



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Operaciones vinculadas intragrupo entre sociedades no
cotizadas: a propósito del proyecto de reforma de la Ley
de Sociedades de Capital

*Intragroup and related party transactions in unlisted companies:
new developments in the Draft reform of the Spanish Companies
Act*

Autora:

Noelia Poza Rodríguez

Directora:

Esther Hernández Sainz

Facultad de Derecho

2021

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
1. TEMA OBJETO DE ESTUDIO.....	1
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS	1
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TEMA.....	3
II. EL INTERÉS DEL GRUPO COMO FUNDAMENTO LEGITIMADOR DE LAS INSTRUCCIONES DE LA SOCIEDAD DOMINANTE	4
1. DELIMITACIÓN DEL INTERÉS DEL GRUPO	5
1.1 La doble vertiente del interés del grupo	5
1.2 El interés del grupo como interés autónomo al interés individual de las sociedades agrupadas.....	5
1.3 El interés del grupo como interés prioritario, que no superior, al interés individual de las sociedades agrupadas.....	7
1.4 La aportación de la jurisprudencia en la delimitación del interés del grupo: la doctrina de las ventajas compensatorias y el límite de la supervivencia de la sociedad.....	9
III. OPERACIONES VINCULADAS INTRAGRUPUO. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN DERECHO ESPAÑOL	14
1. INSTRUMENTOS DE CONTROL DE LAS OPERACIONES INTRAGRUPUO EN LA LSC	14
2. APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN SOBRE CONFLICTOS DE INTERESES AL ADMINISTRADOR DOMINICAL EN SUPUESTOS DE GRUPO POLICORPORATIVO	16
2.1 La difícil inclusión de la sociedad dominante en el concepto de persona vinculada del art. 231 LSC	16
2.2 La deficiente regulación del art. 228.c) y las dificultades para la clasificación de los conflictos de interés.....	18
2.3 El controvertido deber de abstención del administrador dominical en la aprobación de operaciones intragrupo	21

3. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS EXTERNOS DE LA SOCIEDAD DEPENDIENTE EN OPERACIONES INTRAGRUPO.....	24
3.1 Impugnación de acuerdos perjudiciales al interés social de la filial.....	24
3.2 Responsabilidad social del consejero dominical	25
3.3 Derecho de separación del socio externo de la filial	27
IV. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS OPERACIONES INTRAGRUPO PROPUESTA POR EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LSC EN LO QUE RESPECTA AL FOMENTO DE LA IMPLICACIÓN A LARGO PLAZO DE LOS ACCIONISTAS.....	30
1. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA DEL NOVEDOSO ART. 231 BIS: DISTINCIÓN ENTRE OPERACIONES INTRAGRUPO Y OPERACIONES VINCULADAS INTRAGRUPO.....	30
2. NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS OPERACIONES VINCULADAS INTRAGRUPO	33
V. CONCLUSIONES	35
BIBLIOGRAFÍA.....	39

ABREVIATURAS UTILIZADAS

art./arts.	artículo/artículos
AA.VV.	Autores varios
ACM	Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CCom.	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
cit.	citado
Dir./s.	Director/es
ed.	edición
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
NIC 24	Norma Internacional de Contabilidad 24 Información a Revelar sobre Partes Relacionadas
nº	número
p./pp.	página/páginas
p. ej.	por ejemplo
PL	Proyecto de ley
RDGSJFP	Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
ss.	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	tomo
vol.	volumen

I. INTRODUCCIÓN

1. TEMA OBJETO DE ESTUDIO

El proyecto de ley 121/000028, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, transpone la Directiva (UE) 2017/828 en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. Esta Directiva pretende crear un marco jurídico que fomente la participación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas con el objeto de mejorar el gobierno corporativo de estas sociedades y, en definitiva, su sostenibilidad. Entre las mejoras previstas para alcanzar dicho objetivo destacan aquellas relacionadas con las operaciones entre la sociedad y sus partes vinculadas y, en concreto, con las operaciones vinculadas intragrupo.

Habida cuenta de que, en España, la mayoría de las sociedades filiales de una sociedad cotizada adoptan la forma de no cotizadas¹, el legislador español ha aprovechado la transposición para extender a todo tipo de sociedades el régimen de operaciones vinculadas intragrupo, previsto originalmente en la Directiva para las sociedades cotizadas. Así pues, el PL 121/000028, a través del art. 231 bis, introduce en la LSC un régimen especial, más laxo que el general del art. 228 y ss. LSC, para la aprobación de las operaciones vinculadas que se celebren entre sociedades de un mismo grupo, tengan o no la condición de cotizadas (y sin perjuicio de la regulación especial de sociedades cotizadas), para favorecer la existencia y funcionamiento de grupos y superar las deficiencias legislativas que la doctrina y la jurisprudencia han ido poniendo de manifiesto.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen jurídico actual al que quedan sometidas las operaciones vinculadas intragrupo, entre sociedades no cotizadas, y evaluar el cambio que comporta en dicha materia la aprobación del PL 121/000028.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

Los grupos de sociedades constituyen una práctica recurrente en el panorama organizativo empresarial. Durante años, el abordaje jurídico de este fenómeno ha sido, y sigue

¹ Véase la exposición de motivos del Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, p. 7.

siendo, objeto de discusión por la doctrina y la jurisprudencia societarias, cuyos esfuerzos se han dirigido a comprender estos conglomerados desde la perspectiva jurídica, dado el absentismo normativo en la materia. Ciertamente, la LSC regula exhaustivamente los diferentes aspectos de la sociedad-isla pero atribuye un papel residual al grupo de sociedades, el cual viene regulado de una forma muy puntual y dispersa en el entramado normativo. No obstante, el reconocimiento jurídico de la empresa policorporativa resulta indudable, máxime a la luz del art. 18 LSC, que se remite al art. 42 CCom en la definición de grupo de sociedades. Este precepto circunscribe la noción de grupo a la existencia de una relación de control entre las sociedades afectadas, de forma que solo se consideran grupos de sociedades los creados por subordinación, llamados grupos jerárquicos o verticales, excluyéndose aquellos formados contractualmente, o grupos de coordinación, cuyo funcionamiento no responde al control ejercido por una sola persona jurídica, sino a decisiones consensuadas entre varias personas físicas o jurídicas.

Al margen de la delimitación del grupo de sociedades, lo realmente relevante a efectos del Derecho de sociedades no es tanto la capacidad de control de la dominada por parte de la dominante, sino el sometimiento de ambas sociedades a una dirección económica unitaria, articulándose sus actividades en torno a una misma estrategia económica². Si bien es cierto que la existencia de control propicia el ejercicio de la dirección unitaria, no se puede pasar por alto que es esta última la que articula que determinadas decisiones de las sociedades agrupadas no resulten del debate independiente de su órgano de administración, sino del acatamiento de instrucciones emitidas por la dirección del grupo para satisfacer el denominado «interés del grupo»³.

La paradoja del reconocimiento jurídico del grupo, cuya operatividad atiende al interés del grupo, en una legislación esencialmente inspirada en la sociedad-isla (y en la preservación de su interés social), tiene como resultado fuertes ineficiencias en la interpretación de la norma a la luz de la realidad de grupos, entre ellas: la aplicación de las reglas sobre conflictos de intereses para la aprobación de operaciones vinculadas intragrupo, y la desequilibrada tutela de los legítimos intereses en juego; de tal forma que la satisfacción de la política del

² Véase PAZ-ARES, C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 1, 1999, p. 229.

FEBLES POZO, N., «Los grupos de sociedades. Un análisis pendiente acerca de una regulación sistemática en la legislación española», en *Ars boni et aequi*, vol. 12, nº2, 2016, p. 212.

³ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima: responsabilidad por negligencia de los administradores de la sociedad dominada», en *Revista de derecho de sociedades*, nº 49, 2017, p. 6.

conglomerado- en esencia, la consecución del interés del grupo-, puede verse truncada por la supremacía legal del interés social individual de la sociedad agrupada.

Aunque la cobertura de la propuesta del PL 121/000028 no es comparable con la exhaustiva regulación prevista en el malogrado Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, esta ley allanará el camino hacia la materialización de un marco de regulación común para la extensa fenomenología de empresas policorporativas, que supere las deficiencias que arroja la normativa de las sociedades-isla en la regulación de esta institución y sirva como punto de partida para el resto de sectores del ordenamiento jurídico. De ahí, la relevancia y el interés de nuestro estudio.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TEMA

Este trabajo es resultado de un análisis de las operaciones vinculadas intragrupo realizado desde un enfoque metodológico plural.

Dada la escasa regulación societaria sobre la empresa policorporativa, en la elaboración de este trabajo ha sido preciso recurrir a planteamientos teóricos y técnicos. Por ello, se han tenido muy presentes las aportaciones doctrinales y, si bien en menor medida, jurisprudenciales, dirigidas a la comprensión de esta técnica empresarial de organización y al cometido que el Derecho de sociedades debe satisfacer al respecto. Como se expondrá posteriormente, la opinión doctrinal sobre diversos aspectos no es unánime, lo que resulta enriquecedor al poder comparar los distintos puntos de vista que ofrecen los autores.

Igualmente, resulta fundamental analizar el reflejo legislativo de las operaciones intragrupo en la actual LSC y en la futura modificación que introducirá el PL 121/000028. Este análisis normativo no se ha limitado a una dimensión expositiva, sino crítica, dirigida a evaluar la procedencia y, en su caso, suficiencia tanto de la regulación positiva, como de la proyectada.

Esta pluralidad metodológica ha servido como base para la estructuración del discurso. Así, en primer lugar, se parte de una observación de la realidad y de las reflexiones doctrinales, tanto a nivel nacional como europeo, realizadas a propósito de la institución jurídica de los grupos de sociedades, con especial atención a las operaciones intragrupo. Sobre esta base, se realiza un análisis del Derecho positivo y la jurisprudencia relativos a las operaciones vinculadas intragrupo, para posteriormente estudio comparativo de la regulación proyectada.

Por último, se exponen una serie de conclusiones sobre el estado actual y proyectado de la cuestión, así como reflexiones finales en torno a una ulterior regulación.

II. EL INTERÉS DEL GRUPO COMO FUNDAMENTO LEGITIMADOR DE LAS INSTRUCCIONES DE LA SOCIEDAD DOMINANTE

La integración de una sociedad en un grupo no redunda en la pérdida de su personalidad jurídica. La sociedad agrupada mantiene su independencia jurídica y, en consecuencia, el deber de sus órganos decisores de actuar en el mejor interés de la sociedad. En la medida en que las instrucciones emanadas de la dirección unitaria pueden causar un perjuicio en la sociedad dependiente, este binomio independencia jurídica-dirección unitaria da lugar a una confrontación de intereses: por un lado, el interés social de la sociedad agrupada; por otro, el llamado interés del grupo, el fin al que va dirigida la dirección unitaria⁴. Este particular conflicto de intereses no puede ser estudiado sin matices en el marco del tratamiento legal de los conflictos de intereses de los administradores o de los socios, sino que requiere de una reinterpretación de acuerdo con el contexto en el que se desarrolla; de tal manera que el socio o administrador que, al amparo del interés del grupo, cumpla instrucciones emanadas del grupo que perjudiquen al interés de la sociedad en la que participa o que administra, no sea considerado portador de un interés extrasocial⁵.

Esta reinterpretación de los conflictos de intereses, a la luz del singular escenario organizativo que instituye el grupo de sociedades, exige la exploración del interés del grupo, noción intrínseca al reconocimiento jurídico del grupo, pero ignorada por nuestra normativa societaria. El presente capítulo aspira a arrojar algo de luz sobre cómo debe formularse este interés para que permita el ejercicio la dirección unitaria y, simultáneamente, respete la independencia jurídica de las sociedades agrupadas.

⁴ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 6.

⁵ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 4.

1. DELIMITACIÓN DEL INTERÉS DEL GRUPO

1.1 La doble vertiente del interés del grupo

La razón por la que la sociedad dominante puede impartir instrucciones a los órganos decisores del resto de sociedades, imponiéndoles el mandato de desobedecer su deber legal de anteponer el interés social, no es la atribución a esta sociedad de la dirección económica. La dirección unitaria no es sino el instrumento a través del que se formula el interés del grupo. Así pues, la delimitación del interés del grupo presenta una doble vertiente. Por un lado, la vertiente positiva, de legitimación, que responde a la función habilitante del interés del grupo de ejecutar de forma imperativa las instrucciones desventajosas emanadas en el seno de la dirección unitaria.

