

esencial que compendia el Derecho de los bienes muebles, su financiación, su publicidad y la cada día más importante función de garantía que prestan los mismos, situándose en un nivel cada vez más similar a la seguridad jurídica que proporciona el tráfico jurídico de los bienes inmuebles en el que el sistema Registral español es ejemplar. Y ello solo podía ser obra de los dos autores, Fernando GARCÍA SOLÉ y de Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, que son quienes más y mejor conocen la regulación de los bienes muebles y su aplicación en la realidad.

PAZ-ARES, Cándido: «*¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*». Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2019. 282 páginas. Monografía.

por

SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO

Juez del Juzgado de lo Mercantil de Girona

Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona

La presente obra analiza detenidamente la problemática existente entre la realidad económica de los grupos de sociedades y la necesaria independencia de los administradores de cada una de las sociedades. Como es sabido, el autor es un reputado académico de Derecho Mercantil, en particular, catedrático en la Universidad Autónoma de Madrid y, además, ejerce como abogado. El lector podrá advertir que se recogen con esmero todas las posturas doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la temática y que el autor las contrapone con sus ventajas e inconvenientes con suma rigurosidad.

La monografía se divide en diez capítulos y un apéndice. En nuestra opinión, se confrontan dos grandes bloques, el de la denominada doctrina de la organización —a la que se dedican los capítulos dos a cinco— y el de la doctrina de la protección, al que se reservan los bloques seis a nueve.

La doctrina de la organización obedece a una lógica institucional que emana de imperativos de la praxis empresarial y aboca a la creación de un derecho especial o privilegiado de sociedades para los grupos. Sobre ella, el autor considera que busca desplazar las fronteras de la empresa hasta la línea perimetral del grupo sustituyendo enteramente dentro de él el contrato —el mercado— por la jerarquía.

Por el contrario, la doctrina de la protección, fiel a la lógica contractual del derecho común de sociedades, trata de evitar que las presiones de la práctica revienten sus costuras con menoscabo de la integridad de los derechos de los socios. Esta no desconoce los derechos de control asociados a la propiedad de la mayoría del capital por parte de la matriz y su función de coordinación empresarial, pero pone el acento en los deberes fiduciarios de los administradores para asegurar la autonomía organizativa y patrimonial de la filial.

Como ya avanzamos, la monografía se divide en dos grandes bloques, y el primero de ellos el autor critica con especial severidad, pero con acertados argumentos, las tesis a través de las cuales se ha introducido con fuerza la doctrina de la organización, cuales son la tesis de la prioridad del interés del grupo, la tesis del mandato imperativo y la tesis de la ausencia o irrelevancia de conflictos de interés. En los tres capítulos posteriores se desmenuza cada una de estas tesis.

El problema principal del interés del grupo, entendido como interés distinto y superior al interés social, es que modifica subrepticamente la causa del contrato

de sociedad porque del fin común inicial de maximización del valor de la empresa individual (el interés social) se pasa a la maximización del valor de la empresa de grupo (el interés de grupo), que no puede imponerse sin el consentimiento de todos los accionistas. Junto a esta modificación de la causa, también se reestructuran los deberes fiduciarios de los administradores en el sentido de que se actuará en el mejor interés del grupo eliminando el deber de independencia frente a las instrucciones de la matriz.

El ordenamiento español menciona la realidad del grupo en los artículos 18 de la Ley de sociedades de capital, 42 del Código de Comercio y 5 de la Ley de mercado de valores, pero no se ha alterado el derecho común de sociedades. Por ello, del simple hecho de la vida empresarial sujeto a un ulterior control jurídico, no se sigue el reconocimiento de la legitimidad del interés del grupo y —menos aún— la obligación de que los administradores de cada sociedad agrupada de perseguir el interés del grupo en su conjunto. Desde la perspectiva económica, tampoco se justifica la primacía de un pretendido interés de grupo ya que no se puede maximizar dos objetivos potencialmente conflictivos —el de la empresa y el del grupo— sin que se resienta la maximización de uno de ellos. Así, no serían incongruentes con el interés social las decisiones que generan un daño o pérdida, sino también aquellas que determinan un menor beneficio, esto es, un menor rendimiento de la inversión. Finalmente, tampoco satisface el interés social la idea de que basta que se cumpla un balance general entre las ventajas y las desventajas que obtenga o sufra una de las sociedades del grupo por la razón de que se trata de una compensación genérica basada en ventajas futuras previsibles.

