

1

APROXIMACIÓN A LOS INTERESES EN PRESENCIA EN EL DERECHO DE SOCIEDADES CONTEMPORÁNEO¹

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

1. **El protagonismo, clásico y exclusivo, del interés social.**
2. **La efervescencia de los intereses en el Derecho de sociedades contemporáneo.**

II. INTERESES Y DERECHO FIRME.

1. **El interés social.**
2. **El interés de la empresa.**
 - 2.1. Presentación y aproximación a su contenido.
 - 2.2. La singularidad del interés de la empresa y el papel de los administradores sociales.
 - 2.3. La interacción del interés de la empresa con el interés social.
3. **Los intereses generales.**
 - 3.1. Premisa.
 - 3.2. RSC y sostenibilidad desde la perspectiva del Derecho firme: la ley 11/2018 y la regulación de la información no financiera.

III. INTERESES Y DERECHO BLANDO.

1. **El interés social.**
 - 1.1. Planteamiento.
 - 1.2. Las razones de la innovadora postura del CBGSC en punto al interés social.

1. El presente trabajo forma parte del proyecto de investigación “Derecho de sociedades e intermediarios financieros en la Unión europea” (AICO/2021/166), concedido por la «Conselleria d’Innovació, Universitats, Ciència y Societat Digital» de la Generalitat Valenciana, del que son investigadores principales los profesores Luis Hernando Cebriá y Vanessa Martí Moya.

2. Los intereses generales: RSC y sostenibilidad.

- 2.1. Premisa.
- 2.2. Promoción de la diversidad.
- 2.3. Sobre el modo de organizar internamente la gestión y supervisión de RSC y sostenibilidad (I): la comisión de auditoría.
- 2.4. Sobre el modo de organizar internamente la gestión y supervisión de RSC y sostenibilidad (II): tratamiento específico de la sostenibilidad.
- 2.5. La retribución de los administradores en su relación con la sostenibilidad.

IV. EL INTERÉS DEL GRUPO.

1. Premisa: la legitimidad del grupo, como forma de empresa, en el Derecho español.

2. La realidad del interés del grupo.

- 2.1. Consideraciones generales.
- 2.2. El interés del grupo y la sentencia del Tribunal Supremo 695/2015, de 11 de diciembre.
- 2.3. El interés del grupo como interés de la empresa de grupo.
- 2.4. El relieve de la libertad contractual en la configuración del grupo y de su interés.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

1. El protagonismo, clásico y exclusivo, del interés social

Aun con riesgo de simplificar en exceso, puede decirse que ha correspondido al interés social el protagonismo absoluto a la hora de determinar cuántos y cuáles eran o podían ser los intereses implicados en el funcionamiento de la “maquinaria jurídica” que representa toda sociedad mercantil, en particular cuando es de naturaleza capitalista². No parece necesario extenderse demasiado en justificar este aserto, ya que un mero repaso a la legislación societaria vigente en numerosos países, así como a la doctrina especializada, durante el pasado siglo permitirá comprobar su pertinencia, sin perjuicio, claro está, de muy distintos matices.

Es evidente, desde luego, que los operadores jurídicos y, en menor medida, el legislador, eran conscientes de la presencia de otros intereses, así como de su potencial afectación, sobre todo cuando nos encontrábamos ante una sociedad mercantil de gran tamaño, por lo común de carácter abierto y cotizada en Bolsa. Resultaba claro, en tal caso, que el interés social, sin perjuicio de su indudable predominio, aparecía acompañado de otros intereses, algunos de ellos de más amplio alcance

2. Así ya, RIPERT, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1946 (hay diversas traducciones al español).

y de considerable trascendencia en el ámbito operativo de esa concreta modalidad societaria.