Por su parte, la vertiente negativa se identifica con la función limitadora, intrínseca a la propia función legitimadora del interés del grupo. En tanto que la dirección unitaria está al servicio del interés del grupo, y no al revés, toda instrucción emanada de la dirección unitaria que no vele por el interés del grupo, será valorada como ilegítima y, por tanto, los administradores de la filial no tendrán el deber de seguirla. De esta forma, el interés del grupo es un mecanismo tuitivo en sí mismo de los intereses externos⁶.

1.2 El interés del grupo como interés autónomo al interés individual de las sociedades agrupadas

Una primera aproximación al interés del grupo exige poner el foco de atención en su titularidad. En el ámbito societario, el interés social se configura, desde una perspectiva subjetiva, como el interés común de los socios a que, a través de la actividad de la sociedad, se alcance el fin común último, que tradicionalmente se ha identificado con la maximización del beneficio a distribuir entre sus socios⁷. El interés social pertenece entonces a la comunidad de

⁶ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., pp. 5 y 12.

⁷ Esta ha sido la postura tradicional, porque en la reciente RDGSJFP, de 17 de diciembre de 2020 (BOE-A-2021-342) se ha admitido de forma expresa la constitución como sociedad de capital de entidades que estatutariamente carezcan de ánimo de lucro en sentido subjetivo, entendido como la búsqueda del enriquecimiento personal de los socios. Se admite así que su fin común último, su interés social, se identifique con la promoción de un fin social a través de la reinversión de las ganancias obtenidas por la sociedad a tal objeto. Para un comentario crítico a esta Resolución véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Sociedades de capital sin ánimo de lucro», en *Blog Almacén*

socios, siendo todos ellos titulares en virtud del contrato de sociedad. No obstante, el carácter «plurititular» del interés social no se proyecta como una sumatoria de los intereses individuales, sino como el mínimo común denominador de estos, o lo que es lo mismo, el interés coincidente a todos los socios⁸. El interés social no puede identificarse con el interés particular de un socio, ni con el conjunto de intereses particulares; al contrario, este constituye un interés autónomo formado por la esfera de confluencia de los intereses individuales de los socios.

Idéntica apreciación merece la titularidad del interés del grupo, en el contexto de los grupos de sociedades. El interés del grupo representa el interés común a las sociedades que integran el conglomerado empresarial, pero, a la vez, es independiente al resto de intereses sociales que navegan en ese conglomerado, cada uno dentro de su esfera de actuación.

A este respecto, la ausencia de personalidad jurídica del grupo, de un centro de imputación inmediata del interés del grupo, no es impedimento para tal configuración según la doctrina mayoritaria, que rechaza la adscripción del interés del grupo a la sociedad dominante, o a un único sujeto de derecho, y apela a la titularidad mediata de todas las sociedades agrupadas⁹. El hecho de que las instrucciones de grupo emanen de la sociedad dominante, en su condición de responsable del ejercicio de la dirección económica en los grupos jerarquizados, no implica que el interés del grupo tenga que identificarse con el interés de la dominante. El interés del grupo trasciende el interés social individual de cada sociedad agrupada, incluida la dominante. Es más, la imputación del interés del grupo a la sociedad dominante acarrearía el riesgo de que el interés particular de esta sociedad absorbiese el interés del grupo y que, bajo la apariencia de este último, se impartiesen instrucciones que buscasen el solo beneficio de la dominante en detrimento de las dominadas, poniendo en peligro la integridad del grupo¹⁰.

Así, para el caso de que la sociedad dominante y una sociedad dependiente tuviesen intereses conflictuados, esta colisión sería ajena al grupo. El conflicto enfrentaría únicamente el interés social de la dominante y el de la dependiente, quedando al margen del ámbito de

del Derecho, 24 de enero de 2021 (accesible en <https://almacenederecho.org/sociedades-de-capital-sin-animo-de-lucro>, último acceso: 25 de enero de 2021).

⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Interés social», en *Diccionario de derecho de sociedades*, Alonso Ledesma, C. *et al* (dirs.), IUSTEL, Madrid, 2006, p. 712.

⁹ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., pp. 7-10.

¹⁰ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 10.

actuación del interés del grupo, el cual, como se ha dicho, es autónomo a los intereses particulares de las sociedades que lo integran¹¹.

En atención a este presupuesto, se pueden clasificar las instrucciones impartidas por la sociedad dominante en instrucciones productivas e instrucciones distributivas¹². Las instrucciones productivas buscan incrementar el rendimiento conjunto del grupo, lo que se traduce en un beneficio para el grupo mayor al perjuicio causado a la filial por la ejecución de dicha instrucción. Por el contrario, las instrucciones distributivas no incrementan el valor del grupo, sino que se limitan a desplazar el valor ya existente de una sociedad a otra integrante del grupo; de tal manera que se perjudica el interés de la primera para beneficiar a la segunda. Tan solo el primer grupo de instrucciones pueden considerarse amparadas por el interés del grupo, entendido como un interés independiente a los intereses individuales de cada sociedad. Solo entonces el interés del grupo puede legitimar instrucciones contrarias al interés social de la sociedad dependiente. Del mismo modo, toda aquella instrucción, distributiva, que se traduzca en un beneficio exclusivo para una sociedad del grupo, normalmente la dominante, a costa de otra será considerada como ilegítima. Este último tipo de instrucciones da lugar a operaciones vinculadas «extragrupo», es decir, operaciones que, si bien se dan en el seno de un grupo de sociedades, entrañan un conflicto entre intereses individuales de las sociedades afectadas, pues los intereses en juego son ajenos al interés común del grupo¹³.

1.3 El interés del grupo como interés prioritario, que no superior, al interés individual de las sociedades agrupadas

Fruto del carácter autónomo del interés del grupo, la segunda propiedad hace referencia a la relación de este interés con los restantes intereses conectados a la organización y funcionamiento del grupo. Conviene recordar que, cuando una sociedad se integra dentro de una estructura policorporativa, su actividad, cuanto menos la económica, pasa a estar coordinada por la política estratégica del grupo y, en definitiva, por la dirección económica. Esta situación entraña el riesgo «natural» de que la política del grupo, cuyo objetivo es el mejor interés del grupo, colisione, en ocasiones, con el concreto interés social de alguna de las

¹¹ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 10.

¹² PAZ- ARES, C., «Uniones de empresas...» cit., p. 243.

¹³ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., pp. 11 y 12.

sociedades agrupadas, teniendo estas que soportar una lesión patrimonial fruto de la ejecución de instrucciones suministradas por la dominante¹⁴.

El incremento del valor del grupo, si bien es el punto de partida para la legitimación de instrucciones perjudiciales para una empresa del grupo, no justifica íntegramente la decisión de los órganos decisores de la dependiente de desviarse en su deber legal de tutelar el interés social. Los administradores, al igual que los socios, siguen teniendo un deber de lealtad para con la sociedad que administran o participan. La consecución del interés del grupo no elimina tal deber, por lo que es necesario que, en última instancia, el interés social no se vea afectado o, lo que es lo mismo, que el perjuicio al interés social de la dependiente sea restaurado.

La idea legitimadora del daño al interés social se basa en el carácter pasajero de dicho perjuicio. Ante el riesgo de colisión entre el interés del grupo y el interés individual de las sociedades agrupadas, la consecución del primero goza de prioridad sobre el segundo, cuya realización queda postergada, pero no anulada. En este sentido, la relación entre estos intereses no es de jerarquía, sino de coordinación. No es aceptable la concepción de la legitimidad del interés del grupo como interés supremo, que elimina la tutela del resto de intereses¹⁵. La confluencia de ambos intereses en el mismo ámbito de actuación no supone la subordinación del interés social individual al interés grupal, sino la coordinación de ambos, anteponiendo en el tiempo la consecución del interés del grupo¹⁶. El interés social individual de la sociedad afectada por el daño ha de ser satisfecho en última instancia. La desventaja sufrida ha de ser algo temporal, de forma que se supere al final la situación de desprotección en la que se encontrarían los socios externos y los acreedores. Por tal motivo, cuando el propio devenir del grupo no permita restaurar el interés de la sociedad afectada, la dirección unitaria tiene la obligación de desarrollar mecanismos de restauración, entre los que destaca el deber de compensar el perjuicio sufrido¹⁷.

¹⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo. Estado de la cuestión en Derecho Español y necesidad de su reforma», en *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 149, 2018, p. 31.

¹⁵ EMBID IRUJO, J.M., «Una propuesta de regulación...», en *La modernización del Derecho de Sociedades de capital en España: cuestiones pendientes de reforma*, Alonso Ledesma, C. *et al* (dirs.), t. II, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 415.

¹⁶ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 11.

¹⁷ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 14.

1.4 La aportación de la jurisprudencia en la delimitación del interés del grupo: la doctrina de las ventajas compensatorias y el límite de la supervivencia de la sociedad

La supremacía legal del interés social, que obvia la trascendencia del interés del grupo para el correcto funcionamiento de los grupos de sociedades, da lugar a importantes problemas en la realidad empresarial y, por tanto, en la práctica jurisprudencial. Para sortear este obstáculo legislativo a la plena operatividad del grupo, que desvirtuaría el reconocimiento jurídico del propio grupo, la doctrina jurisprudencial -como de costumbre, un paso por delante del legislador- ha reconocido, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015¹⁸, el interés del grupo como fundamento legitimador de aquellas instrucciones emanadas de la dirección unitaria que entrañen un daño para la sociedad filial.

Lo relevante de esta sentencia, además del reconocimiento expreso del interés del grupo en nuestro sistema jurídico, es que concreta cómo neutralizar el perjuicio al interés social, y superar así la postergación del interés de la sociedad filial (fruto del carácter prioritario del interés del grupo). La postura del Tribunal Supremo se funda en la teoría de las ventajas compensatorias («*teoria dei vantaggi compensativi*») del Derecho italiano, que a su vez se apoya en la doctrina francesa Rozenblum.

Como preámbulo al análisis de la tesis de nuestro Tribunal, considero oportuno exponer los antecedentes doctrinales sobre los que descansa. El primero de ellos es la conocida como «Doctrina Rozenblum» desarrollada por la jurisprudencia y doctrina francesas, a partir de la sentencia homónima dictada en 1985. El caso versaba sobre la comisión de un delito de abuso de bienes sociales («*abus de biens sociaux*») por el desvío de patrimonio de una sociedad sana a otra insolvente, ambas controladas y administradas por una misma persona, el Sr. Rozenblum. Si bien se trataba de un proceso penal, la *Cour de cassation* estableció, por primera vez, que la consecución del interés del grupo puede excluir la antijuridicidad de esta conducta delictiva, bajo el cumplimiento de un conjunto de condiciones, que pueden ser extrapoladas al ámbito civil¹⁹.

La primera condición hace referencia a la pertenencia de las sociedades afectadas a un mismo grupo, entendiéndose como tal la unión de sociedades por un vínculo de dependencia

¹⁸ STS (Sala de lo Civil), de 11 de diciembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:5151).

¹⁹ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1985, 84-91.581.

que las coloca, en la práctica, bajo el control conjunto de una dirección única²⁰. Para apreciar este tipo de relaciones entre distintas sociedades y, por tanto, la existencia de un grupo, la *Cour de cassation* exige la consecución de un interés económico, social o financiero común, apreciado a través de una política elaborada por el conjunto del grupo²¹. Como corolario, se exige igualmente que la operación esté encuadrada en esa política de grupo y busque el interés común del grupo.

En segundo lugar, es necesario que se prevea una compensación a la sociedad afectada de suerte que no se rompa el equilibrio entre las diversas sociedades agrupadas²². Se trata de realizar un «balance entre las ventajas y las desventajas que derivan de la integración de las filiales en el perímetro del grupo que compense con el fin de que cada filial pueda razonablemente esperar en una perspectiva a largo plazo que las desventajas se verán compensadas por las ventajas de pertenecer al grupo»²³.

Cumulativamente, esta conducta no debe poner en peligro las posibilidades financieras de la sociedad perjudicada²⁴. Esto es, se exige que no se ponga en peligro la propia supervivencia de la empresa²⁵.

