



FACULTAD DE DERECHO

**EL PROBLEMA DEL DEBER DE LEALTAD  
DEL ADMINISTRADOR DE LA  
SOCIEDAD FILIAL**

Autor: Lucía Miras Aguilar

5º E-3 B

Derecho mercantil

Tutor: Inés Fernández Fernández

Madrid

abril de 2017

## **RESUMEN**

Actualmente en nuestro derecho, continúa siendo problemática la cuestión en torno al deber de lealtad del administrador de la sociedad filial. Ello se debe a que, por una parte, nuestra normativa reconoce y ampara el funcionamiento del grupo de sociedades, pero por otra, el ámbito del deber de lealtad del administrador y la responsabilidad del mismo, queda en todo caso referido a la sociedad isla, considerada individualmente. En consecuencia, en el seno del grupo empresarial, parece que pueden impugnarse cualesquiera acuerdos del órgano de administración de la sociedad filial, que en principio transgredan su propio interés y que beneficien, o bien a la entidad matriz, o al grupo en su conjunto, es decir, que persigan el llamado interés del grupo. Esta posibilidad de impugnación de cualquier acuerdo que no beneficie al interés inmediato de la filial, parece vaciar de operatividad práctica al propio grupo empresarial, y pone a los administradores en una compleja situación. Para tratar esta cuestión, analizaremos el contenido del deber de lealtad presente en nuestra legislación y el problema, que surge para los administradores de la filial en el seno del grupo empresarial. Así mismo, trataremos sobre las nociones del interés social y el interés del grupo, tratando de dotarle de legitimidad implícita, a través de la normativa vigente y de la teoría de las ventajas compensatorias.

**PALABRAS CLAVE:** Deber de lealtad, administrador de sociedad filial, interés social, interés del grupo, ventajas compensatorias

## **ABSTRACT**

Currently, in our law, the question of the duty of loyalty of the administrator of the subsidiary company remains problematic. On the one hand, our regulations recognize and protect the group of companies, but on the other, the scope of the duty of loyalty of the administrator and his responsibility, is in any case referred to the island society, individually considered. Consequently, within the group of companies, it seems that any agreement of the administrative body of the subsidiary, which in principle infringes its own interest and which benefits either the parent entity or the group interest may be contested. This possibility of challenging any agreement that does not benefit the immediate interest of the subsidiary, seems to empty of practical operability the group of companies, and puts the administrators in a complex situation. To deal with this issue, we will analyze the content of the duty of loyalty present in our legislation and the problem, which arises for the administrators of the subsidiary within the business group. Likewise, we will deal with the notions of the social interest and the group interest, trying to endow it with implicit legitimacy, through the current regulations and the theory of compensatory advantages

**KEY WORDS** Duty of loyalty, subsidiary company administrator, corporate interest, group interest, compensatory advantages

# ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>1. Introducción.....</b>	<b>5</b>
1.1 Relevancia del tema .....	5
1.2 Objetivos .....	6
1.3 Metodología .....	6
<b>2. El deber de lealtad del administrador social.....</b>	<b>8</b>
2.1 El concepto y el contenido del deber de lealtad en nuestro derecho, algunas reflexiones sobre los artículos 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital.....	8
2.2 Especial referencia a la regulación del conflicto de interés del administrador, algunas reflexiones sobre el artículo 229 LSC .....	12
<b>3. El problema del deber de lealtad y del posible conflicto de interés del administrador de la sociedad filial.....</b>	<b>16</b>
3.1 El interés social.....	23
3.2. El interés del grupo .....	27
3.2.1 La cuestión entorno al interés del grupo y la unidad de dirección .....	31
3.2.2 La necesidad del reconocimiento de la legitimidad del interés del grupo .....	33
3.3 La teoría de las ventajas compensatorias .....	35
<b>4. Conclusiones.....</b>	<b>41</b>
<b>5. Referencias bibliográficas.....</b>	<b>43</b>

## INDICE DE ABREVIATURAS

art.	Artículo
arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC.	Código Civil
CCo.	Código de Comercio
Coord.	Coordinador

Dir.	Director
Ibid.	Ibidem
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
nº	número
Op. cit.	Opere citato
p.	Página
pp.	Páginas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Vid.	Vide

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1 Relevancia del tema**

El presente trabajo tiene por objeto abordar el problema que se manifiesta en el ejercicio del deber de lealtad de los administradores de las sociedades filiales de un grupo empresarial. La relevancia radica en que actualmente existe un vacío legal en la materia, que está siendo cubierto por la doctrina científica y la jurisprudencia. Podríamos hablar incluso de cierta contradicción normativa, pues, de una parte, la actual regulación parte de reconocer y amparar el funcionamiento de los grupos de sociedades, tanto en la normativa mercantil como en numerosas normas sectoriales; pero por otra, no existe en la ley, ni un concepto genérico del grupo de sociedades, ni un reconocimiento expreso al interés del grupo. Ello, dificulta su funcionamiento práctico, y la posición de los administradores de las sociedades filiales.

En el contexto del grupo empresarial, son muy frecuentes las operaciones que individualmente consideradas serán dañinas para la filial, o incluso para la matriz, pero estas se realizan sobre la base de la existencia del grupo de sociedades y para el favorecimiento del interés del grupo. Sin embargo, existen en nuestra normativa societaria, instrumentos para impugnar acuerdos en los que los administradores no persigan necesariamente el interés de la sociedad filial que administran. Ante dicha paradoja normativa son muchos los interrogantes que se plantean, ¿cuál es el contenido del deber de lealtad de los administradores de las filiales? ¿ante quién debe responder el administrador de la sociedad filial? ¿únicamente ante su sociedad? o ¿debe de existir un reconocimiento implícito del interés del grupo? ¿qué sentido tiene el reconocimiento de la unidad de dirección, y del grupo en sí mismo, si se puede pedir responsabilidad al administrador de la filial si actúa en favor del mismo?

En definitiva, el tema nos parece tremendamente importante, pues, actualmente los administradores de las filiales no encuentran en la normativa ningún tipo de referencia expresa al interés del grupo, que pueda protegerles ante posibles responsabilidades por el cumplimiento de órdenes de la matriz.

A lo largo del trabajo, se pretende acercar al lector a estas cuestiones, reflexionando sobre la normativa vigente en materia de responsabilidad de los administradores por el incumplimiento de su deber de lealtad. Así como, sobre la necesidad de reconocimiento de un interés del grupo que permita dar sentido a su funcionamiento.

## **1.2 Objetivos**

Como hemos señalado, el objetivo principal del trabajo es analizar el problema del deber de lealtad del administrador de las sociedades filiales de un grupo empresarial, y la incongruencia normativa para esta cuestión, en la legislación española.

Para ello, se pretende que el lector conozca el concepto y el contenido del deber de lealtad del administrador, realizando ciertas reflexiones sobre las principales normas de nuestra legislación societaria en esta materia. A estos efectos, es necesario destacar principalmente el contenido de los artículos 227, 228 y 229 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

Igualmente se pretende reflexionar sobre el interés social y el interés del grupo de sociedades. Para ello, se analiza la noción del interés social de una entidad, y su posible compatibilidad con el interés del grupo empresarial.

Así mismo, se pretende dar a conocer la necesidad de reconocer la legitimidad del interés del grupo en nuestra legislación, para poder dar plena carta de naturaleza a la realidad del grupo empresarial. Ello, hace necesario abordar la teoría de las ventajas compensatorias en el grupo de empresas, que es precisamente la solución más seguida recientemente por nuestros tribunales.

## **1.3 Metodología**

El trabajo se desarrolla a través de un enfoque deductivo, mediante el análisis y la reflexión de los principales autores que han escrito sobre el tema y la extracción de conclusiones principales. Se utiliza metodología cualitativa, en la medida en que pretende revisar la doctrina existente acerca del deber de lealtad de los administradores de las sociedades, concretamente en las sociedades filiales. La doctrina científica revisada incluye principalmente libros y artículos de juristas con una reputada carrera en Derecho. Ello garantiza la seriedad de las afirmaciones realizadas a lo largo del trabajo. Así mismo, se reflexiona de manera personal, sobre las obras doctrinales, la legislación vigente en materia de deber de lealtad de los administradores, así como sobre las sentencias más importantes que han dictado nuestros tribunales en relación al deber de lealtad y la posible confrontación entre interés social e interés del grupo.

Para abordar las principales cuestiones, el trabajo se distribuye de la siguiente manera:

- Un segundo capítulo, tras esta introducción, titulado *El deber de lealtad del administrador social*. En él se abordará el concepto y el contenido del deber de lealtad en nuestro derecho, reflexionando sobre los principales artículos, en los que se contiene su regulación.
- A continuación, un tercer capítulo, *El problema del deber de lealtad y del posible conflicto de interés del administrador de la sociedad filial*, en donde se reflexiona sobre el problema al que se enfrenta el administrador de la entidad filial en cumplimiento del deber de lealtad que le es exigible. Para ello, se tratará sobre el interés social, así como sobre el interés del grupo, y la necesidad de su reconocimiento. Por último, se realizará una breve reseña a la teoría de las ventajas compensatorias, como forma de cabida en nuestra realidad jurídica al interés del grupo.
- Finalmente, se cierra el trabajo con una serie de conclusiones, donde se resumirán brevemente los principales resultados a los que se han llegado a lo largo del trabajo.



## **2. EL DEBER DE LEALTAD DEL ADMINISTRADOR SOCIAL**

Para conocer el problema al que se enfrenta el administrador de la sociedad dominada en el cumplimiento del deber de lealtad, es necesario que conozcamos en primer término qué es el deber de lealtad y cuál es su contenido. Por ello, trataremos en este capítulo de reflexionar sobre los principales artículos de la Ley de Sociedades de Capital en los que queda regulado. En la actualidad, la regulación sobre el deber de lealtad se articula sobre la base de que el administrador ejerce su cargo, en una sociedad isla, individualmente considerada. Por esta razón, existe una dificultad de encaje del deber de lealtad del administrador, en cuanto lo sea de una sociedad inserta en un grupo empresarial, pues son más los intereses a tener en cuenta, y quizás no es tan sencillo eludir las órdenes que emanan de la matriz.

### **2.1 El concepto y el contenido del deber de lealtad en nuestro derecho, algunas reflexiones sobre los artículos 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital**

En este primer epígrafe de trataremos de analizar el concepto y los contenidos de este deber básico de todo administrador de una sociedad mercantil, a la luz de los artículos 227 y 228 LSC<sup>1</sup>.

Desde siempre, a los efectos de poner ciertos límites a las actuaciones de los administradores, ha existido cierta normativa que exigía a los mismos algunos deberes básicos para con la sociedad que administraban. Las disposiciones sobre los deberes del administrador y el gobierno corporativo, tratan de establecer instrumentos que equilibran los distintos intereses que se ponen de manifiesto en la práctica empresarial. Por una parte, los *outsider* (accionistas minoritarios), buscan maximizar beneficios y garantizar la rentabilidad del capital que invirtieron en la sociedad, por otra, los *insider* (equipo

---

<sup>1</sup> Sobre el deber de lealtad existe abundante literatura en nuestra doctrina científica *vid*, en especial: COHEN BENCHETRIT, A., “El deber de lealtad de los administradores sociales en caso de grupos de sociedades: STS, Sala Primera, de 11 de diciembre de 2015”, *Revista lex mercatoria*, nº 2, 2016, pp. 21-27; JUSTE MENCIA, J., “Los deberes de los administradores, Artículo 227. Deber de lealtad” en JUSTE MENCIA, J. (Coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 361-375; PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 39, 2015, pp. 43-65; VELOSO CARO, J., “El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)” en MARTINEZ-ECHEVARRIA Y GARCIA DE DUEÑAS, A., (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015 pp. 425-463.

directivo, administradores o el grupo de control), también persiguen sus propios incentivos. En este escenario de posible confrontación, se hacen necesarios instrumentos legales, que permitan alcanzar el objetivo primordial del gobierno corporativo: “maximizar la producción de valor y minimizar la redistribución de valor”<sup>2</sup>. Así, el órgano de administración queda obligado a dos deberes fundaméntales para garantizar dichos objetivos, como son el deber de diligencia, y el deber de lealtad.<sup>3</sup> En este epígrafe nos centraremos en el segundo de ellos.

