

ALBERTO EMPARANZA

(Dir.)

**LOS INTENTOS  
DE REFORZAMIENTO  
DEL PODER DE LA JUNTA  
Y DE LOS SOCIOS EN LOS  
GRUPOS DE SOCIEDADES**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	15
<b>LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES: DEL INTERÉS DEL GRUPO A LA TUTELA DE LOS SOCIOS EX- TERNOS</b> , por <i>José Miguel Embid Irujo</i> .....	17
I. DIFICULTAD Y NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS DESDE LA PERSPECTIVA SOCIETARIA (A MODO DE INTRODUCCIÓN) .....	17
II. LAS ORIENTACIONES FUNDAMENTALES A LA HORA DE COMPRENDER LA FIGURA DEL GRUPO DESDE LA PERS- PECTIVA DEL DERECHO DE SOCIEDADES .....	20
1. Premisa .....	20
2. La ordenación jurídica del grupo, desde la vertiente pro- tectora .....	20
3. La ordenación jurídica del grupo, desde la vertiente organi- zativa .....	22
III. UN PLANTEAMIENTO DE SÍNTESIS: HACIA UN GOBIERNO CORPORATIVO DEL GRUPO .....	24
1. Consideraciones introductorias .....	24
2. El modo de articular el gobierno corporativo del grupo .....	26
A) Planteamiento general .....	26
B) La regulación .....	28
C) Los intereses .....	30
D) Los socios minoritarios .....	35
E) Los administradores y sus deberes .....	39
IV. PARA LA FORMACIÓN DE UN ADECUADO DERECHO DE GRUPOS (A MODO DE CONCLUSIÓN) .....	41

	Pág.
<b>EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL SOCIO MINORITARIO DE LA SOCIEDAD DOMINANTE SOBRE LA FILIAL. SU POSIBLE AMPLIACIÓN A TRAVÉS DE LOS PUNTOS INFORMATIVOS EN EL ORDEN DEL DÍA PROPUESTOS POR LAS MINORÍAS DE SOCIOS</b> , por <i>M.<sup>a</sup> Teresa Martínez Martínez</i> .....	45
I. INTRODUCCIÓN.....	45
II. SITUACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL Y REFORMAS LEGALES .....	49
III. DERECHO AL EXAMEN DE INFORMACIÓN DOCUMENTAL Y <i>DERECHO DE PREGUNTA</i> .....	52
IV. LA INFORMACIÓN SOBRE LAS FILIALES Y LA AMPLIACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA POR LAS MINORÍAS DE SOCIOS .....	55
1. Planteamiento .....	55
2. El derecho al complemento de convocatoria empleado con fines informativos .....	57
A) La posibilidad de añadir asuntos distintos a los del orden del día de la convocatoria inicial .....	60
B) Los puntos con un carácter meramente informativo: posibilidad y limitaciones .....	63
3. Una sentencia pionera sobre la información a los socios de la sociedad dominante acerca de decisiones sobre la filial (unipersonal): la STS núm. 3713/2015 de 15 de julio (RJ/2015/3932) ...	68
4. Otros pronunciamientos de la jurisprudencia menor sobre la amplitud del derecho de información acerca de las filiales .....	71
V. CONCLUSIÓN .....	73
BIBLIOGRAFÍA .....	74
 <b>LAS INSTRUCCIONES DE LA JUNTA Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES A LA LUZ DE LA RECIENTE REFORMA EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO</b> , por <i>Jon Armentariz Román</i> .....	 77
I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTUALIZACIÓN DE LA REFORMA ..	77
II. LA INTERVENCIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN ASUNTOS DE GESTIÓN A TRAVÉS DE LAS INSTRUCCIONES .....	80
1. Fundamento jurídico de la facultad de intervención.....	81
2. Formas de intervención: en particular, las instrucciones.....	82
A) Obligatoriedad de las instrucciones y responsabilidad de los administradores .....	84
B) Sometimiento a la autorización de la junta general de acuerdos en asuntos de gestión (sin reserva estatutaria previa) .....	86
C) Sometimiento por los administradores, de forma voluntaria, a la autorización de la junta general, de acuerdos en asuntos de gestión .....	87

