempo que se sustituye el término “interés social”, por una referencia al “interés de la sociedad”. Asimismo, el artículo 228 de esta misma ley regula de forma sucesiva las obligaciones básicas que derivan de este *deber de lealtad*, para después ofrecer una relación de posibles conflictos de intereses en su artículo 229, y modelar en el sucesivo artículo 230 un régimen de dispensa. En síntesis, la actual LSC regula con mayor detalle, respecto de normas anteriores, los parámetros de la conducta y las cautelas exigibles al administrador ante situaciones jurídicas que, potencialmente, puedan comportar un conflicto entre su particular interés o el de terceros y el de la sociedad⁷.

Bien, una vez acotado el concepto del *deber de lealtad* en la figura del administrador y después de este breve introito histórico, podemos determinar que, *a priori*, ya hay una serie de indicios que determinan que D. Sergio y D. Enrique han infringido este deber, teniendo siempre en cuenta el interés supremo de la sociedad, en nuestro caso, Anlabe, S.L, pero todavía es pronto para alcanzar esta conclusión.

A continuación, vamos a analizar aquellos aspectos que comprenden el contenido de las obligaciones implícitas en el *deber de lealtad*.

⁶ Vid., HERNANDO CEBRÍA, L., «Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1» en AA.VV., *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 137-140.

⁷ Vid., HERNANDO CEBRÍA, L., «Presupuestos del deber de lealtad: ...», *op. cit.*, pp. 141-145.

1.1.2. *Obligaciones básicas implícitas en el deber de lealtad. En particular, el deber de evitar conflictos de intereses*

El artículo 228 de la LSC recoge expresamente las obligaciones básicas que el *deber de lealtad* implica para los administradores, entre las que destacamos las siguientes, en atención al caso que nos ocupa. En primer lugar, el administrador debe abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto (art. 228.c LSC). Y, en segundo término, debe adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones de conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad (art. 228.e LSC).

Esta nueva redacción del artículo 228 LSC introduce una distinción, entre conflictos de intereses en los procesos internos de formación de la voluntad orgánica de la sociedad y los conflictos en los actos externos o de representación, quedando recogidos los conflictos “internos” en la letra c) y los “externos” en la letra e), conflictos estos últimos que han sido desarrollados en el artículo 229 de la LSC, como posteriormente examinaremos⁸.

Como bien explica Juste Mencía de todos los apartados del artículo 228, la obligación contenida en la letra c) se revela como la pieza cardinal para garantizar el respeto del *deber de lealtad* en el ejercicio del cargo. Nuestro legislador se decanta, entre los distintos y posibles acercamientos al tratamiento de los conflictos de interés en el seno del órgano (o al tomar una decisión en concepto de tal), por la consistente en la prohibición de actuar. Esta toma de postura convierte el acto en desleal, con independencia de que un examen *ex post* pudiera concluir que no se perjudicó el interés social, o se produjo daño al patrimonio de la compañía⁹.

Pues bien, a la hora de calibrar el efectivo cumplimiento de tales exigencias, el interés social se erige como una referencia indispensable que permite comprobar si la gestión de los administradores está siendo la adecuada, puesto que, constituye la referencia jurídica que puede limitar el poder de actuación de los administradores. El administrador infringe

⁸ Vid., ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: ...», *op. cit.*, p. 216.

⁹ JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad» en AA.VV., *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) Sociedades no cotizadas*, Civitas, Madrid, 2015, RL-1.16, [7].

su deber de lealtad, cuando lleva a cabo actuaciones o toma medidas que, respetando aparentemente la legalidad vigente y los estatutos, vulneran el interés social, especialmente cuando las adopte anteponiendo sus propios intereses a los de la sociedad que administra, tal y como hemos visto que queda regulado en el artículo 227.1 de la LSC. De modo que la función del interés social en el ámbito del gobierno corporativo radica en que constituye un mecanismo de control de las decisiones mayoritarias de carácter discrecional que adopta el órgano de gestión de la sociedad que busca evitar que alguno o varios de los miembros de dicho órgano obtenga ventajas particulares a costa del conjunto de los intereses de la sociedad. De este modo, la vulneración o falta de respeto del interés social podrá conllevar no solo la declaración de dicho incumplimiento, sino, además, el cese del administrador que lo hubiera propiciado o, incluso, el ejercicio de una acción de responsabilidad contra el administrador que hubiera conculcado dicho interés social. Y, por supuesto, si los administradores proponen dicho acuerdo para que la junta de socios lo apruebe, por ser el órgano competente para hacerlo, en el caso de que resultará contrario al interés social y, a pesar de que respete la normativa societaria, el acuerdo en cuestión podrá ser impugnado con las consecuencias correspondientes¹⁰.

Basándonos en este tipo de consecuencias, hay que tener en cuenta que, al lado del interés social, se sitúan como elementos eventuales la lesión patrimonial y la intencionalidad del actor, de modo que, por un lado, la falta de lesión del interés social no excluye la deslealtad del acto, pero la acreditación de un daño si afecta a la determinación de la responsabilidad del sujeto activo; y, por otro lado, la intención de obtener ventaja en perjuicio de los intereses de la sociedad no es relevante para considerar la deslealtad, pues el conocimiento de la situación conflictual sujeta al afectado a los deberes y eventuales sanciones derivadas de la lealtad¹¹.

Así pues y de acuerdo con los hechos expuestos, D. Enrique y D. Sergio han vulnerado, en primer lugar, el precepto recogido en el artículo 228.c) de la LSC desde el momento en el que decidieron participar en Sedemetal, S.L., la cual presenta un conflicto de interés social directo con Anlabe, S.L en la cual D. Enrique y D. Sergio eran administradores y socios a su vez. Desde que adquirieron Sedemetal, S.L., D. Enrique y

¹⁰ EMPARANZA SOBEJANO, A., «La adecuación de los deberes de los administradores al interés social» en AA.VV., *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionas*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 89-92.

¹¹ *Vid.*, ALFONSO SÁNCHEZ, R., «Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: ...», *op. cit.*, p. 217.

D. Sergio deberían haberse abstenido de participar en cualesquiera decisiones de Anlabe, S.L. en las que existiese un conflicto de intereses con Sedemetal, S.L. Muchas de las decisiones de gestión de D. Enrique y D. Sergio en el ejercicio de sus cargos como administradores de Anlabe, S.L. se tomaron atendiendo a los intereses de Sedemetal, S.L., siendo que venían obligados a abstenerse en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 228.c) LSC. Y, además, también han infringido la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses entraban inevitablemente en conflicto con el interés social y con sus deberes como administradores en Anlabe, S.L., vulnerando el artículo 228.e) LSC, generando los denominados conflictos de intereses en los actos externos o de representación. A continuación, esta obligación se concretará en mayor medida con las prohibiciones específicas que establece el artículo 229 LSC.

Como conclusión, cabe dictaminar que, con la infracción de ambas obligaciones implícitas dentro del *deber general de lealtad* del administrador, se ha atentado contra el interés social de Anlabe, S.L, siendo el fin supremo que debe regir la actuación de todo administrador.

También podemos plantearnos si han vulnerado sus deberes de lealtad en su condición de socios, puesto que además de miembros del órgano de gestión y representación de Anlabe, S.L., son también socios. Como bien dice Sara González Sánchez¹², los concretos deberes de los socios dependerán del carácter de la sociedad, del tipo de socio y la situación de negocio, de los acuerdos contractuales, de las previsiones estatutarias, de los principios legales generales e incluso de la jurisprudencia. Los deberes se pueden clasificar, según el interés a proteger, en deberes que protegen a la compañía y sus grupos de interés, deberes que pretenden proteger el mercado y deberes que pretenden proteger el interés social. El socio deberá, en consecuencia, ser leal con la sociedad, con los restantes socios y con los terceros con interés legítimo, en sus actuaciones con la empresa, respondiendo en caso contrario por los daños causados a éstos.

Por ende, D. Enrique y D. Sergio han infringido su obligación de salvaguardar el *deber de lealtad* para con Anlabe, S.L. doblemente: primero, como administradores y segundo, como socios.

¹² GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S., «Deber de lealtad a la sociedad y a los restantes socios», *op. cit.*, pp. 367-388.

1.2. Obligaciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de intereses que han sido infringidas por los administradores

El artículo 229 de la LSC desarrolla el último apartado del artículo 228, estableciendo situaciones de conflicto de interés personales que el administrador debe evitar. Este precepto lo que hace es concretar las prohibiciones que se le imponen al administrador cuando no actúa formalmente en el desempeño de su cargo, pero que pueden dar lugar a preterir el interés de la sociedad en beneficio propio o de una persona distinta, precisamente por el control que ejercen sobre los activos sociales.

A estos efectos debe recordarse que las prohibiciones del art. 229.1 LSC se aplican no solo a operaciones en las que está implicado directamente el administrador, sino también a operaciones “en que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador” (art. 229.2 LSC).

Sedemetal, S.L. debe ser considerada persona vinculada puesto que puede subsumirse en el supuesto de la letra d) del artículo 231.1 de la LSC:

“A los efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores: Las sociedades o entidades en las cuales el administrador posee directa o indirectamente, incluso por persona interpuesta, una participación que le otorgue una influencia significativa o desempeña en ellas o en su sociedad dominante un puesto en el órgano de administración o en la alta dirección. A estos efectos, se presume que otorga influencia significativa cualquier participación igual o superior al 10 % del capital social o de los derechos de voto o en atención a la cual se ha podido obtener, de hecho, o de derecho, una representación en el órgano de administración de la sociedad”. Es evidente que Sedemetal, S.L. puede considerarse como persona vinculada, puesto que D. Sergio y D. Enrique habían adquirido la totalidad de las participaciones en que se dividía su capital social, disponiendo cada uno de ellos de un 50%.

Hecha esta precisión conviene ahora determinar las obligaciones infringidas por D. Sergio y D. Enrique, de entre las previstas en el art. 229.a LSC.