La segunda tesis de la doctrina de la organización, la relativa a la centralización del mando de la empresa del grupo en la administración de la sociedad matriz, es la tesis del mandado imperativo. Según el autor el poder de dirección es un mero poder de hecho y el reconocimiento legal del grupo se asocia a la posibilidad de control, no a la efectividad de la dirección. La filial es una sociedad jurídicamente independiente, aunque —obviamente— la matriz podrá nombrar la mayoría de los administradores y dictar instrucciones en la junta y ejercer otros derechos de todo socio mayoritario. Tampoco debe olvidarse el deber de independencia de los administradores, aunque estos podrán seguir las indicaciones de la matriz si es conforme con el interés social o si hay alguna compensación específica y completa. En definitiva, el administrador será responsable si no rechaza el cumplimiento de instrucciones perjudiciales recibidas de la sociedad matriz pues no existe una obediencia debida.

Para finalizar el análisis de la doctrina de la organización, se trata la compatibilidad de las transacciones internas dentro del grupo —entre partes vinculadas— con la prohibición del conflicto de interés que afecta a cualquier administrador. Los defensores del interés del grupo, al existir una suerte de comunidad de interés, consideran que el conflicto queda conceptualmente excluido. Junto a ello, los administradores deben efectuar un juicio de equidad global que se proyecta en la política del grupo, no sobre cada transacción singular. Por el contrario, el autor destaca que sobre los administradores siguen pesando los deberes fiduciarios generales consistentes en la necesidad de preservar su independencia e imparcialidad, que les obliga a observar las reglas sobre conflictos de interés en las transacciones intragrupo. PAZ-ARES advierte que, si el conflicto de interés es irrelevante, se propiciaría una aplicación poco estricta de la discrecionalidad empresarial. En todo caso, el juez debe poder enjuiciar la negligencia y revisar el criterio de los administradores en garantía de los derechos e intereses de los accionistas externos. Pese a todo, como luego se dirá, las rígidas reglas de absten-

ción que se imponen al administrador incurso en el conflicto de intereses deben reformularse en los grupos de sociedades por los costes que implica.

La segunda parte de la monografía se dedica al estudio de la doctrina de la protección, que busca dar prioridad a la eficiencia productiva sobre la eficiencia asignativa. En los grupos de sociedades planos, esto es, el de aquellas sociedades íntegramente participadas, no existe inconveniente en aceptar las tesis propugnadas por la doctrina de la organización. Por contra, en los grupos piramidales en los que sí existen accionistas externos en las sociedades filiales, es una fuente de ineficiencia legitimar sacrificios de los accionistas en beneficio del conjunto. Se proponen distintas alternativas para arreglar la situación del accionista externo: 1.^a) que la matriz adquiera la participación de los minoritarios para convertir el grupo piramidal en grupo plano; 2.^a) que la filial no íntegramente participada sea absorbida por la matriz; 3.^a) que la matriz acuerde con los accionistas externos de sus filiales una novación causal de sus contratos, en virtud de los cuales se establezca la prioridad del interés del grupo, el mandato imperativo y la liberalización de las transacciones internas. En este último supuesto, la matriz deberá ofrecer a los minoritarios las contrapartidas precisas, que permitan *ex ante* preservar el valor de la participación en la sociedad subordinada. Otra posibilidad, aunque no de forma generalizada por los costes que implica, sería la de articular un derecho de separación del socio que no opte por la novación contractual que implica la integración en un grupo societario. Por todo ello, la realización de la función empresarial de coordinación no requiere del establecimiento de reglas especiales o exorbitantes.