## ÍNDICE

	Pág.
3. Alcance objetivo y efectos de la intervención.....	87
A) Alcance objetivo de la intervención (la esfera interna) ....	87
B) Efectos de la intervención (la esfera externa).....	89
4. Carácter dispositivo de la norma .....	89
<b>III. LA EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN ASUNTOS DE GESTIÓN A LA SOCIEDAD ANÓNIMA .....</b>	<b>90</b>
1. Justificación de la reforma .....	90
2. Incidencia de la reforma en las sociedades cotizadas .....	92
A) Prohibición de la intervención.....	93
B) Autorización de la intervención en los términos del art. 161 LSC .....	94
C) Autorización condicionada de la intervención .....	95
D) Sin referencia estatutaria al art. 161 LSC o su contenido ...	95
<b>IV. CONCLUSIONES.....</b>	<b>97</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>98</b>
<b>LA EXTENSIÓN DE LA FACULTAD DE LA JUNTA GENERAL DE INTERVENIR EN ASUNTOS DE GESTIÓN. EN PARTICULAR, LA INTERVENCIÓN DE LA JUNTA EN ASUNTOS DE GESTIÓN DEL GRUPO, por Aránzazu Pérez Moriones .....</b>	
<b>I. PLANTEAMIENTO.....</b>	
<b>II. LA FACULTAD DE LA JUNTA GENERAL DE INTERVENIR EN ASUNTOS DE GESTIÓN .....</b>	
1. Antecedentes .....	
2. La extensión de la facultad de la junta general de intervenir en asuntos de gestión: cuestiones conexas.....	
A) Justificación de la reforma del art. 161 LSC.....	
B) Un paso más en la indiferenciación tipológica entre sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima .....	
C) La modificación de la distribución de competencias entre junta general y órgano de administración.....	
<b>III. EN PARTICULAR, LA INTERVENCIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN ASUNTOS DE GESTIÓN DEL GRUPO .....</b>	
1. Planteamiento .....	
2. Vías para la intervención de la junta general en asuntos de gestión del grupo: la idoneidad de la facultad prevista en el art. 161 LSC.....	
3. El ejercicio de la facultad de la junta general de intervenir en asuntos de gestión del grupo.....	
A) Alcance de la intervención .....	
B) Eficacia de la intervención.....	

ÍNDICE

	Pág.
C) Incidencia en la responsabilidad de los administradores de la sociedad dependiente .....	126
a) Planteamiento .....	126
b) Soluciones en sede de grupos ante la ineficiencia del régimen general de responsabilidad.....	127
BIBLIOGRAFÍA.....	134
<b>DERECHO DE SEPARACIÓN POR FALTA DE REPARTO DE DIVIDENDOS: EL ART. 348 BIS</b> , por <i>Segismundo Álvarez Royo-Villanova</i> ...	139
I ORIGEN, FUNDAMENTO Y CRÍTICA DE LA NORMA .....	139
II. REQUISITOS PARA QUE SURJA EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL ART. 348 BIS.....	142
1. Elemento temporal. El quinto ejercicio y la no necesidad de reiteración .....	142
A) Elemento subjetivo: el voto a favor de la distribución de dividendos. Supuestos especiales (socios sin voto, usufructuarios) .....	145
2. Elementos objetivos.....	147
A) Reparto de un tercio de los beneficios .....	147
B) Concepto de beneficios repartibles .....	148
C) Qué son los beneficios «propios de la explotación del objeto social».....	148
D) La aplicación del art. 348 bis respecto de los beneficios de las filiales .....	151
3. Supuestos de exclusión de la norma.....	155
4. El ejercicio del derecho por el socio .....	156
A) Plazo del ejercicio .....	156
B) Forma de ejercicio.....	157
C) Actos posteriores.....	158
III. LOS POSIBLES LÍMITES DEL DIVIDENDO LEGAL Y DEL DERECHO DE SEPARACIÓN .....	159
1. Los límites voluntarios: renuncia y pactos en contrario .....	159
A) Renuncia individual .....	159
B) Previsiones estatutarias que modifiquen el art. 348 bis...	159
C) Los pactos parasociales.....	164
D) Los pactos con acreedores .....	165
2. El aplazamiento del pago del dividendo acordado .....	166
3. La oposición de la sociedad al ejercicio abusivo del derecho de separación .....	166
4. Filialización.....	170
5. La reinversión de beneficios.....	170
6. La revocación del acuerdo.....	171