1.2.1. *Transacciones prohibidas con la sociedad*

El artículo 229.1.a) de la LSC establece el deber del administrador de abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por

tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

Para poder hacernos una idea del contenido que abarca esta obligación del administrador y así poder delimitar de una manera precisa si D. Enrique y D. Sergio la han infringido, la primera tarea que debemos realizar es una aproximación al concepto de transacción para llevar a cabo una correcta comprensión de su contenido. El término transacción es entendido como aquel acuerdo comercial efectuado entre dos partes que implica para su desarrollo, un intercambio de bienes y servicios a cambio del pago de una cantidad monetaria conocida como precio. En efecto, sencillamente es entregar dinero a cambio de obtener un bien o un servicio dentro del mercado; luego de haber alcanzado un acuerdo entre las partes involucradas.

Lo que ocurre en nuestro caso concreto es que las transacciones no se producen directamente entre los administradores y Anlabe, S.L., sino entre Sedemetal, S.L. y Anlabe, S.L. Pese a ello se puede considerar infringido el citado deber de abstención, puesto que Sedemetal, S.L. es una persona vinculada al administrador, a la cual se le aplican las mismas prohibiciones que si la transacción hubiese sido llevada a cabo de manera directa con el administrador¹³.

En otras palabras, de lo que se entiende hoy en día por transacción y de acuerdo a la normativa existente en esta materia, el administrador mientras ocupe su cargo, no debe realizar transacciones con la sociedad (ni directamente, ni a través de sociedad interpuesta) sin obtener la oportuna dispensa, con la única excepción de la regla de “*minimis*” contenida en el precepto descrito al principio de este apartado¹⁴. Esta prohibición opera de igual forma cuando la transacción es realizada por una persona vinculada al administrador, de las indicadas en el artículo 231 de la LSC, sin la oportuna dispensa recogida en el artículo 230.2 de esta misma ley. A su vez, estos comportamientos son subsumibles en el contenido del artículo 228.a), por utilizar las facultades conferidas para una finalidad distinta a que justifica su otorgamiento,

Por lo tanto, ha quedado patente la infracción de esta obligación por parte de D. Sergio y D. Enrique, puesto que, a través de una persona vinculada a ellos mismos,

¹³ Vid.: Artículo 229.2 LSC: «Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador».

¹⁴ JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», *op.cit.*, p. RL-1.17, [9].

concretamente a través de Sedemetal, S.L., han realizado transacciones con la sociedad, Anlabe, S.L. Dicha transacciones se concretan en que ambas empresas se han sucedido en la prestación de sus servicios a las mismas empresas y han realizado transacciones entre sí, siendo aprobados y concretados los contratos por los mismos administradores de ambas empresas, teniendo en ambas una influencia significativa, quienes además, en última instancia, obtenían mayores beneficios al formar parte de ambas sociedades.

Resulta palmario que la realización de cualquier transacción entre Sedemetal, S.L. y Anlabe, S.L., con cierta relevancia y que no pueda considerarse como ordinaria o realizada en condiciones estándar, llevaría necesariamente al incumplimiento de este artículo 229.1.a) LSC dado el conflicto de intereses en presencia.

1.2.2. Uso indebido de activos sociales o información confidencial

A todo administrador le está prohibido la utilización de cualquier clase de activo social para una finalidad particular, ya que el administrador no es sino un mero gestor de intereses ajenos, por lo que no debe aplicar a un uso personal lo que de ajena pertenencia tiene confiado para su empleo en el servicio del interés social¹⁵.

Dentro del término denominado activos sociales, quedan incluido todos los bienes de la sociedad, independientemente de su naturaleza, tales como: inmuebles o muebles (incluido el dinero) y todos los derechos (reales, de exclusiva, personales, etc.) que sean de titularidad social. Una cuestión que hay que resaltar por su frecuente aparición en la vida real es aquellos casos en los que se produce la utilización privada por los administradores de bienes que son propiedad de la sociedad como, por ejemplo, oficinas, viviendas, vehículos, etc., que solo deberían ser empleados para cumplir con el cometido inherente al ejercicio del objeto social de la compañía. En este último caso, es imprescindible la concesión de la dispensa para tales usos. Posteriormente, analizaremos qué requisitos y circunstancias deben producirse para su concesión

La utilización indebida de activos sociales también ha sido detectada en la práctica cuando el administrador se sirve para fines personales de la maquinaria o de los equipamientos de la sociedad que, evidentemente, deberá tratarse de usos relevantes para una finalidad particular de esa clase de material. Otra de las características de este tipo de

¹⁵ El artículo 229.1.c) prohíbe: «Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados».

conducta es el empleo para fines privados de los servicios que presta el personal de plantilla de la entidad administrada¹⁶.

Por otra parte, este apartado incluye también la utilización de información confidencial con idénticos fines. Como bien ha destacado Carmen Boldó Roda¹⁷, esta situación, en la línea descendente de lo general a lo particular, encuentra reflejo en la obligación básica del deber de lealtad, de guardar secreto sobre las informaciones a las que tenga acceso con motivo de su cargo. Igualmente, en relación con la función de representación que el administrador tiene asignada, la conducta infractora del administrador tiene lugar cuando se comunica o utiliza en beneficios de terceros. También se ha de considerar una infracción del deber de secreto la utilización particular de dicha información que debería mantenerse reservada y ser utilizada en exclusiva en el seno de la sociedad y para su solo beneficio.

En consecuencia, podemos apreciar como D. Enrique y D. Sergio han vuelto a contravenir otro de los preceptos recogidos en el artículo 229. 1 LSC, pues han hecho uso de la información confidencial de Anlabe, S.L. para beneficiar a terceros (Sedemetal, S.L.). De los antecedentes de hecho se desprende que han hecho uso de datos financieros, información sobre proveedores y ventajas comerciales e incluso de los conocimientos adquiridos en la prestación de sus servicios en Anlabe, S.L. al guardar estos últimos, una gran similitud en ambas entidades. Además, también podría probarse que parte de las tareas de administración y gestión de Sedemetal, S.L. las llevaban a cabo desde la sede de Anlabe y utilizando medios de esta (ordenadores, teléfonos, etc...)

La importancia de la infracción de estos deberes no radica solo en el perjuicio económico que puede ser más o menos cuantioso, sino en el comportamiento desleal del administrador.

Ante las prácticas indebidas de utilización de información confidencial para obtener mayores ventajas en otra sociedad y generar un beneficio propio mayor, suele reaccionarse con el ejercicio de acciones de responsabilidad y de enriquecimiento injusto; acciones que serán muy probablemente ejercidas por esta parte, que hará valer sus derechos frente a D. Enrique y D. Sergio.

¹⁶ GARCÍA, E., «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés» en AA. VV, *Comentario de la Ley de Sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3156.

¹⁷ Vid., BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores...», *op. cit.*, p.255.

1.2.3. *Aprovechamiento de oportunidades de negocio de la sociedad*

El legislador ha renunciado a detallar las oportunidades de negocio cuyo aprovechamiento por el administrador merezca el reproche de la deslealtad. Con la modificación de la LSC por la Ley 31/2014 parece que el legislador ha visto más apropiado volver a los presupuestos de origen de la regulación del *deber de lealtad* por el que se establecen dos deberes generales de los administradores: el de diligencia y el de lealtad, que ya hemos descrito en los apartados que anteceden. En este último, se enmarca la prohibición de aprovechar las oportunidades de negocio de la sociedad¹⁸.

Lo relevante de la infracción de esta prohibición es que el negocio realizado por el administrador constituya una oportunidad de la sociedad, con independencia de que tenga noticia de ella en el ejercicio de su cargo (que suele ser lo más habitual) o al margen de él. Si el administrador tiene conocimiento de una oportunidad de negocio para la sociedad, su deber de lealtad le exige el previo ofrecimiento a ésta antes de aprovecharla en beneficio propio¹⁹. Evidentemente, esta regla también se aplica cuando quien aprovecha la oportunidad de negocio es una persona vinculada al administrador (en este caso Sedemetal).

Ahora bien, tendríamos que preguntarnos ¿cuándo estamos ante una oportunidad de negocio?, la respuesta es que nos encontramos ante una oportunidad de negocio cuando se da un conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad caracterizado por la realización de actos y negocios entre el administrador y un tercero, usando información obtenida en el ejercicio de su cargo (prohibición, vista en el apartado anterior), con el fin de conseguir beneficios o ventajas que pertenecen a la sociedad. Dentro de las actividades que pueden llevarse a cabo para incurrir en la infracción de esta prohibición, destacan: las actividades competitivas, esto es, las que están comprendidas en el mercado relevante en el que se enmarca la actividad de la sociedad, así como las actividades complementarias habituales de la entidad²⁰.

En definitiva, podemos observar como esta última guarda una estrecha relación con la prohibición de competencia, lo que ocurre es que el aprovechamiento de una

¹⁸ Regulado en el artículo 229.1.d) de la LSC.

¹⁹ JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 229...», *op.cit.*, p. RL-1.17, [26 y ss.].

²⁰ BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores...», *op. cit.*, p. 256 y 257.

oportunidad no requiere el desarrollo de una actividad prolongada en el tiempo, respecto de la que resulte más clara su calificación como concurrente con la sociedad.

Una vez analizado este tipo de conductas, podemos concluir que D. Enrique y D. Sergio nuevamente han quebrantado otra de las prohibiciones que sustentan el deber de lealtad, mediante sus acciones. En primer lugar, porque aprovecharon la oportunidad de comprar las participaciones de Sedemetal, puesto que, aunque *a priori* pudiera parecerse que ofrecieron adecuadamente la oportunidad de negocio a Anlabe, S.L., la realidad es que no. Pero lo más relevante es que tras la adquisición de Sedemetal, sus comportamientos posteriores todavía se alejan más de la conducta debida por un administrador, ya que las oportunidades de negocio de que tenían conocimiento eran ofrecidas en numerosas ocasiones a Sedemetal, S.L. y aunque argumentan que eran beneficiosas también para Anlabe, S.L, este hecho que dista mucho de la realidad. Por ello, por adquirir cada uno de los demandados la mitad de las participaciones representativas del capital social de Sedemetal, S.L. y por aprovechar Sedemetal oportunidades de negocio que podría haber aprovechado Anlabe, dedicándose ambas empresas a la misma actividad, solo cabe concluir que se ha infringido la prohibición tipificada en el artículo 229.1.d) de la LSC.

