

LA COMPETENCIA ENTRE LA SOCIEDAD Y SUS DIRECTIVOS

Juan Sánchez-Calero Guilarte*

Publicado en:

Revista Derecho de Sociedades nº 18 (2002), pp. 21-44

ISSN 1134-7696

* Catedrático de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
jscalero@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/info/mercantil>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

LA COMPETENCIA ENTRE LA SOCIEDAD Y SUS DIRECTIVOS¹

JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE
Catedrático de Derecho Mercantil

SUMARIO:

1. Introducción.....	3
2. La libre competencia y su proyección sobre la relación entre la empresa y sus directivos.....	6
3. La diligencia y lealtad exigibles al administrador en la sociedad anónima.....	13
4. Determinación de la situación de competencia y de sus consecuencias.....	18
5. La competencia del administrador frente a la sociedad como causa de su separación.....	23
6. Los límites estatutarios a la actividad concurrente del administrador.....	26
7. El supuesto general de contraposición de intereses entre sociedad y administrador.....	27
8. El tratamiento de la cuestión en la sociedad de responsabilidad limitada.....	28
9. La perspectiva laboral: especial referencia a la prohibición de competencia.....	29
10. Algunas consideraciones a partir de la LCD y de su aplicación jurisprudencial.....	34
A) Supuestos de competencia con la antigua empresa mediante la creación de una empresa competidora.....	35
B) La vulneración de secretos empresariales.....	47
11. Un apunte sobre la doctrina de las oportunidades de negocio.	55

¹ Estas páginas desarrollan la comunicación presentada al Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil. *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado*, celebrado en Valencia-Castellón en septiembre de 2001.

1. Introducción

a) La competencia entre una sociedad y quienes ocupan puestos directivos en la misma (incluidos sus administradores) es materia cuyo tratamiento no resulta sencillo en la medida en que son varias las regulaciones que entran en juego. No pretendo destacar con ello únicamente que tanto la regulación societaria como la ordenación de la competencia entran en juego, sino que el tema elegido se ubica en ámbitos normativos colindantes. La apuntada caracterización fronteriza indica que la situación en la que la relación de competencia se plantea entre una sociedad y quienes son o han sido, hasta un momento inmediatamente anterior, sus administradores o directivos es abordada por el ordenamiento desde una múltiple perspectiva².

El Derecho societario contempla la concurrencia entre la sociedad y sus administradores al delimitar los deberes inherentes al cargo. Sucede, con frecuencia, que a esa relación societaria u orgánica se superpone la relación laboral, aunque lo sea de carácter especial y referida a lo que genéricamente conocemos como la “*alta dirección*”, dentro de la que la prohibición de concurrencia del directivo hacia la empresa merece atención singular³. Al propio tiempo, la apreciación de la licitud de esas conductas ha de enjuiciarse de acuerdo con el régimen de evaluación de la conducta que para cada caso depara la Ley de Competencia Desleal (“LCD”) de 1991, que es el pilar fundamental para enjuiciar, desde una perspectiva general, cualquier hipótesis concurrencial. Combinar los principios normativos acogidos en cada uno de esos ordenamientos aparece como una cuestión atractiva, sobre todo por cuanto la respuesta

² Ya lo subrayaba SUÁREZ-LLANOS, L., “Prohibición de concurrencia”, en *Estudios Garrigues*, t. I, Madrid (1971), pp. 415-418.

jurisprudencial española registrada hasta la fecha dista mucho de ser concluyente y definitiva. Trataré de exponer adecuadamente esta última circunstancia incorporando diversas referencias a las resoluciones más significativas, en particular de la jurisdicción civil, por ser ante ésta en donde se plantea de manera más nítida esa confluencia normativa.

Sentado que estamos ante una materia que ofrece un interés legislativo manifiesto, es igualmente evidente que desde el punto de vista de la realidad social estamos también ante una cuestión atractiva. Una observación del mercado, revela que la competencia sociedad (empresa)-directivos es materia conflictiva y debatida, sobre todo a partir de la confusión que, como consecuencia de una deliberada “*política de imagen*” o de una situación creada de forma involuntaria, hace que se produzca una equívoca identificación entre la empresa y sus directivos. Es esa confusión la que dota a ciertos casos de una mayor espectacularidad. En la mente de todos están casos notorios en el ámbito español o en el internacional, de enfrentamientos generados por los “*fichajes*” de determinados directivos que, probablemente a su pesar, se vieron convertidos en objeto de litigios con una amplia repercusión social. Pero dejando a un lado casos concretos, el mercado nos ofrece una amplia relación de conflictos que pueden ser agrupados, sin mayor esfuerzo y sin afán exhaustivo alguno, en las siguientes categorías: a) el “*traspaso*” (reiterando el uso del lenguaje deportivo) de directivos de uno a otro competidor; b) la competencia entre la sociedad y su administrador, ya sea directa o indirecta; c) el abandono por el directivo de su puesto y la creación por su parte de una empresa que compite directamente con la anterior. Como tendré ocasión de exponer con posterioridad⁴, un examen de la jurisprudencia revela una

³ V., por todos, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Pamplona (1997), p. 40 y ss.

⁴ V. *infra* 10.

notable reiteración en los enfrentamientos pertenecientes a los dos últimos apartados.

b) El modesto propósito de estas páginas recomienda sintetizar la exposición de los problemas y las posibles soluciones. De lo dicho en los apartados anteriores se puede entender que la elegida es materia que permite una amplísima referencia a los materiales doctrinales, sean de Derecho español o comparado. La opción pasa necesariamente por limitar mi exposición de forma preferente a las contribuciones de los autores españoles, que creo que en esta materia resultan de singular calidad e interés y que, por otro lado, han tenido en cuenta de manera cuidadosa la experiencia y orientaciones de otros ordenamientos, pues no en vano la casuística antes descrita se reproduce con considerable similitud en aquellos Estados que comparten nuestro modelo económico y los principios inspiradores referidos a las relaciones comerciales y laborales propias de tal modelo.

En segundo lugar, la realidad del mercado obliga a limitar la referencia a las denominadas sociedades de capital. Es con respecto a ellas, y principalmente con las empresas que adoptan la forma de la sociedad anónima o de la limitada, donde se concentra la mayoría de los casos merecedores de consideración. Ello conduce a restringir en el plano normativo las referencias a la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (“LSA”) y a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (“LSRL”) de 1995. Junto con las disposiciones que en su seno se ocupan de perfilar el estatuto de los administradores, también ha de tomarse en consideración el régimen especial laboral del personal de “*alta dirección*”⁵. De ello resulta,

⁵ Me refiero al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que *regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección* (B.O.E. de 12 de agosto); dentro de una abundante bibliografía al respecto, v. la ordenada exposición -con amplia referencia jurisprudencial- que llevan a cabo DESDENTADO BONETE, A./DESDENTADO

y así conviene aclararlo, que esta contribución aborda tanto la competencia que protagonizan los administradores como otros directivos en los que no se da esa condición orgánica, pero que tienen en común con ellos la función ejecutiva propia de la llevanza regular de la actividad empresarial.

Como espero que quede acreditado en los apartados posteriores, la competencia que nace de la propia empresa no acaba de estar sometida a criterios claros, lo que ha de lamentarse por cuanto estamos ante un problema de primer orden. La traslación a los sujetos del mercado de unas reglas comunes de comportamiento de necesaria observancia en este ámbito contribuirá a delimitar lo lícito frente a lo ilícito. Una de las causas de esa indeterminación puede radicar, precisamente, en la confluencia de normas heterogéneas sobre un mismo hecho. La conciliación entre ellas es uno de los puntos más interesantes. Con un criterio más general, creo que la cuestión nos sitúa, como casi siempre en que se estudia la lealtad en la competencia, en la tensión entre la defensa de esta institución y los límites que no deben ser superados para considerar que se respeta la necesaria licitud de las conductas. El análisis de la jurisprudencia fundamenta algunas de las afirmaciones hasta aquí realizadas.

2. La libre competencia y su proyección sobre la relación entre la empresa y sus directivos.

El correcto entendimiento de los límites al establecimiento de una relación de competencia entre los administradores y la sociedad que estos gestionan o han gestionado tiene que abordarse desde una perspectiva más amplia que la de la legislación societaria. Estamos ante un hecho

DAROCA, E., *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid (2000), p. 73 y ss., así como la revisión que desde la perspectiva mercantil realiza FLORES DOÑA, M^a. S., “En torno a la concurrencia de relaciones laborales y societarias”, RdS 14 (2000), pp. 429-433.

recurrente, apreciable en los más variados sectores económicos: en muchos casos, las principales empresas de cada mercado han sido constituidas por quienes anteriormente ocupaban posiciones directivas en otras, que se han establecido por su cuenta y al cabo de un tiempo se han convertido en los principales competidores de sus antiguas empresas, e incluso las han superado. Con toda probabilidad, al cabo del tiempo, esos exitosos competidores padecerán en su seno esa misma conducta de sus más cualificados directivos. Por otro lado, algunas empresas ensalzan su propia posición en el mercado a partir de su capacidad de ceder gestores a sus competidores, en lo que quizás no sea sino un argumento ocurrente a la hora de distraer la atención de los observadores de la realidad: la incapacidad para retener a esos “*brillantes*” directivos que han acudido a la competencia. Tampoco lo es que el impacto de esa separación entre el administrador o directivo y la antigua empresa es considerable, por cuanto aquél venía siendo confundido con ésta. Este tipo de situaciones plantean a cualquier observador preguntas repetidas. La primera se refiere a las causas de esa separación. La segunda, a quién es el auténtico responsable de la posición que en el mercado ocupa la empresa en cuestión.

Es comprensible que una larga permanencia en la cúpula directiva de una gran empresa conduzca a que en el mercado la imagen de ese directivo se confunda con la de la empresa. Una de las razones de esa situación radica en el hecho de que el empresario delegue en el directivo la realización de funciones que se asimilan con la propia condición empresarial⁶, de forma que del directivo -al igual que se señala del factor o apoderado general en el ámbito mercantil- se podrá decir que “aparece”

⁶ V. Las consideraciones que desde la perspectiva laboral realiza sobre este fenómeno MARTÍNEZ MORENO, C., *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Madrid (1994), p. 185 y ss..

como un *alter ego* del empresario⁷. Ahora bien, en no pocos casos, esa confusión se produce en un plazo reducido. No es ningún secreto que algunos administradores o directivos invierten en la presentación o promoción de su imagen ingentes recursos, hasta el punto de que en la percepción de los competidores y consumidores se llega a identificar a la empresa con su directivo, hecho que en algunos casos ha alcanzado una notable difusión. El resultado será el mismo ante la utilización publicitaria de la figura del directivo. El beneficio de esa recíproca influencia será siempre discutible y, desde luego, cuestión polémica una vez que se produzca la ruptura y consiguiente competencia entre ambos.

La terminación de esa relación provoca un previsible recelo ante la aparición como un nuevo competidor de quien hasta entonces era administrador o directivo. Ese recelo surge del temor a que éste aplique en su actividad competitiva frente a su antigua empresa precisamente los conocimientos adquiridos en su anterior función⁸. La competencia del administrador frente a la sociedad resulta singularmente peligrosa, toda vez que aquél disfruta de unas ventajas inherentes al cargo - principalmente de carácter informativo- que sitúan a ésta en una posición de extrema debilidad ante esa nueva concurrencia⁹.

Desde el punto de vista jurídico, esa separación y posterior enfrentamiento concurrencial lleva a plantear los eventuales límites que cabe establecer ante esa hipótesis. ¿Cabe acaso tratar de conjurar por la vía

⁷ V. DE VAL TENA, A.L., *Los trabajadores directivos de la empresa*, Pamplona (1999), p. 119 y ss.

⁸ Me remito a las consideraciones desarrolladas al respecto -y a la jurisprudencia y bibliografía allí citadas- en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Competencia desleal por solicitud de marca coincidente con la denominación social utilizada por la empresa en la que se venían prestando servicios laborales", RGD 670-671 (2000), pp. 9593-9594.

⁹ Lo explica con mayor detalle PORTELLANO DIEZ, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Madrid (1996), p. 32 y ss.

estatutaria o contractual todo riesgo de esa competencia nacida del seno de la propia sociedad? ¿Las eventuales libertades de iniciativa y de competencia del administrador o directivo ha de primar sobre la defensa de la posición competitiva adquirida por la empresa de forma lícita a lo largo del tiempo? ¿No es imaginable, acaso, que en la mayoría de los casos la competencia que frente a su empresa plantea el administrador está caracterizada por el probable aprovechamiento de la preparación, conocimiento e información¹⁰ que ha disfrutado en virtud de ese puesto? ¿O que, simplemente, el aprovechamiento por el administrador o directivo de su nueva situación de competidor se apoye sobre la reputación de su anterior empresa¹¹? Son solo algunas cuestiones que sirven para destacar la colisión de intereses que se produce en esas situaciones de competencia y la importancia que por ello tiene determinar los principios y límites dentro de los que cabe admitir la concurrencia y conforme a los que habrá de pretenderse la aplicación de las disposiciones normativas hasta aquí citadas.