En el Derecho italiano, la doctrina Rozenblum encontró su reflejo en la teoría de las ventajas compensatorias («*teoria dei vantaggi compensativi*»), en virtud de la cual el beneficio obtenido por la matriz a costa de la filial es lícito si esta última ve compensado el perjuicio «con ventajas conseguidas o fundamentalmente previsibles derivadas de su pertenencia al grupo»²⁶. Con la reforma del *Codice civile*, en 2003, se introduce el art. 2497 que viene a excluir la responsabilidad de la sociedad o de los entes que ejerzan la dirección de la misma respecto a las acciones que perjudiquen el patrimonio de la empresa cuando «no se aprecie daño a la luz de resultado conjunto de la actividad de dirección y coordinación» o cuando «dicho daño haya sido íntegramente eliminado a consecuencia de operaciones dirigidas a dicho

²⁰ « *Les sociétés composantes sont unies par un lien de dépendance les mettant, en fait, sous le co-contrôle d'une direction unique* », Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1985, 84-91.581.

²¹ « *intrêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe* », Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1985, 84-91.581.

²² « *ne doit ni être demuni de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagement respectifs de diverses sociétés concernées* », Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1985, 84-91.581.

²³ ANTUNES, J. E., «El gobierno corporativo de los grupos: problemas actuales y propuestas alternativas», en *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España*, Fuentes Naharro, M. y Navarro Lérica, M. S. (Coords.), Cizur Menor, 2011, tomo II, p. 397.

²⁴ « *Ni exceder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge* », Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1985, 84-91.581.

²⁵ Así se entiende en la SJM Oviedo, de 9 de enero de 2014 (ECLI: ES:JMO:2014:236).

²⁶ SJM Oviedo, de 9 de enero de 2014 (ECLI: ES:JMO:2014:236).

fin»²⁷. El sacrificio del interés individual de la sociedad en beneficio del interés del grupo debe verse compensado por la propia pertenencia de dicha sociedad a esa estructura policorporativa, ya sea porque la consecución del interés común ha repercutido en un mayor beneficio para todas las sociedades agrupadas y, en consecuencia, para la sociedad afectada, que ha visto neutralizado el perjuicio inicial, o porque se han desarrollado actividades dirigidas a compensar ese daño.

Asimismo, la *Corte di Cassazione*, en sentencia de 4 de agosto de 2014 (nº 16707) estableció la necesaria determinación de la ventaja compensatoria al rechazar que pueda ser hipotética o esté simplemente justificada por la mera pertenencia de la sociedad al grupo²⁸.

Esta línea de interpretación jurisprudencial también ha sido acogida por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de diciembre de 2015. A través de esta sentencia, el Tribunal Supremo extiende la doctrina de las ventajas compensatorias, acuñada en el ámbito rescisorio concursal, al Derecho de sociedades, y fija cómo ha de ser la compensación a la filial para que sea adecuada, esto es, para que el beneficio injusto quede justificado.

Así pues, el Tribunal aprecia que estas ventajas no tienen por qué ser simultáneas o posteriores al daño o a la actuación perjudicial, pudiendo tratarse de beneficios patrimoniales generados anteriormente por actuaciones concretas del grupo dirigidas a la sociedad o por la propia pertenencia de la sociedad al grupo. No obstante, estas ventajas han de ser verificables y concretas, y no meras hipótesis o aseveraciones sin consistencia real. Como se ha dicho anteriormente, la mera pertenencia de la sociedad al grupo no constituye *per se* una ventaja suficiente para justificar la no consecución del interés individual de la sociedad agrupada en interés del grupo.

Se admiten igualmente tanto ventajas tangibles como intangibles, tales como nuevas oportunidades de negocio concretas, acceso al *know-how* del grupo..., pero han de tener siempre un valor económico. Asimismo, de la exigencia de proporcionalidad con el daño sufrido por la sociedad, se deriva que deben ser cuantificables, pues «se trata de realizar un

²⁷ El art. 2497 Código Civile prevé que: «*Le societa' o gli enti che, esercitando attivita' di direzione e coordinamento di societa', agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle societa' medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditivita' ed al valore della partecipazione sociale, nonche' nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrita' del patrimonio della societa'. Non vi e' responsabilita' quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attivita' di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a cio' dirette*».

²⁸ SJM Oviedo, de 9 de enero de 2014 (ECLI: ES:JMO:2014:236).

balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones (de la sociedad al grupo y del grupo a la sociedad) y concluir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial»²⁹.

Por último, deben contar con «una justificación razonable y adecuada de que la actuación del administrador resultó además provechosa para la sociedad filial»³⁰, lo que, a mi juicio, requiere que los daños sufridos han de redundar en un aumento de la productividad del grupo y, por lo tanto, de la sociedad. No son admisibles negocios que tan solo supongan una mera redistribución de valor, es decir, provengan de instrucciones distributivas y no productivas.

Como límite a esta justificación y, por tanto, al perjuicio, se encuentra la supervivencia de la sociedad dependiente, de forma que en ningún caso puede estar razonable y adecuadamente justificada una actuación en interés del grupo que ponga en peligro la propia viabilidad y solvencia de la filial. La propia supervivencia de la empresa es un límite lógico, ya que no es posible realizar una compensación a una empresa extinguida por no haber sobrevivido al daño infligido.

Configuración similar se apreciaba en el frustrado Anteproyecto de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, que contemplaba determinar la existencia de perjuicio en vista del conjunto de ventajas y desventajas que la pertenencia al grupo comportase para la sociedad dependiente (vid. art. 291-10 ACM), de forma que si el saldo de este balance resultaba negativo a causa de alguna instrucción, el art. 291-11 imponía el deber de compensar a la filial afectada. La norma, convenientemente, fijaba un plazo de un año para hacer efectiva esa compensación, a contar desde la producción del perjuicio o desde la fecha de la instrucción, en el caso de que el perjuicio fuera objetivamente previsible.

El art. 291-9 ACM, además de imponer como el límite que la instrucción impartida no ponga en riesgo la solvencia de la sociedad filial, establecía, como no podía ser de otra forma, el respeto de la misma a la Ley y a los estatutos de la sociedad dependiente. Este precepto cristalizaba la pervivencia de la sociedad como el límite, ya no de la razonabilidad del perjuicio, sino del propio interés del grupo.

Como se ha venido exponiendo, los perjuicios infligidos a la sociedad filial, para que sean convalidados por el interés del grupo, deben ser compensables y, por tanto, pasajeros. En

²⁹ STS (Sala de lo Civil), de 11 de diciembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:5151)

³⁰ STS (Sala de lo Civil), de 11 de diciembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:5151)

nombre del interés del grupo, se admite que la sociedad filial postergue la realización de su interés social individual, para que éste sea entonces atendido en un momento posterior. Si la instrucción emanada de la dirección unitaria ocasiona un perjuicio exorbitante, que pone en peligro la subsistencia de la sociedad agrupada, estaría desplazando de forma permanente el interés de la filial³¹. En tal caso, el interés del grupo ya no constituiría un interés prioritario, sino superior, pues su consecución descansaría en el sacrificio definitivo de los intereses de las sociedades agrupadas. En palabras de GIRGADO, este comportamiento daría lugar a supuestos de «vampirismo intragrupo»³². Es por ello que aquellas instrucciones que comprometan la viabilidad económica de la sociedad dependiente no quedan amparadas por el interés del grupo, y constituirán instrucciones «extragrupo» o ilegítimas³³.

En definitiva, la doctrina de la compensación puede quedar resumida como sigue. La consecución de interés del grupo autoriza la postergación del interés social individual de la sociedad agrupada, a condición de que ésta reciba una contraprestación que neutralice el perjuicio que pueda irrogársele. En cuanto a la evaluación de la existencia del perjuicio, no se trata de hacer un examen aislado de las pérdidas y ganancias que experimenta la empresa dependiente como resultado de la postergación de la realización del interés social, sino que hay que tener en cuenta el conjunto de ventajas y desventajas derivadas de su pertenencia al grupo. Para el caso de que sea precisa una contraprestación para garantizar el equilibrio entre las sociedades agrupadas, esta no tiene por qué ser simultánea a la conducta que priorizó el interés del grupo, pudiendo ser posterior o anterior a ella; pero, en todo caso, deberá ser «adecuada, lo cual se traduce en la necesaria concurrencia de otros dos elementos, tales como, la certeza o concreción y la proporcionalidad»³⁴. En ningún caso, el sacrificio que tenga obligación de soportar la sociedad agrupada en pos del interés del grupo podrá poner en peligro la viabilidad y solvencia de la propia sociedad³⁵, configurándose la supervivencia de la empresa como límite o, mejor dicho, tope del sacrificio a soportar.

³¹ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 15.

³² GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002, Madrid, p. 54.

³³ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 15.

³⁴ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 14.

³⁵ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 15.

III. OPERACIONES VINCULADAS INTRAGRUPPO. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

1. INSTRUMENTOS DE CONTROL DE LAS OPERACIONES INTRAGRUPPO EN LA LSC

El ejercicio de la dirección unitaria a menudo se manifiesta mediante la celebración de operaciones internas, entre las sociedades del grupo, que obedecen a la satisfacción de la política estratégica del grupo. Sin embargo, existe el riesgo natural de que, persiguiendo el mejor interés del grupo, se produzca un perjuicio para el interés individual de alguna de las sociedades intervinientes. Debido a que las sociedades agrupadas, pese a estar integradas en una estructura policorporativa, conservan su autonomía jurídica y, por tanto, su interés social, las operaciones intragrupo deben considerarse como un supuesto especial de operaciones con partes vinculadas.

No obstante, cuando una sociedad forma parte de un grupo, su interés social es reinterpretado en base al contexto organizativo en que se desarrolla. Por ello, en estos supuestos no habría en puridad un conflicto de intereses, sino una matización del interés social individual a la luz del interés del grupo. De esta forma, dado el carácter autónomo y prioritario del interés del grupo, el interés social de una sociedad agrupada, sin abandonar su función tradicional, desarrolla una nueva función prioritaria: «hacer eficiente la política unitaria marcada por la entidad de dirección de grupo»³⁶. Bajo la óptica del interés del grupo, la aparente colisión de intereses derivada de la celebración de operaciones intragrupo podría ser fácilmente sorteada a través de la priorización del interés del grupo sobre el interés social y la compensación del posible perjuicio que la postergación del interés social pudiese acarrear. Pues bien, poner en marcha este planteamiento no resulta tan sencillo, ya que son precisos instrumentos jurídicos que garanticen la legítima apelación al interés del grupo y protejan a los socios externos de la filial. Este problema se agrava a causa de que la legislación actual no ampara el interés del grupo.

Desde estas consideraciones, la solución que prevé la LSC es recurrir a los mecanismos de resolución de conflictos de intereses, que someten la aprobación de determinadas

³⁶ IRACULIS ARREGUI, N., «Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial: controvertida construcción de este mecanismo de protección», en *Revista de derecho mercantil*, nº 308, 2018, p. 13

operaciones, en las que un socio o administrador pueda tener un interés extrasocial, a un cauce procedimental concreto.

Así pues, sin ánimo de profundizar en esta cuestión, cuando la aprobación de la operación corresponda a la junta general en virtud del art. 160 LSC, el art. 190 LSC contempla la prohibición de voto del socio en conflicto en determinadas ocasiones, entre ellas, facilitarle asistencia financiera. De esta forma, en el contexto de operaciones intragrupo, el socio mayoritario o la sociedad dominante, tendría el deber de abstenerse cuando se vote la concesión de un préstamo para la sociedad dominante por parte de la dominada. En el resto casos cuya aprobación competa a la junta general, el socio conflictuado no perderá su derecho a voto. Para garantizar la transparencia e inocuidad de la operación, se articula una suerte de regla *entire fairness* por la que se invierte la carga de la prueba en caso de impugnación del acuerdo, de tal manera que, si bien el socio que impugne el acuerdo deberá acreditar el conflicto de interés, será el socio conflictuado o la sociedad, los que tendrán que probar la conformidad del acuerdo con el interés social (vid. art. 190.3 LSC).

Fuera de los supuestos contemplados en el art. 160 LSC, la aprobación de la operación corresponde al órgano de administración. Como regla general, el art. 228.c) LSC establece la abstención del administrador que tenga un interés directo o indirecto en la operación.