La Ley de Sociedades de Capital<sup>4</sup> ha sido objeto de reciente modificación en materia de gobierno corporativo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre<sup>5</sup>. Dicha modificación, respondía a la necesidad de intentar garantizar el correcto funcionamiento del gobierno corporativo en las sociedades mercantiles. La modificación, trató de modernizar la legislación en la materia y asegurar el correcto ejercicio del deber de lealtad<sup>6</sup>. Así, el informe elaborado por la Comisión de Expertos constituido para llevar al efecto la reforma legislativa, señalaba en el año 2013:

[...]es urgente y necesario reforzar el régimen del deber de lealtad actualmente contemplado en el artículo 226 de la LSC, con el fin de subsanar ciertas insuficiencias que se han advertido en su regulación [...] De este modo, se contribuirá a incrementar la eficacia de este capítulo fundamental de la regulación societaria tanto en el plano de la orientación de las conductas como en el plano sancionatorio [...] <sup>7</sup>

Actualmente, el Título VI del Texto Refundido de la LSC dedica su Capítulo III a los deberes de los administradores. Concretamente, el art. 227 proclama, en primer lugar, que los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Además, continúa señalando que la infracción de dicho deber, determinará no solo la obligación de indemnizar el daño

---

<sup>2</sup> PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber...”, *op. cit.*, p. 43.

<sup>3</sup> Así, tal y como señala PAZ-ARES en “Anatomía del deber...”, *op. cit.*, p. 43 y p.44, los administradores quedan obligados por el deber de diligencia y el deber de lealtad a la sociedad, señalando “[...] Si infringen el primer imperativo —el imperativo de la diligencia— cometen actos de «gestión indebida» (mismanagement). Si infringen el segundo imperativo —el imperativo de la lealtad, sobre el que hemos de concentrar la atención en esta disertación—, cometen actos de «apropiación indebida» (misappropriation). [...]”

<sup>4</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE, de 3 de julio de 2010).

<sup>5</sup> Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE, 4 de diciembre de 2014).

<sup>6</sup> COHEN BENCHETRIT, A., “El deber de lealtad...”, *op. cit.*, p.22.

<sup>7</sup> COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*, 2013, pp. 38-39 (disponible en: [https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc\\_estmodif\\_20131014.pdf](https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf); última consulta, el 1 de febrero de 2017).

causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador <sup>8</sup>.

Así se recoge en este primer apartado del artículo 227 LSC, una máxima de comportamiento a la que debe ajustarse el administrador en el ejercicio de sus funciones, el deber de lealtad hacia la sociedad administrada. Y continúa, el segundo apartado, señalando las consecuencias que pueden derivarse del quebrantamiento de dicho deber: una obligación indemnizatoria y otra restitutoria, siendo ambas compatibles.

En el terreno indemnizatorio (en línea con lo que señala en art. 227.2 LSC, en su primera parte) el art. 236.1 de la LSC, relativo a la acción de responsabilidad de los administradores, establece, que los administradores deberán responder de los daños que causen a la sociedad, por los actos u omisiones realizados incumpliendo el deber de lealtad.

En el campo restitutorio, el art. 227.1 LSC establece la obligación de que el administrador devuelva aquello que legítimamente correspondería a la sociedad, si el administrador hubiera obrado con lealtad. Además, entiende la doctrina, que esta acción es independiente de la acción de responsabilidad. Es decir, lo importante, es entender que la ley establece la regla de que los beneficios que hubieran sido obtenidos como consecuencia de la infracción del deber de lealtad, podrán ser reclamado por la sociedad, con independencia de que existan o no daños probados para la sociedad. Por ello se hace especialmente útil para la compañía, que se reconozca la existencia de un enriquecimiento injusto para poder recibir indemnización sin necesidad de probar el quantum o la existencia del daño <sup>9</sup>.

Dicho esto, cabe señalar que actualmente, una vez reformada la legislación en esta materia, la LSC sigue sin ofrecer una definición de qué debemos entender exactamente por deber de lealtad; vacío, que ha venido a suplir nuestra doctrina. Así, podemos decir que el deber de lealtad es aquel que “[...] obliga a procurar el mejor interés de la sociedad en todo momento. Debe anteponerlo (el administrador), por lo tanto, a cualesquiera otros intereses, y en particular, a los personales [...]”<sup>10</sup>. Es decir, el deber de lealtad, se concreta

---

<sup>9</sup> DÍAZ MORENO, A., “Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, 2014, (disponible en <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas.pdf>; última consulta 27 de febrero de 2017).

<sup>10</sup> JUSTE MENCIA, J., “Los deberes de los administradores...” *op. cit.*, p. 365.

en la obligación de ejercer el cargo tal y como lo haría, un representante leal, obrando de buena fe y persiguiendo en todo momento, el interés de la sociedad.

Dejando al margen, la discusión sobre qué debemos entender sobre la noción del interés social (tema que trataremos en nuestro epígrafe 3.1), queda claro que la ley se remite a este, como elemento nuclear, y guía fundamental en el desempeño del cargo de administrador. Por ello, debemos entender que el contenido fundamental del deber de lealtad es atender a la defensa del interés de la sociedad, lo que reclama una actuación de calidad por parte del órgano de administración. Se exige al administrador que cada decisión que tome o acuerdo que suscriba, se desempeñe siempre para la firme defensa y tutela de la entidad que administra. El interés social se ensalza así, como una máxima en el ejercicio del deber de lealtad, de tal forma que el administrador queda obligado a respetar y perseguir siempre el interés de la compañía, dejando al margen cualquier otro interés. De esta forma, se puede afirmar que el administrador es leal cuando toma decisiones beneficiosas para la entidad que administra, aunque ello pueda ser dañoso para otros posibles intereses, incluso el suyo propio <sup>11</sup>.

Además, el deber de lealtad es regulado como una obligación imperativa en virtud del art. 230 LSC, no admitiendo en ningún caso dispensa por vía de los Estatutos de la Sociedad. Está fuerza imperativa, viene apoyada además por dos circunstancias establecidas por ley. La primera, es la posibilidad de que la minoría pueda ejercitar la acción social de responsabilidad (art. 239 LSC). La segunda, son las propias consecuencias que se derivan de si prosperase la acción de responsabilidad (como señalamos *supra*, indemnización del daño causado y posibilidad de devolución del enriquecimiento injusto si se aprecia)<sup>12</sup>.

Tras la definición genérica del art. 227, el art. 228 de la LSC, señala las obligaciones básicas en que se concretan y derivan de este deber de lealtad. La modificación de la Ley en el año 2014, vino a establecer en este artículo, una lista de comportamientos que debían

---

<sup>11</sup> SANCHEZ- CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad” en MORILLAS M.J., PERALES VISCASILLAS, P., y PORFIRIO CARPIO, L.J., (Dir.) y ARROYO T., FELIU, J., LASTIRI, M., y RODRÍGUEZ, J.P. (Coord.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 903 (disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>; última consulta 24 de febrero de 2017).

<sup>12</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del congreso de Administración”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 296 , 2015 ( disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ic1236a8005a311e58d7101000000000&sguid=i0ad82d9b0000015b15862cada0f5d6cb&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=> , última consulta el 28 de marzo de 2017).

entenderse como leales. Aquí podríamos distinguir entre dos tipos de conductas a los que queda sujeto el órgano de administración: unas positivas, consistentes en un hacer conforme a la legislación mercantil vigente, y otras de corte negativo, en las que encontramos conductas de tipo abstencionista<sup>13</sup>.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador, en primer lugar, a no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos, para los que le han sido concedidas. Además, deberá guardar secreto sobre la información, datos, informes a los que tenga acceso en el ejercicio del cargo, extendiéndose esta obligación a un periodo posterior al cese de su cargo. De la misma manera, deberá abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones, en las que él o una persona vinculada, tenga un conflicto de intereses, tanto directo como indirecto. Igualmente, el administrador desempeñará sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal, con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. Finalmente, recae sobre el administrador la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, ya sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad<sup>14</sup>.

En suma, parece que el legislador ha querido dejar claro las exigencias a las que queda sometido el administrador por el hecho de haber sido investido para tal cargo. De forma, que actúe siempre en beneficio de la sociedad y procurando maximizar su interés. Sin embargo, esta dinámica que parece tan clara en las sociedades individuales se complica en el marco de los grupos de sociedades, como veremos *infra*.

## **2.2 Especial referencia a la regulación del conflicto de interés del administrador, algunas reflexiones sobre el artículo 229 LSC**

El núcleo central, del deber de lealtad gravita en torno a la evitación de los conflictos de interés. De tal forma que, el administrador debe evitar toda situación en la que él mismo aprecie que existe un conflicto de interés. O en su caso, si el administrador no pudiera

---

<sup>13</sup> SANCHEZ- CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los...” *op. cit.*, p. 904.

<sup>14</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE, de 3 de julio de 2010).

evitar situarse en una posición de conflicto, no deberá intervenir en tales decisiones. Todo ello, con el objetivo de que el administrador se sitúe siempre en una posición que permita la mejor defensa del interés de la sociedad que administra, pues precisamente para ello ha sido designado como administrador. En la medida en que consideramos este tema, de gran trascendencia, el presente epígrafe estará dedicado a desarrollar algunas consideraciones en relación a la actual regulación sobre los conflictos de interés.

Los orígenes de la obligación de evitar tomar parte, en decisiones cuando existe conflicto de interés, los encontramos en la llamada Ley de transparencia 26/2003 de 17 de julio<sup>15</sup>. Esta norma, inspirada en el conocido informe Aldama, introdujo definitivamente el deber de evitar los conflictos de interés en el texto de la antigua Ley de Sociedades Anónimas (LSA)<sup>16</sup>. Así el original art. 127. ter 3 de la LSA señalaba que los administradores debían comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, tanto directo como indirecto, que pudieran tener, con el interés de la sociedad. Y en caso de conflicto, el administrador afectado se abstendría de intervenir en la operación a que el conflicto se refiriese<sup>17</sup>.

Actualmente, la redacción de los arts. 228 c) y e) LSC, referidos a los conflictos de interés entre el administrador y la sociedad, constituyen el núcleo del deber de lealtad. El primero establece la obligación de abstenerse de participar en situaciones donde haya conflictos de interés. El segundo va aún más allá, y establece una obligación de evitar directamente incurrir en situaciones donde exista conflictos de interés. De esta forma, se logra poner la solución incluso antes de que surja el problema, es decir, la forma más rotunda de dificultar que el administrador pueda obtener una ganancia personal indebida, no es ya prohibiéndole que alcance el resultado, sino directamente evitando que se sitúe en una situación arriesgada, “en la que pueda sucumbir a la tentación de alcanzarlo”<sup>18</sup>. La importancia, que tiene la evitación del conflicto de interés, ha hecho que el legislador regule en un precepto separado, el actual art. 229 LSC, un elenco de prohibiciones para

---

<sup>15</sup> Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (BOE, 18 de julio de 2003).

<sup>16</sup> VICENT CHULIÁ, F. en “Grupos de sociedades y conflictos de intereses”, *Revista de derecho mercantil*, nº 280, 2011, p. 31.

<sup>17</sup> Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE 27 de diciembre de 1989).

<sup>18</sup> PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber...”, *op. cit.*, p. 53.

el administrador. En dichas situaciones se considera que existe conflicto de interés, y la puesta en práctica de estos comportamientos implicarían un quebrantamiento flagrante del deber de lealtad.

De esta forma, se establece, en primer lugar, una prohibición, para el administrador, de realizar transacciones con la sociedad, salvo que se trate de operaciones ordinarias y realizadas a valor de mercado. En segundo lugar, se le prohíbe utilizar el nombre de la sociedad o prevalerse de su función buscando su propio beneficio. En tercer lugar, se establece una imposibilidad para el administrador de usar los activos de la sociedad y la información confidencial de la compañía, con fines privados. En cuarto lugar, se señala una prohibición de beneficiarse de las oportunidades de negocio de la sociedad, así como de obtener remuneraciones de terceros. Por último, le está vedada la posibilidad de competir con la sociedad<sup>19</sup>.

Se establece con la actual redacción de la ley, un conjunto de comportamientos, bajo el paraguas de la prohibición de concurrir en un conflicto de interés donde, se introducen nuevas formulaciones frente a la legislación anterior. Por ejemplo, se ha introducido, la prohibición de hacer uso del nombre de la sociedad, la de hacer mención del cargo para beneficio propio, la prohibición de celebrar operaciones vinculadas, o la obligación de confidencialidad de la información <sup>20</sup>.

Por otra parte, en atención al art. 229.2 LSC, todas las previsiones sobre el conflicto de interés también se aplican en aquellos casos en que el beneficiario de la maniobra sea un tercero que se considere persona vinculada al administrador. Es decir, que el conflicto de interés, también puede surgir cuando el administrador lo que intenta es favorecer a un tercero con el que existe vinculación.

Finalmente, establece el art. 229.3 LSC, que en los supuestos en los que exista conflicto de interés, y, por tanto, el administrador no debiera tomar la decisión, concurrir a la votación, o celebrar el acto, deberá este comunicarlo al órgano de administración (o a la junta general, para aquellos casos en los que existe un administrador único). En definitiva, nos encontramos que, para el supuesto de los conflictos de interés entre el administrador

---

<sup>19</sup> PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber...”, *op. cit.*, p. 54.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 55.

y la sociedad, la legislación española establece directamente una obligación de comunicación y en su caso de abstención.