¹⁰ La concreción de la hipótesis señalada nos la ofrece la jurisprudencia referida, por ejemplo, a la utilización de los listados de clientes: v. *infra* 10.B).

¹¹ v. STS 6 de febrero de 2001 (RJ 2000\543) que afirma que *"no se puede olvidar que, en la práctica, constituyen actos típicos de aprovechamiento de la reputación ajena las alusiones de una persona a sus pasadas conexiones comerciales con otra, que deben reprimirse como actos de competencia desleal por aprovechamiento indebido de la fama de otra y, aunque tal afirmación no fuera engañosa, sino que tuviera la consideración de veraz, la lealtad o deslealtad de la misma deberá enjuiciarse, según la doctrina científica, a través del artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal"*. Examina la Sentencia indicada la finalidad concurrencial que suele presentar la actividad competitiva frente a la antigua empresa: *"... se confunde por el recurrente la significación de "fines concurrenciales" o "finalidad concurrencial" utilizados por la Ley de Competencia Desleal, que no significan "ir juntos" o "colaborar juntos", sino todo lo contrario, como supone competir en el mercado con unas prestaciones similares con la finalidad de equiparar el producto propio al ajeno para que el prestigio de éste beneficie a aquél en busca de conseguir la misma clientela, en la línea de que este ordenamiento tiene por objeto la protección de los intereses de todos los que participan en el mercado"* (FJ 3º). En sentido coincidente y subrayando la confusión que de esa práctica resulta, v. STS de 6 de julio de 2001 (RJ 2001\ 4494).

El obvio punto de partida se encuentra en el recordatorio de que la libre competencia es uno de los pilares sobre los que se asienta el modelo económico constitucional español. Su vigencia pasa por preservar la competencia en el mercado, al objeto de que aquella despliegue en el seno de éste sus efectos positivos a favor de intereses generales. La existencia de una relación orgánica o de un vínculo contractual no pueden constituir, con carácter general, límites absolutos hacia la libre iniciativa y consiguiente concurrencia en el mercado con sus actuales actores de quienes ocupaban posiciones directivas en cualquiera de ellos¹². Ni los estatutos o reglamentos corporativos, ni las estipulaciones de los contratos laborales pueden prohibir de manera absoluta el ejercicio por los directivos empresariales de derechos con amparo en la Constitución económica. El problema radica en una adecuada ponderación de los intereses en conflicto: los de la empresa y los de su antiguo administrador o directivo.

La cuestión esencial conduce a los criterios conforme a los cuales cabe imponer limitaciones compatibles con los principios constitucionales señalados. En este punto y a modo de criterio general, creemos que el criterio básico para la elaboración de la conducta de los administradores es el que determina la buena fe objetiva. La remisión al mismo es notoria en la regulación de la competencia desleal (v. la cláusula general que acoge el

¹² Son varias las ocasiones en las que la jurisprudencia ha enunciado ese principio. Lo hacen de manera rotunda las SSTs de 11 y 29 de octubre de 1999 [RJ 1999\6323 y 1999\8164; sobre la segunda volveremos al exponer la posición jurisprudencial en materia secretos empresariales: v. *infra* 10, B)] “... hay que partir del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia, uno y otro de acuerdo con la ley, con las limitaciones que ésta pueda imponer. La sociedad demandante y recurrente en casación no puede impedir a un empleado suyo –codemandado- que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante para la que estaba profesionalmente preparado: No había previsto en su contrato de trabajo una cláusula de no concurrencia, y no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena: tampoco puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad en parte coincidente con la suya; por último, no puede evitar que aquél empleado pase a desarrollar su actividad profesional en esta nueva empresa; ...”.

art. 5 LCD) y en la del contrato de trabajo¹³ (arts. 5 y 21 ET), siendo en este último ámbito entendido como uno de sus consecuencias más evidentes la de la prohibición de competencia del trabajador frente a la empresa¹⁴. El principio de buena fe late en el fundamento del deber de fidelidad exigible a los administradores, puesto que no se pretende de éstos cosa distinta a un comportamiento objetivamente justo, honrado y leal, que es el contenido del principio general que cabe atribuir a la buena fe¹⁵. Ese mismo fundamento conduce a rechazar la competencia del administrador con la sociedad administrada, en la medida en que ello va no simplemente contra los imperativos éticos que la conciencia social atribuye a la posición de aquél¹⁶, sino contra el imperativo jurídico que contiene el artículo 127 LSA con respecto al ejercicio del cargo.

Es más, no parece precisar de una particular reflexión llegar a la conclusión de que, en distintos aspectos, la fundamentación de la exigencia de un hacer conforme a la buena fe compartirá algunas circunstancias dentro de cada uno de los ordenamientos a los que nos hemos referido. Así sucede con circunstancias tales como la existencia de una relación duradera o inspirada por la nota de la recíproca confianza que son invocadas a la hora de exponer la influencia que el principio de buena fe tiene en el ámbito de las relaciones laborales¹⁷, y que es notorio

¹³ V., entre las más cualificadas y recientes contribuciones, la de MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Madrid (2001), p. 19 y ss.

¹⁴ V. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La prohibición de competencia desleal*, cuyo subtítulo es *Una singular manifestación del deber de buena fe contractual*, p. 79 y ss.

¹⁵ V., entre otras, las SSTs de 8 de marzo de 1991 ((RJ 1991\2642), 11 de mayo de 1992 (RJ 1992\3895), 26 de octubre de 1995 (RJ 1995\8349), que citan otras muchas.

¹⁶ Que la jurisprudencia también toma en consideración a la hora de establecer el significado de la buena fe objetiva prevista con carácter general en el art. 7.1 CC: v. SSTs de 21 de septiembre de 1987 (RJ 1987\6186) y 5 de julio de 1989 (RJ 1989\5399).

¹⁷ V. MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe*, pp. 24-25.

que pueden subrayarse, con sus propios matices, en el vínculo entre la sociedad y sus administradores.

Mas la coincidencia en el criterio de la buena fe de los distintos ordenamientos confluentes sobre esa hipótesis de competencia (entre las empresas y sus actuales o pasados administradores y directivos) no es garantía de un tratamiento coincidente en la solución resultante de la aplicación de cada uno de ellos. Los intereses protegidos son distintos en cada caso y, en ocasiones, incluso contradictorios: la legislación societaria trata de preservar el interés y patrimonio sociales y parte, como regla general, de la ilicitud de la competencia que implica una lesión del deber de fidelidad de los administradores en la resolución de situaciones de intereses contrapuestos. En buena medida, esa inspiración tuitiva hacia la empresa caracteriza la disciplina laboral de la alta dirección, si bien se aborda desde la necesaria ponderación de los intereses presentes en todo contrato de trabajo. Sin embargo, la LCD impulsa la competencia, hasta el punto de que ciertas conductas o situaciones claramente competitivas e inimaginables con respecto a la propia empresa, solo serán desleales en atención a las circunstancias de su realización (cfr. el art. 11.2, en materia de imitación, el art. 13.3 referido a la violación de secretos o, por último, el art. 14.21 para el supuesto de inducción a la infracción contractual). La perspectiva legislativa varía sensiblemente según cuál sea la norma a aplicar.

Todo lo dicho creemos que permite atisbar el problema principal: cómo conciliar esa diferente orientación de las distintas normas aplicables y resolver la divergente –sino contradictoria– ponderación de intereses en liza. A ese respecto, ha de tomarse en cuenta que la existencia de una relación orgánica y laboral comporta un especial deber de lealtad y honestidad, siendo exigibles al administrador directivo un comportamiento inspirado por una adecuada defensa de los intereses de

la sociedad/empresa. Una conducta de buena fe comporta honrar, desde la perspectiva laboral y entre otros, los deberes de no defraudar la confianza de la otra parte y de colaborar con ella¹⁸. Son deberes igualmente presentes en la lealtad que como criterio general de actuación se demanda de todo administrador (art. 127.1 LSA y art. 61.1 LSRL). De ello deriva que la evaluación de la competencia entre el administrador y directivo y la sociedad (empresa) no puede ignorar esos criterios específicos de evaluación de la conducta que permitan hablar de una determinada exigencia ética. Puede suceder que, ciertamente, un supuesto concurrencial entre ambos no de lugar a una deslealtad especial por no poder quedar encuadrado en alguna de tales cláusulas de la LCD, pero ello no excluye el rechazo o la corrección de esa conducta por la vía de la cláusula general (art. 5 LCD), que permitirá la declaración de deslealtad a partir de la constatación de que estamos ante una conducta incompatible con la buena fe¹⁹.

3. La diligencia y lealtad exigibles al administrador en la sociedad anónima.

El Derecho de sociedades español ha abordado tradicionalmente la cuestión de la competencia entre los administradores y la sociedad²⁰ a partir de la proclamación del deber de fidelidad (que significa “la

¹⁸ V. MONTOYA, *La buena fe*, p. 60 y ss., y las referencias que allí realiza a los antecedentes relativos a la confianza en el ámbito mercantil y p. 69 y ss.

¹⁹ V. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid (1999), pp. 152-153.

²⁰ Entre las aportaciones específicas al respecto, v. la ya citada y pionera de SUÁREZ-LLANOS, “Prohibición de concurrencia”, p. 418 y ss, y la más reciente de LOIS CABALLÉ, A.I., *La prohibición de competencia de los administradores de la srl*, Valencia (2000), p. 24 y ss., en las que aborda los orígenes de la prohibición.

observancia de la fe que uno debe a otro"²¹), que tiene como uno de sus corolarios incontrovertibles un deber de abstención o una obligación negativa²²: el administrador no puede dedicarse al mismo género de actividad que la comprendida en el objeto social. Se trata, como es conocido, de una orientación legislativa que expresa un genuino principio general que ni es predicable, en exclusiva, de los administradores, ni lo es tan solo en las sociedades de capital²³. Ciñéndonos a la regulación de la sociedad anónima y de la limitada y comenzando por la primera, el problema concurrencial emerge en dos preceptos, de manera que el deber de no competencia suele entenderse como uno de los criterios básicos de un diligente ejercicio del cargo de administrador y, a su vez, su infracción depara una de las causas posibles y especiales de separación del cargo²⁴. El artículo 127.1 LSA establece que los administradores han de desempeñar su cargo "*con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*". Por su parte, el artículo 132.2 establece que cesarán en el cargo "*los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad*".

a) No parece necesitar mayores explicaciones la idea de que la lealtad exigible a todo administrador es el fundamento de la inicial

²¹ Primera acepción de fidelidad, según nos indica la REAL ACADEMIA en el Diccionario²¹.

²² V. PORTELLANO DIEZ, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, p. 23.

²³ Muchas de las reflexiones que podamos hacer a cuenta del deber de no competencia de los administradores son igualmente válidas si volvemos la atención a esa cuestión con relación a los socios, igualmente afectada por el común basamento de la vigencia del deber de fidelidad hacia la sociedad; a modo de ejemplo, v. la referencia a la abstención de concurrencia del socio colectivo que realiza GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, Madrid (1976), p. 423 y ss., así como la previa conexión entre ese deber y el principio de la buena fe, p. 295 y ss.

²⁴ Para un tratamiento general de la cuestión, v. LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores en la S.A.*, Madrid (1996), pp. 38-39.

prohibición de competencia entre aquél y la sociedad administrada. Ante una situación de conflicto de intereses, el administrador que es un gestor de intereses ajenos, ha de anteponer la defensa de éstos sobre la de los propios²⁵. La admisión de una situación de competencia aparece como imposible en el plano teórico, siquiera sea por cuanto no permite adivinar en qué manera puede conciliarse ese deber de lealtad con la pugna en el mercado entre ambos, la sociedad y su administrador. Todo ello lleva a proclamar que la no competencia con la sociedad es un criterio esencial en el ejercicio del cargo, cuya inobservancia conduce a un supuesto de responsabilidad (cfr. art. 133.1 LSA).

b) La contraposición de intereses como situación reprochable en la relación entre los administradores y la sociedad determina un supuesto especial de separación²⁶. Los términos del art. 132.1 LSA son explícitos a la hora de sentar el principio según el que la existencia de "*intereses opuestos a los de la sociedad*" es causa suficiente para el cese del administrador "*a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general*". Esa contraposición de intereses la advierte la Ley a partir del hecho de que el administrador de una sociedad lo sea de otra competidora. Todo ese precepto completa los criterios fijados en el artículo 127 LSA en la búsqueda de una efectiva conducta del administrador acorde con, entre otros principios, el de fidelidad hacia la sociedad. Ha de subrayarse que, frente a la frecuente exigencia de una determinada participación del accionista en el capital social para poder ejercitar ciertas facultades reconocidas por la Ley, la solicitud del cese del administrador competidor

²⁵ V. SANCHEZ CALERO, F., "Administradores", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.), t. IV, Madrid (1994), p. 106.