1.2.4. Realización de actividades que conlleven una competencia efectiva

En el presente apartado vamos a valorar si también han infringido la prohibición de realizar actividades que comporten una competencia efectiva con la sociedad, de la cual el administrador forma parte.

La letra f) del artículo 229 de la LSC prohíbe que: “el administrador desarrolle actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad”. No obstante, no nos encontramos ante una prohibición absoluta, pues la junta general puede dispensar esta prohibición y autorizar tal realización de la actividad (art. 230.3 LSC).

Esta prohibición de competencia se justifica porque comporta una situación de conflicto de interés permanente, a diferencia de otras situaciones de carácter ocasional prohibidas también por este mismo artículo 229 de la LSC, como, por ejemplo, el

aprovechamiento de oportunidades de negocio²¹, con la que presenta una gran relación, porque como bien señaló la Sección 1ª de la APPO 379/2014, de 13 de noviembre de 2014 (ECLI:ES: APPO:2014:2508) “ *la prohibición de competencia , en el fondo, no es sino una vertiente de la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio* ”.

La infracción de esta prohibición que nos ocupa, puede ser efectuada tanto si la actividad concurrencial se realiza por cuenta propia como por cuenta ajena. En el caso que nos ocupa, nos encontramos en un “mix” entre las dos situaciones, porque recordemos son administradores de Sedemetal, S.L., pero a su vez son socios. Esta situación ha sido muy debatida por la doctrina, sobre qué ocurre cuando el administrador es socio mayoritario o de control de una sociedad que lleve a cabo una actividad competitiva en el sentido de si la situación quedaría incluida dentro del artículo 229.f) de la LSC o no. Habiendo multitud de opiniones al respecto, pero partiendo de un punto común: en cualquier caso, se considera incluida o no dentro de la prohibición, toda participación del administrador en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya su objeto social debe ser comunicada a la junta general²².

Esta prohibición se entiende infringida siempre que haya un conflicto permanente de intereses con la sociedad, es decir, un conflicto de intereses permanente, estructural, derivado de cualquier circunstancia que, objetivamente, genere una predisposición contraria a los intereses de la sociedad, una oposición o enfrentamiento estable con el interés social y, para ello, un elemento determinante va a ser el análisis del mercado donde se origina la competencia efectiva, destacando claramente el elemento geográfico, porque dos sociedades pueden perfectamente dedicarse al mismo sector e incluso tener el mismo objeto social y, sin embargo, convivir en el mercado sin perjudicarse mutuamente. Ahora bien, el elemento geográfico, va a ser el punto relevante para calificar si existen indicios de competencia efectiva, pues comprende este elemento el espacio territorial en el que la sociedad desarrolla efectivamente las actividades de producción o suministro de los productos y de prestación de servicios de referencia. Por ello, se trata de una zona en que

²¹ MONTULL URQUIJO, J., «El deber del administrador de evitar situaciones de conflicto de interés: la prohibición de competencia», *Revista Lex Mercatoria*, nº 7, 2017. pp.77-82.

²² Deber que aparece explícitamente regulado en el artículo 229.3. 1º de la LSC: «En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad».

las condiciones de competencia deben ser suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas, en particular, en las que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a las que concurren en las otras. En nuestro caso, y dada la cercanía geográfica de la sede de ambas sociedades podemos considerar que operaban en el mismo ámbito geográfico.

Por otro lado, tengamos en cuenta que la LSC no solo prohíbe la competencia actual del administrador, sino también la potencial. En la normativa de libre competencia se considera que un empresario es competidor potencial de otro cuando, aunque no produce o distribuye realmente un producto competidor, ni presta un servicio de esta índole en el mercado geográfico de referencia en su caso, sería capaz de realizar las inversiones adicionales o los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado de referencia y sería posible que lo hiciese en un corto periodo de tiempo²³.

No es esta interpretación la que prima en la doctrina jurisprudencial que ha determinado que la prohibición de competencia se infringe mediante la simple creación, sin autorización expresa de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, independientemente de que esta haya llegado a operar en el mercado de forma efectiva, salvo que se demuestre, valorando la circunstancias, que no existe contraposición de intereses²⁴.

En base a lo expuesto, esta prohibición de competencia encuentra su fundamento en el deber de abstención, derivado del deber genérico de lealtad, de modo que compete al administrador en tanto mantenga la relación que le une a la sociedad. Es decir, el deber comienza con el nombramiento, de manera que veta el ejercicio de actividades competitivas que vinieran realizando antes de él²⁵ y, al no contener límites temporales ni espaciales, se aplicará de forma territorialmente ilimitada y por todo el tiempo que dure el cargo del administrador, sin perjuicio de la posible dispensa por la empresa.

Por último, no es necesario que la competencia desarrollada por el administrador cause daños efectivos a la sociedad para que se le aplique esta prohibición legal, pues se parte de la idea de que la competencia, sea real o potencial y cause daños efectivos o no a la sociedad, debe quedar, en principio, prohibida.

²³ GALLEGO SANCHEZ, E., «La prohibición de competencia del administrador» en AA.VV., *Estudios sobre derecho de sociedades liber amicorum*, Aranzadi, 2016, pp. 369 y ss.

²⁴ BOLDÓ RODA, C., «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores...», *op. cit.*, p. 262.

²⁵ GALLEGO SANCHEZ, E., «La prohibición...» *op. cit.*, p. 379.

En consecuencia de todo cuanto antecede, al adquirir D. Enrique y D. Sergio la totalidad de las participaciones representativas del capital social de Sedemetal, S.L, han incurrido en la infracción de una doble prohibición: la de aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad que establece el artículo 229.1.d) , visto en uno de los apartados anteriores, y la de, como administradores y socios de la referida sociedad, desarrollar actividades que entrañaron una competencia efectiva con Anlabe, S.L., con la consiguiente infracción del artículo 229.1.f) de la LSC.

Como ha precisado la Sala Primera de TS en la STS 613/2020, de 17 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3794), el citado precepto prohíbe la realización por los administradores: *“de actividades que, de cualquier otro modo, les sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. Se trata de una previsión que extiende la prohibición al desarrollo por el administrador de actividades que, aunque no constituyan una competencia directa o indirecta con la sociedad, supongan la existencia de un conflicto permanente entre los intereses de la sociedad y los intereses que, actuando por cuenta propio o por cuenta ajena, detenta el administrador”*.

Llegados a este punto, podemos calificar la infracción de esta prohibición como comportamiento desleal. Es innegable el conflicto de intereses originado en la persona de D. Sergio y D. Enrique por simultanear su condición de administradores y socios en ambas mercantiles (Anlabe, S.L. y Sedemetal, S.L.); enfrentándose, como bien expresa nuestro TS en la sentencia anteriormente mencionada, *“al cumplimiento de deberes que son incompatibles entre sí”*, ya que, *“debían optar por actuar en interés de la sociedad de que eran administradores (desde un inicio), respecto de la que tenían un deber de lealtad (es decir, en interés de Anlabe, S.L.) ... o hacerlo en interés de (Sedemetal, S.L) la que eran también administradores”*.

Con su conducta de avaricia han originado un conflicto de intereses que no solo ha sido potencial, sino efectivo, puesto que, algunos de los servicios ofrecidos y desempeñados por Sedemetal S.L, podrían haber sido realizado por Anlabe, S.L., saliendo todos beneficiados y sin incurrir en estas prohibiciones.

1.3. La inexistencia de dispensa de estas prohibiciones por la sociedad

En todas las prohibiciones anteriormente desarrolladas y contenidas en el artículo 229 de la LSC, hemos visto, que la única salvación de los administradores para no infringir el *deber de lealtad*, aquel deber que debe prevalecer en todo momento, es obtener dispensa

por parte de la junta general en una sociedad limitada. Esta posible dispensa encuentra su sustento en el artículo 230 de la LSC. Asimismo, el mencionado precepto recoge que “el régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo”; y que “no serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo”. A través de esta expresa indicación se pone de relieve la intención del legislador de aclarar el alcance normativo de la regulación del *deber de lealtad* al subrayar su carácter indisponible. Es decir, el carácter imperativo de este régimen supone que no son admisibles los pactos que exoneran o incluso reducen la responsabilidad por la infracción de las obligaciones derivadas del citado *deber de lealtad*. La sociedad no puede autorizar que un administrador abuse de sus facultades, ni puede dispensar, con carácter general, al administrador del deber de confidencialidad. A pesar de ello, la imperatividad del régimen se dulcifica con la posibilidad de que la sociedad dispense de las obligaciones singulares derivadas del *deber de lealtad*, como bien, han sido expuestas en el artículo 229 de la LSC. Se trata de una consecuencia natural de la razón de ser de este deber. Si este deber se explica en el contexto de los conflictos de interés, es lógico que quien podría verse perjudicada (la sociedad), pueda dispensar de su cumplimiento en aquellos casos concretos y singulares que no puedan generarle perjuicio alguno. Sin embargo, el régimen legal no contempla esta posibilidad de forma ilimitada. Al contrario, el artículo 230 de la LSC establece un régimen estricto para que la sociedad pueda dispensar válidamente al administrador de su *deber de lealtad*²⁶.

Entonces, debemos analizar en qué casos autorizados por la ley habría la posibilidad de obtener dispensa, para ver con mayor precisión, si D. Enrique y D. Sergio la podrían haber obtenido si hubiesen comunicado correctamente sus intenciones de adquirir Sedemetal, S.L. y, no la mera sugerencia verbal, informal y sin concreción, que transmitieron al resto de administradores de Anlabe, S.L. sin llegar a especificar o notificar, que si la sociedad no participaba en la adquisición del capital social de Sedemetal, S.L., lo realizarían ellos a título personal.