Queda así, bien atada la legislación del conflicto de interés. De tal forma, que el administrador garantice en cada decisión, la diligencia y la lealtad a la que está obligado. Dicho esto, tampoco es pacífico el tratamiento del conflicto de interés en el caso de los grupos de sociedades, cuestión de la que hablaremos en nuestro siguiente capítulo.



### **3. EL PROBLEMA DEL DEBER DE LEALTAD Y DEL POSIBLE CONFLICTO DE INTERÉS DEL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD FILIAL**

Analizado en los anteriores epígrafes la noción y el contenido del deber de lealtad en nuestro derecho, podemos afirmar que en los grupos societarios puede apreciarse un problema en el ejercicio real del deber de lealtad de los administradores de las entidades dominadas. De la misma manera que se atisba, cierta dificultad en la toma de decisiones, derivada de una presencia continua de posible conflicto de interés<sup>21</sup>, cuestión que pasaremos a estudiar a lo largo del presente capítulo.

Nuestra legislación parte de considerar a cada una de las entidades que conforman el grupo empresarial, como entidades independientes, en las que teóricamente administradores y socios de las mismas deberían en todo caso procurar su máximo beneficio. Sin embargo, la realidad práctica de los grupos empresariales es distinta. Incluso, se atreve a señalar la doctrina, que el gobierno corporativo en las sociedades filiales cambia radicalmente frente a cualquier sociedad independiente que diseña su propia estrategia. La estructura del grupo empresarial desconfigura la organización tradicional de la sociedad, pues los órganos de administración de las sociedades dominadas, se convierten en ejecutores de una estrategia que se diseña y se impone desde fuera por el órgano de dirección de la entidad dominante. Así, el rol de las juntas generales como órgano del que emana la legitimidad y las decisiones últimas de la sociedad filial, pasa a un segundo plano. Se puede hablar prácticamente de un “vaciamiento” en las competencias de la junta general, que pasan a acumularse en el órgano de administración, rompiéndose el equilibrio tradicional de separación de poderes entre junta general y administradores. Es este último, el órgano de administración de la entidad filial, el que alcanza un papel protagonista en la ejecución de los objetivos del grupo, “robando” competencias decisorias a la junta y concediéndoselas al órgano de administración de la dominante<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Sobre la cuestión del conflicto de interés en el seno del grupo, *vid.* en particular, FUENTES NAHARRO, M. en “Conflicto de intereses en grupos de sociedades, reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007”, *Revista de derecho de sociedades*, nº 30, 2008, pp. 401-419 o VICENT CHULIÁ, F. en “Grupos de sociedades...”, *op.cit.*

<sup>22</sup> FUENTES NAHARRO, M., “Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 269, 2008 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I0a8d87c0ccc411e2aed401000000000&srguid=i0ad82d9b0000015b2e46db5a70cd2d6b&src=withinResuts&spos=8&epos=8&displayid=&publica>)

En principio, la lógica jurídica reclama que el administrador de una sociedad mercantil deba ser leal a la misma, pues el gobierno corporativo se alza como comisionista de la propia sociedad y como tal deberá de cumplir con la máxima diligencia el encargo de representación y gestión, para el que ha sido investido. Por ello, debería procurar defender siempre el propio interés social, tal y como se desprende de art. 210 LSC. Sin embargo, en los grupos de sociedades, tal y como hemos explicado *supra*, nos encontramos una realidad distinta, pues uno de los socios, es a su vez otra sociedad independiente, situada en un escalón jerárquico superior, y que no quiere siempre, favorecer el interés de la entidad (filial) en cada una de las operaciones, si no el suyo propio, como dominante, el de otra filial si existiera, o bien un interés del grupo conjuntamente considerado<sup>23</sup>.

En este escenario, caracterizado por una estructura jerárquica, son muchas las dificultades que se aprecian para llevar a la práctica una lealtad acérrima por parte del administrador de la filial hacia la entidad que administra, siguiendo la dicción literal de la ley.

Así, en primer lugar, el apartado b) del art. 228 LSC, habla de una obligación de guardar secreto. Sin embargo, son muchas las informaciones que se intercambian en el seno del grupo empresarial, y ello está absolutamente permitido por la legislación, que faculta al grupo a consolidar sus estados financieros en virtud del actual Plan General Contable<sup>24</sup>.

Por su parte, el apartado c) de este mismo artículo 228 LSC, establece una obligación de abstenerse de votaciones e intervenir en decisiones donde haya conflictos de interés. No obstante, en la medida en que la entidad filial se inserta en un grupo empresarial, los intereses que entran en juego son cada vez más complejos. En este escenario, existen, en muy frecuentes ocasiones conflictos entre el interés de la sociedad filial, y el de la sociedad matriz, o incluso con respecto al llamado interés del grupo. ¿Debería entonces el administrador de la entidad filial abstenerse de participar, en decisiones de la sociedad dominada que administra? Pues en el contexto del grupo, el administrador de la filial, queda por debajo de la sociedad cabecera, y parece, que puede haber otros intereses

---

[cion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#](#), última consulta el 31 de marzo de 2017).

<sup>23</sup> En este sentido, podemos señalar que el conflicto de interés y las dificultades en el ejercicio del deber de lealtad se producen cuando existen socios distintos a la entidad dominante, pues si la entidad filial está participada al cien por cien, parece que cumplir con las instrucciones que emanan del único socio no plantean en principio conflicto.

<sup>24</sup> En este sentido, el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, se refiere a la posibilidad de consolidar cuenta si existen cuando existe un grupo empresarial, refiriéndose a este como “combinaciones de negocio”.

distintos a los de la entidad filial en cada una de las decisiones que se toman. Es decir, cuando la sociedad se integra en un grupo de sociedades existe un riesgo al menos potencial, para su interés particular, consistente en que éste pueda quedar supeditado al interés del grupo.

Ahora bien, planteada la posible existencia del conflicto de interés concurrente en los administradores de la filial, parece que en principio estos deberían abstenerse. Sin embargo, la abstención en sede del órgano de administración de la filial, implicaría una situación de “mayorización de la minoría”. Y en esta situación, el consejo de administración quedaría siempre vacío de poder<sup>25</sup>. La abstención de los administradores, en los que teóricamente existe conflicto de interés, supondría dejar en manos de socios y administradores de la minoría cualquier tipo de operación celebrada entre la matriz y la filial, o cualquiera en la que aparentemente no se busque el interés inmediato de la sociedad filial administrada. Ello llevaría a la necesidad de que dichos acuerdos se fueran aprobando caso por caso por la junta general de accionistas, al prohibir la intervención de administradores propuestos por la sociedad dominante, o que simplemente se vieran influidos “desde arriba”. Lo cual hace imposible la funcionalidad y las ventajas que se derivan de la existencia del grupo de sociedades<sup>26</sup>.

Es más, una interpretación estricta que obligase a un cumplimiento literal de la norma tendría como resultado la nulidad de cualquier acuerdo entre las sociedades del grupo en el que intervengan administradores de la filial nombrados por la matriz, o en los que se considere que hay vinculación<sup>27</sup>. Dicha nulidad residiría en la contravención de una norma procedimental en la toma de la decisión del consejo de administración. Todo ello se traduciría en una imposibilidad continua de llevar a la práctica operaciones intra-grupo<sup>28</sup>. Por esta razón parece más adecuado, una interpretación, más realista con la realidad empresarial, de tal forma que, en el seno del grupo de sociedades, existirán decisiones en las que el administrador de la filial, pese a que pueda existir un “conflicto de interés” entre los de la sociedad que administra, los de la entidad matriz, o con un

---

<sup>25</sup> PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber...”, *op. cit.*, p. 52.

<sup>26</sup> VICENT CHULIA, F. “Grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 30

<sup>27</sup> Otra parte de la doctrina, considera que la solución no es tan clara, es decir, simplemente consideran que la ley no aclara si un acuerdo tomando por administradores en los que concurre conflicto de interés es la nulidad (de la decisión, del acuerdo o del voto decisivo) por vía del art 6.3 CC, o la anulabilidad cuando realmente la decisión daña el interés social. En este sentido, *vid.* por todos, VICENT CHULIA, F. “Grupos de sociedades...”, *op.cit.*, p. 31

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 19

interés genérico del grupo, no debería abstenerse, ya que en su caso existirán otros instrumentos de protección de las minorías con respeto de estas decisiones. En particular, la impugnación del acuerdo por infracción del interés social. Es decir, deberíamos entender que, en su caso, el acuerdo es anulable, pero no que está viciado de una nulidad radical <sup>29</sup>.

Parece que nuestros tribunales tampoco consideran la nulidad directa de los acuerdos en los que concurran, consejeros nombrados a propuesta de la entidad socia mayoritaria. Así proceden en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, del 17 de marzo de 2006. El objeto de la controversia es la impugnación un acuerdo del órgano de administración de Cintra Aparcamientos S.A. Cuyo accionista mayoritario es el Ayuntamiento, que posee un 51% del capital de Cintra, a través de la Sociedad Municipal de Aparcamientos y Servicios, SA. En dicho acuerdo, se establecía la aceptación del canon de la concesión administrativa, para construir un aparcamiento. El problema radica en que el tiempo por el que se constituye la concesión y, por tanto, por el que hay que pagar el canon, es superior a aquel para el que era constituida la sociedad. En este supuesto el Ayuntamiento, que es parte, por ser accionista mayoritario de Cintra Aparcamientos, SA, es también contraparte, pues es quien establece el canon y quien lo va a cobrar, apreciándose un claro conflicto de interés entre la sociedad y el socio mayoritario. En el caso concreto, el juzgado no admite la nulidad del acuerdo por no haberse abstenido los consejeros nombrados por el Ayuntamiento (teóricamente vinculados con el accionista mayoritario). En este sentido, entiende el juzgado que no hay conflicto de interés propiamente dicho, en ellos. Si bien se acepta la anulabilidad del acuerdo por contravenir el interés social de Cintra Aparcamientos S.A. Pues el canon, va a pagarse por un periodo de tiempo superior al de explotación, y por ello la cuantía final resulta excesiva y dañosa a la sociedad<sup>30</sup>.

En esta materia, doctrina y jurisprudencia italiana, tras la reforma establecida en el año 2003 dieron un importante paso al frente en la regulación de los conflictos de interés intra-grupo. Precisamente, porque a partir de dicha reforma, se vino a señalar que el conflicto de interés solo se da cuando la decisión es idónea para causar daño concreto a la sociedad. Y que para el caso de los grupos de sociedades, el ejercicio de influencia de una sociedad

---

<sup>29</sup> PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber...”, *op. cit.*, p. 52.

<sup>30</sup> Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 17 de marzo 206/2006, AC\2006\442

cabecera o dominante, hace que no sea de aplicación la regulación sobre los conflictos de interés. Así, la regulación italiana (art. 2391.1 Cc, *Conflitto d'interesi*) solo es de aplicación cuando existe un conflicto de intereses puntual, no cuando la existe una relación continua de dominación que hace que la situación de conflicto sea “normal”<sup>31</sup>.

Parte de nuestra doctrina, también se posiciona en esa línea señalando que en el seno del grupo de sociedades “no existe un conflicto de intereses técnico-jurídico”, y consecuentemente no es de aplicación la prohibición del art.228 c) LSC. Pues entiende que no concurre en los administradores un interés individual propio, directo o indirecto, que sea opuesto al de la sociedad. Y, por tanto, no debe de producirse una nulidad de pleno derecho de los acuerdos, si los administradores propuestos por la matriz, no se abstienen en las tomas de decisiones. Ni pueden derivarse en plano del grupo empresarial, ninguna de las consecuencias de la existencia del conflicto de interés <sup>32</sup>.

Por otra parte, en la interpretación de quién debe considerarse persona vinculada al administrador a la que se refiere el art. 229.2 LSC (para extender la prohibición de participar decisiones en las que exista conflicto de interés), señala la doctrina, que es necesaria una interpretación restrictiva de dicho precepto. La interpretación restrictiva se hace necesaria para no limitar las funciones decisoras de los órganos corporativos. Debemos de tener en cuenta que la lista de personas vinculadas a las que hace referencia el art. 231 LSC, incorpora en relación a las personas vinculadas al administrador persona jurídica a las siguientes<sup>33</sup>: en primer lugar, a los socios que se encuentren (respecto del administrador persona jurídica) en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio; así mismo, a los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica; igualmente se incorporan a la lista, las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios; y por último, las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores.