	Pág.
IV. CONCLUSIÓN .....	172
BIBLIOGRAFÍA .....	172
<b>LA PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS ANTE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES: UNA VISIÓN GENERAL</b> , por <i>Belén García Álvarez</i> ...	175
I. INTRODUCCIÓN.....	175
II. DERECHO DE INFORMACIÓN.....	177
III. CONFLICTOS DE INTERÉS .....	185
IV. DERECHO DE IMPUGNACIÓN .....	187
V. DERECHO DE RESARCIMIENTO .....	193
VI. CONCLUSIONES.....	197
BIBLIOGRAFÍA.....	200
<b>EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO MINORITARIO EN LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LA SOCIEDAD</b> , por <i>Elena Leñena Mendizábal</i> .....	203
I. INTRODUCCIÓN.....	204
II. EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO EN LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LA SOCIEDAD .....	206
1. El derecho de separación del socio en la transformación de las sociedades .....	209
A) Cuestiones que afectan al acuerdo de transformación.....	210
B) Tutela de los socios: publicación del acuerdo y legitimación del derecho de separación.....	211
C) Valoración de las participaciones sociales o de la cuota de liquidación del socio que se separa.....	215
D) El reconocimiento efectivo del derecho de separación en relación con la responsabilidad del socio separado .....	216
2. El derecho de separación del socio en la fusión transfronteriza intracomunitaria (FTI).....	218
A) La singularidad del derecho de separación en la FTI.....	218
B) Legitimación del socio a separarse .....	220
C) Procedimiento del ejercicio del derecho de separación.....	222
D) El debate en torno al derecho de separación del socio disconforme en las fusiones internas .....	224
E) Breve mención a la separación del socio disconforme en las fusiones de sociedades cooperativas .....	228
3. La oportunidad de la separación del socio minoritario en las operaciones de filialización en el marco de la escisión societaria.....	229
A) Planteamiento de la cuestión .....	229
B) La polémica acerca de la opción de separación del socio externo en la filialización .....	231

ÍNDICE

	Pág.
C) El tratamiento jurisprudencial de la separación del socio en la filialización.....	233
D) La nueva perspectiva del derecho de separación en los grupos de sociedades.....	236
4. El ejercicio del derecho de separación del socio en el traslado internacional del domicilio social .....	238
A) Particularidades del traslado de domicilio social al extranjero .....	239
B) Cuestiones registrales del ejercicio del derecho de separación.....	240
BIBLIOGRAFÍA.....	242
<b>OPERACIONES CON PARTES VINCULADAS: CONFLICTOS DE INTERESES CON LA SOCIEDAD, por Nuria Latorre Chiner .....</b>	<b>245</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	245
II. OBJETIVO Y FUNDAMENTO DE LA REGULACIÓN SOBRE OPERACIONES CON PARTES VINCULADAS EN LAS SOCIEDADES COTIZADAS .....	248
1. La justificación de un control interno societario de carácter previo .....	248
2. La insuficiencia de la normativa sobre conflicto de intereses .....	250
III. LAS OPERACIONES CON PARTES VINCULADAS EN LA DIRECTIVA 2017/828 .....	252
IV. EL ARTÍCULO 529 TER 1.H) LSC .....	256
1. Consideraciones previas .....	256
2. Las operaciones vinculadas en las cotizadas en el art. 529 ter.1.h) LSC .....	257
A) Concepto de parte vinculada.....	257
B) Las operaciones celebradas con el consejero.....	260
C) Las operaciones celebradas con el accionista significativo: el controvertido deber de abstención del consejero dominical .....	263
V. LOS RETOS DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2017/828: MODIFICACIONES NECESARIAS .....	268
BIBLIOGRAFÍA.....	271
ANEXO (ART. 9 QUÁTER DE LA DIRECTIVA 2017/828) .....	273
<b>LA DISPENSA DEL DEBER DE LEALTAD COMO INSTRUMENTO DE RETRIBUCIÓN ATÍPICA DE LOS ADMINISTRADORES, por Alberto Empananza Sobejano .....</b>	<b>277</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	277