²⁶ V. LÓPEZ DE MEDRANO, F., *La separación de los administradores en la sociedad anónima*, Barcelona (1986), p. 205 y ss., con respecto al correspondiente artículo 83 de la LSA 1951.

la podrá formular cualquier accionista, al que igualmente se reconoce la facultad de solicitar la convocatoria judicial de la Junta para tratar de este extremo²⁷. Existe una congruencia entre esa generosa atribución de la legitimación a todo accionista, y la naturaleza esencial que la prohibición de competencia tiene para la vigencia del deber de lealtad y fidelidad del administrador.

c) Desde esta perspectiva societaria, no puede escapar la cuestión que nos ocupa de las necesarias matizaciones que exigen las variadas situaciones en que cabe ubicar la relación sociedad-administrador. Esa variedad se puede resumir atendiendo a dos cuestiones que, por otro lado, suelen estar vinculadas. Se trata de la retribución del administrador y de la dimensión de la sociedad. El examen general de los deberes de los administradores suele abocarse con frecuencia a la relevancia que para la exigencia de esos deberes puede conllevar el carácter gratuito o retribuido del cargo, de suerte que la retribución del administrador, tomada en su sentido más amplio²⁸ modulará el rigor en la observancia por el administrador del deber de no competencia y en el otorgamiento de una eventual dispensa. A similares conclusiones conduce el referir la prohibición de competencia a los administradores a la implicación que estos tengan en la gestión social: el conflicto de intereses no será el mismo si el afectado es el Consejero Delegado o el Presidente ejecutivo (adecuadamente retribuidos por ello), que si lo es un Consejero minoritario o independiente²⁹. Se dirá que en este último supuesto la

²⁷ SÁNCHEZ CALERO, "Administradores", p. 232.

²⁸ Entendiendo incluidos dentro de ella aspectos como la existencia de pactos de indemnización que contribuyen a "disuadir" al administrador de cualquier actuación extraña al interés de la sociedad; a este respecto, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "Los pactos de indemnización del administrador cesado", en *Estudios Menéndez*, t. II, Madrid (1996), pp. 1802-1804.

²⁹ V. SÁNCHEZ CALERO, "Administradores", p. 229.

exigencia de fidelidad en la conducta del administrador encuentra un fundamento adicional en el hecho de que a través de su retribución éste ve compensada su dedicación a la gestión social. El argumento es igualmente apto para su utilización en sentido contrario, es decir, para atenuar esa exigencia en supuestos de desempeño gratuito del cargo.

En el caso de las grandes sociedades anónimas, los movimientos para la reforma del régimen de la sociedad cotizada, sea a través de normas en sentido estricto o de los conocidos “Códigos” de voluntario cumplimiento, se han detenido de manera particular en precisar los deberes de los administradores y, dentro de ellos, el respeto al principio de lealtad en el ejercicio del cargo³⁰. Se trata de una orientación irreprochable y que, en el caso español, supone un loable intento por dotar de mayor precisión a la genérica enunciación normativa del deber de lealtad³¹. Al propio tiempo, en la medida en que es en las grandes sociedades donde, de un lado, el control de los administradores por la Junta general resulta más difícil (si no ha llegado a ser una mera quimera) y, de otro, la pluralidad de actividades y la trascendencia económica de no pocas operaciones inherentes a la actividad de la sociedad abonan las

³⁰ Dentro del Informe de la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (la “Comisión Olivencia”: v. CNMV, *El Gobierno de las sociedades*, enero 1998, p. 45 y ss. se abordan “los deberes de lealtad del consejero”, a los que se refiere la recomendación 16: “Que la normativa interna de la sociedad detalle las obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y lealtad de los consejeros, contemplando, en particular la situación de conflictos de intereses, el deber de confidencialidad, la explotación de oportunidades de negocio y el uso de activos sociales”; v. igualmente, por todos, SANCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*, Madrid (2001), p.258 y ss.

³¹ Algunos criterios a los que adaptar el deber de lealtad por la vía estatutaria o por la de los “Códigos de Buen Gobierno” pueden verse en SANCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada*, pp. 259-262.

posibles situaciones de competencia directa o indirecta y el intento de aprovechar las oportunidades de negocio³².

4. Determinación de la situación de competencia y de sus consecuencias

a) Mas el rigor de la disciplina societaria es relativamente aparente si nos adentramos en la concreción de la situación de competencia susceptible de producir el cese del administrador. La pertenencia al órgano de administración de otra sociedad competidora no es, en sí misma, causa suficiente para entender que se da el presupuesto del art. 132.2 LSA³³. Se ha señalado que tal situación de competencia entre una y otra sociedad ha de ser efectiva. La coincidencia total o parcial del objeto social de ambas no determina una situación de competencia³⁴.

En este punto creemos que la correcta interpretación del art. 132.2 LSA ha de partir de la definición que de la relación de competencia establece el art. 2 LCD. Existe competencia cuando en el mercado y con fines concurrenciales los competidores desarrollan una conducta objetivamente idónea para promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero. Tiene que producirse, por tanto, una situación de efectiva concurrencia que además ha de tener un carácter

³² Para un tratamiento general de la cuestión y una exposición de los diversos grupos de casos, v. ALCALÁ DÍAZ, "El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de intereses administrador-sociedad", en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, (coord. ESTEBAN VELASCO) Madrid (1999), pp. 451-452.

³³ V. POLO, E., "Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima", en AA.VV., *Comentario al régimen legal de las sociedad mercantiles* (dirs. URÍA/MENENDEZ/OLIVENCIA), tomo VI, Madrid (1992), pp. 262-265; SÁNCHEZ CALERO, "Administradores", p. 225 y MARTÍNEZ SANZ, "Artículo 132", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (coords. ARROYO/EMBID), vol. II, Madrid (2001), p. 1.383.

³⁴ V. FERNÁNDEZ-ALBOR, A., "Deber de lealtad del administrador cesado", RGD 655 (1999), pp. 3999-4000 y la bibliografía que allí cita.

relevante³⁵. Con ello se quiere expresar la idea de que la existencia de esa relación de competencia podrá afirmarse a partir de una cierta permanencia, no siendo un acto aislado e insignificante. Esto último denota que, bajo determinadas circunstancias, la relevancia concurrencial de la conducta se podrá establecer igualmente a pesar de estar ante una conducta ocasional o aislada. Basta con imaginar el caso en el que una importante operación o contrato son adjudicados a la sociedad competidora, con el consiguiente perjuicio para la otra sociedad.

La jurisprudencia que ha tenido que analizar la procedencia de la separación del administrador incurso en una situación competitiva frente a la sociedad derivada de su presencia en la gestión de otra expresa una posición matizada en la aplicación de la norma. Con relación al art. 83 de la LSA 1951, coincidente con el vigente art. 132.2 LSA, se entendió que no había situación de competencia por el hecho de que el administrador lo fuera simultáneamente de la que era cliente y arrendadora de otra, o por la mera identidad en las operaciones que ambas desarrollaban³⁶. Por el contrario, en lo que parece la expresión de una posición más rigurosa en la interpretación del precepto vigente, se ha subrayado que la incompatibilidad del administrador es cuestión que tiene un *“contenido ético”*, lo que conduce a que se deba ser *“muy estricto en la valoración de la incompatibilidad y sus efectos”*³⁷.

³⁵ En sentido distinto, v. PORTELLANO, *El deber de fidelidad de los administradores*, pp. 42-43.

³⁶ Así, respectivamente, las SSTs de 14 de marzo de 1973 (RJ 1973\3773) y de 28 de junio de 1982 (RJ 1982\3445), citadas ambas por SANCHEZ CALERO, *“Administradores”*, p. 226.

³⁷ V. STS de 9 de septiembre de 1998 (RJ 1998\6608), que proclama en su Fundamento Jurídico Primero: *“... no se puede olvidar el contenido –interno y externo- de ética que conlleva dicha cuestión de la incompatibilidad, la que debe presidir toda relación social, económica y concurrencial, pues cuanto mejor sea la dosis de eticidad que compone el “sustratum” de la compatibilidad o incompatibilidad, mayor será la normalidad y la seguridad en toda relación social”*. Se trataba del caso de quien es consejero en dos sociedades competidoras (se habla

b) En lo tocante a la sociedad de responsabilidad limitada, el art. 65 LSRL es inequívoco al sentar, como regla general, la “*prohibición de competencia*” de los administradores hacia la sociedad. Son varias las matizaciones que admite el alcance de esa prohibición abundante y detenidamente analizadas entre nosotros y que, en definitiva, pueden ser resumidas en la reiteración de la exigencia de una efectiva competencia entre ambos³⁸.

c) Tampoco puede pasar desapercibido el punto relativo a la vigencia de la prohibición de competencia en el supuesto de grupos de sociedades. La propia vigencia de la prohibición aparece sujeta a ciertas dudas, como consecuencia del característico desfase o desajuste que se advierte siempre que un problema propio de un grupo de sociedades se aborda desde normas destinadas a sociedades autónomas e independientes³⁹, que por ello no previeron las varias situaciones imaginables cuando, por ejemplo, las normas aplicables a los administradores han de proyectarse en un entorno multisocietario. Ha de advertirse que el problema no radica tanto en la imprevisión o insuficiencia legislativas, sino en la adopción de un criterio radicalmente distinto al acogido por la ley: a los administradores se les exige una determinada conducta en el ejercicio del cargo no ya a partir de la existencia del interés social propio de la concreta sociedad que administran, sino de otro valor que puede presentarse con un halo de

de una “*interferencia finalística entre ambas empresas comerciales*”, quien dimite en una de ellas y es sustituido por su empresa, lo que se considero un supuesto de fraude de ley.

³⁸ V. la exposición minuciosa que de la cuestión lleva a cabo COSTAS COMESAÑA, *El deber de abstención del socio en las votaciones*, Valencia (1999), págs. 202-205, con amplias referencias bibliográficas.

³⁹ V. a ese respecto, PAZ-ARES, en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, t. I, Madrid (1999), pp. 1335-1336.

superioridad sobre aquél interés o, incluso, resultar abiertamente contrario al mismo: nos topamos con el “*interés de grupo*”⁴⁰ y su influencia sobre el estatuto de los administradores de las distintas sociedades vinculadas.

En este supuesto, el de la prohibición de competencia exigible a los administradores las variables son lógicamente más complejas y creemos que está justificado un mínimo apunte referido a las más simples. La cuestión puede orientarse a cómo afecta la prohibición al administrador *dentro* del grupo, o bien derivarse hacia su vigencia *fuera* de éste, partiendo en cualquier supuesto de la necesidad de considerar que la existencia del grupo tiene una ineludible incidencia sobre los intereses a cuya protección obedece la prohibición de una actividad concurrente por parte de los administradores. Esa prohibición o cualquier situación imaginable de intereses contrapuestos se ven afectados por la irrupción del interés de grupo y por la consiguiente necesidad de matizar los intereses particulares de las distintas sociedades que lo integran.

En el primer caso, lo que se plantea es en qué medida es aplicable la prohibición a la hora de impedir que quien es administrador de una sociedad perteneciente a un grupo, pueda ostentar idéntico cargo en otras que, a pesar de pertenecer al mismo grupo se dedican a la misma actividad que la primera y comparten con ésta un determinado mercado. Es un supuesto que cabe observar, por ejemplo, en sectores tan conocidos como, por ejemplo, el del automóvil o el financiero, en donde son varios los grupos cuyas sociedades filiales y vinculadas compiten de manera inequívoca. Ante situaciones de esa naturaleza pensamos que no cabe entender vigente la prohibición de competencia, toda vez que criterios como el de la falta de autonomía entre esos competidores o su

⁴⁰ Para una exposición general sobre tal concepto, v. MANÓVIL, *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*, Buenos Aires (1998), p. 580 y ss y GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada (2001), p. 266 y ss.

subordinación a una misma unidad de decisión hace que aquella interdicción pierda significado⁴¹.

