

EL DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE
EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE
INTERÉS

Colección:

«Estudios de Derecho Mercantil»

Director:

Ángel Rojo

PEDRO PORTELLANO DÍEZ

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

EL DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS

CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2016



THOMSON REUTERS PROVIEW® eBooks

Incluye versión en digital

Este libro se enmarca en el Proyecto de Investigación «Gobierno corporativo: el papel de los socios» (DER2014-55416-P), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Pedro Portellano Díez]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9099-434-4

Depósito Legal: NA 2378/2015

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos Calle A. Nave D-11

31013 - Pamplona

Al Profesor Paz-Ares

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	15
I	
BASES DE LA INTERPRETACIÓN. SISTEMA DE LA EXPOSICIÓN	17
II	
IMPERATIVIDAD DEL DEBER DE LEALTAD: JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE	25
A. «Ratio» de la imperatividad del deber de lealtad	25
B. Imperatividad flexible del deber de lealtad de evitar situaciones de conflicto de interés (principio de dispositividad relativa)	26
C. Límites de la imperatividad flexible	29
1. <i>Limitación de materia</i>	29
2. <i>Limitación de fuentes</i>	30
3. <i>Limitación del ámbito o radio de acción del permiso concedido</i>	32
4. <i>Límite de la intangibilidad de las garantías legales. Remisión</i>	35
D. Imperatividad flexible y autotutela societaria	36
III	
FUNCIÓN ADMONITORIA DEL RÉGIMEN DE LAS SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS	41
IV	
FUNCIÓN PROHIBITIVA	45
A. Ámbito objetivo de la prohibición. Regla «no-conflict» en sentido amplio	45

1.	<i>Conductas potencialmente extractivas. Prohibición sustantiva de «non facere». Regla «no-profit»</i>	46
2.	<i>Conductas no (potencialmente) extractivas. Prohibición instrumental de participar en la gestión del concreto asunto (y, en su caso, en la deliberación y votación). Regla «no-conflict» en sentido estricto</i>	48
B.	Ámbito subjetivo de la prohibición. El problema de las «personas vinculadas»	50
1.	<i>Administradores con cargo vigente e inscrito y otros sujetos</i>	51
2.	<i>La equívoca referencia del artículo artículo 229.2 LSC a las personas vinculadas. El artículo 231 LSC no es el único referente para determinar cuándo un administrador se halla conflictuado</i>	54
 V		
	FUNCIÓN DE GARANTÍA	61
A.	Garantías procedimentales. Principio de transparencia	62
1.	<i>Comunicación del conflicto de interés</i>	63
a.	<i>Características de la comunicación</i>	63
b.	<i>El deber individual de comunicación del administrador conflictuado y las implicaciones del deber de lealtad (y de diligencia) de los no-conflictuados</i>	68
2.	<i>Concesión de la dispensa: órgano y deber de abstención en la toma de decisión</i>	70
a.	<i>Órgano competente</i>	71
b.	<i>Deber de abstención en la toma de decisión. La «independencia» del artículo 230.2 III LSC</i>	74
c.	<i>Validación (ratificación) de la conducta realizada sin previa dispensa. El problema del órgano competente</i>	78
B.	Garantía material. Principio de equidad (o inocuidad)	80
C.	Posibilidad de revisión judicial («entire fairness»)	84

VI

CONDUCTAS ESPECÍFICAMENTE PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 229.1 LSC	89
A. Prohibición de realizar operaciones vinculadas (artículos 220.1.a y 529 ter.1.h LSC)	90
1. <i>Ámbito objetivo. Operaciones incluidas y excluidas</i>	92
2. <i>Operaciones vinculadas en cotizadas (artículo 529 ter.1.h LSC)</i> .	95
3. <i>Operaciones vinculadas en no cotizadas</i>	101
B. Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o invocar la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas (artículo 229.1.b LSC)	105
1. <i>Antecedentes de la prohibición absoluta y su razón de ser</i>	105
2. <i>Utilización del nombre de la sociedad: la prohibición de usarlo en vano</i>	108
3. <i>Invocar la condición de administrador. Corrupción</i>	109
C. Prohibición de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño del cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía (artículo 229.1.e LSC)	113
1. <i>El origen británico de la norma y cautelas interpretativas</i>	113
2. <i>«Ratio» de la interdicción</i>	114
3. <i>Grupos de casos</i>	116
a. <i>Recepción de regalos (y asimilados)</i>	116
b. <i>Percepción de remuneraciones externas</i>	120
D. Prohibición de hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados (artículo 229.1.c LSC)	123
1. <i>Justificación de la prohibición y sus límites</i>	123
2. <i>Ámbito objetivo. Especial referencia la «información confidencial»</i> .	126
3. <i>El problema de la determinación del órgano competente para la dispensa. Remisión</i>	129

E. Prohibición de aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad (artículo 229.1.e LSC)	129
1. <i>Del enrevesamiento a la simplicidad en la formulación legal</i>	130
2. <i>Fundamento de la prohibición. Asignación de «property rights»</i> ..	134
3. <i>Grupos de casos</i>	136
a. Operaciones y negocios convenientes o necesarios para la realización o desarrollo de la actividad social	137
b. Operaciones y negocios respecto a los que la sociedad ha manifestado su interés	140
4. <i>El problema de los beneficios compartidos y el de los llamados impedimentos</i>	142
F. Prohibición de actividades competitivas (artículo 229.1.f LSC)	144
1. <i>«Ratio» de la prohibición</i>	146
2. <i>Ámbito de la prohibición</i>	146
a. Competencia efectiva (actual o potencial)	147
b. Conflicto permanente de intereses (consejero designado mediante el derecho de representación proporcional por un socio competidor de la sociedad)	153
c. Observaciones adicionales	157
3. <i>Garantía material (principio de equidad o inocuidad). La posibilidad de pedir el cese del administrador</i>	159
BIBLIOGRAFÍA	163