ÍNDICE

	Pág.
II. LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES .....	281
III. LA DISPENSA: FORMA Y ALCANCE .....	285
1. Antecedentes .....	285
2. Noción .....	287
3. Procedimiento .....	289
A) Solicitud al órgano de administración o a la junta general .....	289
B) Condiciones de la adopción del acuerdo de dispensa .....	291
C) Supuestos generadores de retribuciones atípicas al administrador .....	294
a) Las operaciones vinculadas.....	294
b) El uso de activos sociales .....	296
4. Adopción del acuerdo de dispensa.....	297
5. Procedimientos complementarios o alternativos.....	299
IV. RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE DISPENSA .....	300
V. EL ABUSO DE LA DISPENSA: ALCANCE Y CONSECUENCIAS .....	302
 <b>LA RESPONSABILIDAD EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES</b> , por <i>Francisco José León Sanz</i> .....	305
I. INTRODUCCIÓN.....	305
II. REFERENCIA AL RÉGIMEN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES EN LA LEY 40/2015.....	308
III. LA SUJECCIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS .....	313
IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL .....	316
1. Sociedades íntegramente participadas por las Administraciones Públicas.....	317
2. Sociedades controladas por las Administraciones Públicas....	321
NOTA BIBLIOGRÁFICA .....	328
 <b>JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE SOCIEDADES MERCANTILES</b> , por <i>Rafael Sarazá Jimena</i> .....	331
I. INTERÉS DE GRUPO Y RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD FILIAL. LA SENTENCIA 695/2015, DE 11 DE DICIEMBRE.....	331
II. CONCEPTO DE GRUPO SOCIETARIO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES. GRUPO EN EL QUE EL CONTROL ES EJERCIDO POR UNA PERSONA FÍSICA. LA SENTENCIA 190/2017, DE 15 DE MARZO .....	336

	Pág.
III. RESPONSABILIDAD DE LOS INTEGRANTES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS .....	341
1. La responsabilidad del administrador social por el cierre de hecho (el <i>persianazo</i> ).....	341
A) La indemnización del daño consistente en la falta de cobro del crédito: relación de causalidad y daño directo.....	341
B) La carga de la prueba .....	343
2. La responsabilidad del consejo rector de la sociedad cooperativa .....	344
3. El impago de la deuda por parte de la sociedad no puede equipararse a la causación de un daño directo al acreedor del que sean responsables los administradores .....	344
IV. RESPONSABILIDAD DE LOS INTEGRANTES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS .....	347
1. Las «pérdidas agravadas» como causa legal de disolución y el empleo de criterios contables para determinar su concurrencia.....	347
2. Las aportaciones de los socios para compensación de pérdidas como parte del patrimonio social para determinar si concurre la causa legal de disolución de «pérdidas agravadas» ...	349
3. Determinación del carácter «posterior» de la obligación respecto del acaecimiento de la causa legal de disolución, a efectos de la responsabilidad solidaria del administrador social por las deudas sociales .....	350
4. Alegación de adopción de medidas por los administradores para paliar la crisis económica de la sociedad para sostener la improcedencia de condenarles a responder solidariamente de las obligaciones sociales en caso de no disolución concurrendo pérdidas agravadas .....	352
5. <i>Dies a quo</i> del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del administrador social: no aplicación de los principios hipotecarios .....	353
V. RESPONSABILIDAD DEL SOCIO ÚNICO POR FALTA DE PUBLICIDAD DE LA UNIPERSONALIDAD SOBREVENIDA.....	355

## *Presentación*

Esta obra recoge las ponencias presentadas por los autores en la Jornada sobre «El reforzamiento del poder de la junta y de la responsabilidad de los administradores en los grupos de empresas», celebrada en San Sebastián los días 15 y 16 de junio de 2017, dentro de las actividades propias del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad titulado «Los conflictos de intereses en las sociedades y en las entidades no lucrativas. Modificaciones estructurales y derecho de grupos» (DER2015-69549-P). En dicho evento se expusieron interesantes reflexiones sobre estas cuestiones que atrajeron la atención del numeroso público congregado en las jornadas y suscitaron intensos debates sobre las materias objeto de exposición.