El segundo supuesto apunta la vigencia de la prohibición que nos ocupa hacia el ámbito externo del grupo. La pregunta se puede enunciar con mayor claridad: si nos fijamos en el caso del administrador de una sociedad integrada en un grupo ¿cuál es la sociedad competidora en la que no puede ser designado administrador? La posición más prudente es la que limita la prohibición a la presencia en otras sociedades extrañas al grupo que sean efectivamente competidoras de aquella en la que aparece nombrado nuestro hombre. Quedarían fuera del alcance de la prohibición otras sociedades dedicadas a una actividad de distinto objeto. Frente a esa, una segunda postura que admite ser enunciada es la que recupera la misma noción de la unidad de decisión y el concepto del interés de grupo como argumentos determinantes para entender que nuestro administrador no puede, en principio y salvo dispensa, participar en la administración de otras sociedades ajenas al grupo sin considerar que está defendiendo intereses opuestos. Esta posición parece la más adecuada. No dejaría de ser ciertamente contradictorio acoger el criterio del interés de grupo para admitir que una misma persona ostente cargos de administración en varias sociedades dedicadas al mismo género de actividad bajo una común unidad de decisión, y abandonar ese criterio para dispensar a un administrador de su simultánea presencia como tal en otra sociedad competidora y extraña al grupo.

⁴¹ Conforme con COSTAS COMESAÑA, *El deber de abstención*, pp. 203-204 y con las referencias a los criterios tomados del Derecho de la competencia o con GIRGADO, *la empresa de grupo*, pp. 388-389, que llega a la misma conclusión a partir de la primacía del interés del grupo.

5. La competencia del administrador frente a la sociedad como causa de su separación

En cualquier caso, la presencia del administrador en la gestión de otra sociedad competidora no determina necesaria e inmediatamente la separación del cargo. Estamos, como es obvio, ante una materia en la que es la Junta general la que ha de adoptar el acuerdo de conformidad con las disposiciones legales y estatutarias referidas a la formación de la voluntad social. Ello determina, en primer lugar, que la Junta general disfruta de una discrecionalidad absoluta para tratar de este asunto. Esa discrecionalidad comienza por dispensar la mención en el orden del día del punto relativo a la separación del administrador incurso en una situación de competencia, lo que significa que el debate podrá surgir en el seno de la propia Junta general y de forma imprevista. En segundo término, a la Junta general compete evaluar de acuerdo con las circunstancias de cada caso, en qué medida la simultánea presencia del administrador con idéntica función en otra sociedad competidora va en contra del interés social. Se trata de retornar al juicio de la relevancia o significación perjudicial de la relación de competencia existente entre las dos sociedades mencionadas. Por último, en tercer lugar, es obvio que la iniciativa de uno o varios socios de proponer el pronunciamiento de la Junta sobre este punto no vincula la voluntad social. Puede la Junta resolver que no se produce una situación que justifique la separación del administrador.

La atribución a la Junta general de esa facultad de separación del administrador concurrente se inserta en la función de control que a aquella compete sobre los administradores. Esa función es aparente y se verá burlada allí donde el administrador haga uso de su eventual participación mayoritaria para obtener un acuerdo que rechace la

existencia de una actuación ilícita por su parte. Frente a esa imposición mayoritaria, los demás accionistas no podrán sino acudir a los varios remedios que el ordenamiento pone en sus manos. El primero y más próximo será el ejercicio de la correspondiente acción de impugnación. Será, como casi siempre, un consuelo escaso para aquellos minoritarios que constatan cómo una actuación ilícita y lesiva (cfr. art. 133.1 LSA), e incluso abusiva (cfr. art. 7.2 CC), encuentra amparo en el ámbito societario, a la espera de su previsible corrección jurisprudencial⁴². La tópica referencia a la lentitud que una corrección de ese tipo puede suponer tiene como posible excepción la urgente adopción de medidas cautelares específicas de las contempladas, principalmente, en la regla 7ª del art. 727 LEC. Solo una rápida tutela cautelar puede implicar una genuina prevención de la lesión para la sociedad por la competencia de su administrador, que podrá solicitarse bien al hilo de la demanda de impugnación del acuerdo de la Junta que ampara al administrador, bien con carácter preventivo respecto de una demanda que solicite, de forma directa, la condena al administrador a no hacer o a cesar en esa ilícita actuación. Pero estas son correcciones de la conducta irregular que no afectan a la posición de su autor que, al amparo de su participación mayoritaria, permanecerá incólume a pesar de la eventual corrección jurisdiccional.

Ante situaciones de abuso flagrante por parte de la mayoría tolerante hacia la competencia del administrador, cabe proclamar para la sociedad anónima una solución legislativa similar a la que para la sociedad limitada ha acogido el art. 65.2 LSRL. La vulneración de la

⁴² La declaración de nulidad del acuerdo es previsible si se adopta la posición establecida por la STS de 9 de septiembre de 1998 (RJ 1998\6608), que resaltan URÍA-MENÉNDEZ-GARCÍA DE ENTERRÍA, J., en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid (1999), p. 902, y a la que ya nos hemos referido en páginas anteriores (v. nota 37), que proclama un criterio severo en la evaluación de incompatibilidades.

prohibición normativa por el administrador permite al socio obviar el pronunciamiento de la Junta al respecto, y solicitar el cese del administrador desleal (por concurrente) directamente del Juez⁴³.

Sin perjuicio de ello, también ha de traerse a colación como remedio eficaz ante semejante abuso de la mayoría que aprueba una competencia en clara contradicción del interés social, la posibilidad del ejercicio de acciones penales por entender que se está ante un delito societario contemplado en el art. 291 CP⁴⁴. En pocos supuestos se pueden advertir con mayor nitidez los distintos elementos que integran el tipo delictivo señalado: acuerdo abusivo, ánimo de lucro del administrador favorecido, ausencia de beneficio para la sociedad y perjuicio de los restantes socios, advirtiendo que con ello se está perfilando un delito de resultado de lesión⁴⁵. En principio, la hipótesis aparece imaginable exclusivamente para la sociedad anónima, puesto que el art. 52 LSRL descarta tal suerte de ejercicio abusivo del voto al prohibir al socio-administrador el ejercicio de ese derecho cuando se debata en la Junta la dispensa a la prohibición de competencia⁴⁶.

⁴³ Parece conveniente señalar que, a pesar de los claros términos de esa disposición, existe una discusión doctrinal acerca de la concurrencia de la facultad atribuida al socio por el art. 65.2 LSRL y la dispensa de la Junta general prevista en el párrafo anterior: v., para una exposición del debate EMBID, "Art. 65", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (coords. ARROYO/EMBID) Madrid (1997), pp. 693-694 y LOIS CABALLÉ, *La prohibición de competencia*, pp. 87-91.

⁴⁴ Quizás convenga aclarar que la eficacia se predica respecto del carácter intimidador de toda acción penal; la eficacia del art. 291 CP ha sido fundadamente cuestionada tanto en lo que atañe a la limitación del tipo como al deslinde complejo de una acción basada en ese precepto frente a las acciones civiles de impugnación; v., GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid (1996), p. 65 y ss.

⁴⁵ V. SÁNCHEZ ALVAREZ, M., *Los delitos societarios*, Pamplona (1996), pp. 128-129 y entre la abundantísima bibliografía penal, v., FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia (2000), pp. 217-218.

⁴⁶ V. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "Conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada y derecho de voto del socio", *RdS*, número extraordinario (1994), pp. 299-300; BOQUERA MATARREDONA, "La regulación del conflicto de

6. Los límites estatutarios a la actividad concurrente del administrador

Otra cuestión interesante se plantea a la hora de interpretar el margen que cabe reconocer a la autonomía estatutaria para alterar lo establecido en las disposiciones legales citadas en los apartados precedentes. Cualquier proyecto estatutario tendente a moderar el rigor legislativo ha de ser rechazado, toda vez que se trata de un límite mínimo al principio de lealtad o fidelidad y prevalencia del interés social. No así cuando lo que los estatutos llevan a cabo es un incremento del rigor en este punto.

Son ejemplos ilustrativos de la función que los estatutos pueden jugar en ese ámbito las cláusulas que establecen la necesidad de obtener una previa autorización para el ejercicio de cualquier actividad concurrente con la de la propia sociedad, o para suscribir o adquirir participaciones significativas en una sociedad competidora, o, en fin, para ser designado administrador de la misma. También sucede lo propio con las cláusulas que establecen la prohibición del ejercicio de una actividad mercantil en competencia con la sociedad una vez producido el abandono del cargo de administrador, sea con carácter voluntario o forzoso. Estas previsiones estatutarias no pueden sorprender en la medida en que no hacen sino reproducir estipulaciones habituales en contratos de carácter laboral entre las empresas y sus directivos⁴⁷. El gran problema que plantean esos posibles límites estatutarios –al igual que los límites convencionales– es el de su alcance. Siendo inicialmente admisibles por

intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, RDM 217 (1995), pp. 1029-1030 y COSTAS COMESAÑA, *El deber de abstención*, p. 227.

⁴⁷ V. *infra* 9.

cuanto vienen justificados por la defensa del interés social, no pueden dar lugar a una prohibición absoluta a la iniciativa económica de los administradores afectados⁴⁸.

7. El supuesto general de contraposición de intereses entre sociedad y administrador.

El art. 132.2 LSA se refiere como segunda hipótesis de hecho a la existencia de intereses opuestos entre los del administrador y los de la sociedad. Esta contraposición de intereses es evidente que integra la circunstancia de ser administrador de otra sociedad competidora. Pero la mención a la existencia de intereses contrapuestos tiene un alcance amplísimo y, desde luego, incluye todos los supuestos en los que entre el administrador y la sociedad existe una relación de competencia. Con respecto a esta última vale lo ya señalado en apartados anteriores acerca de que el art. 132.2 reclama una situación de efectiva competencia de acuerdo con lo establecido en el art. 2 LCD.

La lealtad exigible a todo administrador y la prioridad que en su actuación merece la tutela del interés social se verían cuestionadas allí donde el administrador aparezca como titular de un interés contrapuesto al de la sociedad. Desde ese punto de vista, la deslealtad que se puede apreciar en la competencia del administrador será, en primer término, una infracción de los deberes legalmente atribuidos al cargo. Ahora bien, la práctica nos enseña que, en no pocas ocasiones, el reproche de deslealtad se puede fundamentar también sobre la base de la disciplina general contenida en los distintos tipos o cláusulas especiales que enuncia la LCD. El administrador está en una posición privilegiada a la hora de obtener una ventaja de su puesto en beneficio propio y en perjuicio de la sociedad.

⁴⁸ V. *infra* 10.

Es una ventaja que se refiere principalmente al conocimiento y a la información, de los procesos productivos, de conocimientos amparados por un deber de secreto, de datos determinantes con respecto a la estructura del mercado en cuestión, de fórmulas de promoción o de distribución o, en fin, de identificación de la clientela. Esa ventaja informativa se puede proyectar también con respecto a determinados negocios u oportunidades de negocio.

8. El tratamiento de la cuestión en la sociedad de responsabilidad limitada

La disciplina de la sociedad de responsabilidad limitada puede decirse que reproduce los criterios normativos expuestos con respecto a la sociedad anónima. Se parte del principio de prohibición de competencia del administrador con respecto a la sociedad administrada. El art. 65.1 LSRL es técnicamente más correcto que los correspondientes preceptos de la LSA, puesto que formula de forma directa el principio prohibitivo según el que *“los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social”*, estando prevista como excepción la posibilidad de que la Junta general autorice esa actividad. Aún cuando los términos de la prohibición son deliberadamente amplios, al tomar en cuenta tanto la actuación del administrador por propia cuenta como por cuenta ajena, y al decir que basta con que la actividad concurrente presente una analogía o similitud, que no identidad o coincidencia plena con el objeto social de la sociedad administrada, creemos que las mismas razones referidas a la cuestión en el régimen de la sociedad anónima y determinadas por lo establecido por el art. 2 LCD llevan a concluir que la vulneración de esta

prohibición sólo se podrá proclamar allí donde la competencia sea material o efectiva y no simplemente nominal o aparente⁴⁹.

La LSRL adopta una segunda previsión en defensa del interés social. Me refiero a lo dispuesto en el art. 52.1, en su inciso final, que prohíbe al socio y administrador hacer uso de los derechos de voto correspondientes a sus participaciones cuando la Junta general ha de dispensar al administrador de la prohibición de competencia, con lo que se evita que el socio pueda ser juez de su propio asunto.