En primer lugar, para poder acceder a esta denominada dispensa, se exige que la autorización se otorgue “*en casos singulares*”. Esta mención parece excluir la posibilidad de que la sociedad pueda otorgar autorizaciones genéricas, tanto desde el punto de vista

²⁶ OTERO MOYANO, A., «Imperatividad del deber de lealtad de los administradores y posibilidad de dispensa» en AA.VV., *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*, Dykinson, S.L, Madrid, 2015. pp. 95 y ss.

objetivo como temporal. Podría llegarse a entender, por ejemplo, que sería inválida una autorización por la que una determinada sociedad autorizase a un miembro de su consejo de administración a ser nombrado (o mantenerse en el cargo de) miembro del consejo de administración de cualquier otra sociedad respecto de la que razonablemente puede preverse existirán en el futuro un conflicto de intereses. No ocurre así con autorizaciones singulares concedidas al administrador en supuestos concretos, en los que la sociedad puede estimar que la satisfacción por el administrador de sus intereses privados no contradice o es compatible con el interés social²⁷.

Por consiguiente, si reflexionamos un poco sobre todo lo relatado hasta el momento, enseguida llegamos a la siguiente conclusión: D. Enrique y D. Sergio podrían haber tenido acceso a una dispensa si, primeramente, hubiesen seguido el procedimiento establecido por la LSC para su obtención; circunstancia que no puede considerarse acreditada en forma alguna. Pues bien, la comunicación realizada por ambos la podemos calificar como “informal”, sin ninguna eficacia legal; ya que no hay un procedimiento o hecho semejante que se le parezca para considerarlo válido y eficaz. Asimismo, por si todo ello fuese poco para acreditar la inexistencia de dispensa, en el hipotético caso de haber realizado el oportuno procedimiento para su autorización, en mi opinión, tampoco hubiese sido posible finalmente su obtención, sino que la junta general de Anlabe, S.L. la hubiese rechazado. Y todo ello debido a que la ley solo permite su concesión para “*casos singulares*” sin saber con precisión que se entiende por tales. Y en todo caso, podríamos entender dentro de estos casos, aquellos supuestos en que el administrador realizase tareas sin relación con el objeto social al que se dedica Anlabe, S.L.; pero bajo ningún concepto es posible autorizar dispensa a un miembro de su órgano de administración a ser nombrado miembro del órgano de administración de otra sociedad con la que se prevea que puede existir el mínimo conflicto de intereses, ya que, siempre debemos de suponer en estos casos que se hará uso de la información adquirida en la primera sociedad.

Aun con todo ello, hay otra poderosa razón por la que no puede considerarse otorgada dispensa alguna y es la falta absoluta de respeto al procedimiento fijado en la LSC para obtener dicha dispensa. Y es que la dispensa de la prohibición de competencia debe concederse “mediante acuerdo expreso y separado de la junta general” (art. 230.3

²⁷ OTERO MOYANO, A., «Imperatividad del deber de lealtad...» *op. cit.*, p. 97.

LSC). En consecuencia, el procedimiento para obtener la dispensa debiera haber sido el siguiente²⁸:

- a) La convocatoria de la junta deberá incluir el tema en el orden del día a los efectos de que los socios puedan recibir puntualmente información sobre su contenido.
- b) El socio interesado en el asunto puede participar en el debate referido al conflicto de interés. Un socio se encuentra en la posición de interesado, porque el administrador interesado reúne a su vez la condición de socio o porque el socio es parte vinculada del administrador.
- c) En relación con el derecho de voto, el socio de una sociedad de capital debe ajustarse al contenido del artículo 190.1 de la LSC que le impide ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC.
- d) El socio interesado debe comunicar su interés en el asunto, ya sea, al órgano de administración, antes de la celebración de la junta, o el mismo día de la celebración, al presidente de la junta.
- e) El acuerdo se debe adoptar por mayoría reforzada de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social (art. 199 letra “b”, en relación con el art. 230 LSC).

Por si todo lo expuesto fuese poco para acreditar la imposibilidad de obtener dispensa y su inexistencia en el caso presente, la LSC en su artículo 230 establece requisitos adicionales para la prohibición de no competencia, que solo podrá ser objeto de dispensa cuando no quepa esperar daño para la sociedad o bien si el daño esperado se ve compensado por los beneficios que se prevé obtener de la dispensa. No establece la LSC qué criterios deben utilizarse para justificar la previsión o no de un eventual daño futuro ni cómo debe realizarse la valoración del potencial beneficio, lo que queda a la definición de la jurisprudencia futura. En todo caso, aun cuando dicha valoración debe realizarse por la junta general (a la que se somete expresamente la eventual dispensa de deber de no competencia), parece que una acción tendente a la nulidad de la dispensa podría ser

²⁸ RIBAS FERRER, V., «El deber...» *op. cit.*, pp. 1651 y 1652.

exitosa, en la medida en que consiguiese acreditar la realidad del daño (o que, en su caso, el daño es mayor que el beneficio)²⁹.

En definitiva, ha quedado ya lo suficientemente establecida, la inexistencia por parte de D. Enrique y D. Sergio de dispensa para la realización de las conductas prohibidas en el artículo 229 de la LSC y su imposible consecución, aunque la hubiesen sometido a la aprobación de la Junta General de Anlabe, S.L., por afectar directamente al interés social de la mercantil.

2. ACCIONES A EJERCITAR FRENTE A LAS CONDUCTAS REALIZADAS POR D. ENRIQUE Y D. SERGIO EN RELACIÓN CON LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTOS DE INTERESES

Una vez analizadas todas las conductas llevadas a cabo por D. Enrique y D. Sergio de las que trae causa una infracción del deber de evitar situaciones de conflicto de intereses, vamos a estudiar qué acciones se encuentran disponibles para ser ejercitadas por Anlabe o por D. Fernando y D. Carlos para castigar dichos comportamientos y ver resarcidos los perjuicios causados a Anlabe, S.L.

2.1. Posibilidad de ejercitar una acción social o individual de responsabilidad

A continuación, en este apartado vamos a proceder al análisis del régimen de responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital que encuentra su sustento en los artículos 236 al 241 de la LSC. Este conjunto normativo tiene dos propósitos. En primer lugar, sirve al objetivo de controlar la gestión de los sujetos que, a través del órgano de administración, tienen la posibilidad de concertar el poder de decisión de la sociedad, estableciendo así la necesaria correspondencia o equilibrio entre poder y responsabilidad. Cumpliendo, de tal modo, con la función de asegurar el desarrollo de la diligencia debida en el ejercicio de su gestión y, por tanto, de prevenir el incumplimiento de los deberes que pesan sobre ellos frente a la sociedad a la que representan. Y, en segundo lugar, desempeña una función resarcitoria del daño causado. La disponibilidad de una acción de responsabilidad civil contra los administradores de la sociedad refuerza las probabilidades de que los sujetos dañados vean resarcidos los

²⁹ OTERO MOYANO, A., «Imperatividad del deber de lealtad...» *op. cit.*, p. 96 y ss.

prejuicios sufridos; pues, según los casos, podrán accionar, alternativa o cumulativamente, tanto contra la sociedad como contra sus administradores³⁰.

El artículo 236.1 de la LSC³¹ establece el ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital. Es una responsabilidad de carácter contractual que permite a la sociedad reclamar a los administradores los daños y perjuicios ocasionados por estos en el desempeño de su cargo. Como en toda responsabilidad de aquel carácter, el éxito de la demanda requiere que se acredite una conducta por acción u omisión antijurídica e imputable a los administradores a título de dolo o culpa, el daño cuantificado al patrimonio de la sociedad y la relación de causalidad entre tal conducta y el daño.

Así pues, tal y como ha sido señalado por la Sala Primera del Tribunal Supremo (en adelante TS) en diversas Sentencias (STS) entre las que cabe citar la nº 391/2012 de 25 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5815), nº 346/2014 de 27 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3158), nº 281/2017 de 10 de mayo 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1859), nº 221/2018 de 16 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1319), para que los administradores incurran en dicha responsabilidad, deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores, es decir, una acción u omisión de los administradores en el desempeño de su cargo. Comprende actos individuales, como por ejemplo decisiones de un administrador único o actos de un administrador contrarios a un acuerdo del consejo, y también actos conjuntos o colectivos (por ejemplo, un acuerdo del consejo de administración que resulta lesivo).

No importa, en cambio, que el acto no sea competencia del órgano de administración, pues lo relevante es que el acto se haya realizado en el ejercicio de sus funciones, de tal forma que la responsabilidad puede derivar, precisamente, de la realización de actos que exceden de sus competencias.

³⁰ *Vid.*, GRIMALDOS GARCÍA, M^a. I., «Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: ...», *op. cit.*, p. 308.

³¹ Art.236.1. de LSC: «Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales».

2. Que la conducta del administrador merezca la calificación de antijurídica, por infringir la ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal. La ley fija unas pautas de comportamiento para los administradores (arts. 225 a 231 de la LSC), y si el administrador se aparta de ellas y causa daño a la sociedad, a los socios o a los terceros incurre en responsabilidad (art. 236.1 de la LSC).
3. Que el administrador haya obrado con dolo o culpa, incluso leve
4. Que la sociedad sufra un daño debido a la actuación del administrador; y
5. Que exista una relación de causalidad entre el actuar del administrador (o su omisión de la conducta debida) y el daño causado.

Actualmente, la acción social de responsabilidad se encuentra regulada dentro del artículo 238 de la LSC. Para la interposición de la acción social se atribuye legitimación activa a la propia sociedad, pues es la perjudicada principal (art. 238 de la LSC). De forma subsidiaria la legitimación corresponde a la minoría (socios que ostente el 5% del capital) y a los acreedores (arts. 239 y 240 de la LSC). Además, excepcionalmente, se otorga legitimación directa a los socios que ostentan un 5% del capital, cuando la acción se fundamente en la infracción del deber de lealtad (art. 239.1. 2º de la LSC).

La acción habrá de dirigirse (legitimación pasiva) contra el administrador o los administradores causantes del daño. Ahora bien, debemos tener en cuenta que se presume una culpabilidad colectiva de los miembros del órgano administrativo, al declarar el art. 237 de la LSC la responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo.