En términos generales, podemos observar que las reglas procedimentales previstas exigen la abstención del socio o administrador conflictuado en la aprobación de la operación, especialmente en el caso de los administradores. Estas medidas están dirigidas a proteger el interés social frente a amenazas de otros intereses extrasociales, entre los que se incluiría el interés del grupo. Ello conduciría a que, la sociedad dominante, en calidad de socio mayoritario, se vería privado de los mecanismos jurídicos para ejercer la dirección unitaria, ya de forma directa en la junta general o, indirectamente, a través de los administradores por ella nombrados.

Como queda evidenciado, los mecanismos previstos en la LSC para resolver los conflictos de intereses derivados de operaciones vinculadas son claramente improcedentes en el contexto grupal, por cuanto tienen por objetivo proteger el interés social en una sociedad-isla, obviando la posible integración de la sociedad en una estructura policorporativa. Se hace preciso desarrollar mecanismos concretos que comprendan la matización que experimenta el interés social de una sociedad que forma parte de un grupo y que estén orientados a proteger el interés del grupo.

2. APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN SOBRE CONFLICTOS DE INTERESES AL ADMINISTRADOR DOMINICAL EN SUPUESTOS DE GRUPO POLICORPORATIVO

Expuesta la problemática general, la cuestión más espinosa surge cuando se pretende aplicar la regulación de las operaciones vinculadas, al administrador de la sociedad filial nombrado por la sociedad dominante o controlado por ella, en relación con la toma de decisiones que afectan a negocios entre la sociedad dominante y la filial administrada.

2.1 La difícil inclusión de la sociedad dominante en el concepto de persona vinculada del art. 231 LSC

El primer problema que plantea la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas a las operaciones intragrupo resulta de la difícil inclusión de la sociedad matriz en el doble listado de personas vinculadas que contiene el art. 231 LSC, en atención a si el administrador es una persona física o una persona jurídica.

Las únicas personas que la ley establece como vinculadas al administrador persona física son determinados familiares del administrador (padres, hijos y hermanos del administrador y los cónyuges de todos ellos) (letras a), b) y c) del art. 231.1 LSC) y las sociedades controladas por el propio administrador (letra d) del art. 231.2 LSC)³⁷. Empero, cuando nos encontramos ante un administrador persona jurídica, la relación de personas vinculadas a éste, no queda limitada a las personas vinculadas a la persona física representante del administrador persona jurídica, sino que se extiende a otros sujetos. Así pues, entre los sujetos que recoge y para el caso que nos interesa, se encuentra el socio que ejerce un control del administrador persona jurídica en los términos del art. 42 CCom (letra a) del art. 231.2 LSC), así como las sociedades, y sus socios, que forman parte del mismo grupo que el administrador persona jurídica (letra c) del art. 231.2 LSC). En este sentido, los socios de control, cualificados para influenciar en el administrador, quedan expresamente definidos como personas vinculadas al administrador si éste es persona jurídica, pero no si es persona física. Esto conduce a pensar que el legislador, en la delimitación de las personas vinculadas al administrador persona física, contempló

³⁷ PAZ-ARES, C., «Identidad y diferencia del consejero dominical», en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Espín Gutiérrez, C., y Juste Mencía, J. (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 93.

únicamente los supuestos en los que habitualmente, aunque no necesariamente, es el administrador el que tiene capacidad de ejercer una influencia suficiente sobre la persona vinculada, obviando aquellos en los que el conflicto es ascendente, y es la persona vinculada la que tiene capacidad de influir en el administrador³⁸.

La doctrina se divide al tratar el alcance de la enumeración contenida en este precepto, máxime en relación al administrador persona física. Una tesis, minoritaria, estima que no queda otra opción que apreciar el carácter *ad exemplum* de la lista y su necesaria ampliación analógica a efectos de colmar las lagunas que presenta, tanto por sobreinclusión (p. ej., familiares directos con enemistad manifiesta con el administrador) como infrainclusión (p. ej. amigos íntimos o incluso el supuesto del socio representado por el administrador en el órgano de administración)³⁹. En el plano jurisprudencial y en relación con la cuestión que aquí interesa, la SJM Madrid, de 30 de octubre de 2013, admite la integración analógica del art. 231 LSC para incluir, en concreto, el conflicto en el que se encuentra el consejero dominical ante operaciones entre el *dominus* y la sociedad administrada. De esta forma, se consideró que los consejeros de Unión Fenosa Gas nombrados por Gas Natural, quien compartía el capital de la *joint-venture* a partes iguales con ENI, se encontraban conflictuados y, por ende, tenían el deber de abstenerse de intervenir en el acuerdo de notificación de fuerza mayor de los contratos celebrados con otras sociedades del grupo.

En contraposición, la doctrina mayoritaria sostiene el carácter taxativo de la norma por razones de seguridad jurídica. Ciertamente, la norma podría haber seguido un concepto abierto de persona vinculada mediante una definición general. Empero, el legislador español, en la línea del Derecho comparado y de la UE ha optado por una tipificación positiva de quién ha de considerarse persona vinculada⁴⁰.

³⁸ A propósito de la clasificación de los conflictos como ascendentes o descendientes, leer FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit., p. 14, y PAZ-ARES, C., «Identidad y diferencia...», cit., p. 98.

³⁹ EMBID IRUJO, JM. y GÓRRIZ LÓPEZ, C. «Artículo 127ter. Deberes de lealtad» en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* ARROYO, J.M. et al. (Coords.), Tecnos, Madrid, 2009. pág.1444. Igualmente, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, Madrid, 2010, p. 468- 471 y 480, interpreta la relación de personas vinculadas de forma abierta para añadir los conflictos derivados de vinculaciones de colaboración entre el administrador y un tercero, así como el supuesto del socio de control o *dominus*; En la misma línea, GONZÁLEZ MENESES, M., «Los deberes del administrador en conflicto de intereses», en *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores*, MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, A. (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 556 aboga por operaciones *de facto* «contaminadas» por la relación entre el administrador y una persona, debiéndose valorar los casos del art. 231 a efectos meramente presuntivos (y además, *iuris et de iure*) de una relación contaminante.

⁴⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit., p. 12.

En mi opinión, y sin discutir la insuficiencia en la literalidad de la norma⁴¹, debe prevalecer esta última tesis e interpretarse el precepto como una lista cerrada, sin que dé lugar a una interpretación analógica, o al menos de analogía general, que simplemente apele a la existencia de vínculos, de diferente naturaleza, entre el tercero y el administrador⁴². Obviamente, toda tipificación corre el riesgo de rendir insuficiente ante determinados supuestos y, a la vez, incluir otros que resulten innecesarios en la casuística empírica, pero ello no obsta para que sea el mejor mecanismo, en términos de seguridad jurídica, para regular una norma prohibitiva. En este sentido, siguiendo el canon hermenéutico del art. 4.2 CC, la delimitación *rationae personae* del ámbito de aplicación del deber de abstención del art. 228.c) LSC, y que se apoya en el art. 231 LSC, debe responder a una interpretación restrictiva en tanto que norma prohibitiva, interpretación que la concepción cerrada de «persona vinculada» protege.

2.2 La deficiente regulación del art. 228.c) y las dificultades para la clasificación de los conflictos de interés

El apartado c) del art. 228 LSC impone al administrador la obligación de «abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en los que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto». El lenguaje utilizado invita a deducir que el deber de abstención del administrador opera tanto cuando el administrador tiene un conflicto directo o indirecto con la sociedad como cuando es alguna de las personas vinculadas a él la que tiene dicho conflicto, pudiendo este conflicto ser a su vez directo o indirecto, en atención a la contraparte de la operación (el propio sujeto conflictuado u otro)⁴³. Aun cuando esta es la interpretación que se desprende de una primera lectura del precepto, considero que debe rechazarse pues solo cabe atribuirla a una torpe redacción legislativa, que ha de ser corregida con una adecuada interpretación sistemática y teleológica de la norma.

⁴¹ SJM Madrid, de 30 de octubre de 2013 (ECLI: ES:JMM:2013:437).

⁴² PAZ-ARES, C. «Identidad y diferencia...», cit., p. 93.

⁴³ De hecho, esta es la tesis defendida por PAZ-ARES, C. en su trabajo «Identidad y diferencia...», cit., pp. 92 y 97, al considerar que la norma equipara el conflicto que afecta a una persona vinculada al del administrador pues, a efectos legales, ambos constituyen una única unidad de imputación; y que, tanto unos como otros, pueden ser directos o indirectos.

En primer lugar, las personas vinculadas al administrador no están sujetas a un conflicto de intereses societario, ni mucho menos a un conflicto indirecto. El único sujeto del que cabe predicar un conflicto de intereses con la sociedad es el administrador, al ser el único sometido por imperativo legal al cumplimiento del deber de lealtad para con la sociedad. Es este deber el que le obliga a evitar conflictos en los que el interés de la sociedad pueda verse postergado frente a otros intereses extrasociales, sean propios del administrador o de personas vinculadas a él. La persona que contrata con la sociedad, con independencia de que esté vinculada al administrador, se encontrará en una situación de conflicto, pero de naturaleza meramente contractual, propia de su condición de contraparte en una transacción⁴⁴. Solo el administrador, cuando tenga una vinculación con la contraparte, se verá inmerso en una situación de conflicto de intereses societario, que le obligará a observar los concretos deberes de lealtad impuestos por el legislador para así evitar que valore la idoneidad de la operación en el mejor interés de la persona vinculada, o del suyo propio, y no en el de la sociedad.

La segunda razón para rechazar una interpretación literal del art. 228.c) LSC obedece a la distinción ente conflicto de intereses directo o indirecto. Tal y como sostienen algunos autores, el carácter directo o indirecto responde a una concepción *rationae materiae* del conflicto⁴⁵. Así pues, se considera conflicto directo aquel que resulta de una transacción que realiza la sociedad directamente con el administrador, pues se corre el riesgo de que el administrador se prevalga de su posición para gestar una operación que nutra su interés particular a costa del interés social. Por el contrario, estaremos ante un conflicto indirecto cuando el riesgo de desatender el interés social traiga causa en una transacción entre la sociedad y un tercero que, por la relación existente entre este y el administrador, incline a este último a un comportamiento desleal con la sociedad que administra. En estos supuestos, aunque no sea

⁴⁴ Así lo entiende LATORRE CHINER, N., «Las operaciones vinculadas en las sociedades no cotizadas (la limitada eficacia del control preventivo)», en *Revista de derecho mercantil*, nº 313, 2019, p. 5.

⁴⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit. p.12. También PAZ-ARES, si bien incluye en el expediente del conflicto indirecto aquella transacción que el administrador realice con un tercero y que pueda desplegar efectos colaterales típicamente perniciosos sobre la sociedad, en «Identidad y diferencia...», cit., p. 96. Este último supuesto, a mi juicio, ha de ser desechado, ya que, al ser una operación extrasocial, no habría votación o deliberación de la que el administrador tuviera deber de abstenerse. Por lo tanto, los conflictos de directos o indirectos quedan reducidos a conflictos transaccionales, que son de los se ocupa el art. 228.c), que han de tener, en todo caso, como contraparte a la propia sociedad. Al respecto, puede rebatirse el supuesto de hecho del art. 229.1.b), que impone al administrador la prohibición de «utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas». Concibo esta situación como un conflicto por cuenta propia, en la que el administrador se prevale de su cargo, y del nombre de la sociedad, en beneficio propio, ejerciendo una influencia indebida en el devenir de la operación.

parte en la operación, el conflicto contractual del tercero se imputa al administrador, convirtiéndolo en un operador, indirecto, de dicha transacción.

Asimismo, conviene puntualizar que la tipificación *rationae personae* del conflicto de intereses no puede buscarse en el apartado c) del art. 228 LSC, sino que se ha de acudir al apartado e) del mencionado precepto. Téngase en cuenta que el apartado e) distingue entre conflictos de intereses por cuenta propia y por cuenta ajena. Los primeros afectan al interés personal del administrador, sin que ello signifique necesariamente que él realiza personalmente la operación, pues puede servirse de la interposición de una persona vinculada a él⁴⁶. Por su parte, en los conflictos por cuenta ajena, la transacción se promueve no en beneficio del administrador, sino de un tercero, en cuyo interés existe riesgo de que el administrador actúe. Los conflictos por cuenta ajena suelen obedecer a relaciones en las que el beneficiario tiene cierto poder o influencia sobre el administrador, también llamados conflictos ascendentes, pues suben de éste hacia la persona bajo cuya influencia se encuentra⁴⁷.