9. La perspectiva laboral: especial referencia a la prohibición de competencia

En el Derecho laboral español existe el principio general de no competencia con la actividad de la empresa⁵⁰. Así lo establece el art. 5, d) ET, si bien advirtiendo que esa prohibición quedaba sometida a los términos fijados en el propio Estatuto. La determinación legislativa de esos términos la lleva a cabo el art. 21 del mismo Estatuto⁵¹. Ahora bien, como ya ha quedado explicado, el objeto de este trabajo es el análisis de los conflictos derivados de la competencia entre las sociedades mercantiles y sus administradores. En el orden laboral, entre éstos y aquélla se suele superponer a la relación orgánica la relación laboral especial de alta dirección, lo que se traduce en la firma de un contrato laboral de esa naturaleza con respecto a aquellos administradores que tienen funciones ejecutivas o están implicados de cualquier forma en la gestión, más allá de la simple participación en las sesiones del Consejo o de sus órganos

⁴⁹ De distinta opinión es EMBID “Artículo 65”, p. 689.

⁵⁰ V. NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *la prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Pamplona (1997), p. 76 y ss.

⁵¹ V., por todos, MONTOYA MELGAR, “Artículo 5” y “Artículo 21” en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*⁴, Pamplona (2001), p. 48 y pp. 136-138.

delegados. Es un hecho notorio que las empresas manifiestan una particular sensibilidad hacia la posibilidad de una competencia directa o indirecta por parte de sus directivos, precisamente por cuanto son quienes en función de su posición en la organización empresarial, están en mejores condiciones de aprovechar su experiencia y conocimientos a favor de otros competidores o aplicándolos en una actividad empresarial por su propia cuenta. No estará de más reiterar en este punto la vigencia del principio de buena fe en toda relación laboral y su singular influencia en las relaciones del personal de alta dirección, caracterizada precisamente por la recíproca confianza entre las partes, que habrán de acomodar “*el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe*” (art. 2 RD 1382/1985)⁵².

El art. 8 del RD 1382/1985 establece distintas reglas cuyo contenido nos resulta conocido por coincidir sustancialmente con lo hasta ahora expuesto desde la perspectiva societaria. La primera de esas reglas consiste en imponer la prohibición al directivo de celebrar contratos de trabajo con otras empresas. La excepción a esa prohibición es, de nuevo, la existencia de un acuerdo previo y por escrito que autorice la celebración de otros contratos o la posterior autorización del empresario. La nota singular viene dada por el hecho de que se presumirá prestada esa autorización empresarial cuando la vinculación del directivo con otra entidad fuese pública y no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato de trabajo. La segunda regla arranca de la circunstancia de que el directivo haya recibido una especialización profesional con cargo a la empresa. En el caso de que el directivo deseara abandonar la empresa

⁵² MONTOYA MELGAR, *La buena fe*, p. 25 y MARTÍNEZ MORENO, *La relación de trabajo especial*, p. 295 y ss.

antes del plazo establecido al efecto, vendrá obligado a satisfacer una indemnización por daños y perjuicios.

Por último, el art. 8.3 admite que el contrato de trabajo pueda prohibir el ejercicio de una actividad competidora con la de la empresa hasta un plazo máximo de dos años contados a partir de la extinción del contrato. Esa restricción de la actividad del directivo queda supeditada a que exista un efectivo interés empresarial en ello y a que el mismo reciba a cambio una compensación económica adecuada⁵³. La jurisprudencia ha interpretado que el pacto de no competencia es, en propiedad, un pacto con obligaciones bilaterales, de lo que resulta que no puede quedar al arbitrio del empresario ni su vigencia ni, en consecuencia, el pago al directivo de la correspondiente indemnización prevista contractualmente en compensación de la prohibición de pacto de no competencia postcontractual.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo precisó el significado y alcance de la prohibición de competencia efectiva con posterioridad a la terminación de la relación laboral en dos sentencias próximas en su adopción: la de 24 de septiembre⁵⁴ y la de 29 de octubre de 1990⁵⁵. La primera indicó que la prohibición de competencia *“requiere para su validez y licitud aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo*

⁵³ Sobre los elementos que integran esa regla, v. DE VAL TENA, *Los trabajadores directivos de la empresa*, p. 264 y ss.

⁵⁴ RJ 1990\7042.

⁵⁵ RJ 1990\7722.

puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 C. Civil no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes contratantes; dicha cláusula tiene naturaleza indemnizatoria; su incumplimiento por alguna de las partes, da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, extinguiéndose el pacto por aplicación de lo dispuesto en el art. 1101 del C. Civil” (FJ 5º). La Sentencia señalada advierte que la extinción del interés de la empresa en la no competencia de su directivo no puede fundarse en la simple manifestación empresarial, conducente a dejar sin efecto los pactos contractuales en tal sentido y, en consecuencia, la obligación indemnizatoria a cargo de la empresa. Eso sería tanto *“como dejar al arbitrio de una de las partes contratantes el cumplimiento de una obligación”*.

La segunda Sentencia reitera los elogios hacia la recurrente casacional, cuyo recurso sin embargo rechaza. Tras advertir el Tribunal Supremo que existe un silencio normativo sobre *“la posibilidad o no de desistimiento unilateral de dicho pacto por parte del empresario, desvinculando al trabajador del deber de abstención de las actividades que constituyen el objeto del mismo, y con la pretensión al propio tiempo de no realizar el pago de la compensación económica a su cargo”* (FJ 1º), subraya que el recurso se plantea en el terreno adecuado: el análisis de los intereses de las partes en ese pacto. Este parte de la existencia de un interés del empresario *“en la reserva de sus métodos de producción, comercialización y organización del trabajo”*, pero sin que sea ese el único al que atiende el pacto de no competencia. Está claro que la atención ha de volverse hacia los intereses del directivo, quien *“rehusa normalmente entablar conversaciones en vistas a un posible ajuste con las otras empresas del sector o ámbito delimitado en el pacto, porque sabe que legalmente no podría hacerlo”*. Se produce con ello un efecto de *“fijación del trabajador a la empresa y de limitación de su movilidad profesional”*, lo que hace que no pueda serle indiferente el cumplimiento del pacto en los términos

en que fue suscrito, en el que la compensación económica a esa prohibición es una auténtica “*contrapartida*” al sacrificio de los intereses profesional del directivo. En definitiva, esta segunda Sentencia acoge el corolario de la primera: el art. 1256 CC impide que quede al arbitrio de la empresa el cumplimiento del pacto de no competencia, confirmando la condena a pagar al directivo la compensación contractualmente prevista.

La doctrina jurisprudencial expuesta parece clara y ponderada, aún cuando la misma invite a hacer algunas matizaciones. La primera es la de la posibilidad de que se contemple contractualmente la dispensa de competencia en un momento posterior. Es decir, ambas partes acuerdan que la empresa podrá renunciar al pacto, quedando así liberada de la obligación de pagar compensación alguna. Tal posibilidad contractual puede quedar sujeta a la observancia de deberes de preaviso con respecto a la fecha de su efectividad o, incluso, al pago de una cantidad al directivo afectado que le compense la abstención de todo contacto con otras empresas hasta el momento de conocer la renuncia de la sociedad al pacto en cuestión. No parece que en estos supuestos la renuncia empresarial pueda ser catalogada como arbitraria.

Al propio tiempo, en la ponderación de intereses en juego parece olvidarse que la renuncia empresarial al pacto de no competencia devuelve al directivo o administrador una libertad plena para la negociación de su actividad profesional a través de otras empresas del sector. De manera que también parece congruente con la posición adoptada por el Tribunal Supremo la previsión contractual que establezca la derogación a instancias del directivo del pacto de no competencia y del consiguiente derecho de éste a percibir la compensación económica que contempla el art. 8.3 del RD 1382/1985.

10. Algunas consideraciones a partir de la LCD y de su aplicación jurisprudencial.

La exposición referida al panorama legislativo aplicable a la materia enunciada ha de completarse con el apunte de algunas previsiones de la LCD que encuentran un ámbito frecuente de aplicación en la relación de competencia entre las sociedades y sus directivos, ya sea estando vigente esa relación o ya sea en momentos posteriores a su extinción. Por supuesto que habrá de examinarse en algunos casos la conducta del administrador a través del módulo de conducta que enuncia la cláusula general, allí donde no haya posibilidad de reconducir el supuesto a alguna de las cláusulas especiales de la LCD. Dicho esto, es notorio que la LCD contiene algunos supuestos de deslealtad que son fácilmente reconducibles a los conflictos surgidos entre una sociedad y quienes son o han sido sus administradores o directivos. Ocupan un lugar destacado en ese sentido las conductas tipificadas en el art. 13 dedicado a la violación de secretos y en el art. 14 sobre la inducción a la infracción contractual.

Una vez proclamados los principios que creemos que resultan de aplicación general, procede abordar los distintos grupos de casos en los que se plantea el conflicto concurrencial entre el administrador o directivo y la sociedad. Para ello, la jurisprudencia española del último decenio, coincidente con la promulgación y aplicación de la LSA y la LCD, ofrece un material interesante. La novedad no viene tanto a través de la aplicación de la legislación societaria, puesto que en buena parte mantiene la disciplina contenida en la precedente LSA de 1951, cuanto por las consecuencias que ha tenido la proyección de la LCD a esos conflictos. En la mayoría de los casos además se establece una vinculación entre la relación laboral y la de competencia que se enjuicia.

Por otro lado, la observación de la solución jurisprudencial en la mayoría de los casos y su opción por la LCD como exclusiva herramienta para la represión en el orden civil de la competencia de directivos frente a sus antiguas empresas revela la oportunidad del planteamiento doctrinal que critica esa orientación, en la medida en que desprecia las acciones que posibilita la legislación societaria a la hora de rectificar y sancionar esa conducta⁵⁶. De acuerdo con esa opinión, que no carece de sentido a la vista de la realidad que acoge nuestra jurisprudencia, conductas que suponen un evidente incumplimiento de los deberes del administrador no son denunciadas a través de la acción de responsabilidad, que tiene un carácter especial, sino que se persiguen a través de la disciplina general en materia de ilicitud concurrencial, constituida por la LCD, ejercitando las acciones contempladas en su artículo 18.

La jurisprudencia disponible admite ser encuadrada en dos grupos: el primero se refiere con carácter general a la competencia que los directivos plantean frente a la que hasta entonces era su empresa; el segundo presta atención a la utilización en el marco de esa nueva relación de competencia de determinados elementos que pudieran ser incluidos en la categoría de los secretos empresariales.

A) Supuestos de competencia con la antigua empresa mediante la creación de una sociedad competidora.-

a) El Tribunal Supremo se ha ocupado de la relación entre la prohibición de concurrencia sancionada en la legislación laboral y la genérica prohibición de competencia desleal que resulta de la LCD (cfr.

⁵⁶ V. FERNÁNDEZ-ALBOR, A., RGD, p. 3993 y, con mayor detalle, pp. 4007-4008.

art. 1). En este sentido destaca la STS de 18 de octubre de 2000⁵⁷. El supuesto de hecho parte de la constitución por quienes eran antiguos directivos de la sociedad demandante de una nueva sociedad dedicada al mismo tipo de actividad. Se solicitaba la declaración de vulneración de derechos de propiedad industrial y la declaración de existencia de actos de competencia desleal. La demanda se dirigía tanto contra la nueva sociedad como contra sus socios, que eran los dos antiguos directivos de la actora y la esposa de uno de ellos. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda en cuanto a la declaración de vulneración de derechos de propiedad industrial y la existencia de actos de competencia desleal por parte de la sociedad demandada, a la que condenó a cesar en su actividad y a retirar determinados materiales del mercado, pero absolviendo a las personas físicas demandadas.

La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante en el sentido de considerar que los tres socios de la demandada habían cooperado a la realización de los actos de competencia desleal. Ante el Tribunal Supremo interpusieron recursos de casación los tres socios de la demandada, de los que debe recordarse que dos de ellos habían sido antiguos directivos de la demandante. El recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo plantea motivos basados tanto en la infracción de normas laborales, como societarias y reguladoras de la competencia desleal. De esos motivos debemos destacar el abordado en el Fundamento Jurídico Cuarto, que precisamente examina a instancia de los dos ex directivos, la aplicación por la sentencia recurrida del apartado 2 del art. 21 ET. Planteaban los recurrentes que el hecho de la existencia de una relación laboral con carácter previo a la constitución de la nueva sociedad que

⁵⁷ RJ 2000\8809.

devino competidora de aquella en la que prestaban sus servicios no constituye competencia desleal, toda vez que en la relación laboral no se habría establecido un pacto de prohibición de competencia en los términos previstos en el art. 21.2 ET. El Tribunal Supremo considera que esa normativa laboral resulta *“ajena al supuesto litigioso porque dichos coincidentes preceptos tan sólo se refieren a la prohibición de concurrencia, pero no a la competencia desleal”* y profundizando en ese razonamiento, se señala que tal disposición del ET regula la prohibición de la concurrencia por convenio y fija un límite temporal, y la ilicitud radica en la mera y sola concurrencia, pero la acción ejercitada en la litis no es contra esta actividad del art. 21 del Estatuto de los Trabajadores, sino la practicada por medios reprobables. Por ello el motivo en cuestión resultó desestimado.