Para el ejercicio de dicha acción por la sociedad será necesario la previa adopción de un acuerdo al efecto por la junta general, no siendo necesario que conste en el orden del día. A su vez, hay que tener en cuenta que la adopción de este acuerdo comporta la inmediata destitución de los administradores afectados (art. 238.3 de la LSC). La ejecución del acuerdo corresponde a los administradores no afectados por el ejercicio de la acción de responsabilidad o a los nuevos nombrados en sustitución de los destituidos. La ley prohíbe que los estatutos o cualquiera otra disposición existente fijen una mayoría especial para la adopción del acuerdo de exigencia de responsabilidad.

Adoptada la decisión de ejercitar la acción, con posterioridad, la sociedad puede transigir o renunciar a esta acción, siempre que no se opongan socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social.

En síntesis, nos situamos, por tanto, ante una acción de corte subjetivo que se basa en la concurrencia de culpa o dolo en los miembros del órgano de administración. No se requerirá al demandante que despliegue un esfuerzo probatorio dirigido a demostrar la culpabilidad. En su caso, corresponderá al administrador demandando acreditar alguna circunstancia que, por revelar la ausencia de culpa, según los términos fijados en la ley, no permita el éxito de la acción³².

Esto es todo en cuanto a la acción social, pero en nuestro ordenamiento poseemos otra acción, la acción individual de responsabilidad por daños causados por los administradores de la sociedad de capital, cuyo objetivo es la restauración del perjuicio directamente sufrido por los socios y por los terceros como consecuencia de la conducta antijurídica de los administradores. La opinión doctrinal mayoritaria califica esta acción como una acción de carácter especial dentro del Derecho de sociedades. El fundamento jurídico- material de la acción individual está integrado por los artículos 225 y ss. de la LSC como normativa de carácter especial propia de del Derecho de Sociedades. Dicha acción ha quedado reforzada con la Ley 31/2014 a través del artículo 241 bis LSC que otorga un tratamiento unitario a esta acción junto con la acción social en relación al régimen de prescripción. Ambas acciones poseen la misma naturaleza y el mismo objetivo: la reparación del daño irrogado, con culpa o negligencia, por acciones u omisiones derivadas de su función orgánica en la sociedad³³. La diferencia fundamental entre ambas acciones es que para la estimación de la acción individual se requiere que la conducta de los administradores haya irrogado un perjuicio directo en la esfera patrimonial del socio o del tercero. En los supuestos en que el daño causado es reflejo del ocasionado a la sociedad, no procede el ejercicio de la acción individual, sino el de la acción social³⁴. Cabe ejercitar la acción individual en supuestos de daños derivados de hechos tales como la comisión de los denominados ilícitos de empresa (causación de daños como consecuencia de la infracción de normas reguladoras del ejercicio de la actividad económica); la intromisión ilícita del administrador en las relaciones entre el

³² JUSTE MENCÍA, J., «Artículo 236...», *op. cit.*, p. RL-1.20, [19 y ss.]

³³ *Vid.*, SALDAÑA VILLOLLO, B., «Acciones de responsabilidad:», *op. cit.*, pp. 405 y ss.

³⁴ *Vid.* p. ej. STS, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:385).

socio y la sociedad (p. ej. el administrador se niega a pagar el dividendo acordado a un concreto socio); o la intromisión ilícita del administrador en las relaciones de la sociedad con un tercero.

En atención a todo lo expuesto, en el caso que nos ocupa, concurren todos y cada uno de los requisitos legal y jurisprudencialmente necesarios para que prospere la acción social de responsabilidad. Veamos el porqué:

- i) Las conductas de D. Enrique y D. Sergio descritas en los antecedentes de hecho supusieron una infracción clara de su *deber de lealtad* en su condición de administradores. Esto es; les resultan imputables acciones u omisiones antijurídicas que vulneraban el deber de lealtad. Tales actos y omisiones son imputables a ambos administradores en el ejercicio de su cargo.
- ii) Como he señalado, anteriormente, dichos actos vulneraron la LSC, así como el estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y aun representante leal, ya que beneficiaron a D. Enrique y D. Sergio y perjudicaron a Anlabe, S.L.
- iii) Ya ha quedado dicho que los referidos actos infringieron el *deber de lealtad* que establece el artículo 227 de la LSC y alguna de las obligaciones legales específicas que este implica, por lo que, conforme a lo dispuesto en el último inciso del artículo 236 de la LSC, la culpabilidad de D. Enrique y D. Sergio, queda implícita en esos actos y, por ende, debe presumirse en todo momento, hasta que se demuestre lo contrario.
- iv) Finalmente, existe una evidente relación de causalidad entre dichos actos cometido por los administradores: D. Enrique y D. Sergio y el daño sufrido por Anlabe, S.L., ya que, si estos últimos no hubiesen llevado a cabo ninguno de sus actos y conductas, Anlabe, S.L no habría sufrido ningún perjuicio para sí. En caso de ejercicio de la acción de responsabilidad será muy importante el estudio de las cuentas de resultados de Anlabe y Sedemetal para determinar con precisión, antes de plantear la demanda, el importe del daño que se va a reclamar

La responsabilidad de los demandados por los mencionados hechos, conlleva, como bien se ha anticipado al principio de este apartado, la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social y la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido.

2.2. Destitución del cargo de administrador

Dado que ni D. Enrique ni D. Sergio han respetado los deberes inherentes propios a su cargo, lo más adecuado es que cesen³⁵ de su cargo como administradores de Anlabe, S.L., puesto que ambos se han dedicado en la condición de socios únicos y administradores de Sedemetal, S.L., al tiempo que seguían siendo administradores y socios de Anlabe, S.L. al desempeño de las mismas actividades o de análoga relación a las que ya venían ejerciendo, sin expresa autorización de Anlabe, S.L. En consecuencia, concurren todos los requisitos exigibles para decretar el cese de D. Sergio y D. Enrique en el cargo de administradores de Anlabe, S.L. Esta es una cuestión que no alberga duda alguna. Ahora bien, existen diferentes alternativas para la consecución de este resultado.

La primera y más adecuada dadas las circunstancias ante las que nos encontramos es el ejercicio de la acción social por Anlabe, S.L. (como legitimación activa que ostenta), ya que, si la junta acuerda el ejercicio de la acción social de responsabilidad, el cese de los administradores es automático (art. 238.3 LSC). El acuerdo de ejercitar la acción social conlleva la destitución inmediata del cargo de administradores de D. Enrique y D. Sergio.

Las dificultades aparecen si la junta de Anlabe, S.L. descarta el ejercicio de la acción social, situación que puede producirse porque D. Enrique y D. Sergio poseen la mayoría del capital social y, por ende, la mayoría de votos. Debemos tener en cuenta que conforme al art. 190.1 LSC no vienen obligados a abstenerse de votar en dicho acuerdo, aunque posteriormente pudiera ser impugnado por considerarse lesivo para los intereses de la sociedad (art. 190.3 LSC)³⁶. Probablemente, el acuerdo no se va a poder alcanzar porque

³⁵ VILLAMIL FERREIRA, V., *La separación de los administradores en las sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 213 y ss.

³⁶ *Vid.* Art. 190 de la LSC: «3. En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incurros en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el

D. Enrique y D. Sergio no van a votar en su propia contra y la ley regula que será necesario que el acuerdo sea alcanzado por mayoría de votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital socio, sin que computen los votos en blanco (art. 198 de la LSC), Por ello en caso de que en que la junta general de Anlabe, S.L. convocada al efecto, no pueda alcanzarse esta mayoría, por el voto en contra de D. Enrique y D. Sergio, nuestro clientes podrían ejercitar de forma subsidiaria la acción social de responsabilidad (art. 239 LSC) o impugnar el acuerdo contrario a la decisión de no exigir responsabilidad (art. 190 y 204 LSC), pero tales acciones no comportarían la destitución del administrador de su cargo.

El cese podría intentarse al amparo del art. 224.2 LSC que determina que los administradores con intereses opuestos a los de la sociedad, cesarán en el ejercicio de su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general. En este caso, el acuerdo contrario al cese debe ser motivado y equivale a una autorización para mantener intereses opuestos, por lo que consideramos que por esta vía, si operaría el deber de abstención previsto en la letra e) del art. 190.1 LSC. En consecuencia, al no poder votar d. Enrique y D. Sergio, podría adoptarse válidamente el acuerdo de cese.

2.3. Otras posibles acciones a ejercitar, en particular, la acción de enriquecimiento injusto

El artículo 232 LSC permite acompañar el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en sus artículos 236 y ss. con el ejercicio de otras acciones como las de: impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su *deber de lealtad*. Lo que se pretende con este artículo es la inclusión de un reconocimiento expreso de la compatibilidad de la acción de responsabilidad con el ejercicio de las otras acciones y, aunque la norma se olvida de mencionarla, con el de la acción de devolución del enriquecimiento injusto obtenido por el administrador a la que sí se refiere el art. 227.2 LSC. Con ello, se está reconociendo también por la LSC que la responsabilidad de los administradores no es el único remedio para la lesión de la infracción del *deber de lealtad*. Dicho de otra forma, mientras el artículo 227.2 de la LSC establece una acción que podría denominarse especial para los casos de infracción del *deber de lealtad* (la de devolución

socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los que impugnen la acreditación del perjuicio al interés social».

del enriquecimiento obtenido por el administrador), el artículo 232 de LSC no introduce acciones especiales, sino que se limita a reconocer que las indemnización de daños y la devolución de enriquecimiento injusto son compatibles con las demás acciones disponibles en el ordenamiento para hacer frente al comportamiento de los infractores de este deber³⁷.

Sea como fuere, con los artículos 227.2 y 232 de la LSC queda establecido el panorama de remedios frente a las infracciones por los administradores de su *deber de lealtad*, entre las que destacan las acciones de cesación y remoción, cuya finalidad respectiva es la obtención de una resolución judicial de cese de actividades contrarias al deber de lealtad o, en caso de terminación del comportamiento infractor, de eliminación de los efectos causado por esas actividades (artículo 1.098 del CC).