---

<sup>31</sup> VICENT CHULIÁ, F. “Grupos de sociedades...”, *op. cit*, p. 28.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>33</sup> Precisamente, como hace VICENT CHULIA, en “Grupos de sociedades...”, *op.cit.* p. 33, nos fijamos en los administradores persona jurídica, para referirnos a aquellos administradores que hayan sido nombrados para representar a la sociedad matriz en el órgano de administración de la filial, y para analizar sin concurre en estos la interdicción de participar en la toma de decisión.

Sin embargo, con respecto a este precepto, señala la doctrina, que no se debe considerar que haya vinculación, ni por tanto deban abstenerse los administradores propuestos por la matriz en el consejo de administración de la sociedad filial <sup>34</sup>.

Las mismas dificultades de interpretación de la norma en el seno del grupo empresarial, las encontramos con respecto al art. 228 d) LSC, que impone al administrador la obligación de tomar decisiones con libertad de criterio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. Pues, como la doctrina apunta, el grupo empresarial se caracteriza por la presencia de una “unidad de dirección” <sup>35</sup>, lo que implica que ciertas decisiones se toman desde la sociedad matriz del grupo, no habiendo una absoluta libertad por parte del administrador de la filial. Y ello, no debería determinar la nulidad por infracción de esta norma, de todos los acuerdos del consejo de administración. Pues sin unidad de dirección, ni instrucciones, se vaciaría de sentido al grupo de sociedades. Cuestión distinta es si dichas instrucciones son claramente perjudiciales para la entidad filial. Pues entonces, sí que podríamos hablar de un quebrantamiento del deber de lealtad del administrador de la sociedad filial. Ahora bien, el juicio del perjuicio es también complejo en el marco de los grupos de sociedades, y parece necesario analizar caso por caso, y con un prisma muy amplio, distinguiendo entre el corto y el largo plazo, y en la existencia de ventajas que puedan compensar los sacrificios sufridos, asunto que trataremos más adelante.

De la misma manera, el art. 229.1 f) LSC establece una imposibilidad de ser administrador de sociedades competidoras. Y con respecto a dicho precepto, no puede entenderse que se infrinja el deber de lealtad, cuando el administrador lo es a su vez, de distintas sociedades filiales, o cuando lo es al mismo tiempo de la matriz y la filial, pues ambas forman parte de una misma realidad empresarial. Ya en el informe Aldama se señalaba como una de las concreciones del deber de lealtad la prohibición de “no desempeñar cargos en empresas competidoras o de su grupo”<sup>36</sup>. Refiriéndose precisamente a la

---

<sup>34</sup> VICENT CHULIÁ, F. “Grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 33.

<sup>35</sup> EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 6.

<sup>36</sup> COMISIÓN ESPECIAL PARA EL FOMENTO DE LA TRANSPARENCIA Y SEGURIDAD EN LOS MERCADOS Y EN

LAS SOCIEDADES COTIZADAS, *Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas*, 2003, (disponible en <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>, última consulta el 3 de marzo de 2017)

prohibición de competir con la propia sociedad o con las empresas que forman parte del mismo grupo, pero no a una imposibilidad de ser a la vez administrador de otra sociedad que forma parte del mismo grupo empresarial<sup>37</sup>. Pues se entiende, que en principio todas ellas persiguen los mismos objetivos conjuntamente, y que no son competidoras directas.

Con todo ello, se hace patente la dificultad de llevar a la práctica cada uno de los imperativos a los que hace referencia los arts. 228 y 229 de la LSC. Y por esta razón, parece necesaria una interpretación mucho más flexible de estos preceptos, en el escenario del grupo de sociedades. El hecho de no dar cumplimiento a cada una de las exigencias del deber de lealtad, para acomodar el funcionamiento real del grupo de sociedades, no tiene por qué ser necesariamente negativo para las sociedades dominadas<sup>38</sup>. En este sentido el Tribunal Supremo, ha manifestado que

[...]La integración de una sociedad en un grupo puede ser beneficiosa para la misma, en el sentido de favorecer su actuación concurrencial, la agrupación de esfuerzos, la organización de medios y la planificación de objetivos comunes o coordinados que, como regla, aquel genera [...] <sup>39</sup>

Nos cuestionamos con ello, si estos mandatos son realistas y fáciles de cumplir en todo momento en el ámbito del grupo, y si debería adaptarse la legislación para acomodarla a los grupos empresariales. Pues, un cumplimiento *in extremis* de dichos preceptos que lleve a perseguir únicamente el interés social de cada una de las entidades que lo integran llevaría a dejar sin fundamento el propio fenómeno del grupo empresarial. Convirtiéndose este en una mera asociación de empresas, de tipo económico, que dejaría de tener sentido como institución jurídica<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> EMBID IRUJO, J.M. “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”, *Revista de Derecho mercantil*, n° 249, 2003, (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Id33a7790ca6811e29e04010000000000&rguid=i0ad82d9b0000015b060aba8f70c899af&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>), última consulta el 22 de marzo de 2017

<sup>38</sup> En este sentido “debemos ser conscientes de que los grupos no se constituyen para dañar a las sociedades, en el integradas, es más, estas suelen encontrar en el grupo, el mejor camino para la defensa y promoción de sus intereses”, en FUENTES NAHARRO, M. “Conflictos de intereses...*op.cit.* p. 404

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 12 abril 400/2007, RJ 007\2410

<sup>40</sup> SÁNCHEZ ALVAREZ, M.M. “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, *Revista de Derecho Mercantil*, n°227, 1998, (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I66866e20c86e11e28114010000000000&rguid=i0ad82d9a0000015b2e81381a81c4489a&src=withinResuts&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>), última consulta el 23 de marzo de 2017)

Dicho esto, el problema, en torno al deber de lealtad de los administradores de las filiales en un grupo de sociedades, existe precisamente, ante el interrogante de qué interés debe prevalecer sobre el conjunto de las decisiones del administrador, ¿únicamente el interés de la sociedad filial que administra o también es posible defender un interés del grupo considerado de manera global? En esta tesitura, la cuestión fundamental será, la de dilucidar si el administrador debe de defender y ser leal únicamente al interés social de la sociedad filial. O si, por el contrario, existe propiamente un interés del grupo, que pueda legitimar ciertas decisiones que se toman, incluso aunque sean dañinas, en el órgano de administración de la filial.

### 3.1 El interés social

El interés social es, en una primera aproximación, el principio rector al que queda subordinada toda decisión del órgano de administración de la sociedad mercantil <sup>41</sup>. Por esta razón, los administradores responderán en aquellos casos, en los que su actuación transgreda o dañe el interés social. De esta forma, el interés social, proporciona el criterio que permite discernir la legalidad de las decisiones de los administradores sociales, y consideraremos que la actuación de los mismos es leal y legal para la sociedad si prima siempre el interés social de la misma<sup>42</sup>. Es decir, puede entenderse, el interés social, como una noción ideológica de orientación de la actividad empresarial, hacía dicha actuación que es tenida por adecuada conforme a la legalidad vigente <sup>43</sup>. En definitiva, el interés social, se convierte en el instrumento usado por el legislador, para la protección de la propia sociedad, y de los accionistas minoritarios, pues la consideración del interés social, debe ser, en todo caso, el parámetro que debe guiar el funcionamiento de la sociedad, limitando la libertad de los socios y de los administradores en las sociedades

---

<sup>41</sup> Sobre el interés social, *vid.* entre otros, ARROYO MARTINEZ, I., “Reflexiones en torno al interés social”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 240, 2001 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Id5bba210b39c11e29f6d01000000000&sguid=i0ad6adc6000015b1960bf363a5b76cf&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>, última consulta el 29 de marzo de 2017), SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “De nuevo sobre el interés social”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 6, 2016, pp.11-29; y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 246, 2002 (disponible en [http://eprints.ucm.es/5996/1/Inter%C3%A9s\\_social.pdf](http://eprints.ucm.es/5996/1/Inter%C3%A9s_social.pdf), última consulta el 28 de marzo de 2017).

<sup>42</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “De nuevo sobre...”, *op. cit.* p.13

<sup>43</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social...”, *op. cit.* p. 8



mercantiles<sup>44</sup>. Así, un acuerdo tanto de la junta general, como del órgano de administración podrá ser impugnado cuando vaya en contra de este interés social al que hacemos referencia. Queda claro con ello que el interés social se ensalza, como un criterio fundamental, en la actuación empresarial, incluso como un valor superior, al criterio de la mayoría. Pues, los acuerdos de la junta general o del consejo de administración, no serán necesariamente válidos por ser impuestos por la mayoría, y podrán ser impugnados, y anulados si dañasen el interés social <sup>45</sup>.

Sin embargo, a pesar de su importancia, como eje vertebrador, de la actuación del gobierno corporativo y de la sociedad, no es pacífica la doctrina sobre qué debe entenderse realmente por interés social. Pues, como señalan los juristas, el interés social es, en todo caso un concepto jurídico indeterminado, y existen distintas posiciones en referencia al mismo. Dicho esto, hay fundamentalmente dos teorías en torno a la noción del interés de la sociedad, la teoría contractualista y la teoría institucionalista.

La teoría contractualista entiende que el interés social es el puro interés de los accionistas que invierten el capital en la sociedad, y, por tanto, el interés social es el interés común de los socios capitalistas <sup>46</sup>. En esta hipótesis, el interés que tiene cada socio en la sociedad confluye en el interés de la sociedad, que es común a todos ellos, y que se concreta en la maximización del valor para el accionista<sup>47</sup>. En la visión contractualista, donde el socio es el protagonista a tener en cuenta, el objetivo fundamental es la creación de valor para el accionista. Por tanto, la máxima fundamental en las decisiones de la administración, será la generación de beneficios y riqueza. Pues de esa forma, se puede rentabilizar la inversión que el socio ha realizado al aportar capital a la sociedad<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> ARRIBA FERNANDEZ, M.L., “Grupos de sociedades: dirección unitaria” *Derecho de Grupos de Sociedades*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2009 (disponible en [http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Idfc15e302f9111e0ab6a010000000000&sr\\_guid=i0ad6adc50000015b18f8c1e2a62698bd&src=withinResuts&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#](http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Idfc15e302f9111e0ab6a010000000000&sr_guid=i0ad6adc50000015b18f8c1e2a62698bd&src=withinResuts&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#) .última consulta el 28 de abril de 2017)

<sup>45</sup> ARROYO MARTINEZ, I. “Reflexiones en torno...”, *op. cit*

<sup>46</sup> Como se señala SANCHEZ- CALERO GUILARTE en “Sobre el concepto “ilustrado” y poco afectivo del interés social, *El Blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte* 26 de enero de 2012 (, disponible en <http://jsanchezcalero.com/sobre-el-concepto-ilustrado-y-poco-efectivo-del-interes-social>, última consulta el 12 de marzo de 2017), la doctrina contractualista, en la que el interés social es el interés común a los socios, ha sido la más acogida por los tribunales, pero aún no se ha querido recoger en la legislación vigente dicha posición.

<sup>47</sup> ARRIBA FERNANDEZ, M.L., “Grupos de sociedades: dirección...”, *op. cit*.

<sup>48</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social...”, *op. cit*.

Entendida pues la idea contractualista, podemos decir que las teorías acerca del interés social han sufrido cierta evolución a lo largo del tiempo. Si bien, la teoría de la maximización del valor para el accionariado fue la imperante en la década de los noventa, actualmente, surgen con más fuerza otras teorías que apuntan a que la realidad empresarial es mucho más compleja. En esta línea, encontramos las llamadas teorías institucionalistas que entienden que el interés social debe aunar a otros grupos de interés (trabajadores, consumidores proveedores o incluso el territorio donde se asiente), y que, por tanto, existe un concepto aún más amplio de interés social. Se busca aquí, un fundamento de la entidad empresarial más vinculada al bien común o al interés general, y que es opuesta con la consideración de los socios como únicos protagonistas del interés social. En esta teoría existe un interés de la empresa, propiamente dicha, al margen del interés de los accionistas. Con el paso de los años, la responsabilidad social corporativa ha ido ganando en importancia, y se ha convertido en el nuevo punto de referencia, en el ámbito empresarial<sup>49</sup>, por ello es cada vez más aceptada la visión de que la sociedad no sirve únicamente al interés de los socios.

En el contexto de la crisis empresarial ha surgido aún con más fuerza la tesis institucionalista del interés social. La actuación de muchos Estados europeos ha sido semejante en ciertas concesiones de beneficios económico y ayudas a las empresas. Precisamente para evitar la intensa repercusión negativa que, sobre el interés general, podría suponer la quiebra de todas ellas. Por esta razón, en la medida en que una sociedad mercantil puede solicitar ciertas concesiones en virtud de dichos intereses, que se tratan de salvaguardar, se hace también necesario, que la gestión empresarial sea en todo caso congruente con los mismos<sup>50</sup>.