La otra gran cuestión que se planteaba en los diversos recursos combatía la decisión de extender la responsabilidad por competencia desleal a los socios de la sociedad competidora. Se decía que éstos ni eran empresarios, ni participaban en el mercado. Los motivos se amparaban tanto en el art. 20.1 LCD, como en el art. 1 de la LSRL. El Tribunal Supremo rechaza los correspondientes motivos, en primer lugar, por considerar que la actividad de la nueva sociedad constituida había sido desleal en la medida en que actos de imitación, confusión y explotación de la reputación ajena de la demandante se habían realizado gracias a la información aportada por sus antiguos directivos y socios de la demandada. Esto conduce a considerarles cooperadores en la realización de actos de competencia desleal y, por consiguiente, a tenerlos por pasivamente legitimados de acuerdo con lo que establece el art. 20.1 LCD. En cuanto a la esposa de uno de ellos, que pretendía ampararse en la personalidad jurídica de la sociedad limitada, el Tribunal Supremo considera que desarrolló idéntica función cooperadora a través de tres circunstancias: la suscripción de una participación en el capital de la nueva

sociedad, la ratificación de los actos previos a la inscripción de la sociedad realizados por el administrador único y que ya constituían una conducta desleal y, finalmente, que el esposo de la recurrente permaneció trabajando en la sociedad actora y *“su actividad se orientaba a aprovecharse ilícitamente de los derechos de propiedad industrial propiedad de aquélla”* hasta que fue despedido y se integró en la sociedad de la que era relevante socio su esposa.

b) La SAP de Cáceres (Sección 1^a) de 5 de mayo de 1998⁵⁸, presenta distintos puntos interesantes en relación con la materia que venimos examinando. El supuesto de hecho lo constituye la actuación de quien era socio y trabajador de una sociedad dedicada al asesoramiento, que es condenado por haber llevado a cabo la inducción a la infracción contractual por un conjunto de clientes de los contratos de asesoramiento concluidos con la antigua empresa, al tiempo que también inducía a la infracción contractual de dos trabajadores de la misma. El que se trate de una actividad de prestación de servicios nos lleva a subrayar que la jurisprudencia se ocupa con frecuencia de conflictos en ese tipo de actividad: asesoramiento o servicios de mantenimiento. Es decir, relaciones con clientes (sean éstos empresarios o consumidores) en las que prima el elemento personal, la confianza establecida con el directivo que tiene variadas consecuencias. La primera, que el abandono del directivo de su empresa suele arrastrar a una parte de la clientela. La segunda, que la confianza acreditada de los clientes en un determinado directivo fomenta el entendimiento -que en el posterior conflicto se usará como argumento defensivo- de que se trata de clientes del directivo, que no de la empresa para la que éste trabaja. La cuestión a dilucidar desde la perspectiva de la competencia, es si esa atracción de la clientela hacia la

⁵⁸ AC 19998\5742

nueva empresa incurre o no en alguno de los supuestos de ilicitud concurrencial.

En el caso que comentamos, la SAP de Cáceres consideró que la conducta enjuiciada era contraria a lo establecido en el art. 5 LCD, por constituir un comportamiento lejano a las exigencias de la buena fe, así como una deslealtad tipificada en el art. 14.1 LCD. Al propio tiempo, además, el reproche de esa deslealtad se acentuaba en la medida en que se produjo un aprovechamiento de la reputación empresarial de la sociedad actora, en quienes hasta entonces habían confiado los clientes *“apropiados”* por el demandado y también, se consideró que ello constituía una conducta susceptible de constituir un acto de confusión. A este último respecto, razona la sentencia que la confusión entre los clientes sobre quién era el real prestador de los servicios de asesoramiento venía provocada por el hecho de que el demandado había sido hasta entonces *“la figura visible de la sociedad actora”* frente a sus clientes, viéndose además incrementado el efecto confusorio por el hecho de que en la actividad competidora hacia su antigua empresa el demandado contaba con la colaboración de dos antiguos trabajadores de ésta, cuya infracción contractual también había inducido. Por último la Audiencia Provincial de Cáceres lleva a cabo una apreciación que ha de compartirse: la inducción *“a la fuga y captación”* de un número elevado de clientes de una determinada empresa constituye *“un proceso dilatado y subrepticio a lo largo del tiempo”*, lo que implica una dificultad probatoria a la hora de determinar la identidad de los clientes cuya infracción contractual se practicó de forma desleal y la consiguiente concreción de la indemnización de daños y perjuicios. De hecho, la sentencia de apelación modificó la de instancia exclusivamente en relación con las bases de acuerdo con las que tal indemnización habría de ser determinada en ejecución de sentencia.

c) No menos interesante es la SAP de Madrid (Sección 20ª) de 11 de diciembre de 1998⁵⁹. En este caso, el enfrentamiento se produce entre una empresa dedicada al mantenimiento de equipos e instalaciones de protección contra incendios y un amplio número de sus trabajadores que, en unión de otros, decidieron en un momento dado y estando vigente su relación laboral con aquella, crear una nueva sociedad dedicada a esa misma actividad. Ello provocó la interposición de una demanda, por la que la empresa solicitaba la declaración de la deslealtad del acto basada en que la actividad desarrollada por la nueva sociedad constituía un supuesto de competencia desleal apreciable no sólo a partir de la vulneración de la buena fe objetiva, sino de la existencia de actos de confusión, denigración, imitación e inducción a la infracción contractual. Tan amplio catálogo de deslealtades concurrenciales fue asumido por el Juzgado de Primera Instancia, cuya Sentencia contiene, en su parte dispositiva, un severo reproche hacia la conducta de los demandados. En distinto sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid estimó los recursos de apelación de los demandados, a partir de una valoración discrepante con la del Juzgador de Instancia en cuanto a los hechos probados.

Ha de advertirse que, en buena medida, lo que hace la Audiencia Provincial es declarar como no probados los singulares actos de competencia desleal advertidos por el Juzgado de Primera Instancia. Mas lo que aquí interesa no es tanto el criterio de apreciación conjunta de la prueba aplicado en cada una de las Sentencias, cuanto detenernos en dos aspectos que guardan relación directa con la cuestión que nos ocupa.

⁵⁹ AC 1998\2363.

En primer lugar, ha de abordarse el significado de la constitución de una sociedad por quienes son empleados de otra, que el Tribunal considera que es una actuación lícita (v. FJ 5º). El fundamento legislativo de ese pronunciamiento es heterogéneo. Parte de la regulación laboral, recordando que al no existir en los contratos con los demandados un pacto de no competencia, no podía la actora exigir de estos que se abstuvieran de competir con ella⁶⁰. A continuación, en lo que constituye un argumento de especial calado, la Sentencia invoca el principio de libre empresa sentado en el artículo 38 de la Constitución, que tiene como corolario el de libre competencia, cuya tutela tiene precisamente en la LCD una de sus expresiones más relevantes. El siguiente paso en el razonamiento de la Sentencia que tratamos apunta a que no existe un derecho de exclusividad sobre la clientela empresarial, de forma que el hecho consistente en que los clientes de la actora recibieran ofertas de la nueva sociedad constituida por sus trabajadores lejos de constituir un quebrantamiento del deber de buena fe (art. 5 LCD), *“es consecuencia lógica de la libre competencia en un mercado abierto”*.

Tal proclamación no creemos que pueda compartirse con carácter general. Resulta indiscutido que, a falta de pacto en contrario, la efectividad de la competencia impide a la empresa obstaculizar la iniciativa de sus antiguos empleados para instalarse en el mismo

⁶⁰ Idéntica afirmación se contienen en la STS de 11 de octubre de 1999 (RJ 1999\7323): *“En definitiva, hay que partir del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia, uno y otro de acuerdo con la ley, con las limitaciones que ésta puede imponer. La sociedad demandante y recurrente en casación no puede impedir a un empleado suyo –codemandado- que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que precisamente estaba profesionalmente preparado: no hay previsto en su contrato de trabajo una cláusula de no concurrencia y no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena; tampoco puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad en parte coincidente con la suya; por último, no puede evitar que aquel empleado pase a desarrollar su actividad profesional en esta nueva empresa; que el mismo empleado, o su padre, o parientes, o amigos, la hayan constituido es ajeno a la problemática jurídica; ...”* (FJ 4º); v. el amplio comentario que dedica a la misma DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., Cuadernos Cívitas Jurisprudencia Civil, p. 1423.

mercado⁶¹. La libertad de iniciativa que se reconoce como carácter indiscutido, puede aparecer como especialmente justificada allí donde obedece, por ejemplo, a la voluntad del directivo o empleado de eludir una situación de crisis o, incluso, concursal⁶². Ahora bien, que no exista un derecho de exclusiva sobre la misma no implica defender que la clientela de una empresa está a la libre disposición de sus nuevos competidores. Habrá que analizar pormenorizadamente cuál es la actividad y el mercado en el que nos movemos. Una situación de dominio del mercado conlleva necesariamente que los nuevos competidores se dirijan a los clientes de su antigua empresa. Por el contrario, que en un mercado atomizado en cuanto a la oferta y la demanda una nueva empresa, constituida por antiguos directivos de otra, inicie su actividad contactando precisamente a quienes constituían la clientela de su anterior empresa revela que se está ante un deficiente esfuerzo competitivo, que no son las propias prestaciones las que priman a la hora de asentarse dentro del mercado, sino que estamos ante un intento de aprovecharse de una información relevante obtenida en virtud de una antigua función directiva o laboral, cuyo uso comporta, genéricamente, un aprovechamiento del esfuerzo

⁶¹ Es reiterada la confirmación de ese principio elemental en la jurisprudencia que tiene que resolver los conflictos “en el mercado” entre la empresa y sus empleados: v. entre otros casos, la SAP Alava de 22 de febrero de 2000 (AC 2000\498), que tiene como curiosidad el que la relación de competencia se estableció frente a la antigua empresa por un grupo de empleados que se encontraban en situación de excedencia que solicitaron de forma concertada para, posteriormente, crear una sociedad con objeto similar a la primera.

⁶² Tal argumento se atisba en la SAP Zaragoza de 23 de enero de 2001 (AC 2001\748), en donde la competencia que se reprochaba a los antiguos administradores y empleados de la actora que se vinculaban con una nueva sociedad se analiza por el Tribunal tomando en cuenta la prueba referida a “*la intención de venta de la Sociedad actora, y los expedientes de regulación de empleo de los trabajadores de la misma*”.

ajeno⁶³. Esta orientación, que atenúa la amplitud del criterio que lleva a la Audiencia de Madrid a aceptar el uso de la “antigua” clientela, es la que ha adoptado el Tribunal Supremo en sus SSTS de 17 de julio y de 29 de octubre que luego se examinarán con mayor detalle.

Volviendo al análisis de la SAP Madrid de 12 de diciembre de 1998, un segundo aspecto que debemos resaltar es el referido a la inducción a la infracción contractual denunciada por la demandante, a partir de la circunstancia de que la sociedad competidora fue constituida por algunos de sus antiguos directivos junto con otros socios a los que se reprochaba esta deslealtad especial, por aplicación del art. 14.1 LCD. La Sentencia considera que no se probó actuación alguna en ese sentido y recurre, de nuevo, a la regulación de la relación laboral para afirmar la libertad de contratación a favor de los antiguos empleados de la actora: si estos rescindieron sus contratos de trabajo en la forma legalmente exigible, a la actora no se le puede reconocer derecho alguno “*a exigir la continuación de la relación laboral, ni a impedir que dichos trabajadores pudieran crear una nueva empresa*” (FJ 8º).

d) Otro reciente supuesto de conveniente consideración es el tratado y resuelto por la SAP Pontevedra (Sección 1ª), de 1 de febrero de 2001⁶⁴, que estimó el recurso de apelación interpuesto por una sociedad ante la conducta de quien, habiendo sido Consejero Delegado y Secretario del Consejo de Administración de la misma (en la que mantenía una participación del 25 por 100 del capital social), solicitó, a los pocos días de abandonar sus cargos de administración en 1997, el registro de sendas marcas que coincidían literalmente con la denominación y abreviatura por

⁶³ En este sentido, v. las consideraciones de MASSAGUER, *Comentario*, p. 414 sobre el carácter finalista que implica la desleal inducción a la infracción contractual por quien persigue “*la expoliación de los resultados de la actividad empresarial ajena*”.

⁶⁴ AC 2001\480.

las que era notoriamente conocida la sociedad demandante y recurrente⁶⁵, que había sido constituida en 1998. La solicitud de las marcas la presentó una sociedad limitada integrada exclusivamente por el antiguo administrador y su esposa, siéndole ambas concedidas por medio de las correspondientes resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas.