En atención a lo expuesto, D. Enrique y D. Sergio podrían enfrentarse a acciones dirigidas a la anulación de la posible transacción realizada (art. 232 LSC) y a la devolución a la sociedad del beneficio obtenido como consecuencia de la operación llevada a cabo o de la situación de conflicto permanente en la que han estado inmersos (art. 227.2 LSC). Con ambas fórmulas se pretende reforzar el régimen del deber de lealtad del administrador y endurecer las sanciones a fin de que no caiga en la tentación de llevar a cabo actuaciones que puedan enriquecerle a costa de perjudicar directa o indirectamente los intereses de la sociedad

2.3.1. Posibilidad de anulación de los actos o negocios realizados por los administradores como medida para la remoción de los efectos de sus actos

La anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad se encuentra regulada en el artículo 232 de LSC, siendo compatible su ejercicio con el de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y ss. LSC.

En nuestro caso concreto, cabría la posibilidad de solicitar la acción de remoción de efectos prevista en este artículo 232 de la LSC dada su compatibilidad con el ejercicio de la acción social, para que, mediante resolución judicial, se eliminen todos los efectos causados por las actividades infractoras del *deber de lealtad* por parte de D. Enrique y D. Sergio, ya que, solicitar una cesación de las actividades contrarias a este deber, no tendría

³⁷ GARCÍA- VILLARRUBIA BERNABÉ, M., «El problema de la legitimación en la minoría en las acciones de los artículos 227.2 y 232 LSC» en AA.VV., *Derecho de sociedades: Los derechos del socio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 182 y ss.

mucho sentido, puesto que, ambos administradores han procedido a la venta de su participación en Sedemetal, S.L. y ya no ostentan cargo alguno en dicha sociedad.

Ahora bien, que esta posibilidad se encuentre admitida por la LSC no implica que en el caso que nos ocupa sea la opción más conveniente y esto se debe a que, por mucho que mediante resolución judicial quede admitida, el beneficio para Anlabe, S.L. es nulo, ya que, es muy difícil por no decir casi imposible la eliminación de los efectos causados a esa sociedad y, todavía más cuando Sedemetal, S.L. ha sido adquirida ya por un tercero.

Por otro lado, la referencia que el propio artículo 233 de la LSC hace a las acciones de “impugnación” para la anulación de los actos o negocios realizados por los administradores reclama en una primera labor, la delimitación del ámbito objetivo de la acción de anulación. La acción de impugnación incluida en la relación de esa norma es la de impugnación de los acuerdos adoptados por la junta general, el consejo de administración y otros órganos colegiados de administración que contradigan el deber de lealtad de los administradores³⁸.

En consecuencia, en el caso que nos ocupa, no nos encontramos ante un acuerdo adoptado por la junta general, en el que los administradores, en este caso, D. Enrique y D. Sergio han infringido su deber de lealtad atentado contra el interés social de Anlabe, S.L., sino que, en nuestro caso, la adquisición de capital de Sedemetal, S.L. no fue comunicada y sometida a votación con el debido proceso para su aprobación y, así obtener la oportuna dispensa, recogida en el artículo 230 de la LSC o para su denegación absoluta.

Por lo tanto, las conductas efectuadas por D. Enrique y D. Sergio no pueden ser susceptibles de la acción de anulación a que se refiere el artículo 232 de la LSC, ya que, esta acción no prosperaría para su adecuada finalidad.

Si nos planteásemos la posibilidad de anulación de la compraventa de las participaciones del capital social de Sedemetal. S.L. por D. Enrique y D. Sergio, sería introducimos en un terreno cuanto menos pantanoso y sin la seguridad de que la acción pueda prosperar. Volvemos a lo mismo, Sedemetal. S.L a día de hoy se encuentra en

³⁸ GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., «El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad», *Revista de Derecho Mercantil*, N.º 35, 2015, pp. 5 y ss. (disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones?search=+GARC%C3%8DA-VILLARRUBIA+BERNAB%C3%89> , última consulta 15/01/2023).

manos de un tercero lo que conlleva que si se declarase anulado la primera compraventa la segunda tampoco sería válida.

En síntesis, deberíamos descartar plenamente esta opción que bajo mi juicio dista mucho de la obtención de la seguridad jurídica.

Otra opción, sería plantearnos la anulación de los contratos celebrados por Sedemetal. S.L., encontrándonos nuevamente con otro inconveniente. Recordemos, que Sedemetal, S.L. y Anlabe, S.L se han sucedido en varias ocasiones en la realización de trabajos, llegando en ocasiones a percibirse como una única sociedad. Si pedimos la anulación de los contratos celebrados por Sedemetal. S.L. también cabría la posibilidad de que Anlabe. S.L se viese perjudicada, pues ha obtenido beneficios con alguno de los contratos celebrados por Sedemetal. S.L.

En definitiva, esta acción queda fuera de nuestro alcance porque de ninguna de las formas expuestas vamos a poder obtener un resultado satisfactorio para Anlabe, S.L.

2.3.2. Posibilidad de ejercitar la acción de enriquecimiento injusto

El art. 227.2 LSC ha establecido expresamente que los administradores que incumplan su deber de lealtad se enfrentarán a dos tipos de consecuencias: por una parte, la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social y, por otra, la obligación de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador³⁹.

Ahora bien, para que prospere una demanda ejercitando la acción de enriquecimiento injusto es necesaria la concurrencia de los siguientes presupuestos que deberán ser acreditados por quien ejercite la reclamación:

- a) En primer lugar, que el administrador ha incumplido su *deber de lealtad*. Esto supone que el administrador no ha respetado debidamente el cumplimiento de dicho deber, lo que se materializa en que no habrá atendido alguna de las exigencias en el art. 228 de LSC, concebidas como concreción del *deber de lealtad* de cumplimiento obligatorio durante el ejercicio de su cargo. Asimismo, también se considera que habrá incumplido dicho deber cuando, en conexión con la obligación de evitar incurrir en situaciones de conflicto de intereses con los de la sociedad (art. 228.e LSC), el administrador en cuestión no haya hecho lo

³⁹ EMPARANZA SOBEJANO, A., «Medios de tutela por infracción del deber de lealtad del administrador: ...», *op.cit*, p. 363.

posible para eludir dichas situaciones y se haya visto inmerso en situaciones de conflicto de interés de la sociedad (art. 229 LSC), incumpliendo su *deber de lealtad* al anteponer sus intereses a los de la sociedad, y la ha perjudicado potencialmente en la medida que no ha garantizado debidamente la protección del interés social ni, sobre todo, su cumplimiento.

- b) En segundo lugar, que dicho incumplimiento no haya sido autorizado expresamente por el órgano competente, sea la junta de socios, sea el resto de administradores, a través del procedimiento de dispensa previsto específicamente en el art. 230 de LSC.
- c) Por último, la vulneración del *deber de lealtad* del administrador tiene que haber producido un enriquecimiento injusto al propio administrador, esto es, cuando se haya enriquecido personalmente a consecuencia de haber incumplido su deber de lealtad⁴⁰.

En suma, se trata de un régimen de carácter restitutorio que permite exigir a los administradores que devuelvan a la sociedad los haberes con que se hubieran enriquecido indebidamente durante su gestión. No se trata, por tanto, de una alternativa a la acción de indemnización por daños y perjuicios que la sociedad puede ejercer cuando sufra perjuicios por el comportamiento desleal del administrador, sino que forma parte del conjunto de medidas de tutela de que dispone la sociedad para luchar contra los incumplimientos del deber de lealtad del administrador y poder reaccionar ante este tipo de conductas, con el fin de que los evite a la vista de las serias consecuencias económicas que puede ocasionar.

Por tanto, podemos concluir que, en nuestro caso concreto, sí que existe la posibilidad de que prospere una acción por enriquecimiento injusto y lo más conveniente sería interponerla junto con la acción social regulada en el art. 236 de la LSC, ya que, como hemos visto, ambas no son incompatibles entre sí. Además, se cumplen todos los presupuestos necesarios para su éxito.

Los actos efectuados por D. Enrique y D. Sergio que infringe el *deber de lealtad* y son contrario al interés social de Anlabe, S.L. han causado graves daños a Anlabe, S.L. y han supuesto un enriquecimiento injusto para sí mismos. Entre los daños sufridos por

⁴⁰ EMPARANZA SOBEJANO, A., «Medios de tutela por infracción del deber de lealtad del administrador: ...», *op.cit*, pp. 366 y ss.

Anlabe, S.L. destaca el que se ha visto privada de los ingresos que podían haberle proporcionado las operaciones realizadas por D. Enrique y D. Sergio para Sedemetal, S.L.; ingresos estos que, sin embargo, han generado un enriquecimiento injusto para los demandados, socios únicos de dichas sociedades y, por ende, beneficiarios últimos de aquellos. Cabe considerar como enriquecimiento injusto la diferencia de valor entre el precio pagado por las participaciones de Sedemetal cuando las adquirieron y el posterior precio de venta de dichas participaciones.

3. POSIBILIDAD DE EJERCITAR ACCIONES CON FUNDAMENTO EN LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

En los apartados sucesivos voy a proceder analizar y concluir, si las acciones llevadas a término por D. Enrique y D. Sergio aparte de infringir él *deber de lealtad* propio de un administrador diligente y, cuyas conductas son creadoras de conflictos de intereses, son además actos generadores de competencia desleal por parte de Sedemetal, SL. Para ello, nos vamos a basar en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD), cuya finalidad es la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y, a tal fin, establece la prohibición de los actos de competencia desleal⁴¹.

Los posibles actos de competencia desleal que ha realizado Sedemetal son los siguientes:

3.1 Actos desleales de imitación de prestaciones

Lo primero es entender que se entiende por un acto desleal. Y para ello, acudimos al artículo 4.1 de la LCD, que viene a decir: *“Se reputara desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En las relaciones con los consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honesta del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor*

⁴¹ Vid.: Art.1 de LCD: «Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad».

medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”.