Advertido el interés de tales reflexiones, convencimos a los ponentes para que hicieran el esfuerzo de plasmar en papel sus cuidadas exposiciones a fin de que pudiesen ser tenidas en cuenta no solo por los asistentes, sino por los operadores jurídicos en general. En este sentido, el libro pretende contribuir al estudio de algunas de las nuevas exigencias consagradas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ámbito de estudio que constituye el hilo conductor de las indagaciones realizadas en materia societaria en los últimos tiempos. En concreto, los tratamientos que integran el contenido de la obra reflejan dos tipos de preocupaciones: por una parte, y de forma principal, el análisis de los derechos de los socios en la junta general y del alcance de algunos, específicamente en los casos en que la sociedad a la que pertenece es objeto de una modificación estructural o forma parte de un grupo de sociedades; y, por otra, el examen preciso de algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores por la gestión realizada en la sociedad, con arreglo a los nuevos parámetros consagrados en la normativa societaria. Las cuestiones examinadas ponen de relieve, en suma, aspectos sumamente controvertidos que dificultan la aplicación de la normativa societaria, tanto por las propias dudas que en el mundo práctico se generan, como por los interrogantes que la nueva normativa, desde luego, involuntariamente, ha traído consigo. El interés del grupo, a la vista de la tras-

cedential Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015, el derecho de información del socio de la dominante sobre la filial, o el derecho de separación por falta de reparto de dividendos, entre otros temas, constituyen ejemplos evidentes de las dificultades con las que los operadores jurídicos se tropiezan a la hora de resolver algunas situaciones en el devenir de su actividad profesional. Pues bien, a través de las contribuciones incluidas en esta obra se ha pretendido ofrecer una guía interpretativa sobre los supuestos intentos del legislador encaminados a reforzar el poder de la junta general y de los derechos de los socios con el objeto de aclarar su alcance efectivo, afrontando su estudio desde una perspectiva netamente dogmática, que es la que permite llevar a cabo una investigación jurídica de calado.

No me resta más que agradecer vivamente a los autores su plena disposición a participar en la jornada, y a colaborar posteriormente en la publicación de esta obra que aspira a ser una referencia doctrinal más a tener en cuenta a la hora de interpretar las claves del intrincado mundo societario.

En Donostia-San Sebastián, 2 de mayo de 2018.

Alberto EMPARANZA SOBEJANO

Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

# *La ordenación jurídica de los grupos de sociedades: del interés del grupo a la tutela de los socios externos\**

**José Miguel EMBID IRUJO**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Valencia

**SUMARIO:** I. DIFICULTAD Y NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS DESDE LA PERSPECTIVA SOCIETARIA (A MODO DE INTRODUCCIÓN).—II. LAS ORIENTACIONES FUNDAMENTALES A LA HORA DE COMPRENDER LA FIGURA DEL GRUPO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE SOCIEDADES: 1. Premisa. 2. La ordenación jurídica del grupo, desde la vertiente protectora. 3. La ordenación jurídica del grupo, desde la vertiente organizativa.—III. UN PLANTEAMIENTO DE SÍNTESIS: HACIA UN GOBIERNO CORPORATIVO DEL GRUPO: 1. Consideraciones introductorias. 2. El modo de articular el gobierno corporativo del grupo: A) Planteamiento general. B) La regulación. C) Los intereses. D) Los socios minoritarios. E) Los administradores y sus deberes.—IV. PARA LA FORMACIÓN DE UN ADECUADO DERECHO DE GRUPOS (A MODO DE CONCLUSIÓN).

## **I. DIFICULTAD Y NECESIDAD DE LA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS DESDE LA PERSPECTIVA SOCIETARIA (A MODO DE INTRODUCCIÓN)**

Han pasado ya casi cuatro décadas desde que se iniciara entre nosotros el tortuoso proceso de regulación de la figura del grupo de empre-

---

\* El presente estudio desarrolla la conferencia titulada «El interés del grupo y la protección de los socios minoritarios», impartida en la jornada «Gobierno corporativo: el reforzamiento del poder de la junta y de la responsabilidad de los administradores en los grupos empresariales», que tuvo lugar los días 15 y 16 de junio en los cursos de verano de la Universidad del País Vasco (San Sebastián). Agradezco al profesor Alberto Emparanza, director de la jornada, su amable invitación. El trabajo se inserta, asimismo, en el proyecto de investigación «La renovación tipológica del Derecho de sociedades contemporáneo» (DER2013-44438P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es investigador principal el autor.

