

# Gobierno corporativo y grupos de empresas: dudas habituales

**Daniel Marín Moreno<sup>1</sup>**

*Socio del Área de Mercantil*

*Director de la oficina de Barcelona*

---

## 1. Introducción

La reciente reforma de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) ha modificado de modo relevante el régimen de los deberes de los administradores. Por un lado, respecto al deber de diligencia, porque protege las decisiones estratégicas y de negocio que los administradores toman de manera informada y en interés de la empresa. Por otro lado, porque aclara y complementa el contenido del deber de lealtad y las acciones que se pueden promover en caso de incumplimiento. Los cambios tienen importantes consecuencias para las empresas que forman parte de grupos, y muy especialmente para aquellas en las que existen socios de referencia, pero no únicos. Esta nota se centra en alguno de los problemas y dudas que se plantean en dichos casos.

## 2. El concepto de interés social y su convivencia con el interés de los socios

El deber de lealtad se define en la Ley de Sociedades de Capital como el deber de «desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad». ¿Cuál es el interés de la sociedad?

Es claro que los administradores deben lealtad a la sociedad administrada, con independencia

de quién los nombre o incluso de quién les pague. Como señala el Tribunal Supremo, el administrador «una vez nombrado, pasa a ser órgano al servicio de los intereses de la sociedad, no de los que lo nombraron».

Este planteamiento, aparentemente claro y sencillo, suscita numerosas dudas en cuanto a su aplicación en la práctica.

Así, es común ver pactos de socios (sean, ya de sociedades anónimas, ya de sociedades de responsabilidad limitada) en los que cada socio se compromete a dar instrucciones a los administradores por él nombrados y donde, incluso, los administradores se vinculan personalmente para darles cumplimiento. Esto puede determinar la nulidad del pacto, pues olvida que la actuación del administrador debe ser independiente de los intereses de quien lo retribuye o lo ha designado y no puede seguir instrucciones de aquél, sino sólo del conjunto de los socios. El mismo efecto se puede obtener de forma lícita si la Junta General da instrucciones a los administradores, lo cual prevé expresamente la reforma tanto para las sociedades anónimas como para las limitadas.

En la Junta General, el interés social es, de hecho, el interés que expresan la mayoría de los socios, salvo si la mayoría impone un

---

1 Agradezco a Fernando Marín de la Bárcena sus valiosos comentarios a esta nota.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

acuerdo en beneficio propio que no responde a una necesidad de la sociedad y que perjudica injustificadamente a los demás socios. En el Consejo, de nuevo, el interés social será el que expresen la mayoría de los consejeros, pero siempre que éstos cumplan con su deber de lealtad.

Estos aspectos tendrán especial relevancia en las operaciones efectuadas entre sociedades de un mismo grupo o con socios con mayorías relevantes. Hay que tener en cuenta, por un lado, que el interés del grupo no puede imponerse a las filiales si no responde a una necesidad de éstas y perjudica a otros socios. Por otro lado, los administradores de las filiales deben regirse según el interés de la filial, y son responsables en caso contrario. Esto, a primera vista, choca con la necesidad legítima de muchos grupos de organizar las actividades de sus filiales por ramas de negocio, mercados geográficos u otros criterios que, vistos desde la perspectiva única de la sociedad filial, son más difícilmente justificables. El Consejo de la filial, por consiguiente, deberá analizar si esa decisión que beneficia al grupo no perjudica a la filial o si ésta recibe una compensación adecuada, y el grupo deberá estar en condiciones de explicar que los beneficios que reciba la filial de esa organización son superiores a los eventuales perjuicios y, si no lo son, deberán compensarse las diferencias. Ese proceso de información y decisión debe documentarse muy claramente para hacer frente a cualquier eventual acción que discuta dichas medidas.

### **3. El deber de lealtad en los grupos de empresas**

Como ha quedado señalado, el deber de lealtad es definido por la ley como el deber de «desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad». La ley establece las obligaciones básicas que de él se derivan, entre las que se encuentra la de adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones de conflicto de intereses, y enumera una serie de conductas de las que todo administrador debe abstenerse.

De entre esas concreciones del deber de lealtad, esta nota se centra ahora en la prohibición

de que los administradores compitan con la sociedad o efectúen transacciones con ésta, revelen información u obtengan ventajas o remuneraciones externas.

#### *3.1. ¿Puede el administrador desempeñar sus funciones para otras sociedades con la misma actividad?*

La Ley de Sociedades de Capital prohíbe que el administrador desarrolle «actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva, actual o potencial, con la sociedad» administrada. Es habitual, no obstante, que el socio de referencia de una sociedad sea una sociedad del mismo sector, y se plantea si se incumple esa prohibición cuando ese socio nombra a uno de sus directivos administrador de la sociedad en la que participa.

Si el socio y la sociedad administrada forman parte del mismo grupo de sociedades, no son competidores y, por tanto, el administrador que a su vez trabaja para el socio o su grupo no incurre en prohibición de competencia ni incumple su deber de lealtad. No obstante, veo que determinadas empresas están incluyendo en sus estatutos la previsión de que en ningún caso se entenderá que las actividades que ejerza el administrador por cuenta propia o ajena para sociedades del grupo serán un incumplimiento del deber de lealtad. La precisión es posiblemente innecesaria, pero su existencia puede evitar una discusión al respecto.

En el caso de que socio y sociedad no pertenezcan al mismo grupo, el administrador no puede prestar servicios ni ser empleado de sociedades que sean sus competidoras de hecho o potencialmente sin la dispensa de la Junta General, que podrá darse cuando «no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse». De nuevo, a semejanza de las operaciones que benefician al mayoritario, la decisión de dispensa deberá basarse en un análisis de los beneficios y peligros o perjuicios que

tal dispensa conllevaría para la sociedad, y por ello es recomendable que el proceso de decisión se documente con cuidado.