Concretamente, los actos de imitación constituyen actos de competencia desleal, pero solo cuando cumplen una serie de estrictas condiciones. Recordemos, que la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado se recoge como un derecho de todo ciudadano español, por lo que los actos de imitación de prestaciones en principio son libres⁴². Los actos de imitación se encuentran regulados en el artículo 11 de la LCD de la siguiente manera:

“1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley.

2. No obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.

La inevitabilidad de los indicados riesgos de asociación o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica.

3. Asimismo, tendrá la consideración de desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales de un competidor cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse una respuesta natural del mercado”.

La LCD solo castiga la imitación ineficiente, que no contribuye al progreso o que incluso confunde al consumidor o se aprovecha de la reputación o el esfuerzo ajeno. En consecuencia, estos actos no están permitidos cuando se encuentren dentro de los siguientes supuestos⁴³:

- 1) Prestaciones amparadas por un derecho de exclusiva, este derecho debe tener un reconocimiento legal. Se refiere principalmente a los derechos de propiedad industrial e intelectual. Una vez caduca este derecho, se permite la imitación.

⁴² Vid.: Art. 38 de la Constitución Española (CE).

⁴³

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDEzMztlLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoATVyv3zUAAAA=WKE (consultado el día 16/01/2023).

Como elementos comunes de estos actos, debe tratarse de actuaciones en el ámbito competitivo del mercado. Pero, además, el producto imitado debe tener un cierto “mérito competitivo”, debe tener unos rasgos diferenciadores que le den una cierta singularidad y originalidad. En suma, debe tener una implantación suficiente en el mercado y debe ser posible evitar ese comportamiento para que el acto pueda ser condenado.

- 2) Riesgo de asociación o confusión por los consumidores. Lo que se pretende evitar es que el consumidor confunda la procedencia del producto. No requiere producir efectivamente la confusión, sino que basta con que la conducta sea apta para llegar a producirla.
- 3) Aprovechamiento de la reputación ajena. Para considerar que hay imitación desleal en este supuesto, debe tratarse de una “conducta usurpadora” realizada con “finalidad lucrativa” y debe ser inevitable.
- 4) Aprovechamiento del esfuerzo ajeno. Este caso se refiere a la “imitación por reproducción”, reproduciendo el producto original a bajo coste. Se copia el producto ajeno, dificultando que el empresario innovador recupere su inversión. Pero la interpretación es restrictiva porque se requiere, además:
 - i) Que el empresario “imitado” haya incurrido realmente en unos costes para lanzar el producto y que el imitado se haya ahorrado por su parte unos costes significativos.
 - ii) Que se trate de una mera copia en que no se haya aportado nada.

Según lo previamente explicado, podemos descartar los supuestos números uno y cuatro, ya que, en nuestro caso concreto no se dan tales circunstancias. Por el contrario, sí que nos encontramos dentro de los supuestos número dos y tres, ya que, el servicio prestado por Sedemetal, S.L. es idéntico a los servicios prestado por Anlabe, S.L., por lo tanto, el acto es idóneo para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación y produciéndose un aprovechamiento de la reputación ajena. En suma, tales requisitos no son acumulativos, sino que la concurrencia de uno de ellos permite catalogar como desleal el acto de imitación. Ahora bien, lo relevante en el caso que nos ocupa es que el público al que se dirigen estas prestaciones les atribuya un idéntico origen empresarial, siendo en realidad distinto. Recordemos que esta asociación se ha producido porque D. Enrique y D. Sergio son administradores y socios únicos de Sedemetal y, a su

vez también lo eran de Anlabe, S.L, lo que ha generado confusión en el tráfico sobre el origen de las prestaciones, al tratar ambos con los clientes de las dos sociedades, en muchas ocasiones, sin diferenciar para cuál actuaban. Si, además, tenemos en cuenta que ambas mercantiles se habían sucedido en la realización de algunos trabajos, todavía queda más claro que hay un riesgo de confusión en los servicios prestados por ambas empresas que pertenecen al mismo sector empresarial y, que, en definitiva, nos encontramos también ante un aprovechamiento de la reputación de Anlabe, S.L. por parte de Sedemetal. S.L.

3.2. Explotación de una reputación ajena

Este apartado concreto relativo a la explotación de una reputación ajena como acto desleal, guarda una estrecha relación con el aprovechamiento de reputación ajena, visto en el apartado que antecede, pero contiene su propia regulación en el artículo 12 de la LCD: *“Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelos», «sistema», «tipo», «clase» y similares”*.

Por consiguiente, se considera competencia desleal, obtener un beneficio propio o ajeno aprovechando la reputación de otro, sin su autorización y generando una impresión equivocada en los clientes⁴⁴.

Los elementos fundamentales para incurrir en este ilícito competencial son:

- 1) Existencia de un tercero con una reputación previa.
- 2) Ausencia de autorización de la empresa que tiene el prestigio.
- 3) Generación de una impresión errónea en los clientes.
- 4) Se realiza con la finalidad de beneficiarse comercialmente de esa reputación ajena.

A diferencia de lo que ocurría en el apartado anterior, en nuestro caso no se produce una explotación de la reputación ajena, puesto que, no se utilizan signos distintivos o

44

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJm3MLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqIS35ySGVBqm1aYk5xKgDROCbbNQAAA A==WKE (consultado el 16/01/2023).

denominaciones ajenas, sino que, Sedemetal, S.L se aprovechan de la confianza y fiabilidad que D. Enrique y D. Sergio habían generado de cara al público con la prestación de servicios llevados a cabo en Anlabe S.L. y, que ahora le has permitido obtener beneficios por partida doble al participar en una sociedad que posee idéntico o análogo objeto social, como es Sedemetal, S.L., encontrándonos por tanto, en mi opinión, ante un acto desleal de aprovechamiento de reputación ajena recogido en el art. 11 de la LCD, ya que, adquirieron todos los conocimientos que poseían en Anlabe, S.L

3.3. Violación de secretos empresariales

Para determinar si verdaderamente nos encontramos ante un acto de competencia desleal por violación de secretos, debemos acudir a la regulación preceptiva al respecto, que no es otra que la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales (en adelante LSE) , pues así queda establecido en el art 13 de la LCD⁴⁵.

Antes de delimitar si D. Enrique y D. Sergio y/o Sedemetal, SL han incurrido en este tipo de actos de competencia desleal, vamos a proceder a realizar una aproximación al concepto de lo que entendemos por secreto empresarial, conforme a lo regulado por la LSE.

Se considera secreto empresarial cualquier información, conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones⁴⁶:

- a) Ser secreto, en sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) Tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y
- c) Haber sido objeto de medidas razonables por parte del titular para mantenerlo en secreto.

⁴⁵ Vid. Art. 13 de la LCD: «Se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales».

⁴⁶ Vid. Art. 1 de la LSE.

Como podemos comprobar, no se puede acreditar que D. Sergio y D. Enrique hayan incurrido en esta actuación de deslealtad, puesto que, sus actos no cumplen con los requisitos exigidos por la ley para categorizarlos de violación de secreto empresarial. Si bien es cierto que han hecho uso de sus herramientas y habilidades, las cuales, fueron adquiridas gracias a su participación en Anlabe S.L., no podemos constatar que hayan incurrido en este tipo de actuaciones, pues no han hecho uso de la lista de clientes o proveedores de Anlabe, ni han hecho uso explícito de los conocimientos técnicos y comerciales valiosos de esta empresa, lo que hoy en día se conoce como “Know-How”, a pesar, de beneficiarse de la reputación que Anlabe se había forjado por sí sola.

Por ello, y por la tipología de conductas realizadas por D. Sergio y D. Enrique, no podemos hablar de la existencia de violación de secreto empresarial a través de Sedemetal, S.L o al menos no podemos calificar esta conducta como infringida dados los hechos expuestos por mi cliente (Anlabe, S.L.). Situación distinta es que, D. Enrique y D. Sergio firmasen algún contrato o documento que llevase implícito una cláusula de confidencialidad, lo cual acarrearía, que si estuviésemos ante una violación de secreto empresarial.

Hasta el momento y con los datos que poseo, no puedo determinar que se haya incurrido en esta conducta. Descartando de esta forma, que haya tenido lugar una violación de secretos empresariales efectiva.

3.4. Acciones a ejercitar contra las prácticas de competencia desleal

Las posibles acciones a ejercitar contra la existencia de un acto que genere competencia desleal, se encuentran reguladas en el artículo 32.1 de la LCD, es decir, hay una serie de acciones tasadas por la ley para hacer frente a este tipo de conductas, veámoslo a continuación:

1.^a Acción declarativa de deslealtad.

2.^a Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3.^a Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4.^a Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5.^a Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6.^a Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

En el caso que nos ocupa, lo más conveniente sería llevar a cabo únicamente alguna de las siguientes, ya que, el resto no afecta a las conductas desempeñadas por Sedemetal, S.L.

Primero, acción declarativa de deslealtad. Siempre se debe solicitar en un proceso de competencia desleal para acreditar que se ha producido verdaderamente un acto de competencia desleal.

En segundo término, acción de prohibición de reiteración futura de la conducta. Lo que se pide es que se prohíba y que no se repita en el futuro dicho acto, siendo posible prohibir una conducta que todavía no se ha ejecutado. No es necesario acreditar la existencia de un perjuicio económico para ello.

En tercer lugar, la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. A través de esta acción se solicita la eliminación de los efectos negativos producidos por el acto de competencia desleal. Así, como también, que se vuelva al orden anterior existente en el mercado. La prueba de acreditación en este tipo de acción es imprescindible para que prospere su solicitud ante el tribunal.

Y por último, acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal. Siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa del agente.

Esta acción requiere que confluyan tres requisitos básicos para que tenga lugar la indemnización que se pretende reclamar:

- Existencia de dolo o negligencia por parte del demandado
- Que se ocasione un daño económico real.
- La presencia de un nexo causal entre el acto y el perjuicio causado.

La carga de la prueba de la presencia de estos tres requisitos, recae sobre el demandante. Y una vez acreditado, el resarcimiento del daño se hará mediante una cantidad dineraria.