sas desde la perspectiva, en verdad esencial, del Derecho de sociedades. Pero el Anteproyecto de Ley de sociedades anónimas, de 1979, que constituyó el punto de partida de dicho proceso, no se vio acompañado por el éxito, al igual que ha sucedido, posteriormente, con otros textos pre-legislativos en los que, del mismo modo, se aspiraba a lograr una ordenación completa y sustancial de la figura en el marco de un tratamiento ciertamente más ambicioso del fenómeno societario, como sucedía en la Propuesta de Código de sociedades Mercantiles, de 2002. La última pieza de esta pretensión reguladora viene constituida por el Anteproyecto de Código Mercantil, de 2014, cuya aspiración de situar a la materia jurídico-comercial a la altura de nuestro tiempo se ha visto paralizada, sin perspectivas de continuidad, por la formulación de numerosas críticas desde diferentes sectores.

Asociada la ordenación normativa de los grupos a textos de semejante alcance, no ha sido posible hasta la fecha «rescatar» su tratamiento bajo otros planteamientos, como podría ser, por ejemplo, una ley específica sobre la materia. Esta opción, sobre la que no se ha reflexionado de manera suficiente entre nosotros, sería, tal vez, una fórmula útil que permitiría, además, la concentración del legislador en el supuesto regulado —el grupo— de manera que fuera posible perfilar con mayor detalle las numerosas cuestiones que la singularidad y el dinamismo de la figura en estudio ponen de manifiesto<sup>1</sup>.

Al margen ahora de circunstancias de política legislativa como la descrita, ajena por completo a la práctica española en la materia, es obligado señalar que el grupo, sin perjuicio de su falta de regulación desde el Derecho de sociedades<sup>2</sup>, no puede ser considerado como una

---

<sup>1</sup> Sobre las razones que justifican, desde la Economía, el surgimiento de los grupos, como presupuestos para su tratamiento por el Derecho, *vid.*, últimamente, A. ENGERT, «Wozu Konzerne?», en H. SIEKMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Theodor Baums zum siebenzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 385-399.

<sup>2</sup> Circunstancia que no solo afecta a España sino que, como es bien sabido, se observa en la mayor parte de los ordenamientos nacionales e, incluso, en el ámbito de la Unión Europea. A este respecto, resulta obligado constatar la temprana voluntad de elaborar en dicho ámbito supranacional una directiva sobre los grupos desde la perspectiva societaria. Por diversas razones, en las que no resulta posible entrar aquí, tal propósito ha sido abandonado, en apariencia, lo que no ha reducido, sin embargo, el interés doctrinal por el asunto (*vid.*, últimamente, H. FLEISCHER, «Europäisches Konzernrecht: Eine akteurzentrierte Annäherung», *ZGR*, 2017, pp. 1-37, así como J. SCHMIDT, «Europäisches Konzernrecht», *Der Konzern*, 1, 2017, pp. 1-12). Mayor trascendencia, en todo caso, tiene aludir a las propuestas que, sin carácter oficial, se vienen elaborando por profesores universitarios, sobre todo, de distintos países europeos en punto a la regulación de los grupos. Es el caso, en primer lugar, del llamado *Forum Europaeum* «Derecho de grupos», cuyo extenso trabajo puede consultarse en español en «Por un Derecho de los grupos de sociedades en Europa», *RDM*, 232, 1999, pp. 445-575. Más recientemente, pueden citarse otros trabajos colectivos, algunos de los cuales se han ocupado de los grupos en el contexto, más amplio, del Derecho europeo de sociedades, bien por las vías clásicas de la Unión Europea (así el *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Bruselas, 5 de abril de 2011), bien por el camino, más original, de la elaboración de una Ley mo-

realidad extraña al ordenamiento jurídico. Ello se debe, desde luego, a la existencia de normas aisladas y dispersas sobre la figura en distintos cuerpos legales (Código de Comercio, Ley de sociedades de capital, esencialmente)<sup>3</sup>, que revelan, al menos, la voluntad del legislador de reconocerle una sustancial legitimidad jurídica, susceptible de facilitar su encaje básico entre nosotros. Por otra parte, la continua atención de la doctrina a los conflictos suscitados en y por los grupos y, lo que es más importante, la creciente ocupación de la jurisprudencia con los mismos ratifican<sup>4</sup>, por si hiciera falta, la exactitud de lo que se acaba de decir.