Sin embargo, a pesar de la bondad dimanante de la teoría institucionalista, en la medida en la que todos los intereses concurrentes están en todo caso legitimados y es más que evidente que pueden surgir conflictos entre ellos, su utilidad parece escasa en la práctica. Pues, ¿cómo es posible exigir al administrador, en el órgano de administración, y a los accionistas, en junta, que miren y que intenten dar satisfacción, en todas sus decisiones a los muchos intereses confluyentes?<sup>51</sup> Y tampoco parece que el criterio de identificar el interés social con el interés de los accionistas pueda servir en todos los casos. Pues, como

---

<sup>49</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social...”, *op. cit.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

se ha indicado, las decisiones tomadas por una mayoría, que teóricamente estarían legitimadas por la doctrina contractualista, podrían ser impugnadas por contravenir el interés social.

En este sentido parece muy ilustrativo traer a colación la recomendación número 12 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, (sin dejar de tener en cuenta que dicho código, no es en ningún caso vinculante). Esta recomendación hace referencia a la necesidad de que el consejo de administración se guíe por el interés social, debiendo entender que este es “la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa”<sup>52</sup>. Y a continuación, la misma recomendación propone conciliar este interés social con el resto de intereses legítimos que concurren en el marco de la sociedad <sup>53</sup>. Parece claro, con ello que el Código de buen gobierno quiere significar que el interés social consiste principalmente en procurar la supervivencia de la empresa en el largo plazo, y subraya que la maximización del valor, es un elemento fundamental en la configuración del interés social. Pues en principio la creación de valor empresarial va a favorecer a todos los interesados en la misma. Por tanto, parece que la tarea del administrador será la de jerarquizar los distintos intereses en las decisiones empresariales, y primar en cada decisión aquel que permita a la sociedad, a la larga, la maximización de su valor y su continuidad.

Dicho esto, parece que la idea de maximización de valor no es tan sencilla de llevar a la práctica en las sociedades filiales. En el escenario del grupo empresarial el administrador se ve, por una parte, obligado a defender la maximización del valor de la sociedad que administra, pero a la vez se ve compelido por las órdenes que emanan de la cabecera del grupo. Es decir, puede darse el caso de que los administradores de las entidades dominadas deban de llevar a la práctica decisiones, que emanan de la entidad dominante. Ahora bien, ¿transgreden los administradores el interés de la sociedad, cuando llevan a la práctica decisiones que, puedan serle perjudiciales en el corto plazo? Nos parece que la

---

<sup>52</sup>COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, 2015, disponible en, [https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo\\_buen\\_gobierno.pdf](https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf), última consulta el 27 de marzo de 2017.

<sup>53</sup> EMBID IRUJO, J.M, “Derecho firme y derecho blando, sobre el interés social”, *Commenda Grupo investigador en Derecho de sociedades*, 14 de marzo de 2015, disponible en <http://www.commenda.es/rincon-de-commenda/derecho-firme-y-derecho-blando-sobre-el-interes-social/>, última consulta el 26 de marzo de 2017.

respuesta está en considerar la posible legitimidad de un interés del grupo que se ensalza por encima de las entidades individualmente consideradas. Es más, nos parece que pueda haber ciertas decisiones que si bien pueden provocar un daño a la sociedad en el corto plazo (por ejemplo, pensemos en una venta intra-grupo con un precio inferior al valor de mercado), dichas decisiones se llevan a la práctica por las ventajas que en el largo plazo pueden derivarse de la pertenencia al grupo. De tal forma que la defensa del interés grupal, al que dedicaremos nuestros próximos apartados, puede llevar en el largo plazo, a consecución del interés social de las entidades integrantes en el mismo, a la maximización de su valor y a su continuidad.

Visto así, interés social e interés del grupo no tienen por qué ser necesariamente intereses confrontados, sino intereses que se posicionan de manera paralela para la maximización y continuidad del grupo y de las sociedades que lo conforman.

### **3.2. El interés del grupo**

En principio, como ya hemos señalado, el deber de lealtad del administrador queda referido únicamente a la sociedad que administra. Ahora bien, parece que en el contexto del grupo de sociedades, puede surgir otro interés superior, el llamado interés del grupo, al que dedicaremos el siguiente epígrafe.

Actualmente, la vigente Ley de Sociedades de Capital, parte de considerar por remisión al artículo 42 del Código de Comercio (C.Co) que existe grupo de sociedades, cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Bajo este presupuesto, podemos entender, tal y como lo hace parte de la doctrina<sup>54</sup>, que el grupo de sociedades nace y se desarrolla precisamente para actuar bajo una dirección que es común y para buscar un objetivo económico conjunto; persiguiendo, por tanto, un interés propio.

La estrategia del grupo es diseñada por el órgano de administración de la sociedad matriz, que ejerce un control externo y global sobre el conjunto de las sociedades dominadas. En

---

<sup>54</sup> En este sentido se posicionan, entre otros, FUENTES NAHARRO, M. “Accionistas externos de ...”, *op.cit.*, o EMBID IRUJO, J.M., El buen Gobierno corporativo y los grupos de sociedades” Revista de Derecho Mercantil, nº 249, 2003 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Id33a7790ca6811e29e04010000000000&sguid=i0ad82d9a0000015b2f07da9a048f9af6&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>, última consulta el 19 de marzo de 2017).

este escenario, cada una de las sociedades integrantes del grupo pierden su verdadera individualidad. De tal forma, que las sociedades del grupo pasan a formar parte de un conjunto globalizado donde pierde relevancia el plano *societario* propio de cada una de las filiales y de la propia matriz, y gana en importancia el plano *plurisocietario*<sup>55</sup>. La defensa del interés social de cada entidad integrante en el grupo, se puede traducir en el perjuicio de otros intereses dentro del mismo grupo. Esta cuestión podría resolverse, con la consideración de la existencia y legitimidad del interés del grupo. Es razonable, al hablar de la empresa de grupo, o de la realidad policorporativa, que a esta nueva realidad habrá que concederle un interés propio. Interés que no será simplemente la agrupación de los intereses individuales, sino un interés autónomo que integra a las filiales con la matriz y a esta con aquellas<sup>56</sup>.

Tal y como señala la doctrina, a pesar de que la sociedad filial pueda continuar pareciendo una sociedad isla de cara al exterior, en el funcionamiento real del grupo aparece una logística caracterizada por relaciones jerárquicas. En estas relaciones, los órganos de administración de las sociedades dominadas actúan siguiendo las instrucciones del órgano rector del grupo, encarnado generalmente en el órgano de administración de la sociedad dominante. Los objetivos e intereses que se persiguen conjuntamente en el grupo, es precisamente lo que se ha venido a denominar interés del grupo. En este sentido, la doctrina lo ha asimilado a la búsqueda de beneficio económico conjunto y la maximización del valor total del grupo. No hablamos del interés del grupo como interés de la empresa matriz, sino que, de nuevo, se trata de un concepto jurídicamente indeterminado más amplio que puede identificarse con un interés general estratégico que sobrevuela y que se proyecta en el grupo de manera global<sup>57</sup>.

De esta forma, cuando la sociedad nace o pasa a formar parte de un grupo de sociedades el interés social propio, al que nos referíamos en nuestro apartado 3.1, deja de ser en la práctica la pauta de actuación de los órganos de las distintas sociedades integrantes. Produciéndose así “un desplazamiento fáctico- ya que formalmente no se encuentra reconocido por nuestro legislador- de la noción del interés social en favor del interés de la empresa de grupo”. Ello significa que, de manera práctica, el interés de las sociedades

---

<sup>55</sup> MARTINEZ RUIZ, L. y COLOMBO ARNOLDI, P.R., “El interés del grupo...” *op. cit.*

<sup>56</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “De nuevo sobre ...”, *op. cit.*, p. 26.

<sup>57</sup> PÉREZ BENITEZ, J.J., “Perjuicio patrimonial, interés del grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. nº 19, 2013 (disponible en <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>, última consulta el 2 de abril de 2017).

dominadas queda vinculado necesariamente a un nuevo interés superior y global de todo el grupo empresarial <sup>58</sup>.

En el desarrollo de la estrategia grupal las operaciones intra-grupo son habituales y necesarias<sup>59</sup> para el funcionamiento del grupo de sociedades, manifestándose en numerosos ámbitos. En este espacio de negociación, se pueden producir intensos conflictos. Pues muchas de estas operaciones si bien pueden ser favorables para una parte (alguna empresa del grupo o para la matriz) pueden, no serlo para la contraparte (la filial) pero a la vez, ser beneficiosa para esta en el largo plazo como consecuencia del favorecimiento del grupo en su conjunto. De esta forma, el interés del grupo puede determinar que, en ocasiones, las decisiones tomadas por los administradores de las sociedades dominadas sean acordes a este interés global, pero tal vez perjudiciales para la filial individualmente considerada. Siendo especialmente gravosas para sus intereses económicos y patrimoniales. Este menoscabo recae particularmente en los accionistas, siendo los más perjudicados los accionistas externos, es decir, aquellos que lo son de la sociedad dependiente pero que no lo son de la matriz <sup>60</sup>, y también recae en los acreedores, pues existen ciertas operaciones intra-grupo que pueden llevar a reducir la masa activa real de la sociedad.

En este punto, se puede apreciar un posible conflicto de interés, al que ya nos hemos referido *supra*, difícil de solucionar. El administrador de la filial debe de optar o bien por responder únicamente al interés de su sociedad, o bien trascender del plano de la individualidad y actuar en beneficio del grupo defendiendo el interés de este en conjunto. Pero surgen entonces ciertas dudas, sobre si su actuación se ajusta o no al deber de lealtad que tiene o al menos debe tener para con la sociedad que administra. Dicho comportamiento, en el cual el administrador de la filial se ve obligado a actuar en detrimento de su sociedad para atender las órdenes de la matriz, se manifiesta en no pocas ocasiones, habiendo llegado al Tribunal Supremo casos como los que analizaremos más adelante (STS de 12 de abril de 2007 o STS de 11 de febrero de 2015).

---

<sup>58</sup> FUENTES NAHARRO, M. “Conflicto de intereses en grupos de sociedades: reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007”. Revista de derecho de sociedades, nº 30, 2008, p.404.

<sup>59</sup> VICENT CHULIÁ, F., “Grupos de sociedades...” *op.cit.*, p.22.

<sup>60</sup> Tal y como señala señala FUENTES NAHARRO, M., en su publicación “Accionistas externos de...” *op.cit.* “El socio “externo” ha sido considerado tradicionalmente por legisladores y doctrina como el socio de la sociedad dependiente que no pertenezca en modo alguno de forma directa ni indirecta al “círculo de control” del grupo o que, por otra circunstancia, no sufra la especial degradación en su posición jurídica que se vincula a la figura del socio externo. Con esa calificación se alude a la desvinculación (“alienidad”) de ese socio respecto del interés del grupo al que está subordinado su sociedad”.

Doctrina, jurisprudencia y legislación comparada<sup>61</sup> parten de reconocer que sí que existe un interés del grupo propiamente dicho. No obstante, tratan de proteger y compensar los perjuicios, que al menos indirectamente puedan sufrir las sociedades filiales subordinadas a la política empresarial del grupo, y a la consecución de su interés.

En nuestro derecho también se cuenta con instrumentos que habilitan en particular a resolver, los problemas que surgen de la consecución de las instrucciones de la sociedad dominante. Se permite, a los socios externos y a los acreedores, defender los intereses que ostentan en la sociedad filial. Así, por aplicación de las normas de la LSC, se pueden impugnar acuerdos sociales que sean en principio lesivos para el interés social de la dominada y beneficiosos para la dominante u otra de las filiales. De esta manera, se puede pedir responsabilidad civil o penal al administrador por vía de la acción de responsabilidad; o incluso podría exigirse responsabilidad a la sociedad matriz por instrucciones perjudiciales, (que bien pueden ser perjudiciales con carácter general, o bien pueden ser dañinas para la filial y beneficiosas para la matriz), atendiendo a que esta sea la administradora de hecho<sup>62</sup>.

Ante la disquisición de si existe o no un interés del grupo, la doctrina parte de reconocer dos soluciones posibles que permitan articular y resolver los conflictos de interés intra-grupo<sup>63</sup>. De una parte, se puede reconocer la primacía del interés individual de cada una de las empresas que conforman el grupo de sociedades. No reconociendo en este caso, ni la existencia ni la legitimidad de un interés del grupo conjunto. Ello permitiría hablar de un absoluto quebranto del deber de lealtad de los administradores de las sociedades filiales en la medida en que tomaran decisiones fácticas que supusieran cualquier tipo de menoscabo para esta. Esta visión, puede parecer excesivamente restrictiva, pues vaciaría de contenido la idea misma del grupo de sociedades y la posibilidad de control de la matriz a la filial. Por ello surge una segunda visión, quizás más acorde con la realidad empresarial, que propugna por adaptar las exigencias de la posible responsabilidad de los administradores a la realidad del grupo de sociedades. Se entiende, en este segundo caso, que a pesar de que puedan existir instrucciones perjudiciales los administradores no transgreden el deber de lealtad al defender el interés del grupo, en la medida en que estas

---

<sup>61</sup> Como señala FUENTES NAHARRO, M. en “Accionistas externos de ...”, *op.cit.*, Alemania, Brasil, Portugal o Italia han optado por una legislación sistematizada y global, otros países como Estados Unidos y Francia, han optado por regular manifestaciones concretas de problemas que surgen en torno al grupo.