De las consideraciones expuestas se llega a la conclusión de que la disyuntiva entre conflictos directo o indirecto y conflictos por cuenta propia o ajena no es una clasificación sinónima o excluyente, sino que ambas clasificaciones pueden concurrir en un mismo supuesto. De esta forma, y para el caso que nos interesa, el conflicto en el que incurrirá el administrador dominical cuando el *dominus* (el socio mayoritario o sociedad dominante) contrate con la sociedad dependiente se inscribiría dentro de los conflictos indirectos y por cuenta ajena (o ascendente).

El tercer motivo responde a razones de coherencia y seguridad jurídicas. Si extendemos el supuesto de hecho del art. 228.c) LSC a los conflictos de intereses, directos e indirectos, de las personas vinculadas al administrador, estaríamos incluyendo también las transacciones celebradas entre la sociedad y personas relacionadas con las personas vinculadas al administrador. Frente a la concepción abierta del art. 228.c) LSC que propugna algún autor⁴⁸,

⁴⁶ La utilización de una persona vinculada para que contrate en beneficio del administrador se inscribiría además dentro de los conflictos descendentes, pues, teniendo lugar la operación entre un tercero y la sociedad (conflicto indirecto), el administrador está en condiciones de ejercer una influencia significativa sobre este tercero para que realice la transacción en su interés. A propósito de la clasificación de los conflictos como ascendentes o descendentes, véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit., p. 14, y PAZ-ARES, C., «Identidad y diferencia...», cit., p. 98.

⁴⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit., pp. 13-14.

⁴⁸ Así lo entiende IRACULIS ARREGUI, N. «Acuerdos sobre operaciones con partes vinculadas. Formulación del conflicto "relevante" en la prohibición de voto en la sociedad filial del administrador designado por la matriz», en *Revista de derecho de sociedades*, nº 56, 2019, pp. 15 y 16; y LATORRE CHINER, N. «Operaciones con partes vinculadas: conflictos de intereses con la sociedad», en *Los intentos de reforzamiento del poder de la junta*

no resulta coherente predicar el carácter taxativo del art. 231 LSC y, sin embargo, interpretar de forma extensiva una norma prohibitiva como es el art. 228 LSC. Además, el propio art. 231 LSC perdería toda su virtualidad, pues las personas que rechazamos como vinculadas por no estar contempladas en dicho precepto quedarían luego incluidas subrepticamente por la puerta del art. 228.c) LSC como personas relacionadas a las personas vinculadas. Esto, a su vez, generaría problemas de seguridad jurídica, al no quedar definida qué relación es la que debe existir entre un sujeto y una persona vinculada al administrador para que el primero sea considerado persona relacionada con la segunda, lo que culminaría en una ineficiente gestión de la sociedad, pues el administrador tendría que abstenerse de votar en cuanto la contraparte de la operación con la sociedad fuese una persona que tuviese la más mínima relación, incluso indirecta, con el administrador.

Sobre la delimitación subjetiva del art. 228.c) LSC, comparto la postura del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, en sentencia de 9 de enero de 2014, que entiende, a efectos del deber de abstención del administrador, que la fenomenología del conflicto indirecto queda limitada a las personas vinculadas del art. 231 LSC⁴⁹.

Por todo lo anteriormente expuesto, una interpretación sistemática y teleológica del apartado c) del art. 228 LSC viene a reducir el supuesto de hecho del deber de abstención del administrador a conflictos directos y conflictos indirectos con personas vinculadas o, lo que es lo mismo, transacciones entre el administrador y la sociedad y transacciones entre la sociedad y un tercero, siendo este una persona vinculada al administrador en virtud del art. 231 LSC.

2.3 El controvertido deber de abstención del administrador dominical en la aprobación de operaciones intragrupo

y de los socios en los grupos de sociedades, Emparanza Sobejano, A. (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 262 y 263, que extienden la aplicación del deber de abstención del art. 228.c) LSC no solo a supuestos en que el administrador o una persona vinculada al mismo sean los beneficiarios de la operación, sino también cuando una persona relacionada con una persona vinculada al administrador tenga un interés en la operación. Esta postura rechaza el carácter taxativo del 231 y afirma el deber de abstención del administrador dominical cuando la operación se lleve entre la sociedad que administra y el *dominus* (que, en el ámbito de grupos de sociedades, será la sociedad dominante).

⁴⁹ SJM Oviedo, 9 de enero de 2014 (ECLI: ES:JMO:2014:236): «A falta de un criterio legal y jurisprudencial acerca del alcance subjetivo del conflicto indirecto y existiendo en el mismo precepto (en la LSA) o capítulo (en la LSC) un catálogo de personas vinculadas, una interpretación sistemática impone extender también al genuino conflicto de intereses el art. 231, que vendría a agotar los supuestos de conflicto indirecto a fin de dotar de coherencia y seguridad jurídica al conjunto normativo».

Teniendo en cuenta, por un lado, que el art. 231 LSC ha de ser interpretado de forma taxativa, lo que excluye toda integración analógica del socio representado en el órgano de administración como persona vinculada al administrador representante, y que, por otro lado, el elemento subjetivo del apartado c) del art. 228 LSC viene limitado por el art. 231, los conflictos indirectos que originan un deber de abstención en la persona del administrador solo traerán causa en transacciones entre la sociedad y personas vinculadas a dicho administrador.

Así pues, y sin discutir el carácter indirecto del conflicto, el aparente deber de abstención del administrador dominical no tendría cabida en el supuesto de hecho del art. 228.c) LSC en tanto en cuanto el *dominus* no está incluido en la relación de personas vinculadas al administrador del art. 231 LSC, cuyo carácter, recordemos, es *numerus clausus*. La solución sería, no obstante, distinta, si el administrador fuese una persona jurídica, de forma que el *dominus*, esto es, el socio de control del administrador persona jurídica, estuviese incluido dentro de la relación de personas vinculadas a dicho administrador del art. 231.2 LSC y, por tanto, operaría, en este caso, el deber de abstención del administrador del art. 228.c) LSC.

Descartada la aplicación del apartado c) del art. 228 LSC al supuesto del administrador dominical, persona física, en la aprobación de operaciones intragrupo, tal situación comporta, igualmente, un conflicto por cuenta ajena, que le impone al administrador la obligación general de evitar situaciones de conflicto de intereses, en virtud del art. 228.e) LSC. Esta obligación legal es detallada en el art. 229 LSC, que recoge un elenco de deberes de abstención y transparencia⁵⁰. Estos deberes se imponen en exclusiva al administrador, en tanto que es este, y no la persona vinculada a él, el que está sometido a un deber de lealtad para con la sociedad. Por este motivo, y contrario a la tesis de un sector de la doctrina⁵¹, considero que la realización de estas conductas se prohíben únicamente al administrador (apartado 1) y no a sus personas vinculadas, en relación a las cuales el legislador prohíbe que sean beneficiarias de dichas conductas, pero no actoras (apartado 2). A mi juicio, resulta lógico que, por ejemplo, el

⁵⁰ Los deberes de abstención están previstos en el apartado 1 del art. 229 LSC, que prohíbe al administrador, entre otras conductas, realizar transacciones con la sociedad, prevalerse del nombre de la sociedad o de su condición de administrador en sus operaciones privadas, o competir con la sociedad. Por su parte, el apartado 3 recoge los deberes de transparencia al imponerle el deber de comunicar la situación de conflicto al resto de administradores o, en caso de administrador único, a la junta general; así como informar sobre estas situaciones en la memoria de la sociedad.

⁵¹ Véase PAZ-ARES, C., «¿Derecho común o...» cit., p. RB-9.1; y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit., p. 9. Estos autores consideran que, a pesar de que la aplicación del art. 229.1 se limita al administrador, el art. 230.2, en relación a la posibilidad de dispensar las prohibiciones del artículo anterior, hace referencia a las transacciones celebradas por la sociedad tanto con el administrador como con una persona vinculada a él.

administrador no pueda utilizar el nombre de la sociedad o su condición para obtener una ventaja para sí o para su hijo en una operación privada (vid. art. 229.1.b) LSC); pero sería desmesurado llegar a prohibir al hijo invocar la condición de administrador de su padre para obtener dicha ventaja. Por consiguiente, si bien el administrador dominical tiene la obligación legal de abstenerse de realizar transacciones, no existe prohibición legal alguna de que el *dominus*, la sociedad matriz, realice una operación con la sociedad⁵², ni de que el administrador participe en la aprobación de la misma.

Esta tesis resulta apropiada a la realidad de los grupos. Se debe comprender que la política general sobre conflictos de intereses del administrador, que impone que las operaciones vinculadas sean aprobadas por administradores desinteresados, está dirigida a tratar conflictos esporádicos, por lo que no tiene sentido en un contexto grupal, donde los conflictos son estructurales y las transacciones internas son la norma, más que la excepción⁵³.

Imponerle al administrador nombrado por la matriz para velar por la política del grupo en la filial la abstención en la aprobación de aquellas operaciones para las que ha sido nombrado, supondría negar la fundamentación del grupo de sociedades, obstaculizando no solo el ejercicio de la dirección unitaria, sino su propia relevancia jurídica, así como el reconocimiento del interés grupal que guía su mandato⁵⁴. Si se dejan las decisiones de política del grupo en manos de los consejeros minoritarios, nombrados a través del sistema de representación proporcional por los socios externos de la dominada, resulta difícil pensar que estos vayan a considerar el interés del grupo en el juicio sobre tales operaciones⁵⁵. Cabe además suponer que si todos los administradores de la filial han sido puestos por la dominante, situación habitual en sociedades cerradas, la abstención de todos ellos desencadenaría la inoperancia del órgano de administración, dejando a cargo de la junta general la aprobación, caso por caso, de los acuerdos de operaciones intragrupo, aun cuando no recaigan sobre activos esenciales del art. 160.f) LSC (vid. art. 229.3 LSC), lo cual no resulta muy práctico⁵⁶.

⁵² No solo porque las prohibiciones del art. 229 LSC no son aplicables a las personas vinculadas, sino también porque el *dominus* no queda recogido en el art. 231 LSC como persona vinculada del administrador persona física.

⁵³ DAMMANN, J., «Related Party Transactions and Intragroup Transactions», en *U of Texas Law, Law and Econ Research Paper*, No. e583, Agosto de 2018, p. 1.

⁵⁴ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 4.

⁵⁵ VICENT CHULIÁ, F., «Grupos de sociedades y conflictos de intereses», en *Revista de derecho mercantil*, nº 280, 2011, p. 8.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit., p. 15.

Con todo, además de favorecer el adecuado funcionamiento del grupo, se debe garantizar igualmente la protección de los socios externos. Por ello, conviene revisar la aplicabilidad y eficacia de otros mecanismos de protección de los socios minoritarios a los socios externos de las sociedades dependientes, ya que, cuando la operación corresponde a la junta, el socio puede votar (vid. art. 190.3 LSC), pero sujeto a la regla del *entire fairness*; en cambio, cuando la operación corresponde al consejo, el administrador vota sin ninguna restricción más allá del deber de comunicar tal situación (vid. art. 229.3 LSC).

3. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS EXTERNOS DE LA SOCIEDAD DEPENDIENTE EN OPERACIONES INTRAGRUPU

3.1 Impugnación de acuerdos perjudiciales al interés social de la filial

Llegados a este punto, la exposición se encuentra lo suficiente madura para introducir la tercera y última tesis del capítulo: la protección del interés social, y en concreto, de los socios externos de la sociedad filial en la aprobación de operaciones intragrupo. El apartado primero del art. 204 LSC constituye el principal mecanismo de tutela de los socios minoritarios, al determinar la impugnabilidad de los acuerdos que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. No obstante, en sede de grupos de sociedades, el contenido de este precepto resulta paradójico con la legitimidad del grupo de sociedades recogida en el art. 18 LSC, ya que si el único interés que protege el art. 204. LSC es el interés social, se podrían anular los acuerdos sociales que perjudicasen el interés de la sociedad aunque beneficiasen al socio de control, la sociedad dominante y, en última instancia, al grupo en su conjunto.