Casi un año más tarde la sociedad limitada participada por el antiguo administrador procedió a constituir una sociedad unipersonal con denominación similar a la de la actora⁶⁶, lo que llevó a ésta a interponer una demanda que fue desestimada, criterio que revocó la Audiencia Provincial de Pontevedra por medio de la resolución que nos ocupa, que consideró que eran varios los elementos que conducían a apreciar una conducta desleal de los demandados. El primero, la existencia de un acto de confusión derivado de *“la introducción o puesta en el mercado de un signo distintivo idéntico o similar a otro existente que resulte conocido por los consumidores”*, que se entiende que cumple la exigencia del art. 2.1 LCD, en la medida en que se utiliza la denominación confusoria *“en la inscripción de la misma en el Registro Mercantil”* y en la apertura de una cuenta bancaria, hechos que revelan la inequívoca voluntad de hacer uso la denominación

⁶⁵ Las coincidencias son absolutas si se considera que la sociedad actora tenía por denominación la de *“Sociedad Electricista de Tuy, S.A.”*, siendo declarado como hecho probado que era conocida públicamente como *“Eléctrica de Tuy”* y *“SETA”*, esto último a partir de las iniciales de *“Sociedad Electricista de Tuy, Anónima”*. Las marcas solicitadas eran precisamente, las coincidentes con estas dos denominaciones notorias (v. FJ Primero).

⁶⁶ Frente a la *“Sociedad Electricista de Tuy, S.A.”* aparece una nueva *“Sociedad Eléctrica de Tuy, S.A.”*, compartiendo además el objeto social referido a la comercialización de energía.

o de entorpecer la actividad de quien la creó⁶⁷. Pero junto a los anteriores pronunciamientos, es igualmente relevante el criterio que expresa el Tribunal en cuanto a que la conducta del administrador que abandona el cargo en una sociedad y constituye otra con un objeto social coincidente con el de la primera y atribuyéndole una denominación social idéntica a la notoriamente utilizada por aquella “*colma las exigencias del art. 5 de la Ley*”, al ser una actuación contraria a la buena fe.

e) La última referencia tiene por objeto la Sentencia de 10 de septiembre de 1999 del Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Barcelona⁶⁸. El caso reproduce circunstancias fácticas comunes a los anteriores: una sociedad dedicada a servicios de mantenimiento, constata que sus más altos directivos (entre los que figuraba su administrador único y gerente) la abandonan de forma voluntaria, al tiempo de constituir otra sociedad mercantil que comienza a competir con la primera, si bien el Juzgado considera acreditado que la decisión de constituir esa sociedad se había adoptado estando vigente la relación laboral entre la demandante y los demandados. La dimisión como administrador de la actora coincidió con la resolución de la relación laboral, aunque la Sentencia que comentamos reseña que tal resolución comportó el incumplimiento del plazo de previo aviso (por así haberlo declarado la Jurisdicción social y obrar en autos testimonio de tal resolución). Entrando en las conductas denunciadas, la Sentencia estima acreditados “*los actos de desleal competencia relativos a la captación mediante actuación reprochable a efectos de lo dispuesto en el art. 14 de la Ley de Competencia desleal, de trabajadores de la actora*” (FJ 5º). El relato es expresivo de la prueba acreditativa de que a los pocos meses de haber constituido la sociedad competidora, ésta tenía una plantilla de 52

⁶⁷ Punto en el que la Sentencia que reseñamos retoma la doctrina contenida en la STS de 22 de enero de 1999, de la que ya me ocupé en otro lugar: v. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., RGD 670-671 (2000), p. 9.589 y ss.

trabajadores, de los que 42 lo habían sido de la actora, habiéndose acreditado igualmente el protagonismo de los asesores y gestores de la nueva sociedad a la hora de recomendar a los trabajadores la forma conforme a la que debían proceder a causar baja en la actora. Pero la deslealtad admite una más cercana percepción a partir de la declaración como hecho probado de la realización de diversas y reiteradas “*presiones*” sobre los trabajadores de la actora, a los que se advertía por los demandados de los supuestos problemas económicos de la actora, de su inminente cierre y de la traslación de algunos clientes a la nueva sociedad, provocando en los trabajadores una lógica preocupación por la conservación de su puesto de trabajo e incitándoles a abandonar la que entonces era su empresa e incorporarse a la recientemente constituida por los demandados (v. FJ 7º).

También proclama la Sentencia la existencia de una inducción a la infracción contractual por parte de clientes en razón de dos circunstancias igualmente acreditadas. La primera, la depara el evidente aprovechamiento por alguno de los demandados del conocimiento que tenían de las condiciones contractuales existentes entre su antigua empresa y sus principales clientes, puesto que no en vano tales contratos habían contado con su protagonismo. Ese conocimiento fue utilizado a la hora de proponer a ese mismo cliente la contratación de idénticos servicios, pero esta vez ya en nombre de la nueva sociedad que acababan de constituir (FJ 6º). La segunda circunstancia viene dada por el hecho de que en no pocas ocasiones, los servicios prestados a los clientes suponían la permanencia en la sede de estos de un número determinado de trabajadores. La simultánea baja voluntaria de la totalidad o la mayoría de esos trabajadores suponía un ineludible deterioro del buen nombre de la

⁶⁸ AC 1999\1438.

antigua empresa ante el cliente, siendo igualmente previsible que, en esa situación, el mismo optara por contratar la prestación de ese mismo servicio con la nueva empresa a la que habían ido a parar los trabajadores que, hasta entonces, lo venían haciendo por cuenta de la demandante. Se ha señalado, con acierto, que en la inducción a la terminación contractual que tiene como objeto la captación de la clientela ajena, la deslealtad viene dada, ante todo, por los medios empleados para inducir al cliente a la terminación contractual⁶⁹, y así lo evidencia el caso que comentamos. Lo cierto es que la sociedad demandada declaraba una cartera de nueve clientes, de los que cuatro lo habían sido de la actora.

Advertida la deslealtad de la conducta de los demandados en cuanto a la inducción a la infracción contractual que se ha señalado, la Sentencia advierte que la estimación parcial de la demanda no podía limitar la libre competencia (FJ 10º), pese a lo cual, los pronunciamientos condenatorios son absolutos: se impone a los codemandados el deber de abstenerse de contactar a trabajadores o clientes, de modo que induzcan a la infracción contractual. La parte dispositiva de esta sentencia resulta reiterativa y creemos que cuestiona la efectividad del principio de libre competencia, si bien su rigor puede estar justificado atendiendo a las particulares circunstancias del caso: se trata de un mercado reducido en cuanto a su ámbito territorial y al número de clientes.

B) La vulneración de secretos empresariales.-

Una de las principales razones que pueden empujar a un trabajador o directivo a iniciar una nueva actividad en competencia directa con la que era su antigua empresa radica en la posibilidad de beneficiarse del

⁶⁹ V. MASSAGUER, *Comentario*, p. 417.

conocimiento adquirido en esta última en relación con la actividad empresarial concreta de que se trate. La pregunta que siempre se plantea en esa hipótesis es la de si la información que se pretende utilizar se ha de entender que es de la exclusiva propiedad de la antigua empresa que está amparada por un deber de secreto por parte del trabajador incluso una vez extinguida la relación laboral o si, por el contrario, esa información puede ser utilizada en la nueva situación de competencia. La respuesta dependerá de cuál sea el régimen jurídico que se entienda aplicable a la protección de la información comercial o empresarial⁷⁰.

a) Se trata además de un terreno en el que, de nuevo, nos encontramos con una múltiple respuesta normativa al problema planteado. En buena medida ello viene motivado por la indeterminación que, a pesar de su indiscutible relevancia, sigue teniendo en nuestro ordenamiento el concepto de secreto empresarial⁷¹. No obstante, creemos plenamente válidas las consideraciones doctrinales que establecen que puede reconducirse a dicho concepto cualquier realización empresarial que sea el resultado de una considerable inversión de tiempo, dinero y trabajo, cuya reserva comporte un dato decisivo frente a los competidores y que guarde una relación con la propia actividad empresarial⁷².

⁷⁰ Un apunte del problema puede encontrarse en FARRANDO MIGUEL, "La protección jurídica de las listas de clientes. (A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1999 y 29 de octubre de 1999)", RGD 670-671 (2000), p. 9610 y ss., que recoge la bibliografía española más destacada sobre el tema.

⁷¹ Con carácter general, v. GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial (know how), concepto y protección*, Madrid (1974), p. 64 y ss., y la más reciente revisión llevada a cabo por LLOBREGAT HURTADO, M.L., "Aproximación al concepto de secreto empresarial", en *Estudios Duque*, Valladolid (1998), pp.1035-1038. En cuanto al significado del concepto en la LCD, por todos, v. MASSAGUER, *Comentario*, p.385 y ss.

⁷² V. GÓMEZ SEGADÉ, pp. 113, 116 y 120. En ese mismo sentido cabe citar el Auto AP Barcelona (Sección 15ª) de 14 de abril de 2000 (AC 2000\1665), que a la hora de analizar el art. 13 LCD establece que "Es claro que, para la comisión de este ilícito, es necesaria la explotación de una información, sea industrial (susceptible o no de dar lugar a una invención objeto de propiedad industrial), comercial o de organización de la empresa, pero, en todo caso, que

Un buen ejemplo de la trascendencia que la información puede tener en la relación entre una empresa y sus antiguos directivos lo ofrece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 10 de junio de 1998⁷³. Son varias las cuestiones que en materia de competencia desleal allí se tratan y resuelven, pero destaca la reflexión jurisprudencial al hilo de la conducta desplegada por la antigua empresa con respecto a quienes habían sido sus altos directivos y administradores. Estos, tras un largo período transcurrido desde que extinguieron su relación laboral con aquella (cerca de 10 años), proyectaban integrarse en similar función en una nueva empresa que iba a competir directamente con la anterior. Esta última decidió entonces remitir sendas cartas a sus ex directivos, en las que ponía de manifiesto que ambos habían tenido un acceso legítimo a información confidencial y con respecto a la que estaban vinculados por un deber de secreto, cuyo eventual uso fuera de la antigua empresa, bien en provecho propio o bien mediante comunicación a terceros sería ilícito.

La remisión de estas cartas fue denunciada como constitutiva de deslealtad concurrencial por la nueva empresa en la que sus destinatarios iban a colaborar, afirmando que constituía una intimidación sobre sus directivos. La correspondiente demanda fue rechazada en primera instancia, y el recurso de apelación fue desestimado por medio de la Sentencia que comentamos y que trata con especial minuciosidad el

esté suficientemente identificada y, además, como exige el artículo 32.2 a), b) y c) del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC), que sea (a) secreta, en el sentido de que no sea ... generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; (b) tenga un valor comercial por ser secreta; y © haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla".

⁷³ AC 1998\1455

significado de las cartas indicadas en relación con la tutela que el ordenamiento ofrece a la información empresarial.

El Tribunal comienza admitiendo la legitimidad de una conducta orientada a la salvaguarda de los secretos profesionales que los directivos han conocido en el ejercicio de su cargo. Recuerda a esos efectos, precisamente, que el art. 13 LCD establece como supuesto típico de deslealtad el consistente en divulgar o explotar sin autorización de su titular secretos a los que se ha accedido legítimamente.

En lo que constituye un razonamiento especialmente significativo para entender la postura adoptada, se señala la necesidad de que, al margen de aquellos conocimientos o elementos propios de la actividad empresarial que pueden ser objeto de derechos exclusivos, el ordenamiento depare su protección a “una serie de conocimientos, informaciones, técnicas o ideas” que tienen un indiscutible valor competitivo. Se define como secreto empresarial “cualquier dato, técnica, información, previsión, idea, etc., que se mantenga reservada por voluntad de su titular y que reporte al mismo una ventaja concurrencial o cuya revelación supondría un perjuicio a su titular o un beneficio concurrencial a sus competidores”. La razón de esa tutela radica en el interés por “fomentar la investigación, el progreso y, en definitiva, la competitividad”, resultando “indispensable para un aceptable funcionamiento de la economía de mercado”. Esa especial protección no se traduce en un derecho al disfrute exclusivo de esa información, sino en la facultad de sancionar a quien quebrante el deber de secreto o reserva con respecto al uso de la misma.

Retomando el art. 13 LCD, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra se fija en el primer supuesto contemplado por dicha disposición –el acceso legítimo a secretos con deber de reserva– por entender que es el aplicable al caso, puesto que son varios los

fundamentos que evidencian que los directivos están afectados por la observancia de ese deber. Partiendo del art. 279 del Código Penal, el Tribunal lleva a cabo una pormenorizada enunciación de distintas normas que sustentan ese deber: las laborales, aplicables con carácter general o en supuestos de alta dirección, las que en el Código civil imponen tal deber al mandatario (cfr. art. 1726) y, en fin, las integradas en la regulación de las sociedades mercantiles (art. 128 LSA y art. 11 de la LSRL 1953) o de las agrupaciones de interés económico.