<sup>62</sup> VICENT CHULIÁ, F. “Grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 25 y 26.

decisiones se ven compensadas por la existencia de las ventajas derivadas de la pertenencia al grupo<sup>64</sup>. Sobre esta visión ahondaremos en nuestro último epígrafe.

### **3.2.1 La cuestión entorno al interés del grupo y la unidad de dirección**

Como hemos señalado, el problema en torno al deber de lealtad de los administradores de las filiales de un grupo de sociedades, surge precisamente, ante la cuestión de si existe o no un interés del grupo, considerado de manera global, o solamente existen distintos intereses sociales de cada una de las sociedades filiales que integran el grupo.

Dicho interrogante no es sencillo de discernir y no está exento de dudas. Pues si bien, como ya hemos señalado, nuestra legislación reconoce la existencia de los grupos de sociedades como parte fundamental del tejido productivo de nuestra economía, no ha provisto aún el legislador de una idea conjunta de qué debe entenderse por grupo de sociedades, ni sobre si existe o no un interés propio y legítimo del grupo que justifique ciertas decisiones de los administradores de las sociedades dominadas.

Como sabemos, el grupo de sociedades está caracterizado por dos elementos esenciales reconocidos por la doctrina. En primer lugar, la agregación, es decir, el grupo es un conjunto agregado de sociedades. Cada una de las cuales mantiene su personalidad jurídica, y en consecuencia mantiene su propio interés social. En segundo lugar, la unidad de dirección, y en este sentido hablamos de que las sociedades integrantes del grupo, quedan sometidas a una dirección económica unificada, ejercida por la cabeza del grupo<sup>65</sup>. Así, tal y como señala la jurisprudencia, el grupo de sociedades se caracteriza por “la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jurídico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario)”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Dichas tendencias son defendidas por EMBID IRUJO, J.M., “El buen gobierno corporativo...” *op.cit.*, o ARRIBA FERNANDEZ, M.L., “Grupos de sociedades: Instrucciones Perjudiciales en grupos fácticos”, en *Derecho de grupos de sociedades*, Civitas, Navarra 2009, disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Idfe9a6b02f9111e0ab6a010000000000&srguid=i0ad6adc60000015b24009249811bcc73&src=withinResuts&spos=27&epos=27&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>, última consulta, el 30 de marzo de 2017

<sup>65</sup> EMBID IRUJO, J.M., “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance.” *Ekonomiaz*, nº 68, 2008, p. 87.

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) nº de 29 de julio 628/2005, RJ 2005/6561



Es precisamente en el reconocimiento de esta unidad de dirección donde encontramos los mayores problemas en torno al deber de lealtad y su puesta en práctica en el seno del grupo de sociedades. Pues, el ejercicio real de la unidad de dirección hace que no sea tan fácil para el administrador de la filial, administrar la sociedad con libertad absoluta. Por ello se hace necesario un marco más amplio que el único interés de la sociedad. Es decir, parece que en el contexto del grupo empresarial la unidad de dirección habilita a los administradores de las sociedades filiales a velar por un interés más amplio, como es el interés del grupo. Ello permitiría justificar ciertas operaciones sin que pueda exigírseles siempre responsabilidad por intentar perseguir dicho interés global.

Parece claro que el legislador reconoce la existencia de los Grupos de sociedades, y por ello los regula en distintos ámbitos, pero no los dota de una regulación conjunta, siendo los tribunales, en su labor de creadores del Derecho y la doctrina los que tratan de dar respuesta a los conflictos de interés en los que existe un elemento intra-grupo. No existe en nuestras fuentes legales, una legitimación expresa de un interés del grupo que deba prevalecer y que deba guiar la actuación de las distintas sociedades que lo integran. Sin embargo, la realidad dista en este punto de la regulación vigente, y son muchas las actuaciones<sup>67</sup> que se realizan buscando un interés superior al de la empresa filial en particular, y que se tratan de compensar de tal forma que matriz y filial establezcan una relación *gana-gana*<sup>68</sup>.

Así las cosas, parece que existe cierta contradicción en el diseño actual del grupo de sociedades vigente en la normativa española. Pues si bien el propio artículo 42 del C.Co., parte de una idea de control y de posibilidad de dominación de la cabeza del grupo, legitimándose la unidad de dirección. Existen mecanismos, vía LSC, para impugnar acuerdos que sean contrarios al interés social de cada una de las sociedades que lo conforman, al “obedecer” a esta dirección unitaria. Y ello sucede, porque nuestra legislación societaria continúa, como hemos dicho, anclada en la consideración y

---

<sup>67</sup>Entre estas actuaciones, encontramos transferencias de activos, de capitales, de personal o incluso de pérdidas y ganancias para situarlas allí donde resulte conveniente tal y como señalan MARTINEZ RUIZ, L. y COLOMBO ARNOLDI, P.R. en su publicación “El interés del grupo de sociedades y la acción rescisoria concursal en el derecho español: Breve referencia al derecho brasileño” *Revista de Estudios Jurídicos*, vol 16, nº 24, 2012 (disponible en <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudiosjuridicosunesp/article/view/769/737>, última consulta el 3 de marzo de 2017).

<sup>68</sup> Traducción de la expresión anglófona *win-win* utilizada en economía, caracterizada por el establecimiento de relaciones de interdependencia en la que ambas partes maximizan beneficio gracias a dichas relaciones y a través de la cooperación mutua.

regulación de la sociedad de manera individual, alejándose en este punto de la realidad económica <sup>69</sup>.

Dicho esto, queda patente la constante paradoja en la que se encuentra nuestro derecho de sociedades. Se habla incluso en este punto, de “un divorcio entre la norma y la realidad”, pues el reconocimiento explícito del interés social de cada una de las sociedades del grupo, entra en plena contradicción con la realidad empresarial y económica del grupo de sociedades y su unidad de dirección<sup>70</sup>. Dicha paradoja, se manifiesta, en el problema concreto que tratamos en el presente trabajo, como es el conflicto de interés de los administradores de la sociedad filial, como deben actuar lealmente, y hasta qué punto puede ser responsable del cumplimiento de órdenes que no respondan exclusivamente al interés propio.

### ***3.2.2 La necesidad del reconocimiento de la legitimidad del interés del grupo***

Como ya hemos señalado, el legislador español reconoce los grupos de sociedades, pero no existen aún una regulación global que permita a los mismos desarrollarse adecuadamente. A este epígrafe, dedicaremos la cuestión sobre la necesidad de reconocer la legitimidad del interés del grupo en nuestro ámbito empresarial.

En la actualidad existe una necesidad de regular un marco legislativo que permita ponderar adecuadamente los conflictos de interés entre sociedades filiales y sociedad matriz, o entre las propias sociedades filiales. Normativa, que debe partir de la noción del interés del grupo tal y como se hace ya en otros ordenamientos jurídicos como el alemán, el portugués, el italiano, el francés o el estadounidense <sup>71</sup>.

La cuestión, está en determinar, en este plano plurisociatario, un interés que se reconozca como legítimo y que pueda llevar a tomar decisiones desde las distintas filiales para defenderlo. Incluso cuando las decisiones individualmente consideradas sean contrarias a sus propios intereses en el corto plazo, si de dichas decisiones se derivase la defensa de un interés superior. Todo ello, para permitir el correcto funcionamiento de la dirección unitaria cuyo reconocimiento sí que se desprende del art. 42 del C.Co.

---

<sup>69</sup> VICENT CHULIÁ, F. “Grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>70</sup> FUENTES NAHARRO, M. “Conflicto de intereses...”, *op. cit.*, p. 404

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 412.

Pues bien, como ya hemos señalado, el ordenamiento nacional, no reconoce aun explícitamente el llamado interés del grupo, pero podemos plantearnos que sí que existe un reconocimiento implícito de la legitimidad del mismo. Así atendiendo a la propia definición dada por la Real Academia Española, es legítimo todo lo que “ha sido hecho o establecido de acuerdo con la ley o el derecho” y en lo que a este tema concierne, podemos entender que el interés del grupo es legítimo en la medida, en que deriva del propio reconocimiento que del grupo de sociedades hace nuestro Código de Comercio, y las demás normas sectoriales<sup>72</sup>.

En esta línea de reconocimiento del interés del grupo como legítimo, se posiciona la doctrina al definirlo como “un interés legítimo y superior”<sup>73</sup>. La legitimidad derivaría de la actual realidad económica en la que se aprecia de manera fáctica la empresa policorporativa. La superioridad, por su parte, tiene origen en la necesidad de reconocer un interés del grupo que se alce por encima de los distintos intereses sociales, a los que desplaza y con los que puede llegar a confrontar.

Así, podría afirmarse que la legitimidad del grupo de sociedades se reconoce y existe en tanto no quebrante el derecho societario vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, la persecución de un interés global del grupo parece lícita siempre y cuando, sea acorde al interés de la filial, o al menos se trate de una decisión que sea neutra para esta. E incluso, podría ser una decisión que produzca un menoscabo a la filial si existiese una justa compensación<sup>74</sup>. Una concepción de la legitimidad en dichos términos, permite aunar ambos intereses en la misma dirección de tal forma que una decisión tomada por las altas esferas debería ser acogida por el administrador de la filial sin exigencias de mayores responsabilidades, si este, con la diligencia que es propia del ejercicio del cargo, entiende y valora que existe una compensación proporcionada al sacrificio de la filial<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup>FUENTES NAHARRO, M. “Conflicto de intereses...”, *op. cit.*, p. 412, “[...]en nuestro país el ejercicio de la dirección unitaria será legítimo implícitamente en tanto no vulnere el ordenamiento societario vigente”.

<sup>73</sup> PÉREZ BENITEZ, J.J., “Perjuicio patrimonial ...” *op. cit.*,

<sup>74</sup> MARTINEZ RUIZ, L. y COLOMBO ARNOLDI, P.R., “El interés del grupo...” *op. cit.*,

<sup>75</sup> En la práctica la realidad empresarial es mucho más compleja, como señala PEMÁN, C. “Problemas ¿teóricos? de los administradores de filiales españolas de grupos multinacionales”, *Diario la ley*, nº 8854, 2016, (disponible en <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home> , última consulta el 2 de febrero de 2017), “[...] nuestro preocupado administrador podría empeñarse en pedir a la matriz un informe que justificase el equilibrio entre eventuales perjuicios derivados de la operación propuesta y los beneficios que, en general, reporta a la sociedad su pertenencia al grupo. Tal vez así, salve su responsabilidad; pero seguramente no salve su puesto de trabajo en la próxima «reestructuración» del equipo directivo de la región en cuestión”

En esta misma línea, nuestros tribunales, en sede concursal, admiten que las garantías que presta una sociedad filial a su sociedad matriz no son necesariamente gratuitas, sino que son onerosas. Porque de dicha prestación pueden derivarse ventajas también para la entidad filial<sup>76</sup>. De esta forma, puede también apelarse, a la legitimidad del interés del grupo, en el concurso de acreedores. Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 27 de julio de 2011, señala “el interés del grupo puede justificar el acto realizado, de manera que no pueda considerarse como una mera liberalidad, ya que la consecución de tal interés actúa como causa onerosa del acto”<sup>77</sup>.

Por ello, si partimos de la idea del reconocimiento implícito del interés del grupo como legítimo ha de aceptarse que, en la praxis empresarial, la defensa de dicho interés será una cuestión de justicia práctica. Es decir, será necesario dilucidar a la luz de la operación en concreto donde están los límites entre el interés del grupo y el justo tratamiento del interés propio de cada una de las filiales.<sup>78</sup> Se trata de una operación de ponderación entre el sacrificio que sufre la filial, y el beneficio económico que recibe el grupo en conjunto. Eso sí, atendiendo a que la primera recibe también una compensación adecuada. A esta cuestión, sobre la existencia de posibles ventajas compensatorias que permitan legitimar definitivamente el interés del grupo dedicaremos nuestro próximo epígrafe.