PAZ-ARES defiende que el interés del grupo no es autónomo, pero puede configurarse como instrumental del interés social, es decir, dependiente y al servicio del interés social. El interés dominical de la matriz tiene cabida en el interés social, precisamente por ello el artículo 529-*duodecies*.3 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) atribuye a los consejeros dominicales una función de representación económica. Sin embargo, el interés del grupo no permite perjudicar ni postergar el interés particular de ninguno de sus miembros. Ello no significa que una medida adoptada por la matriz que perjudique a la filial sea siempre ilegítima siempre que el beneficio esperado en el momento de adoptarla sea superior a su coste esperado, como debe hacer cualquier administrador diligente de una sociedad independiente.

En todo caso, si se ocasiona un daño a la filial por alguna medida singular de la matriz —no de una política general o sectorial del grupo— el perjuicio debe determinarse cuantitativamente y la compensación adecuada se preste en caja o en especie valorable económicamente de manera coetánea a la adopción de la medida.

Respecto del mandato imperativo que sostiene la doctrina de la organización el autor lo niega porque el administrador de la filial mantiene el deber de independencia y debe preservar los derechos de los accionistas externos, sin que pueda exonerarse por las instrucciones recibidas por la matriz. Es lo que se viene denominando —para otros profesionales, como los auditores, abogados o notarios— *gatekeeper* o guardabarreras, que es la forma más discreta y menos agresiva de realizar el control de legalidad de la actividad, consistente en denegar su cooperación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015, que consagra en nuestro ordenamiento la teoría de las ventajas compensatorias, destacó que el administrador no puede escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria y que no opera la eximente de una «especie de obediencia debida». También advierte el autor que el artícu-

lo 161 LSC, que permite a la junta general impartir instrucciones al órgano de administración, no puede establecer una suerte de contrato de subordinación encubierto a modo de mandato colectivo.

Se puede apreciar un mérito argumental especial para permitir la operatividad de un grupo societario en el capítulo dedicado al permanente conflicto de interés que se origina en los grupos. La regla general de abstención del administrador aquejado de un conflicto con el interés social incrementa de manera insoportable los costes asociados al funcionamiento del grupo. Por este motivo, la regla de la abstención debe transformarse en una regla de protección, que puede ser preventiva a través de una tutela procedimental —reservando la competencia para aprobar operaciones vinculadas a órganos superiores como el consejo de administración o la junta general— o material de control de contenido (regla del *entire fairness*), en cuya virtud, la transacción puede llevarse a efecto, pero en caso de controversia los administradores dominicales o de la sociedad matriz —la parte conflictuada— tienen la carga de probar que los términos de la transacción han sido justos o equitativos desde el punto de vista del interés social de la filial. Este último interés implicará que la transacción sea equitativa y compense adecuadamente a la minoría, a los accionistas externos a la matriz. La regulación societaria atribuye preferencia a la tutela procedimental sobre la tutela material, o si se prefiere, a la regla de la propiedad sobre la regla de la responsabilidad.

El conflicto permanente y las reglas procedimentales de atribución de la competencia al consejo y de abstención de los administradores dominicales resultan prohibitivos en las transacciones ordinarias, aquellas que se cruzan matriz y filial de manera rutinaria. Es una realidad que la gestión ordinaria de las sociedades de cierta envergadura está encomendada al consejero delegado. En consecuencia, para permitir el funcionamiento diario de la filial se debe reducir teleológicamente la norma que reserva al consejo la competencia sobre las operaciones vinculadas (arts. 230.2.III y 529 *ter*.1.h) LSC]. Destaca PAZ-ARES que la regulación legal de los conflictos de interés está pensada para operaciones coyunturales y ocasionales. Por el contrario, en los grupos de sociedades debería permitirse una dispensa general, aplicando analógicamente la contenida en el artículo 230 LSC para la condición de competidor; dispensa que resulta recomendable que sea explícita y acompañarla de unas directrices generales de actuación y unas obligaciones de supervisión. Por su parte, se aplicaría la teoría de las ventajas compensatorias, que se ha visto respaldada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 y de 27 de junio de 2017, según la cual el daño causado a la filial debe verse compensado por los beneficios que prevén obtenerse.