En tanto no se consiga, dentro del Derecho español de sociedades, la deseable ordenación normativa de la figura que nos ocupa, no queda sino seguir con atención el intenso debate doctrinal al respecto, sin perjuicio de prestar a las sentencias y resoluciones de la jurisprudencia la gran atención que merecen. Solo de esta manera se conseguirá reducir la notable incertidumbre que todavía existe alrededor del funcionamiento —y de la existencia misma— de los grupos de sociedades. En esa línea se inscribe el presente estudio donde se pretende abordar el tratamiento de dos circunstancias o, quizá más propiamente, de un elemento esencial del grupo (su interés), de un lado, y de los efectos, potencialmente negativos, que puede producir dicha forma de empresa en la posición de los socios minoritarios de las sociedades que la integran, de otro. Si se mira bien, en el análisis de ambas cuestiones cabe señalar una suerte de incompatibilidad o contradicción; ello es así, si se admite, como tantas veces se hace, que la mejor tutela de tales socios, sobre todo en el terreno patrimonial, puede lastrar y hacer menos eficiente el funcionamiento

---

delo (EMCA). Últimamente, y de manera específica sobre nuestra figura, puede citarse el estudio elaborado por el *Forum Europaeum on Company Groups*; al respecto, P. MÜLBERT, «Auf dem Weg zu einen europäischen Konzernrecht?», *ZHR*, 179, 2015, pp. 645-667. Todos estos trabajos colectivos aparecen enumerados y descritos en C. TEICHMANN, «Grenzüberschreitende Konzernführung: Status Quo und rechtspolitisches Agenda», en P. HOMMELHOFF, M. LUTTER y C. TEICHMANN (eds.), *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, ZGR Sonderheft 20, Berlin-Boston, De Gruyter, 2017, pp. 3-16.

<sup>3</sup> Vid. más detalles normativos del Derecho español sobre los grupos *infra* III.2.D).

<sup>4</sup> Así, sobre la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015, *vid.* J. M. EMBID IRUJO, «Interés del grupo y ventajas compensatorias», *RDM*, 300, 2016, pp. 301-320, y también P. MÁRQUEZ LOBILLO, «Límites al interés de grupo, deber de lealtad y responsabilidad de los administradores de la filial», *CCJC*, 102, 2016, pp. 1-13. Con anterioridad pueden verse, del mismo tribunal, las Sentencias de 12 de abril de 2007 (al respecto, M. FUENTES NAHARRO, «Conflictos de interés en grupos de sociedades: a propósito de la STS de 12 de abril de 2007», *RdS*, 30, 2008, pp. 401 y ss.), y 28 de octubre de 2013. En la habitual jurisprudencia sobre el levantamiento del velo de la personalidad jurídica societaria se encuentran alusiones a nuestra figura, generalmente referidas a su vertiente externa, en el marco de la responsabilidad del grupo (al respecto, por muchos, C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, 4.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2006), pudiendo mencionarse entre los últimos fallos la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2016. Como último dato, aludiremos, dentro de la amplia y detallada jurisprudencia concursal referida a los grupos de sociedades, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2017.

del grupo, al tiempo que, a la inversa, la estricta consagración del interés del grupo, sin mayores aditamentos, puede conducir a la desprotección de las sociedades dominadas y, por consiguiente, de quienes, como sus socios minoritarios, se ubican en el marco de su particular interés.

El análisis de este problemático contexto requiere de una serie de detalles y matizaciones de imposible consideración en el contexto de un estudio como el presente. De otro lado, es difícil decir algo consecuente sobre el interés del grupo y la tutela de los socios minoritarios tomando ambos temas de manera aislada y al margen de la reflexión jurídica general sobre la institución, es decir, el grupo, que los explica y les da sentido. Por tal motivo, en este trabajo se intentará situar al lector ante las dos grandes opciones existentes en la actualidad a la hora de ordenar el tratamiento jurídico del grupo, viendo seguidamente las consecuencias que para su mejor gobierno corporativo pueden tener una y otra, desde el punto de vista del modo de su regulación, protección de los intereses involucrados y organización de la empresa de grupo.