### **3.3 La teoría de las ventajas compensatorias**

En nuestros días el ordenamiento parece legitimar, al menos de forma implícita, el funcionamiento de los grupos de sociedades a través de la normativa vigente. Con ello parece habilitar el ejercicio de la unidad de dirección, emanada de la cabecera del grupo. Ahora bien, tampoco señala la legislación, de forma específica ningún tipo de mecanismo, a través del cual puedan paliarse los efectos de la transgresión del deber de lealtad de los administradores de las entidades dominadas, por el cumplimiento de determinadas instrucciones dañinas <sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., “La rescisión concursal de las garantías reales prestadas entre sociedades del mismo grupo” en CAMPUZANO, A.B. y ROJO, A., Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltran, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1924

<sup>77</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), de 20 de julio 304/2011, fundamento jurídico 4º, AC\2011\2088

<sup>78</sup> PÉREZ BENITEZ, J.J., “Perjuicio patrimonial ...” *op. cit.*

<sup>79</sup> ARRIBA FERNANDEZ, M.L., “Grupos de sociedades: Instrucciones...” *op.cit.*

Entendido el problema jurídico que subyace al deber de lealtad de los administradores de las sociedades filiales, existe como apuntan la doctrina y los tribunales una posible vía de solución a dicho conflicto. Solución, que ya hemos venido adelantando a lo largo del trabajo, la de considerar si una decisión perjudica o no a la sociedad filial teniendo en cuenta las posibles ventajas compensatorias. En este contexto, tiene sentido alegar un posible interés del grupo si existe una justa compensación a la sociedad que pudiera verse dañada en su propio interés. Es decir, considerando esta vía de solución, el administrador de la sociedad filial no transgrede su deber de lealtad para con la sociedad dominada que administra, si a pesar de llevar a la práctica instrucciones emanadas de la matriz, y que son perjudiciales para la sociedad, puede considerarse que existen las suficientes ventajas compensatorias, que justifiquen la operación o la decisión. Porque, de su cumplimiento se deriva un bien superior para el grupo, que el daño que recibe la filial. De esta forma, se le concede al interés del grupo, el justo tratamiento y el reconocimiento, que implícitamente encontramos en nuestro ordenamiento jurídico. Adecuando los mecanismos de protección genéricos, que encontramos en el derecho de obligaciones, a la realidad de los grupos empresariales<sup>80</sup>.

El origen de la teoría de las ventajas compensatorias, lo encontramos en las décadas de 1980 y 1990. Durante esos años doctrina y jurisprudencia, francesa e italiana, venían criticando, que la legislación sobre los conflictos de interés en el seno del grupo no tenía en cuenta el funcionamiento real del mismo, y al final no le permitía maniobrar de manera plena. Por esta razón, se buscaron medios para poder reconocer el interés del grupo a través de la legislación vigente y que, a su vez, alcanzase a compensar de manera justa a la entidad dominada que resultaba perjudicada, por la consecución del interés grupal. De esta manera, surge la llamada teoría de las ventajas compensatorias.

A este respecto, es especialmente importante el caso *Rozenblum*, resuelto por el Tribunal de Casación Francés en 1985. La teoría señalada por dicha sentencia permitió legitimar la búsqueda del interés del grupo sin existir derecho positivo sobre la materia, tal y como

---

<sup>80</sup> ARRIBA FERNANDEZ, M.L., “Grupos de sociedades: Instrucciones...” *op.cit.*

sucede en nuestros días en el ordenamiento español<sup>81</sup>. En la sentencia<sup>82</sup>, se concretan los requisitos en los que una sociedad integrante de un grupo puede apoyar a otra sociedad del mismo grupo empresarial sin incurrir en un delito de abuso de bienes societarios. La Corte establece tres requisitos fundamentales: en primer lugar, que las operaciones permitan perseguir el interés del grupo en conjunto de manera coherente; en segundo lugar, que exista una compensación suficiente para la entidad que soporta el sacrificio; y por último, que el sacrificio no sea excesivo para las posibilidades de financieras de la entidad perjudicada, es decir que permita su viabilidad <sup>83/84</sup>.

Con esta interpretación, y acudiendo a las normas generales del derecho de obligaciones, se mitiga el problema vigente en el ordenamiento jurídico español, colmando la laguna legal existente <sup>85</sup>. En definitiva, se trata de encontrar un equilibrio adecuado entre el interés global del grupo y los intereses de cada una de las sociedades que lo integran. Solución que permitiría un funcionamiento coherente con la legitimidad implícita del grupo empresarial reconocida en la legislación. Y, que al mismo tiempo permite evitar, los abusos de las sociedades dominantes que supongan el expolio de las dominadas<sup>86</sup>.

De tal forma que, como señala la doctrina, podría justificarse el cumplimiento de ciertas instrucciones impartidas por el órgano de administración de la matriz siempre que se aumente el valor del grupo, en más que lo que se disminuye el valor de la entidad filial (operaciones productivas) y además siempre que haya una compensación para la filial. Pero, no podrá justificarse el cumplimiento de decisiones que simplemente transfieran riqueza de la filial a la matriz, es decir, operaciones redistributivas, que supongan el expolio de la filial <sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> FUENTES NAHARRO, M., “El levantamiento del velo en los grupos de sociedades como instrumento tuitivo de los acreedores”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº28, 2007, (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I66641f8015d411dc835501000000000&sguid=i0ad6adc5000015b240fc4532a059e89&src=withinResuts&spos=7&epos=7&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>, última consulta el 30 de marzo de 2017

<sup>82</sup> Tal y como explica VICENT CHULIA, F., en “Grupos de sociedades...” *op. cit.* p. 24, El señor Rozenblum es accionista mayoritario de diversas sociedades. Entre dichas sociedades había varias dedicadas a la construcción, que en aquellos años no pasaba por sus mejores momentos. El señor Rozenblum, obliga a realizar a dichas sociedades operaciones que les son perjudiciales. Como consecuencia de ello, es considerado como dirigente de hecho, y condenado por un delito de abuso de bienes sociales

<sup>83</sup> VICENT CHULIA, F. “Grupos de sociedades...”*op.cit.* p. 24

<sup>84</sup> Sentencia de la Corte de Casación Francesa de 4 de febrero de 1985, 84-91.581 (disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007064646>

<sup>85</sup> ARRIBA FERNANDEZ, M.L., “Grupos de sociedades: Instrucciones...” *op.cit.*

<sup>86</sup> EMBID IRUJO, J.M., “El buen gobierno...” *op. cit.*

<sup>87</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., “Acción social de responsabilidad en grupos de sociedades”, *Almacén de Derecho*, 16 de abril de 2012, (disponible en

Los tribunales españoles también tratan de poner coto a posibles abusos del socio mayoritario. En este sentido, es muy ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007<sup>88</sup>. El objeto de la misma es la impugnación de un acuerdo del órgano de administración de la sociedad filial “Carbónica Murciana”, del grupo de sociedades “La Casera”. En dicho acuerdo se destituía al demandante como director general de “Carbónica Murciana”. La remoción de su cargo se debía a su negación a poner en marcha el plan estratégico de reconversión empresarial, diseñado por la cabecera del grupo “La Casera” (es decir, por la sociedad matriz, La Casera Central Servicios S.A.). El plan de reconversión implicaba poner fin a la actividad principal de “Carbónica Murciana”. En dicha sentencia se considera que el acuerdo de destitución del demandante, es lesivo al interés de la sociedad filial, y por ello lo anula. Ahora bien, queremos destacar, que a pesar de que quizás, la solución alcanzada por el tribunal sea la más justa (pues parece que realmente existe un perjuicio muy grave para la filial), el alto tribunal debería haber realizado una reflexión más profunda a la luz de la teoría de las ventajas compensatorias. Es decir, el Tribunal Supremos sigue la dicción literal de la ley, y en la resolución del conflicto de interés entre sociedad matriz y sociedad filial, estima que el acuerdo vulnera el interés de esta última por ser dañino a la misma. Pues supone acabar por imposición de la cabecera del grupo, con su principal actividad económica. No obstante, no realiza una ponderación del alcance de los beneficios que de dicha reestructuración puedan derivarse para el grupo en su conjunto, ni una reflexión sobre posibles compensaciones a la filial. Si bien, hay que concluir, como hemos señalado, que la decisión final parece la más ajustada a derecho, pues de los hechos de la sentencia no se deduce la existencia de ningún tipo de compensación o ventaja para la entidad filial perjudicada<sup>89</sup>.

Quizás la más señalada e importante jurisprudencia en materia de conflictos entre matriz y filial sea la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015<sup>90</sup>. En ella sí se hace una verdadera valoración de la deslealtad del consejo de administración por el cumplimiento de órdenes instruidas por la matriz del grupo. Valoración que se realiza a la luz de la teoría de las ventajas compensatorias. En esta controversia, el demandante, socio minoritario de la sociedad Alphaspray S.L, pretende la impugnación

---

<http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2012/04/accion-social-de-responsabilidad-en.html>, última consulta el 12 de marzo de 2017)

<sup>88</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de abril 400/2007, RJ 2007\2410

<sup>89</sup> FUENTES NAHARRO, M. “Conflicto de intereses ...” p. 418

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) de 11 de diciembre 695/2015, RJ 2015\5440

de un acuerdo del consejo de administración por la cual se procede al traspaso de la clientela francesa (que supone el grueso de los ingresos de la misma) a otra sociedad francesa del mismo grupo, constituida al efecto, llamada Actrispray SRL. La base de la impugnación de dicho acuerdo es el quebrantamiento del deber de lealtad y de la buena fe que le es exigible a los administradores. En la sentencia se señala que el deber de lealtad del administrador se predica con respecto a la sociedad que administra, y que la alegación del interés del grupo, no permite exonerarse de las obligaciones que tiene con respecto a la sociedad filial. De tal forma, que en las situaciones de conflicto de interés el administrador debería velar en todo caso por la sociedad en la que ejerce su cargo, procurando la protección de los accionistas externos.

Ahora bien, también se reconoce en la sentencia que la situación de los grupos de sociedades es distinta a las sociedades individuales. De suerte que,

[...] la existencia de un grupo de sociedades supone que, cuando se produzcan conflictos entre el interés del grupo y el interés particular de una de las sociedades que lo integran, deba buscarse un equilibrio razonable entre un interés y otro, esto es, entre el interés del grupo y el interés social particular de cada sociedad filial, que haga posible el funcionamiento eficiente y flexible de la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades, pero impida a su vez el expolio de las sociedades filiales y la postergación innecesaria de su interés social [...]<sup>91</sup>

Y continúa la sentencia apelando a la teoría de la existencia de posibles ventajas compensatorias que justifiquen la decisión del órgano de administración.

[...]Ese equilibrio puede buscarse en la existencia de ventajas compensatorias que justifiquen que alguna actuación, aisladamente considerada, pueda suponer un perjuicio para la sociedad. Tales ventajas no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores (esto es, simultáneamente o tras la actuación perjudicial para la filial se produce otra beneficiosa que compensa el daño), sino que ha podido ser también previa (por ejemplo, que previamente a la actuación perjudicial hubiera existido un beneficio patrimonial apreciable, generado por el grupo a favor de su sociedad filial o derivado de la pertenencia de la sociedad al grupo [...])<sup>92</sup>

Además, señala que las ventajas otorgadas a la filial no pueden ser simples “sinergias”, sino que deber ser verificables, o incluso podrían consistir en futuras oportunidades de negocio para la entidad filial. Pero en todo caso, dotadas de cierto contenido patrimonial. Siendo, además, el límite último de la decisión del órgano de administración, la posible supervivencia futura de la entidad administrada. Pues, si con la operación se está

---

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) de 11 de diciembre 695/2015, RJ 2015\5440, FJ 6º

<sup>92</sup> *Ibid.*



acabando con la solvencia financiera o con la viabilidad empresarial de la sociedad, la decisión será en todo caso contraria al interés social y por ello es posible la reclamación de responsabilidad al administrador.

En definitiva, alega el tribunal que es necesario realizar un balance de las posibles ventajas que hubiera recibido o pudiera recibir la entidad filial que sufre el sacrificio. Viendo si realmente se ha transgredido con la decisión tomada el deber de lealtad que le es exigible a todo administrador. En el supuesto analizado, el tribunal concluye que no existen tales ventajas, y que el traspaso de la clientela supone pérdidas continuas para “Alphaspray”. En consecuencia, se estima la demanda y se exige al administrador, una cuantiosa indemnización en concepto de daños y perjuicios como consecuencia del quebrantamiento de su deber de lealtad.

Con esta sentencia el Tribunal Supremo parece dar acomodo a la realidad empresarial del grupo de sociedades, al tiempo que se permite la protección de aquellos que quedan al margen de la esfera de control del grupo. De la misma forma, parece que quedan sentadas las bases del deber de lealtad exigible a los administradores de las sociedades filiales.