Tras ver el régimen que debería aplicarse a las transacciones ordinarias, más complejo resultan las transacciones extraordinarias, entendiéndose por tales aquellas que, por su cuantía significativa o su naturaleza cuantitativa, tienen un impacto relevante en las relaciones internas. Una vez más, la regla de la abstención se antoja inadecuada porque no estamos ante meras operaciones vinculadas, sino ante operaciones *intragrupo* y porque despoja a la mayoría (a los administradores dominicales de la filial designados por la matriz) de su potestad de gobierno estratégico. Propone el autor que, si la transacción sospechosa no está saneada por no haber sido aprobada por la mayoría de la minoría de accionistas, no quedará más remedio que imponer la carga de la prueba sobre la razonabilidad de la transacción a la mayoría que la adoptó. Algo muy importante que destaca el autor es que en estos casos el conflicto no se tiene como tercero, sino como socio (sea por cuenta propia en el caso de la matriz o por cuenta ajena en el caso de los administradores dominicales de la filial) y, por tanto, no es aplicable

la regla de la abstención, sino la del *entire fairness test*. Para estos conflictos por cuenta del socio la regla aplicable sería la del artículo 190.3 LSC.

En sus conclusiones PAZ-ARES resume las tesis que ha empleado para desmontar aquellas que pretenden construir un derecho especial de sociedades para los grupos. Para los grupos planos, aquellos íntegramente participados por la matriz, no existe inconveniente para recomendar la doctrina de la organización, si bien no como tesis exorbitantes o derecho especial. En todo caso, para la protección de los accionistas de la sociedad matriz y de los acreedores de la sociedad matriz, bastan las reglas y los principios del derecho de sociedades, del derecho de obligaciones y del derecho concursal.

LÓPEZ PELÁEZ, Patricia, «*Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales*», Ed. Tirant Lo Blanch, 2020. Monografía.

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO
Catedrática de Derecho civil. UNED

También en tiempos de pandemia como los que nos asolan, con sus devastadoras consecuencias sociales y económicas, el tema que aborda la Profesora LÓPEZ PELÁEZ en su última monografía (*the latest, no the last*: ¡sabios los idiomas como el inglés, o el gallego, que diferencian y piensan que la última no es todavía la última!) presenta, ahora, nuevas vertientes.

Bajo el título *Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales*, la autora despliega su mejor *know how* académico y jurídico para desarrollar propuestas de reformas necesarias y urgentes acerca de las cargas de la sociedad de gananciales. No es la autora una investigadora iniciática en esta materia relacionada con el régimen económico matrimonial. Todo lo contrario. Destacamos, ahora, algunos de sus trabajos que, seguramente, contribuyeron a crear un caldo de cultivo adecuado para elaborar la monografía que ahora presentamos. Se trata, por ejemplo, de sus Reflexiones en torno al régimen económico matrimonial de participación en las ganancias en la nueva legislación catalana: su valoración con relación al derecho común, en *Actualidad Civil*, núm. 7, 12 al 18 de febrero, 1996, págs. 137 a 151; o su Gestión de los conflictos en materia de pagos relacionados con el sostenimiento de la familia, en *La solución alternativa de conflictos en los nuevos modelos de familia*, SÁNCHEZ GARCÍA, A. y LÓPEZ PELÁEZ, P. (coords.), ARANZADI, Madrid, 2018, págs. 37 a 69.

Destaca la profesora LÓPEZ PELÁEZ en esta obra monográfica que una de las cuestiones peor resueltas en derecho común sobre el pasivo de la sociedad de gananciales, destinada a plantearse con cada vez mayor frecuencia a la vista del aumento de las familias reconstituídas, es la articulación del deber de mantenimiento de los hijos de uno solo de los cónyuges. El problema se plantea, especialmente, si el nuevo matrimonio del cónyuge progenitor está sometido al sistema de sociedad de gananciales, porque ahí se genera un patrimonio común que en principio ha de responder del sostenimiento de la familia.

La regla del Código civil para estos casos resulta clara en una primera lectura del artículo 1362.1: todo depende de si el hijo o hijos de uno solo de los cónyuges conviven o no en el hogar familiar. Si el hijo de uno solo de los cónyuges con-