### 3.2. *¿Puede la elección de administrador afectar a las operaciones dentro de un grupo?*

Aunque no se aprecie o se haya dispensado una situación de competencia, los administradores deben abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, bien en nombre propio, bien en representación de un tercero. Esta prohibición se extiende también a las transacciones en las que el beneficiario sea una persona vinculada al administrador. En el caso de administrador persona jurídica, el deber de abstención afecta a las transacciones en las que el beneficiario sea una sociedad parte del grupo del administrador.

Existe, por tanto, una razón para que el administrador de una sociedad participada no sea una persona física que controle sociedades del grupo, una persona jurídica-socio ni otras sociedades de su grupo: se dificultan las operaciones entre las sociedades y sus socios. Es también dudoso si, en el caso en el que el administrador sea una persona física unida al socio de control por una relación laboral o mercantil, dicha relación afecta a las transacciones entre la administrada y su socio. Parece que el socio que ha nombrado al administrador persona física no se considera persona vinculada, conforme al artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital, pero podría entenderse que se encuentra en una situación de conflicto indirecto de intereses por actuación por cuenta ajena en nombre del socio.

Aunque se cuestiona cuál debe ser el alcance de dicha prohibición —pues no parece razonable prohibir cualquier operación con una sociedad del grupo cuando muchas de ellas pueden ser necesarias o convenientes y la existencia de sinergias puede ser la razón misma de la existencia del grupo—, lo cierto es que la ley no establece una regla especial sobre deberes de lealtad para el supuesto de grupo de sociedades o empresas. La solución que

propone la ley (dispensa otorgada por el Consejo o por la Junta, según los casos, sin la participación del administrador o socio afectado) puede crear situaciones en las que el procedimiento de adopción de las decisiones se dificulte notablemente e incluso en las que el socio minoritario o externo impida de hecho el ejercicio del poder de decisión unitario del grupo y vete ciertas decisiones sin justificación, evitando así que el socio mayoritario ordene las actividades de las sociedades de su grupo de forma eficiente.

### 3.3. *¿Puede el consejero informar al socio del contenido de las reuniones del Consejo?*

Es frecuente en la práctica empresarial que el consejero dominical nombrado por un socio dé cuenta a la empresa socio del contenido de las reuniones del Consejo e incluso le facilite la información obtenida en ellas. Dicha conducta puede constituir un incumplimiento del deber de lealtad del consejero, que incluye la obligación de guardar secreto. La distribución de información por el Consejo a los socios es lícita y deseable, pero debe hacerse en condiciones de igualdad entre los socios. En los casos en los que todos los socios tengan representación en el Consejo, pese a que la dispensa de la obligación de secreto no está prevista expresamente en la ley, no veo obstáculo para que la Junta General autorice que el flujo de información del Consejo a los socios se haga por medio de los consejeros por ellos nombrados.

Debe tenerse especial cuidado en los casos en los que se comparta información con socios que sean competidores o tengan en su grupo de empresas sociedades competidoras de la sociedad administrada y analizar tales revelaciones desde la perspectiva del derecho de la competencia, pues en muchos casos dicha circunstancia hará que compartir información esté prohibido.

### 3.4. *¿Puede el socio pagar al administrador de su participada?*

La Ley de Sociedades de Capital prohíbe que el administrador reciba ventajas o

remuneraciones de terceros distintos de la sociedad administrada asociadas al desempeño de su cargo como administrador de la sociedad. Surgen aquí dudas en los casos en los que un empleado o directivo de una sociedad tiene como una de sus funciones la de formar parte de los Consejos de las participadas por ésta.

En primer lugar, si las participadas forman grupo de empresas con la empresa que paga al administrador, la prohibición no se aplica. Si no lo son, habrá que tener en cuenta que sólo se incluyen en la prohibición las retribuciones asociadas al desempeño del cargo de administrador. Por tanto, si el cargo de administrador es una más de las funciones del empleado y su pertenencia o no al Consejo de la participada no influye en su remuneración, no habrá vulneración de la prohibición. En otros casos —como en aquellos en los que la pertenencia al Consejo sí conlleve una remuneración adicional satisfecha por una sociedad distinta de la administrada o cuando la dedicación del empleado a su labor como consejero sea muy relevante— será aconsejable obtener la dispensa de la Junta General de la sociedad participada.

#### 4. Conclusiones

Los recientes cambios en la Ley de Sociedades de Capital aconsejan no sólo una revisión de los estatutos sociales de las sociedades, sino también de sus estructuras de gobierno, de

sus acuerdos de socios, de sus procesos de toma de decisiones y de la documentación de estos últimos. En particular:

- a) Deben revisarse los acuerdos de socios y dicha revisión debe asegurar, en todo caso, que las instrucciones que éstos den a los administradores sean siempre conjuntas y manifestadas a través de la Junta General; las instrucciones para la dispensa de las situaciones de conflicto por parte de la Junta General o del Consejo y para la distribución de información a los socios deben constar en dichos acuerdos.
- b) Debe revisarse a quién es más adecuado nombrar administrador de las sociedades participadas para evitar que el deber de lealtad por parte de los administradores constituya un obstáculo para su funcionamiento y su relación con otras empresas.
- c) En cualquier caso, es recomendable seguir cuidadosamente y documentar detalladamente el proceso de decisión en todas las discusiones de los órganos de gobierno, y muy especialmente en las operaciones en que participen los socios y su grupo, administradores y personas vinculadas a ellos o los afecten. Hacerlo, además de ser esencial frente a posibles acciones de impugnación de acuerdos o reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios, es un requisito esencial para beneficiarse de la protección de la discrecionalidad empresarial en las decisiones estratégicas y de negocio.