De esta forma, si el órgano de administración decide vender ciertos activos a la sociedad matriz a un precio mucho menor al que lo haría a otra sociedad, se entendería que el órgano de administración de la filial no transgrede con ello el deber de lealtad. Ni quebranta el mandato de llevar los negocios de la manera más diligente posible si recibe otras compensaciones, como, por ejemplo, una mayor facilidad de acceso al préstamo (gracias a posibles garantías otorgadas directamente por la matriz, o bien gracias a la realización de cartas de patrocinio de la matriz, o bien simplemente porque se aprecie una mayor solidez de su balance por el mero hecho de pertenecer a un grupo más amplio). Se justifican así ciertas decisiones, que en principio pueden parecer perjudiciales, pero que se ven compensadas si miramos con un prisma más amplio <sup>93</sup>. Ello permite, en último término, compatibilizar el interés del grupo, con el interés de la propia sociedad filial. Convirtiéndose en plenamente leales, actuaciones que en principio parecían no serlo.

---

<sup>93</sup> Este fenómeno es denominado por la doctrina como “*disociación temporal del interés social*”, en el que, a la larga, gracias a la realización de un acto que en principio era perjudicial, se beneficia la propia sociedad filial.

#### 4. CONCLUSIONES

Analizada a lo largo del trabajo, la cuestión del deber de lealtad del administrador de las entidades filiales en el seno del grupo de sociedades. Y una vez realizados todos los apuntes, sobre la noción del interés social, el interés del grupo empresarial, y la teoría de las ventajas compensatorias, dedicaremos brevemente este apartado a plasmar las conclusiones principales.

1. El deber de lealtad hacia la sociedad es una obligación fundamental en el ejercicio del cargo de administrador. Dicho deber, proclamado por el art. 227 y siguientes de la LSC, se resume en la exigencia de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.
2. El núcleo central del deber de lealtad es, en cualquier caso, velar por el interés social. Es decir, el administrador debe tomar decisiones y realizar las operaciones que beneficien en todo caso a la sociedad. Por esta razón, es especialmente relevante la regulación acerca de los conflictos de interés. De suerte que, existiendo una posible situación en la que el administrador se vea tentado de defender un interés distinto al interés social (ya sea el propio, o el de un tercero) debería abstenerse de tomar esa decisión, comunicando al órgano de administración o en su caso a la junta la existencia del conflicto de interés.
3. La regulación sobre el deber de lealtad del administrador, es contradictoria en algunos puntos con el contexto del grupo de empresarial. Pues, en principio se producen situaciones que quedan prohibidas a la luz de la normativa vigente: como el traspaso de información sobre la sociedad a la matriz; las operaciones vinculadas, que se llevan a cabo a pesar de que exista un posible conflictos de interés y en favorecimiento de la matriz u otra sociedad del grupo; la no existencia de libertad de criterio e independencia, en la medida en que existe una unidad de dirección; o la competencia cuando se es a la vez administrador de varias sociedades del mismo grupo, considerándose precisamente que no existe tal competencia.
4. A pesar de que el legislador no ignora la existencia de los grupos de sociedades como parte del tejido productivo regulándolos sectorialmente. La actual situación

de los administradores de las sociedades filiales sigue siendo algo compleja en la práctica. Ello se debe a que el deber de lealtad en nuestra legislación se predica en todo caso con respecto a la sociedad que administra, y parece que no puede alegarse un interés genérico del grupo para llevar a la práctica decisiones dañinas para la filial. No obstante, teniendo en consideración que actualmente el legislador reconoce la existencia del propio grupo empresarial, y teniendo en cuenta, que uno de sus elementos esenciales del mismo es la unidad de dirección, parece necesario reconocer una legitimación implícita del interés del grupo.

5. Ante la compleja situación a la que se enfrentan los administradores de las sociedades dominadas. Estos, deben optar entre no cumplir con las instrucciones que pudieran ser en principio perjudiciales para la filial, situación en la que su puesto en el órgano de administración quedará indudablemente comprometido; o cumplirla, pero entonces, deberá tener en cuenta la posibilidad de que se le exija responsabilidad por su actuación.
6. Parece necesario que el legislador español introduzca una regulación que se acomode realmente a la realidad del grupo empresarial. Teniendo en cuenta las particularidades a las que se enfrenta el administrador de la sociedad del grupo empresarial. Regulación, que debe de partir del reconocimiento de manera expresa el interés del grupo. Hasta entonces, resulta muy importante la STS de 11 de diciembre de 2015, pues por primera vez parece que se enjuicia la cuestión del deber de lealtad de los administradores de las filiales con gran claridad. En sus fundamentos jurídicos se legitima de forma clara el interés del grupo. Considerando que las existencias de posibles ventajas compensatorias habilitan al administrador a llevar a la práctica una decisión dañina, siempre que se cumplan tres requisitos. En primer lugar, que el beneficio que recibe el grupo en conjunto sea superior al daño sufrido por la filial; en segundo lugar, que haya ventajas compensatorias suficientes; y, por último, que en todo caso la sociedad filial siga siendo viable en el largo plazo. Alegando dichas circunstancias, parece que el administrador podría quedar exonerado de posibles responsabilidades.

## **5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

### **Legislación**

Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (BOE, 18 de julio de 2003).

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (BOE, 4 de diciembre de 2014).

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE, 20 de noviembre de 2007).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE, 3 de julio de 2010).

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE, 27 de diciembre de 1989).

### **Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 de abril 400/2007, RJ 2007\2410.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 29 de julio 628/2005, RJ 2005/6561.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 11 de diciembre 695/2015, RJ 2015\5440.

Sentencia de la Corte de Casación Francesa (Sala de lo penal) de 4 de febrero de 1985, 84-91.581.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª), de 20 de julio 304/2011, AC\2011\2088.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 17 de marzo 206/2006, AC\2006\442.

### Obras doctrinales

ALFARO AGUILA-REAL, J. “Acción social de responsabilidad en grupos de sociedades”, *Almacén de Derecho*, 16 de abril de 2012, (disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/04/accion-social-de-responsabilidad-en.html> última consulta el 12 de marzo de 2017).

ARRIBA FERNANDEZ, M.L, “Grupos de sociedades: Instrucciones Perjudiciales en grupos fácticos”, en *Derecho de grupos de sociedades*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor 2009 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Idfe9a6b02f9111e0ab6a010000000000&srguid=i0ad6adc60000015b24009249811bcc73&src=withinResults&spos=27&epos=27&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>, última consulta el 30 de marzo de 2017).

ARRIBA FERNANDEZ, M.L., “Grupos de sociedades: dirección unitaria” en *Derecho de Grupos de Sociedades*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2009 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Idfc15e302f9111e0ab6a010000000000&srguid=i0ad6adc50000015b18f8c1e2a62698bd&src=withinResults&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#> ,última consulta el 28 de abril de 2017).

ARROYO MARTINEZ, I., “Reflexiones en torno al interés social”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 240, 2001 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Id5bba210b39c11e29f6d010000000000&srguid=i0ad6adc60000015b1960bf363a5b76cf&src=withinResults&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>, última consulta el 29 de marzo de 2017).

COHEN BENCHETRIT, A., “El deber de lealtad de los administradores sociales en caso de grupos de sociedades: STS, Sala Primera, de 11 de diciembre de 2015” *Revista lex mercatoria*, n° 2, 2016, pp. 21-27

COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*, 2013, pp. 38-39 (disponible en:

[https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc\\_estmodif\\_20131014.pdf](https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf); última consulta el 1 de febrero de 2017).

COMISIÓN ESPECIAL PARA EL FOMENTO DE LA TRANSPARENCIA Y SEGURIDAD EN LOS MERCADOS Y LAS SOCIEDADES COTIZADAS, *Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y las sociedades cotizadas*, 2003, (disponible en <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>, última consulta el 3 de marzo de 2017).

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, 2015 disponible en, [https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo\\_buen\\_gobierno.pdf](https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/codigo_buen_gobierno.pdf), última consulta el 27 de marzo de 2017.

DÍAZ MORENO, A., “Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)”, *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, 2014, (disponible en <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-regimen-de-las-operaciones-vinculadas.pdf>; última consulta 27 de febrero de 2017).

EMBED IRUJO, J.M., “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”, *Revista de Derecho mercantil*, nº 249, 2003, (disponible en <http://aranzadi.aranzadigital.es/maf/app/document?docguid=Id33a7790ca6811e29e04010000000000&srguid=i0ad82d9b0000015b060aba8f70c899af&src=withinResults&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>, última consulta el 22 de marzo de 2017).

EMBED IRUJO, J.M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Editorial Comares, Granada, 2003.

EMBED IRUJO, J.M., “El significado jurídico de los grupos de sociedades”. *La corporate governance. Ekonomiaz*, nº 68, 2008, pp.84-101.

EMBED IRUJO, J.M, “Derecho firme y derecho blando, sobre el interés social”, *Commenda Grupo investigador en Derecho de sociedades*, 14 de marzo de 2015, (disponible en <http://www.commenda.es/rincon-de-commenda/derecho-firme-y-derecho-blando-sobre-el-interes-social/>, última consulta el 26 de marzo de 2017).

FUENTES NAHARRO, M., “El levantamiento del velo en los grupos de sociedades como instrumento tuitivo de los acreedores”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº28, 2007, (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I66641f8015d411dc8355010000000000&srguid=i0ad6adc50000015b240fc4532a059e89&src=withinResults&spos=7&epos=7&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>, última consulta el 30 de marzo de 2017).

FUENTES NAHARRO, M., “Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 269, Madrid, 2008 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I0a8d87c0ccc411e2aed40100000000000&srguid=i0ad82d9b0000015b2e46db5a70cd2d6b&src=withinResults&spos=8&epos=8&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#>, última consulta el 31 de marzo de 2017).

FUENTES NAHARRO, M., “Conflicto de intereses en grupos de sociedades: reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007”, *Revista de derecho de sociedades*, nº 30, 2008, pp. 401-419.

GARCÍA VICENTE, J.R., “La rescisión concursal de las garantías reales prestadas entre sociedades del mismo grupo” en CAMPUZANO, A.B. y ROJO, A., *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltran*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1924-1956.

JUSTE MENCIA, J., “Los deberes de los administradores, Artículo 227. Deber de lealtad” en JUSTE MENCÍA, J. (Coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Mernor, 2015, pp. 361-375.

MARTINEZ RUIZ, L. y COLOMBO ARNOLDI, P.R., “El interés del grupo de sociedades y la acción rescisoria concursal en el derecho español: Breve referencia al derecho brasileño” *Revista de Estudios Jurídicos*, vol 16, nº 24, 2012 (disponible en <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudiosjuridicosunesp/article/view/769/737>, última consulta el 3 de marzo de 2017).

PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 39, 2015, pp. 43-65.

PEMÁN, C. “Problemas ¿teóricos? de los administradores de filiales españolas de grupos multinacionales”, *Diario la ley*, nº 8854, 2016, (disponible en <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>, última consulta el 2 de febrero de 2017).

PÉREZ BENITEZ, J.J., “Perjuicio patrimonial, interés del grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 19, 2013 (disponible en <http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home>, última consulta el 2 de abril de 2017).

QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de Administración”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 296, 2015 (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ic1236a8005a311e58d71010000000000&srguid=i0ad82d9b0000015b15862cada0f5d6cb&src=withinResults&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>; última consulta el 28 de marzo de 2017).

SÁNCHEZ ALVAREZ, M.M. “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº227, 1998, (disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I66866e20c86e11e28114010000000000&srguid=i0ad82d9a0000015b2e81381a81c4489a&src=withinResults&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>, última consulta el 23 de marzo de 2017).

SANCHEZ- CALERO GUILARTE, J., “ Sobre el concepto “ilustrado” y poco afectivo del interés social”, *El Blog de Juan Sánchez-Calero Guilarte*, 26 de enero de 2012



(disponible en <http://jsanchezcalero.com/sobre-el-concepto-ilustrado-y-poco-efectivo-del-interes-social>, última consulta el 12 de marzo de 2017).

SANCHEZ- CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad” en MORILLAS M.J., PERALES VISCASILLAS, P., y PORFIRIO CARPIO, L.J., (Dir.) y ARROYO T., FELIU, J., LASTIRI, M., y RODRÍGUEZ, J.P. (Coord.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 894-917 (disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>; última consulta 24 de febrero de 2017).

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “De nuevo sobre el interés social”, *Cuadernos de la Cátedra Garrigues*, vol. 6, 2016, pp.11-29.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 246, 2002 (disponible en [http://eprints.ucm.es/5996/1/Inter%C3%A9s\\_social.pdf](http://eprints.ucm.es/5996/1/Inter%C3%A9s_social.pdf), última consulta el 28 de marzo de 2017).

VELOSO CARO, J., “El deber de lealtad de los administradores (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital)” en MARTINEZ-ECHEVARRIA Y GARCIA DE DUEÑAS, A., (Dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la responsabilidad de los administradores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 425-463.

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