Al respecto, la doctrina apuesta por una interpretación teleológica del art. 204.1 LSC ajustada a la realidad de grupos⁵⁷. En este contexto, la lesión al interés social se vería matizada por el interés del grupo, de tal forma que no procedería la anulación de aquellos acuerdos que, produciendo un perjuicio en el interés de la sociedad, quedasen amparados por el legítimo interés del grupo. En atención a la matización del interés social por el interés del grupo, la valoración de la lesión del interés social se debe basar en la comprobación del cumplimiento de los factores legitimadores del interés del grupo, y no tanto en la existencia de una concreta

⁵⁷ VICENT CHULIÁ, F., «Grupos de sociedades...» cit., pp. 4 y 5.

desventaja para el interés individual de la sociedad como consecuencia del acuerdo derivado de la ejecución de una instrucción de la dirección unitaria.

Conforme a esta valoración, cabe de entrada la impugnación de todos los acuerdos que no respondan al carácter autónomo del interés del grupo, y que desplacen valor de la sociedad a otra de las sociedades agrupadas -presumiblemente a la matriz-, sin reportar un beneficio adicional al conjunto del entramado empresarial. Se trata, en esencia, de los denominados acuerdos distributivos.

El segundo eje de escrutinio ha de versar sobre el carácter prioritario del interés del grupo, el cual se concreta en la doctrina de las ventajas compensatorias. Pues bien, para el supuesto en que la aprobación del acuerdo traiga causa en una instrucción productiva, es decir, que busque incrementar el rendimiento total del grupo -aun produciendo una desventaja para la sociedad filial-, el acuerdo sería aun así susceptible de anulación si: no se prevé compensación alguna; o bien, previéndose una, su valor económico no se estima suficiente para neutralizar el perjuicio causado o no es verosímil en vista de la situación patrimonial de la sociedad dominante. De no ser el caso, si el acuerdo productivo para el grupo -y perjudicial para la sociedad- prevé unas medidas de compensación adecuadas, el interés litigante del socio externo queda enervado, y no habría lugar a la acción de impugnación de tales operaciones.

3.2 Responsabilidad social del consejero dominical

De la misma forma que la impugnabilidad de un acuerdo desventajoso para la sociedad cedería ante la legítima consecución del interés del grupo, el administrador dominical quedaría exento de responsabilidad si la ejecución de la instrucción impartida por la sociedad dominante se reputase legítima tras un examen diligente de la misma. La pertenencia de la sociedad a un grupo no suprime su personalidad jurídica por su pertenencia a un grupo, ni sus administradores pierden la obligación de actuar de conformidad al interés social en el ejercicio del deber de lealtad (vid. art. 227.1 LSC). La ejecución por el administrador dominical de la filial de las instrucciones impartidas por la matriz conduce a analizar la compatibilidad entre esa ejecución y el deber de lealtad⁵⁸.

⁵⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Grupos de sociedades y deber de lealtad de los administradores (una aproximación a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015)», en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense, Madrid, 2017, p. 19.

Si la invocación del interés del grupo en la promoción de una instrucción desventajosa para el interés social de la filial no reúne los requisitos de autonomía y prioridad, dicha instrucción no vendrá amparada por el legítimo interés del grupo, y el administrador no solo no tendrá el deber de acatarla, sino la obligación de desobedecerla⁵⁹. El administrador dominical no tiene un derecho a rechazar aquellas instrucciones que se valoren ilegítimas. La ilegitimidad de la instrucción no da al administrador carta blanca para poder rechazarla, sino la obligación de oponerse a ella, en el cumplimiento del deber de diligencia (vid. art. 225.1 LSC). Al igual que el deber de diligencia del administrador no cede ante instrucciones impartidas por la Junta general en base al art. 161 LSC, y éste no queda exonerado de responsabilidad cuando dicha instrucción perjudica el interés social (vid. art. 236.2 LSC); la consecuencia es la misma cuando la instrucción ilegítima proviene de la dirección unitaria del grupo⁶⁰.

De este modo, corresponde al administrador determinar la legitimidad de una instrucción, para lo que deberá comprobar la concurrencia de los requisitos que construyen el interés del grupo. Pese a encontrarse sometido a la dirección unitaria, el deber de diligencia impone al administrador dominical el control, el «filtrado», de las instrucciones impartidas por la sociedad dominante. Esta función de «filtro» se traduce en la obligación de recabar de la dirección del grupo información adecuada en torno a la legitimidad de la instrucción, y en especial sobre las medidas compensatorias, para verificar que la instrucción desventajosa se sitúa dentro de los límites impuestos al ejercicio del poder de dirección unitaria y, por tanto, no lesiona el interés social de la sociedad administrada⁶¹.

Conforme a lo expuesto, a la hora de acordar la responsabilidad social del administrador dominical en la ejecución de una instrucción de la dirección unitaria que termine siendo perjudicial para la sociedad administrada, se valorará la diligencia con la que se ha actuado para determinar si existe o no la señalada antijuridicidad de la conducta. Si tras un examen de su conducta, no se aprecia un comportamiento *ex ante* negligente del consejero dominical, éste no incurrirá en responsabilidad, aun cuando finalmente se derive un daño patrimonial para la sociedad administrada⁶².

En relación a la acreditación del deber de «filtro», la legislación actual no prevé ningún mecanismo. Sin embargo, el malogrado Anteproyecto de Código mercantil, de manera similar

⁵⁹ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 16.

⁶⁰ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 18.

⁶¹ IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 17.

⁶² IRACULIS ARREGUI, N., «Interés del grupo...» cit., p. 20.

al Derecho italiano y alemán, sí que contemplaba en su art. 219-11 una suerte de rendición de cuentas que atestiguará el cumplimiento del deber de correcta información, a través de la obligación de incluir en el informe de gestión de la sociedad dependiente la causa y cuantía, real o estimada, del perjuicio ocasionado por la ejecución de instrucciones de la sociedad dominante, así como las condiciones de la compensación⁶³.

3.3 Derecho de separación del socio externo de la filial

En última instancia, la cuestión que se plantea es la de si la transgresión del interés social de la filial, sin una adecuada compensación, genera un derecho de separación del socio externo de la filial. Se trata de determinar si el perjuicio al interés de la sociedad derivado del funcionamiento del grupo puede inscribirse dentro de las causas del art. 248 LSC, que otorgan al socio disidente el derecho legal de separarse de la sociedad y, en concreto, sobre la base de la «sustitución o modificación sustancial del objeto social» (vid. art. 248.1.a) LSC).

En esencia, el derecho de separación es un mecanismo de protección individual del socio externo o minoritario frente a acuerdos aprobados por la mayoría que afecten directamente a sus intereses. El fundamento de dicho derecho radica en que, como consecuencia de la aprobación de dicho acuerdo, se produce una modificación en las bases esenciales del contrato de sociedad, esto es, en las causas que originaron la inclusión del socio externo en la sociedad. Habiendo desaparecido las circunstancias originales que motivaron el consentimiento del socio para adherirse a la sociedad, la relación societaria deja de serle exigible, reconociéndole el legislador o los estatutos la facultad de desvincularse y abandonar la sociedad⁶⁴.

En sede de grupos, no puede desconocerse que el ejercicio de la dirección unitaria repercute en el interés individual de la sociedad dependiente - y, en consecuencia, en la posición de sus socios externos-, postergando su realización. La integración de la sociedad en la organización del grupo produce en el órgano administrativo de esta sociedad la obligación de ejecutar instrucciones que entorpezcan el interés social individual al amparo del interés del

⁶³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit., p. 32.

⁶⁴ MUÑOZ MARTÍN, N., «Artículo 147. Sustitución del objeto social», en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* ARROYO, J.M. et al. (Coords.), Tecnos, Madrid, 2009. pág.1708; VARA DE PAZ, N., «El derecho de separación del socio en caso de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Especial referencia al supuesto de adquisición de participaciones sociales y a los grupos de sociedades», en *Revista de Derecho de sociedades*, nº 40/2013, 2013, p.1; IRACULIS, «Derecho de separación del socio externo...» cit., p. 20.

grupo. La priorización del interés del grupo conlleva la obligación por parte de la dirección unitaria de compensar la desventaja que pueda ocasionarle a la filial por la postergación del interés social. De esta forma, el riesgo de perjuicio es eliminado y la posición de los socios externos queda restaurada. Por el contrario, si no tiene lugar una adecuada compensación, el daño potencial termina materializándose y se produce un perjuicio patrimonial a los socios externos de la filial.

A este respecto, el art. 291-17 ACM facultaba al socio externo de la filial a separarse de la sociedad cuando el perjuicio infligido a la sociedad dominada por la sociedad dominante no hubiese sido restaurado mediante una compensación adecuada. Dicha previsión, compartiendo la tesis de un sector de la doctrina⁶⁵, supone una flexibilización del derecho de separación en sede de grupos, flexibilización que no queda amparada por nuestro Derecho actual. La instrucción ilegítima, por estar desprovista de una adecuada compensación del daño, causa un perjuicio patrimonial a la sociedad filial y, de forma indirecta, al socio externo, pero dicho perjuicio indirecto no supone una alteración de la posición del socio de tal magnitud que modifique las circunstancias esenciales sobre las que este dio su consentimiento para entrar a formar parte de la sociedad. Habida cuenta de la articulación restrictiva del derecho de separación, resulta, además, excesiva su aplicación en estos casos, dado que el socio externo tiene a su alcance otros mecanismos más eficaces para proteger sus intereses cuando estos se ven afectados indirectamente, como son la impugnación del acuerdo o la exigencia responsabilidad social del consejero; y que no suscitan la salida del propio socio afectado ni comportan una salida de activos de la sociedad⁶⁶.

Cuestión distinta es cuando el perjuicio derivado del funcionamiento del grupo va más allá del plano patrimonial y alcanza el plano organizativo. Esto es lo que ocurre en los llamados grupos cualificados, donde la dirección unitaria termina invadiendo la toma de decisiones, sin dejar margen de decisión a la propia sociedad filial. La sociedad pierde su autonomía, convirtiéndose en una mera división del grupo⁶⁷. A diferencia del perjuicio patrimonial, de carácter ocasional e indirecto, el daño organizativo supone un menoscabo directo y permanente

⁶⁵ IRACULIS, «Derecho de separación del socio externo...» cit., p. 17.

⁶⁶ IRACULIS, «Derecho de separación del socio externo...» cit., pp. 18 y 19.

⁶⁷ PAZ-ARES, C., «Uniones de empresas...» cit., p. 245; IRACULIS, «Derecho de separación del socio externo...» cit., p. 20.

de la posición política del socio externo, que ve ignorado de forma constante el interés social individual⁶⁸.

La dirección unitaria cualificada postula el interés del grupo como un interés superior, que puede llegar a reemplazar por completo el interés social individual. Esta circunstancia comporta una modificación sustancial, o incluso sustitución, de la causa del contrato de sociedad, de tal manera que queda justificada la desvinculación del socio externo a través del derecho de separación⁶⁹. Cuando lo que resulta lesivo no es una instrucción aislada, sino la propia política del grupo, la única solución es reconocerle al socio externo un derecho de salida, pues el resto de mecanismos de protección resultan insuficientes.

Empero, el art. 248.1.a) LSC contempla la sustitución o modificación sustancial del objeto social, esto es, la causa instrumental del contrato de sociedad, como causa legal del derecho de separación, guardando silencio respecto a la causa finalista del contrato, el fin común último que se identifica con el interés social. Al respecto, parte de la doctrina discute la integración analógica de la sustitución o la modificación sustancial del fin común último como causa legal del derecho de separación⁷⁰.

A favor del reconocimiento del derecho de separación por la alteración del interés social, otro sector estima que, siendo ambos elementos, el objeto social y el fin común último, constitutivos de la causa del contrato social, si la modificación sustancial o sustitución del objeto social justifica el ejercicio del derecho de separación, igualmente lo hace cuando la modificación o sustitución verse sobre el fin último, pues en ambos casos concurre la premisa que hace inexigible para el socio externo la vinculación a la relación societaria⁷¹. Me inclino resueltamente por esta segunda tesis, que veo factible al amparo del fundamento teleológico del derecho de separación, que es el de permitir la partida del socio ante una alteración de los elementos esenciales del contrato que motivaron su incorporación en la sociedad.

⁶⁸ IRACULIS, «Derecho de separación del socio externo...» cit., p. 17.

⁶⁹ IRACULIS, «Derecho de separación del socio externo...» cit., p. 20.

⁷⁰ VARA DE PAZ, N., «El derecho de separación del socio...» cit., p. 8.

⁷¹ IRACULIS, «Derecho de separación del socio externo...» cit., p. 23.