## **II. LAS ORIENTACIONES FUNDAMENTALES A LA HORA DE COMPRENDER LA FIGURA DEL GRUPO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE SOCIEDADES**

### **1. Premisa**

Sobre la base de lo que se acaba de indicar, comenzaremos por referirnos a las dos grandes opciones que constituyen en nuestros días los elementos básicos a la hora de contemplar la regulación de los grupos desde la perspectiva del Derecho de sociedades. Con la finalidad de aclarar los términos y, a la vez, con propósito simplificador, las denominaremos, respectivamente, «protectora» y «organizativa». Sus caracteres distintivos serán enunciados de inmediato, no sin antes advertir la prioridad temporal de la primera respecto de la segunda y su mayor frecuencia en la bibliografía especializada durante un buen período de años. Como se verá, en la actualidad, es la orientación organizativa la que predomina entre los autores, si bien, a diferencia de la anterior, no ha llegado a ser plasmada, de manera sustancial, en ningún ordenamiento jurídico.

### **2. La ordenación jurídica del grupo, desde la vertiente protectora**

Lo más característico de esta orientación, cuyas raíces se encuentran, esencialmente, en el Derecho alemán, consiste en el reconocimiento explícito del llamado «conflicto del grupo» y en acentuar, de manera consecuente, los efectos negativos que de la organización y el funcionamiento del grupo mismo pueden derivarse para diversos colectivos

(socios minoritarios y acreedores, esencialmente) de las sociedades sometidas al poder de decisión que en él pueda ejercerse. Es cierto, desde luego, que esta orientación protectora pone de manifiesto, sin género de duda, la legitimidad del grupo como singular forma de empresa, así como la defensa y promoción de su interés. Pero, a la vez, destaca la necesidad de equilibrar esa indudable supremacía respecto de los intereses de las sociedades dominadas mediante el establecimiento de importantes medidas de protección para los indicados sujetos, lo que da al tratamiento del grupo así llevado a cabo un indudable sentido de compromiso entre los intereses en presencia.

Si se mira bien, esta configuración del Derecho de grupos como un ordenamiento protector reduce la entidad del grupo como institución autónoma y sitúa en primer plano la suerte y ventura de sus sociedades componentes; prima, entonces, con matices que no vienen al caso, la singularidad de cada sociedad, independiente desde el punto de vista jurídico y sometida en términos económicos, con un grado de dependencia variable, directamente proporcional, eso sí, al alcance del poder de dirección que se ejercite en el grupo. Por tanto, aunque no puede haber duda alguna sobre su legitimidad, así como sobre la pertinencia de defender y promover su interés, parece igualmente evidente que el planteamiento protector reduce el significado del grupo como institución jurídica.

En tal sentido, nuestra figura, sin dejar de ser una modalidad relevante de integración empresarial, termina convirtiéndose en un mero marco funcional para el ejercicio del poder de dirección, siempre constreñido por lo que se derive de su dinámica interna, entendida esta como conjunto heterogéneo de relaciones intersocietarias<sup>5</sup>. Podría decirse, en resumen, que ante la imposibilidad de traducir en precisas fórmulas jurídicas la unidad (económica) y la pluralidad (jurídica) características del grupo, la orientación protectora, sin dejar de reconocer la necesidad de la primera, acentúa el relieve de la segunda, dejando a la empresa de grupo, como institución jurídica, en un equilibrio siempre problemático<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> La orientación protectora aparece reflejada, siempre con numerosos matices, en la bibliografía española dedicada a los grupos de sociedades, teniendo en cuenta, entre otros extremos, que buena parte de tales trabajos han venido referidos directamente a los mecanismos de tutela existentes o previsibles respecto de los distintos colectivos susceptibles de verse perjudicados por el funcionamiento del grupo. En tal sentido, pueden consultarse, entre otros los estudios de J. M. EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, op. cit.; P. MARTÍNEZ MACHUCA, *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Zaragoza, Studia Albornotiana, 1999; M. FUENTES NAHARRO, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007; téngase en cuenta también los trabajos de P. GIRGADO, *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada, Comares, 2001, y M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *Derecho de grupos de sociedades*, 2.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2009.

<sup>6</sup> Lo que vendría a constituir, como acertadamente se indicó en su día (cfr. U. IMMENGA, «Der Preis der Konzernierung», en VVAA, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*,