El posible ejercicio de acciones por competencia desleal debería sustanciarse en un procedimiento separado y distinto, pues no podrían acumularse a las acciones de responsabilidad y enriquecimiento injusto contra D. Enrique y D. Sergio.

Conviene aclarar en primer lugar que las acciones deberían ejercitarse contra Sedemetal, SL. La legitimación pasiva⁴⁷ la ostentará en todo caso Sedemetal, S.L., ya que es quien realiza los actos de competencia desleal que hemos explicado. Estamos ante un supuesto de autoría inmediata, pese a que D. Sergio y D. Enrique como socios capitalistas y administradores únicos de Sedemetal, han ordenado tales conductas, ya que los actos de los administradores se imputan a su sociedad⁴⁸.

En definitiva, estas acciones se deberán interponer ante el Juzgado de lo Mercantil de Pamplona por ser el domicilio del demandado (Sedemetal.S.L.) que por turno corresponda y, ante procedimiento separado de las acciones a ejercitar por esta parte para verse resarcida del incumplimiento del *deber de lealtad* y la creación de conflictos de intereses.

V. CONCLUSIONES

Para finalizar el presente TFM, trataré de plasmar mi opinión acerca de las soluciones más beneficiosas para Anlabe. S.L, con base en diferentes opiniones de expertos en la materia y las sentencias aportadas por nuestros tribunales. Para ello, enumerare las diferentes conclusiones a las que he llegado tras realizar el estudio de los aspectos problemáticos de las acciones a ejercitar por la sociedad Anlabe. S.L. ante la participación de un administrador y socio en el capital de otra sociedad con idéntico objeto social.

PRIMERO. – Claramente podemos determinar que se ha producido una vulneración del *deber de lealtad* por parte de D. Enrique y D. Sergio, quienes han antepuesto sus intereses particulares a costa del conjunto de intereses de la sociedad, infringiendo las

⁴⁷ Vid.: Art. 34.1 de la LCD: «Las acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento».

⁴⁸ BENEYTO, K., «Acciones, legitimación y prescripción en materia de competencia desleal» en AA.VV. (Dir. Killian Beneyto), *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal, un estudio práctico de la ley de competencia desleal (LCD)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 297.

obligaciones establecidas en el artículo 228 de la LSC. Con las infracciones de estas obligaciones se ha atentado contra el interés social de Anlabe, S.L. siendo el fin supremo al que debe atender la actuación de todo administrador.

D. Enrique y D. Sergio con sus actuaciones desleales han incurrido en las siguientes prohibiciones:

1º- Transacciones con la sociedad puesto que se ha sucedido en prestación de los servicios a las mismas empresas y han realizado transacciones entre sí, siendo aprobados y concretados por los mismos administradores de ambas empresas.

2º- Uso indebido de activos sociales o información confidencial.

3º- Aprovechamiento de oportunidades de negocios de la sociedad. Prohibición que exigía el previo ofrecimiento a esta antes de aprovecharla en beneficio propio.

Así pues, llegado a este punto es innegable el conflicto de intereses originado en la persona de D. Enrique y D. Sergio por simultanear su condición de administradores y socios en ambas mercantiles (Anlabe, S.L. y Sedemetal, S.L.) y sus constantes y reiteradas violaciones del deber de lealtad.

SEGUNDO. - No puede considerarse que Anlabe, S.L. haya concedido de forma implícita una dispensa de sus deberes de lealtad, puesto que D. Enrique y D. Sergio no se encuentran en ninguna situación catalogada como singular por la ley y que no implique repercusión alguna a la sociedad, sino más bien todo lo contrario. No ha existido procedimiento alguno para la concesión de dicha dispensa y no concurren los requisitos necesarios para su concesión.

TERCERO. - El ejercicio de la acción social de responsabilidad no solo puede tener lugar, sino que, es la mejor opción para que prospere la demanda en caso de que Anlabe, S.L. finalmente quiera acudir a la vía judicial, ya que, se cumplen todos los requisitos necesarios para su ejercicio, como bien ya ha quedado acreditado. En contraposición, el no consideramos que pueda prosperar una acción individual iniciada por D. Fernando o D. Carlos.

La existencia de un daño efectivo para Anlabe, S.L. es un hecho palpable dado la relación de causalidad que ha tenido lugar entre los actos cometidos por los administradores y las consecuencias sufridas por Anlabe, S.L. Ahora bien, para

determinar con precisión el importe del daño causado se requerirá de un informe pericial que valore las cuentas de resultado de ambas mercantiles.

CUARTO. –También ha tenido lugar un enriquecimiento injusto por parte de D. Enrique y D. Sergio, pues no hubiesen tenido tantos beneficios con la venta de las participaciones de Sedemetal, si no se hubiesen simultaneado la realización de sus actividades en Sedemetal, S.L. y en Anlabe. S.L. y claramente, sin la existencia previa de los conocimientos adquiridos sobre el mercado en que operaba Anlabe, SL. Debiendo ejercer esta parte la oportuna acción de enriquecimiento injusto junto a la acción social de responsabilidad, ya que, ambas no son incompatibles entre sí.

QUINTO. – La destitución de los administrados debe ser automática pues es una de las consecuencias que conlleva el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Ante la falta de acuerdo de la junta sobre el ejercicio de la acción social o el acuerdo contrario al ejercicio de la acción de responsabilidad, podría intentarse su destitución al amparo del art. 224.2 LSC.

SEXTO. - Para finalizar, la sociedad Sedemetal, S.L. ha incurrido en actos desleales, concretamente de imitación de prestaciones por aprovechamiento de la reputación y el esfuerzo ajeno. Y esto se debe a que D. Enrique y D. Sergio no han hecho una clara distinción ante los terceros sobre qué empresa era la que verdaderamente los efectuaba, lo que ha generado confusión en el tráfico comercial sobre el origen de las prestaciones. Esta situación ha generado que nos encontremos también ante un aprovechamiento de la reputación de Anlabe, S.L. por parte de Sedemetal, S.L.

Para hacer frente a esta situación las acciones más idóneas son: en primer lugar, solicitar la acción declarativa de deslealtad para acreditar que realmente el acto de deslealtad ha existido y, por ende, debe ser resarcido; llevando a cabo en segundo lugar la acción de enriquecimiento injusto y que de esa forma Anlabe, S.L. se vea resarcida por todos los perjuicios sufridos.

En síntesis, estas acciones se deben interponer ante el Juzgado de lo Mercantil de Pamplona que por turno corresponda y mediante procedimiento separado de las acciones a ejercitar por esta parte para verse resarcida de incumplimiento del *deber de lealtad* y la creación de conflictos de intereses.

Esta es la opinión que emito como dictamen y que someto a otra mejor fundada en Derecho.

En Zaragoza, a 25 de enero de 2023.

VI. REFERENCIAS FINALES

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo 391/2012 (Sala de lo Civil), de 25 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5815).
- Sentencia del Tribunal Supremo 346/2014 (Sala de lo Civil), de 27 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3158).
- Sentencia del Tribunal Supremo 281/2017 (Sala de lo Civil), de 10 de mayo 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1859).
- Sentencia del Tribunal Supremo 221/2018 (Sala de lo Civil), de 16 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1319).
- Sentencia del Tribunal Supremo 613/2020 (Sala de lo Civil), de 17 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3794).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 26/2014 (Sección 28ª), de 24 de enero de 2014 (ECLI:ES: APM:2014:587).
- Sentencia de Audiencia Provincial de Pontevedra 379/2014 (Sección 1ª), de 13 de noviembre de 2014 (ECLI:ES: APPO:2014:2508).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 369/2017 (Sección 4ª), de 7 de noviembre de 2017 (ECLI:ES: APC:2017:2271).

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital*, Dykinson S.L., Madrid, 2015.
- AA.VV. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- AA.VV. *Comentario de la Ley de Sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- AA.VV. *Derecho de sociedades: cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, 2019.
- AA.VV. *Derecho de sociedades: Los derechos del socio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- AA.VV. *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Aranzadi, 2019.

- AA.VV. *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*, Bosch, Barcelona 2015.
- AA.VV., *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal, un estudio práctico de la ley de competencia desleal (LCD)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- AA.VV., *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) Sociedades no cotizadas*, Civitas, Madrid, 2015.
- AA.VV., *Estudios sobre el Derecho de Sociedades Liber Amicorum*, Thomson Reuters (Aranzadi), 2016.
- ASENJO RODRÍGUEZ, E., «El deber de lealtad del administrador y su contenido», *La Ley Mercantil*, nº 44, 2018.
- BOQUERA MATARREDONA, J., «La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la junta general», *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 57, 2019.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M^a., «Deber de abstención del socio-administrador y del administrador en situaciones de conflicto de interés en relación con el deber de lealtad en las sociedades de capital», *La Ley Mercantil*, nº 53, 2018.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., «Medios de tutela por infracción del deber de lealtad del administrador: la acción de enriquecimiento injusto» en AA.VV. (dir. García-Cruces), *La Gobernanza de las sociedades no cotizadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 361-402.
- GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., «El deber de lealtad de los administradores. La acción de anulación de los actos y contratos celebrados con infracción del deber de lealtad», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 35, 2015.
- GARNACHO CABANILLAS, L., «Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital», *Revista de derecho de sociedades*, Nº 52 (enero- abril), 2018.
- https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1jTAAAUNDEzMztlLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoATVyv3zUAAAA=WKE (consultado el día 16/01/2023).

- https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjM3MLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgDROCbbNQAAAA==WKE (consultado el 16/01/2023).
- MONTULL URQUIJO, J., «El deber del administrador de evitar situaciones de conflicto de interés: la prohibición de competencia», *Revista Lex Mercatoria*, nº 7, 2017. pp.77-82.
- PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Civitas, Madrid, 2016.
- SALDAÑA VILLOLDO, B., «La nueva acción social de responsabilidad tras la Ley 31/2014 para la mejor del gobierno corporativo». *La Ley Mercantil*, nº 15, 2015.
- VILLAMIL FERREIRA, V., *La separación de los administradores en las sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.