IV. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS OPERACIONES INTRAGRUPRO PROPUESTA POR EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LSC EN LO QUE RESPECTA AL FOMENTO DE LA IMPLICACIÓN A LARGO PLAZO DE LOS ACCIONISTAS

1. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA DEL NOVEDOSO ART. 231 BIS: DISTINCIÓN ENTRE OPERACIONES INTRAGRUPRO Y OPERACIONES VINCULADAS INTRAGRUPRO

Zanjando la permanente disyuntiva doctrinal sobre el deber de abstención del administrador dominical en las operaciones vinculadas intragrupo que suscitaba el régimen de las operaciones vinculadas del art. 228 y ss. LSC⁷², el PL 121/000028 propone introducir en la LSC un nuevo artículo 231 bis que reproduzca para las operaciones vinculadas entre sociedades de un mismo grupo la regla contenida en el art. 190.3 LSC, de aplicación a conflictos de intereses entre la sociedad y el socio. Desde la consideración de este nuevo precepto, el legislador descarta imponer un deber al administrador de la filial nombrado por la matriz de abstención en la votación y deliberación de las operaciones entre su *dominus* (sociedad matriz) y la sociedad administrada (sociedad filial), reconociendo así el carácter esencial de estas operaciones en la satisfacción de la política del grupo.

El proyectado art. 231 bis, en su apartado primero, somete a un régimen especial la aprobación de las operaciones «que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés».

Sobre la base de este enunciado cabe hacer las siguientes aclaraciones. En primer lugar, que no todas las operaciones celebradas entre empresas del mismo grupo son operaciones vinculadas intragrupo. En segundo lugar, y como consecuencia de la anterior, que aunque el legislador introduzca este régimen bajo la rúbrica «Operaciones intragrupo», éste no es de aplicación a toda la casuística de operaciones intragrupo, sino solo a operaciones vinculadas intragrupo, esto es, a aquellas operaciones intragrupo en las que exista riesgo de menoscabar el interés de la sociedad en beneficio de otra sociedad del grupo, al celebrarse con sociedades agrupadas «sujetas a conflicto de interés».

⁷² Véase *supra* III.2.

Así pues, tal y como reza la exposición de motivos del proyecto de ley, quedan excluidas de este régimen las operaciones con sociedades íntegramente participadas, por cuanto no existe en puridad un conflicto de intereses entre la sociedad dominante y su filial totalmente participada⁷³. La situación de dominio total de la dependiente hace coincidir el interés de la sociedad con el interés del socio único, la sociedad dominante y deja sin sentido la aplicación de un régimen de tutela de los socios, por cuanto no hay socios externos distintos de la matriz⁷⁴. De esta forma, incluso si la operación produce un daño patrimonial a la sociedad dependiente en beneficio de la dominada, se seguirá respetando el interés de la sociedad, identificado con el interés del socio único o interés de la dominante. Se trasluce aquí nítidamente una concepción del interés social desde la óptica puramente contractual, ya que no se atiende a cómo estas operaciones pueden perjudicar a otros interesados en la buena marcha de la sociedad como pueden ser los trabajadores, acreedores u otros terceros.

No obstante, si bien este planteamiento no admite ninguna discrepancia desde la perspectiva de la dominada, se podría rebatir al respecto la existencia de un posible conflicto de intereses en el seno de la dominante, cuando esta actúe como sociedad «*holding*». Cuando se produce «filialización» del negocio, la actividad empresarial de la matriz pasa a ser desarrollada por la filial, convirtiéndose la primera en una sociedad «*holding*», cuya única función es administrar las participaciones del resto de sociedades agrupadas. En estos casos, la dirección del grupo queda en manos del órgano de administración de la matriz, que podría decidir reservar la totalidad de los beneficios en las filiales para evitar que reviertan en la matriz, mermando así el derecho de los socios externos de esta última a participar en los beneficios de la sociedad a través de la aplicación del resultado y, ulteriormente, del reparto del dividendo acordado. Para superar esta desprotección, la doctrina habla de un derecho de separación del socio externo de la matriz; sin embargo, su ajuste al Derecho no está exento de discusión⁷⁵.

⁷³ «Evidentemente, este nuevo régimen -del art. 231 bis- no es aplicable a las operaciones entre sociedades íntegramente participadas, puesto que estas operaciones no están sujetas, por definición, a conflicto de interés», Exposición de motivos del Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, (BOCG, Serie A, nº 28-1, de 7 de septiembre de 2020, p. 7).

⁷⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit., p. 21.

⁷⁵ Expuestos los extremos objeto de debate, me remito al planteamiento seguido por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit., pp. 21 y 22; VARA DE PAZ, N., «El derecho de separación del socio...» cit, p.25; y con mayor profundidad, IRACULIS ARREGUI, N., «Derecho de separación del socio externo...» cit., pp. 7-9, a propósito del derecho de separación del socio externo de la sociedad «*holding*».

Por otra parte, cabría igualmente extender la regla de exclusión de las relaciones entre matriz y filial íntegramente participada a las operaciones entre filiales totalmente participadas por una misma sociedad, ya que en este supuesto tampoco entrarían en juego intereses sociales distintos al de la sociedad dominante⁷⁶. En definitiva, la aprobación de operaciones entre sociedades íntegramente participadas, sean horizontales o verticales, no estaría sujeta al régimen del futuro art. 231 bis, ni a ningún otro régimen de resolución de conflictos transaccionales de intereses, al no haber intereses sociales enfrentados.

El siguiente supuesto de exclusión hace referencia a las operaciones aguas abajo con sociedades parcialmente participadas. Como regla general, los conflictos de intereses se dan aguas arriba, en la sociedad dominada, al contratar con su dominante. No en vano recoge el legislador español este supuesto de forma expresa («con su sociedad dominante»), y se limita a contemplar el resto de supuestos a través de una fórmula genérica («otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés»). Ciertamente, desde el punto de vista de la sociedad dominante, las operaciones que realiza con sus filiales parcialmente participadas no entrañan riesgo alguno, sino que son estas filiales y, en concreto, los socios externos de ellas, cuyos intereses pueden verse afectados en este tipo de operaciones, en beneficio del interés del grupo⁷⁷.

No obstante, esta exclusión no es absoluta. Existirá en el seno de la dominante un conflicto de interés y, por tanto, se deberá aplicar régimen del art. 231 bis también a esta sociedad, cuando una de las personas vinculadas a la dominante tenga intereses societarios en el capital de la dominada. Únicamente entonces, una persona vinculada a la matriz puede inclinarse a ejercer su influencia en la matriz en perjuicio de ésta y en beneficio exclusivo de la filial, puesto que, en caso de que no existiese esta doble participación, no tendría incentivos para realizar dicha conducta, ya que sería tanto como perjudicar el interés de su sociedad en favor de los socios externos de la filial⁷⁸.

⁷⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit., p. 24.

⁷⁷ Véanse las enmiendas nº 36 y 81 de los grupos parlamentarios VOX y Partido Popular en el Congreso al Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, (BOCG, Serie A, nº 28-3, de 28 de diciembre de 2020), pp. 55 y 74).

⁷⁸ Véanse las enmiendas nº 36 y 81 de los grupos parlamentarios VOX y Partido Popular en el Congreso al Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, (BOCG, Serie A, nº 28-3, de 28 de diciembre de 2020), pp. 55 y 74).

Al respecto, a pesar de que la actividad hermenéutica permite llegar cómodamente a idéntica conclusión, me parece acertada la introducción de un cuarto apartado, propuesto a través de la Enmienda nº 63 al PL, y que vendría a despejar cualquier duda sobre la no aplicación del régimen del art. 231 bis a la sociedad dominante en operaciones verticales con su dominada, siempre y cuando ninguna persona vinculada a la primera fuese socio significativo en la sociedad dependiente, de tal forma que no pudiese «realizar la operación directamente sin aplicar el régimen de operaciones con partes vinculadas»⁷⁹.

Se trata en esencia de prevenir la aplicación fraudulenta del régimen especial a operaciones «triangulares»⁸⁰ pues, bajo la apariencia de una operación intragrupo, entre dominante y dominada, se estaría llevando a cabo una operación «extragrupo», dirigida a producir una ventaja en el interés individual de la persona vinculada y que debería regirse por el régimen general del conflictos de intereses transaccionales del art. 228 LSC y ss.

2. NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS OPERACIONES VINCULADAS INTRAGRUPU

Una de las novedades más relevantes del proyecto de ley en relación a la regulación de operaciones vinculadas es la ampliación de las personas vinculadas al administrador persona física, que acerca el contenido del art. 231 LSC a la NIC 24, de expresa aplicación a las sociedades cotizadas. Entre los nuevos sujetos incluidos en el art. 231 destaca el socio representado por el administrador en el órgano de administración (vid. Art. 231.1.e) LSC). Esta inclusión del *dominus* como persona vinculada al administrador resuelve el controvertido deber de abstención del consejero dominical y confirma que es portador de un conflicto de intereses, no solo por cuenta ajena⁸¹, sino también indirecto, en aquellas transacciones celebradas entre la sociedad y el socio por él representado.

⁷⁹ Véase la enmienda nº 63 del grupo parlamentario Partido Popular en el Congreso al Proyecto de Ley *por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas*, (BOCG, Serie A, nº 28-3, de 28 de diciembre de 2020, p. 55).

⁸⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit., p. 23.

⁸¹ Así se expresa en la exposición de motivos al confirmar su inclusión genérica en el supuesto de hecho del art. 228.e) LSC y contemplarlo de forma expresa en la relación de personas vinculadas al administrador del art. 231, lo que determina en consecuencia su adscripción a los supuestos de conflicto de intereses indirecto que ponen en funcionamiento el deber de abstención del art. 228.c) LSC.

No obstante, con la introducción del art. 231 bis LSC, los conflictos de intereses derivados de operaciones intragrupo dejan de resolverse según las reglas generales del art. 228 y ss. LSC, sino que se prevé para ellas un régimen específico, más laxo. En este sentido, el deber de abstención del administrador dominical solo tiene cabida para la sociedad aisladamente o independientemente considerada, y no operará cuando la operación de la que resulte el conflicto sea una operación intragrupo, entre la sociedad filial administrada y la sociedad matriz que procuró su nombramiento.

De hecho, el art. 231 bis permite expresamente su participación en la aprobación de operaciones intragrupo, por cuanto su abstención supondría la privación a la matriz de ejercer la dirección unitaria del grupo y participar en las decisiones estratégicas del grupo⁸². Eso no significa que se supriman los mecanismos de tutela de los socios minoritarios en sede de grupos, sino que el mecanismo *ex ante* (a través de la abstención del administrador conflictuado) es sustituido por un mecanismo *ex post* para proteger los intereses de los socios externos sin obstaculizar la planificación estratégica del grupo⁸³. Así pues, el administrador vinculado y representante de la sociedad dominante podrá votar en este tipo de operaciones pero recayendo en él, o en la sociedad, la carga de la prueba sobre la inocuidad de la operación y la observación del deber de diligencia en su aprobación, en caso de que dicho acuerdo sea impugnado. Se establece entonces una regla de inversión de la carga de la prueba, que sigue la línea del *entire fairness test* del Derecho norteamericano, expediente ampliamente demandado por la doctrina como alternativa al deber de abstención del administrador⁸⁴.

En todo caso, para que opere esta regla es necesario, como presupuesto, que la decisión o voto de dicho administrador haya resultado decisivo para la aprobación. Este carácter decisivo debe entenderse en el sentido de que sin sus votos, no se habría podido adoptar el acuerdo en cuestión⁸⁵. Pues bien, si su voto no ha sido decisivo, ya que, deducidos sus votos,

⁸² Véase la exposición de motivos del Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, (BOCG, Serie A, nº 28-1, de 7 de septiembre de 2020, p. 7).

⁸³ PAZ-ARES, C., *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, Civitas, 2019, p. RB-9.1

⁸⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo...» cit., p. 23; PAZ-ARES, C., *¿Derecho común o...* cit., p. RB-9.1; IRACULIS ARREGUI, N., «Acuerdos sobre operaciones...» cit, p. 26.

⁸⁵ VIVES RUIZ, F., «Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad en la reforma de la legislación mercantil», en *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 137, 2015, p. 33.

el acuerdo habría sido aprobado por una mayoría de socios desinteresados, se traslada la carga de la prueba de vuelta al demandante, aunque sin cambiar el régimen de escrutinio⁸⁶.