Sin perjuicio de tan amplia fundamentación normativa para el deber de secreto, la posición claramente protectora de los secretos empresariales que adopta la Sentencia que reseñamos destaca en función de su advertencia final. En materia de competencia desleal, se señala, la exigencia del deber de secreto no puede hacerse depender de una expresa imposición normativa. La existencia de una norma en tal sentido determina que tal deber devenga indiscutible. A falta de ella, será el principio de la buena fe objetiva en relación con las circunstancias de cada caso el que establezca si se está ante la necesaria observancia de ese deber o no.

b) El Tribunal Supremo se ha ocupado de manera particular de cuál es el tratamiento que debe darse al listado de clientes de una empresa⁷⁴. En una primera Sentencia de 17 de julio de 1999⁷⁵, se discutía la deslealtad de la conducta de un antiguo trabajador que, al cambiar de empresa, llevó consigo el listado de los clientes de la antigua⁷⁶. En lo que el Tribunal

⁷⁴ Con carácter general y con respecto a la protección que cabe deparar de la clientela, v. las reflexiones que lleva a cabo NOGUEIRA GUASTAVINO, *La prohibición de competencia desleal*, p. 96 y ss.

⁷⁵ RJ 1999\5957.

⁷⁶ El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda por entender que se estaba ante una conducta constitutiva de competencia desleal. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de Primera Instancia por entender

Supremo considera una utilización ilegítima de esa información, el trabajador aprovechó el listado para remitir cartas a cada uno de los clientes promocionando la nueva empresa. Destaca del razonamiento casacional la determinación de que tal conducta constituía una vulneración de lo establecido en el art. 13 LCD, puesto que *“no cabe duda que el listado de clientes, forma parte del patrimonio de la Empresa, y que su utilización por un rival le otorga una ventaja concurrencial reportadora de una gran ventaja económica”* (FJ 2º)⁷⁷.

Poco tiempo después, el criterio del Alto Tribunal varió sensiblemente en virtud de la postura adoptada en la Sentencia de 29 de octubre de 1999⁷⁸. En este caso los tres trabajadores⁷⁹ de una entidad de

que no se había acreditado la participación en el mercado de la actora, esencial para considerar producido el presupuesto que para la legitimación activa contempla el art. 19.1 LCD. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, dejando sin efecto la de la Audiencia Provincial y confirmando la del Juzgado de Primera Instancia. Al hacerlo, parece acoger todos los motivos del recurso, que denunciaban la existencia de una vulneración de la exigencia de la buena fe (art. 5 LCD) y la realización de actos de confusión, engaño y vulneración de secretos industriales (arts. 6, 7 y 13 LCD). Tal y como hizo el Juzgado de Primera Instancia, se invoca el art. 5 del Estatuto de los Trabajadores a la hora de valorar la conducta del trabajador demandado.

⁷⁷ Posición que comparte FARRANDO MIGUEL, “La protección jurídica de las listas de clientes”, p. 9610.

⁷⁸ RJ 1999\8164; La precedente STS de 11 de octubre de 1999 también trata de un supuesto con una problemática similar: terminada la vigencia del contrato de trabajo, el empleado comienza a desarrollar su actividad en una sociedad con idéntico objeto que la precedente, que presenta demanda denunciando la infracción de distintos artículos de la LCD; la demanda fue inicialmente estimada pero desestimada íntegramente en apelación; el TS rechaza el recurso de casación, que decía, entre otros motivos, producida la infracción de los arts. 5, 6 y 12 LCD. Más la postura del Alto Tribunal obedece, en esencia, a la insuficiencia probatoria de las conductas desleales que se denunciaban: *“...; lo que sí es trascendente, en el presente caso, es que no se han dado los elementos fácticos precisos para considerar su actividad como competencia desleal y aplicar la Ley mencionada de 10 de enero de 1991”*. A pesar de la contundencia y brevedad de la resolución casacional, DOMÍNGUEZ PÉREZ, Cuadernos Cívitas Jurisprudencia Civil, la comenta minuciosamente y se plantea al hilo de aquélla la atracción o apropiación de la clientela, pp. 274 a 277.

⁷⁹ Aun cuando no consta que la relación laboral fuera de *“alta dirección”*, los tres demandados ocupaban, respectivamente, los cargos de Coordinador de Zona de Aragón y Rioja, Director de la Oficina Principal, Jefe de Producción y Adjunto de la Dirección en la entidad demandante.

crédito abandonaron ésta y se integraron en otra entidad competidora. Se declara como un hecho probado que los demandados hicieron en su nuevo destino *“uso del listado de clientes de su antigua empresa –en la que figuran nombres y domicilios, así como el pasivo concertado con el Banco de F y sus condiciones principales, como vencimientos de los depósitos y tipos de interés pactados-”*, de forma que se pusieron en contacto con al menos 270 clientes cuyos recursos captaron para la nueva empresa (v. FJ 2º). El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda que denunciaba una situación de conducta desleal, criterio que fue compartido por la Audiencia Provincial. En el planteamiento del recurso de casación, los recurrentes denunciaron la infracción por aplicación indebida de distintos preceptos de la LCD, pero también plantearon lo que hemos descrito en páginas anteriores como la vertiente constitucional de la materia que venimos examinando. Así se achacaba en el recurso la infracción del principio de libre empresa y libre competencia consagrado en el art. 38 de la Constitución, o el principio de libre profesión u oficio recogido en el art. 35.1 del Texto Constitucional, en relación con el art. 21.2 ET o, en fin, el principio de protección y defensa de los consumidores que enuncia el art. 51 de la Constitución.

Aun cuando el Tribunal Supremo se aleja del criterio sostenido en la sentencia recurrida con respecto a distintas cuestiones, la cuestión que nos parece más relevante es la que se enuncia como calificación jurídica de las listas de clientes, a las que el Tribunal Supremo niega en esta ocasión que puedan tener la categoría de secreto empresarial. De ahí que se rechace la consideración de que la conducta enjuiciada pudiera estar incardinada en los arts. 13 o 14 LCD, referidos a la violación de secretos o a la inducción a la infracción contractual como forma de acceder a esos secretos. Ahora bien, el reproche de deslealtad permanece, si bien al amparo de la cláusula general: *“El hecho del empleado o empleados de una*

empresa, que inducidos por otra, de la competencia, aprovechan el listado de la clientela de la primera para hacer ofrecimiento de los servicios de la segunda, esta Sala considera que son objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe, tal como contempla el art. 5 de la Ley” (FJ 2º). Esa misma apreciación de que se está ante una actuación objetivamente contraria a la buena fe descarta, a juicio del Tribunal Supremo y como no podía ser de otro modo, cualquier protección que pueda estar inspirada en los principios constitucionales citados en el recurso.

Para terminar la referencia al tratamiento que las listas de clientes han merecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, creemos más acertada la posición inicial expresada por la STS de 17 de julio de 1999. Las listas de los clientes constituyen en la mayoría de las ocasiones un secreto empresarial a los efectos del artículo 13.1 LCD, en la medida en que satisfacen los requisitos doctrinalmente señalados al efecto⁸⁰. En los casos examinados no se puede negar que se trataba de información reservada, deliberadamente tratada en cuanto tal y con un especial valor competitivo. Nos parece que esta última circunstancia resulta destacada en el caso de la última de las Sentencias del Tribunal Supremo que hemos comentado. Las relaciones bancarias están genéricamente amparadas por el secreto bancario, y en el caso de la lista de clientes titulares de depósitos bancarios, es evidente que tiene un alto valor competitivo. Baste con invocar términos coloquiales como el de “la guerra del pasivo” para subrayar la trascendencia que cara a la competencia entre entidades de crédito adquiere conocer la identidad de clientes que disponen de liquidez que, de ser confiada a una entidad, permite a ésta llevar a cabo la

⁸⁰ V. los apuntes que incluye FERNÁNDEZ-ALBOR, A., “Deber de lealtad del administrador cesado”, nota 26, p. 3996 y , con mayor profundidad, MASSAGUER, *Comentario*, p. 387, con cita de variada jurisprudencia, que tales requisitos son el carácter secreto de la información, que tenga un valor competitivo y que se adopten medidas para mantenerla secreta.

concesión de créditos y préstamos (v. art.39 de la LDIEC, y la redacción dada al art. 1 del RD legislativo1298/1986, de 28 de junio). Las entidades de crédito se configuran como empresas dedicadas a la intermediación crediticia⁸¹: los fondos que se logra captar del público se aplican a la concesión de créditos a los clientes. Aprovechar el conocimiento adquirido en la anterior empresa de quienes disponen de “pasivo” en el mercado en que se opera comporta una notable ventaja cara a la capacidad para concertar operaciones activas.

11. Un apunte sobre la doctrina de las oportunidades de negocio.

Aún cuando deba hacerlo de una manera sintética, creo que la exposición no puede entenderse completa si no incluye una referencia a la incorporación dentro del Derecho español de la doctrina o teoría de las oportunidades de negocio. Se trata, como es conocido, de una construcción iniciada en la jurisprudencia norteamericana, que aborda un problema común a la vida societaria: la existencia de oportunidades – negocios, operaciones, contratos, etc.- en cuyo aprovechamiento surge un conflicto entre la sociedad y sus administradores. La asimilación más sencilla de esa hipótesis la reconduce a los supuestos de competencia entre ambos, mas ello creemos que resulta insuficiente, en la medida en que la casuística que aborda aquella doctrina es más compleja. Lo cierto es que entre nosotros ya se han producido notables aportaciones doctrinales⁸²

⁸¹ V., por todos, SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*²⁴, t. II, Madrid (2001), pp. 306-307.

⁸² V. principalmente, PORTELLANO, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, y la agrupación de casos que realiza, p. 27 y ss. y FERNÁNDEZ-ALBOR, A., “La doctrina de las *corporate opportunities* en los Estados Unidos de América”, 66 RDBB (1997), p. 514 y ss., donde lleva a cabo una ponderada

que ponen en relación esa doctrina con nuestro Derecho positivo y con la jurisprudencia que al efecto se ha registrado⁸³.

Como se señaló, existe una coincidencia mayoritaria a la hora de ubicar las actividades competitivas del administrador frente a la sociedad dentro de la casuística típica de la expresada doctrina: en este supuesto, el administrador desvía a su favor actos o negocios que podrían corresponder a la sociedad. Entramos en los denominados supuestos apropiatorios.

Mas, una vez indicada esa coincidencia en los contenidos entre la doctrina jurisprudencial estadounidense de las oportunidades de negocio y los supuestos a los que cabe aplicar las disposiciones de nuestro ordenamiento societario mencionadas en páginas anteriores, creo que este breve apunte debe abordar la cuestión fundamental y que es la de qué utilidad tiene aquella doctrina con vistas al ordenamiento español. A ese respecto, me limitaré a señalar mi conformidad con la opinión según la que no parece aconsejable defender la validez de una transposición global de aquella doctrina a nuestro Derecho de sociedades, toda vez que existen en nuestro ordenamiento normas suficientes para satisfacer los objetivos que motivaron en Estados Unidos la construcción de la repetida doctrina⁸⁴. Esas normas se refieren tanto a la diligencia como a la lealtad de los administradores con relación a la sociedad y, como desarrollo de esos deberes, a la prohibición de competencia del administrador como la regla general.

valoración de la "utilidad" de esa doctrina para la resolución de los problemas en nuestro Derecho societario.

⁸³ V. FERNÁNDEZ-ALBOR, A., RGD p. 3991 y ss.

⁸⁴ FERNÁNDEZ-ALBOR, A., "La doctrina de las *corporate opportunities* en los Estados Unidos de América", pp. 515-516.

Por otro lado, y sin otro ánimo que el de apuntar una duda adicional, existe entre uno y otro ordenamiento alguna diferencia de partida sustancial. Quienes entre nosotros han analizado con detalle la doctrina de las oportunidades de negocio destacan el principio por el que se reconoce la libertad de iniciativa económica al administrador, que ha de conciliarse con su deber fiduciario hacia la sociedad⁸⁵. La posición de nuestro ordenamiento societario es claramente distinta: hay una prioridad absoluta de los intereses sociales que hace que, como regla general se prohíba la competencia frente a la sociedad y, a la postre, la actividad propia del administrador en el mismo mercado que la sociedad se admita de forma excepcional.

Marzo de 2002

⁸⁵ FERNÁNDEZ-ALBOR, A., *op. cit.*, pp. 483-484.