Por otro lado, cuando la aprobación corresponda a la junta general, ya sea porque así viene determinado legalmente (vid. art. 160 LSC) o porque el importe de la operación supere el 10% del valor de los activos sociales (vid. art. 231 bis.1 LSC), la solución es la misma. El socio conflictuado, esto es, la matriz, tendrá derecho a votar cuando la operación no verse sobre ninguna de las materias contenidas en el art. 190.1 LSC, pero invirtiéndose la carga de la prueba en caso de que su voto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo. Finalmente, se permite la delegación de la aprobación de operaciones atribuidas al órgano de administración en órganos delegados o en miembros de la alta dirección siempre y cuando éstas sean celebradas en el curso ordinario y concluidas en condiciones de mercado. Al respecto, el órgano administración deberá implantar un procedimiento interno a efectos de evaluar periódicamente el cumplimiento de estos requisitos.

V. CONCLUSIONES

Primera.- Pese al extraordinario relieve del grupo de sociedades en la realidad empresarial, esta institución jurídica destaca por la escasez de referencias en la legislación societaria que la regulen sustantivamente. La edificación de la LSC de espaldas al grupo de sociedades da lugar a que la doctrina jurisprudencial, a través de Sentencias como la de 11 de diciembre de 2015, se convierta en una aportación fundamental en el tratamiento jurídico del grupo: reconoce la legitimidad del interés del grupo y precisa el contenido de la doctrina de las ventajas compensatorias.

El interés del grupo, el criterio definidor de la política de actuación del grupo de sociedades, cumple dos funciones en la esfera jurídica. En primer lugar, legitima el acatamiento imperativo de instrucciones emanadas de la dirección unitaria que entrañen un daño para el interés individual de la sociedad filial cuando exista compensación adecuada y no se ponga en peligro su viabilidad. La configuración del interés del grupo como un interés autónomo y prioritario, acredita la validez de instrucciones productivas para el grupo que posterguen la satisfacción del interés individual de la sociedad afectada, siempre y cuando no se ponga en peligro la

⁸⁶ DAMMANN, J., «Related Party Transactions...» cit., p. 21.

supervivencia de la sociedad y el posible perjuicio derivado de dicha postergación sea neutralizado por una compensación adecuada.

En segundo lugar, el interés del grupo es un mecanismo tuitivo en sí mismo. La exigencia de restaurar en última instancia el interés social individual de la filial significa que el propio interés del grupo vela, igualmente, por la protección de los socios externos, a través de una equilibrada tutela de los intereses en juego.

Segunda.- El hecho de que, como ya se ha dicho, la normativa societaria dedicada a la institución del grupo de sociedades sea insuficiente, ha provocado que, hasta hora, la legitimidad de las operaciones vinculadas intragrupo se resolviese en el marco del deber de lealtad del administrador en relación operaciones vinculadas (vid. arts. 228 y ss. LSC). Al respecto, se discutía la aplicación del deber de abstención del administrador al consejero de la filial nombrado por la matriz en este tipo de operaciones.

A mi juicio, partiendo de la premisa de que, por un lado, el conflicto en que se encuentra el administrador dominical en relación a su *dominus* (sociedad matriz) es un conflicto indirecto por cuenta ajena, y que, por otro lado, la aplicación del deber de abstención del administrador recogido en el art. 228.c) LSC limita el ámbito subjetivo de los conflictos de intereses indirectos a la relación de sujetos contenida en el art. 231 LSC, el administrador dominical persona física no tiene el deber legal de abstenerse de participar en la votación y deliberación de las operaciones celebradas entre la sociedad matriz y la filial administrada, por cuanto el *dominus* no estaba incluido en la lista de personas vinculadas a él (vid. art. 231.1 LSC).

Tercera.- El proyectado artículo 231 bis LSC reconoce la pertinente participación del administrador dominical en las operaciones que la sociedad celebre con otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés. No obstante, la participación del administrador dominical no es incondicional. Advirtiendo el riesgo que entrañan este tipo de operaciones para el interés individual de la sociedad y, al fin y al cabo, para los socios externos, el legislador implanta a tal efecto la regla del *entire fairness*.

De esta forma, para el caso particular de operaciones vinculadas intragrupo, el mecanismo de protección *ex ante* consistente en del deber de abstención del administrador conflictuado es sustituido por un mecanismo *ex post*: el administrador dominical puede participar en la aprobación de este tipo de operaciones pero, si el acuerdo es impugnado y su voto ha sido decisivo para la aprobación, se invierte la carga de la prueba y recae sobre él, o la sociedad,

probar la inocuidad de la operación y el cumplimiento de la diligencia debida. De esta forma, se consigue un equilibrio entre la tutela del interés del grupo y la tutela de los intereses de los socios externos.

Cuarta.- La aportación del legislador al introducir el art. 231 bis en la LSC trasciende el mero reconocimiento de la participación del administrador dominical en la aprobación de operaciones intragrupo, sino que llega a alcanzar el propio reconocimiento del interés del grupo. En efecto, aunque no lo podemos comparar con el régimen previsto en el ACM⁸⁷, el art. 231 bis supone un importante paso para el Derecho de grupos, por cuanto permite la consecución de la planificación estratégica del grupo a través del administrador de la filial elegido por la matriz; lo que se traduce en la legitimación de las instrucciones impartidas por la dirección unitaria en interés del grupo.

Quinta.- Aun reconociendo la necesaria consecución del interés del grupo para el pleno desarrollo del grupo, no se debe ignorar el riesgo de que la sociedad dominante abuse de su posición de titular del ejercicio de la dirección unitaria y alegue falsamente la realización del interés del grupo para imponer instrucciones que beneficien únicamente a su interés particular. Junto a la regla del *entire fairness* del art. 231 bis LSC, cobran especial relevancia otros mecanismos de control *ex post*, ya recogidos, como son la impugnación de acuerdos lesivos al interés de la sociedad y el régimen de responsabilidad social del administrador, los cuales deberán ser reinterpretados a la luz del interés del grupo, ahora reconocido legalmente. El hecho de que la aportación legislativa se limite al expediente de aprobación de operación de operaciones vinculadas intragrupo exige del jurista una labor de revisión hermenéutica del resto de mecanismos de protección de los socios minoritarios, los cuales no han sido ajustados por el legislador al contexto grupal.

Estos instrumentos brindan protección al socio externo de la filial ante vulneraciones esporádicas del interés social que, indirectamente, afectan a la esfera patrimonial del socio externo.

Sexta.- Sin embargo, cuando lo que se ve afectado es la propia posición política del socio externo, al invadir por completo la dirección unitaria la toma de decisiones de la filial, de tal manera que no deje margen de actuación en nombre del interés social, la acción de impugnación

⁸⁷ El ACM no solo reconocía expresamente el interés del grupo (vid. Art. 291-9.1) sino que también establecía su delimitación en torno a la doctrina de ventajas compensatorias (vid. Art. 291-9. y ss.).

y la acción social de responsabilidad contra el administrador no resultan útiles. La sustitución, total o parcial, del interés social por el interés del grupo, extingue la causa finalista que motivó inicialmente su consentimiento al contrato de sociedad, de forma que el socio externo tiene en estos casos el derecho de separarse de la sociedad, al amparo de una interpretación analógica del art. 248.1.a) LSC.

BIBLIOGRAFÍA

1. Referencias doctrinales

ANTUNES, J. E., «El gobierno corporativo de los grupos: problemas actuales y propuestas alternativas», en *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España*, Fuentes Naharro, M. y Navarro Lérica, M. S. (Coords.), Cizur Menor, 2011, tomo II, pp. 379-411.

DAMMANN, J., «Related Party Transactions and Intragroup Transactions», en *U of Texas Law, Law and Econ Research Paper*, N° E583, 2018.

EMBED IRUJO, JM. y GÓRRIZ LÓPEZ, C. «Artículo 127ter. Deberes de lealtad» en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ARROYO, J.M. et al. (Coords.), Tecnos, Madrid, 2009. pp. 1427-1444.

— «Una propuesta de regulación...», en *La modernización del Derecho de Sociedades de capital en España: cuestiones pendientes de reforma*, Alonso Ledesma, C. et al (dirs.), t. II, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 413-445.

FEBLES POZO, N., «Los grupos de sociedades. Un análisis pendiente acerca de una regulación sistemática en la legislación española», en *Ars boni et aequi*, vol. 12 n° 2, 2016, pp. 205-244.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Las operaciones vinculadas intragrupo. Estado de la cuestión en Derecho Español y necesidad de su reforma», en *Revista de derecho bancario y bursátil*, n° 149, 2018, p. 11-64.

— «Sociedades de capital sin ánimo de lucro», en *Blog Almacén del Derecho*, 24 de enero de 2021 (accesible en <https://almacenederecho.org/sociedades-de-capital-sin-animo-de-lucro>, último acceso: 25 de enero de 2021).

GIGARDO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002, Madrid.

GONZÁLEZ MENESES, M., «Los deberes del administrador en conflicto de intereses», en *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los*

administradores, MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, A. (dir.), Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 551-565.

IRACULIS ARREGUI, N., «Acuerdos sobre operaciones con partes vinculadas. Formulación del conflicto "relevante" en la prohibición de voto en la sociedad filial del administrador designado por la matriz», en *Revista de derecho de sociedades*, nº 56, 2019.

— «Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima: responsabilidad por negligencia de los administradores de la sociedad dominada», en *Revista de derecho de sociedades*, nº 49, 2017.

— «Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial: controvertida construcción de este mecanismo de protección, en *Revista de derecho mercantil*, nº 308, 2018.

LATORRE CHINER, N., «Las operaciones vinculadas en las sociedades no cotizadas (la limitada eficacia del control preventivo)», en *Revista de derecho mercantil*, nº 313, 2019.

— «Operaciones con partes vinculadas: conflictos de intereses con la sociedad», en *Los intentos de reforzamiento del poder de la junta y de los socios en los grupos de sociedades*, Emparanza Sobejano, A. (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 245-271.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *Reglamento de grupo (reflexiones sobre el gobierno corporativo de los grupos de sociedades)*, Análisis GA&P, noviembre 2016, p. 2.

MUÑOZ MARTÍN, N., «Artículo 147. Sustitución del objeto social», en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* ARROYO, J.M. et al. (Coords.), Tecnos, Madrid, 2009. pp. 1705-1708.

PAZ-ARES, C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 1, 1999, pp. 223-252.

— «Identidad y diferencia del consejero dominical», en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*, Espín Gutierrez, C., y Juste Mencía, J. (dirs.), Aranzadi, 2017.

— *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, Civitas, 2019, p. RB-9.1.

RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Madrid 2010, La Ley, Madrid, 2010, pp. 419-481.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Interés social», en *Diccionario de derecho de sociedades*, Alonso Ledesma, C. *et al.* (Dirs.), IUSTEL, Madrid, 2006, pp. 709-714.

— «Grupos de sociedades y deber de lealtad de los administradores (una aproximación a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015)», en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense*, Madrid, 2017.

VARA DE PAZ, N., «El derecho de separación del socio en caso de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Especial referencia al supuesto de adquisición de participaciones sociales y a los grupos de sociedades», en *Revista de Derecho de sociedades*, nº 40/2013, 2013.

VICENT CHULIÁ, F., «Grupos de sociedades y conflictos de intereses», en *Revista de derecho mercantil*, nº 280, 2011, pp. 19-43.

VIVES RUIZ, F., «Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad en la reforma de la legislación mercantil», en *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 137, 2015, pp. 7-62.

2. Normativa

2.1 Normativa europea

- Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.

2.2 Normativa italiana

- Codice Civile.

2.3 Normativa española

- Enmiendas e índice de enmiendas al articulado del Proyecto de Ley 121/000028, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, (BOCG, Serie A, nº 28-3, de 18 de diciembre de 2020), pp. 35 y 36, 54-56, 73 y 74.

- Proyecto de Ley 121/000028, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas*, (BOCG, Serie A, nº 28-1, de 7 de septiembre de 2020), pp. 2-8, 13 y 27.
- Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 30 de mayo de 2014.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Código de Comercio.

3. Jurisprudencia

3.1 Sentencias francesas

- Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1985, 84-91.581.

3.2 Sentencias del Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:5151).

3.3 Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 30 de octubre de 2013 (ECLI: ES:JMM:2013:437).
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, de 9 de enero de 2014 (ECLI: ES:JMO:2014:236).

4. Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 17 de diciembre de 2020 (BOE-A-2021-342).