Pero fuera de esta circunstancia, que dio lugar a relevantes reflexiones en diferentes épocas del pasado siglo³, no era dudoso, cuando se trataba de comprender globalmente el entero fenómeno societario, que correspondía prestar atención, de manera prácticamente exclusiva, al interés social. Más allá de los debates sobre su contenido, en la permanente confrontación entre el planteamiento contractualista, predominante, por lo común, y el de cuño institucional, el objetivo de la normativa societaria consistía, no tanto en tomar partido en tal disputa, sino en establecer algunos mecanismos de tutela de ese interés. Se trataba, en síntesis, de promover su realización, evitando en lo posible su sometimiento a intereses no corporativos, tomando el término en sentido estricto, como los de los socios o de sujetos o entidades a ellos vinculadas.

2. La efervescencia de los intereses en el Derecho de sociedades contemporáneo

Diversos hechos, que sería largo de explicar, han reducido la exactitud de estas palabras, al tiempo que han traído a colación, por diversas vías, distintos intereses, bien concretos, bien de amplio alcance, según los casos, de modo que bien puede hablarse en nuestros días de una pluralidad de intereses en el ámbito societario, sin que, por regla general, se suela definir normativamente su naturaleza y su contenido. Y aunque el interés social no parece haber perdido su tradicional posición relevante, resulta evidente la posibilidad de que surjan interferencias de distinto significado entre él y los restantes intereses contemplados en el actual Derecho de sociedades; no parece exagerado hablar, así, de una “dialéctica de los intereses”⁴, común a múltiples ordenamientos, y desprovista, por regla general, de la debida consideración normativa.

Entre nosotros, la todavía reciente Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se ha implementado la directiva 828/2017, de 17 de mayo, de implicación a largo plazo

3. Entre nosotros, tempranamente, GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*, Madrid, 1933 (se cita por la reimpresión, con prólogo de Aurelio Menéndez, editada en Madrid, Civitas, 1998).

4. Cfr., por muchos, PACIELLO, A. (dir.), *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Napoli, Jovene editore, 2011. Esta pluralidad de intereses y su continua interacción, sobre todo en las sociedades de mayor tamaño, es susceptible de producir conflictos de distinto alcance y refleja, en última instancia, la lucha por la titularidad y el ejercicio del poder de decisión en dichas personas jurídicas. Al respecto, por muchos, ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Madrid, Civitas/Fundación Universidad-Empresa, 1982. En materia de conflictos de intereses dentro del ámbito societario, últimamente, AA.VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, y, de manera más específica, HERNANDO CEBRIÁ, L. (dir.), *Conflictos de intereses en las sociedades de capital: socios y administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2022.

de los accionistas, ha traído consigo una significativa novedad en el tema que nos ocupa mediante el reconocimiento expreso del interés de la empresa a propósito del deber de diligencia de los administradores sociales (art. 225.1.º, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante, LSC). Del mismo modo que en el caso del interés social, tampoco aquí se nos da indicación alguna sobre su particular contenido, si bien no puede ignorarse el relieve que dicho reconocimiento implica ni el hecho de que mediante este particular supuesto se incrementa y se hace más compleja, si cabe, la dialéctica de los intereses antes referida.

En el presente trabajo no se pretende ofrecer resultados concluyentes en torno a cuestiones tan problemáticas, sino, meramente, presentar algunas reflexiones sobre la situación actual de intereses en el Derecho español de sociedades de capital. Se hará alusión, desde luego, a todos aquellos que aparezcan expresamente reconocidos como tales en nuestro ordenamiento; pero también se tendrán en cuenta otros privados de ese reconocimiento, como el llamado “interés del grupo”, como resultado de su efectiva realidad y de su paulatina consideración, no sólo por la doctrina, sino también por la Jurisprudencia.

A la altura de nuestro tiempo, tal análisis no puede limitarse al sector específico del Derecho firme, a pesar de que es en su ámbito donde la presencia de los intereses ha ido adquiriendo el perfil de mayor relieve dentro del ámbito societario. Hace falta, en tal sentido, completar el estudio con la referencia al Derecho blando, a través, esencialmente, de la consideración del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (en adelante, CBGSC). Este planteamiento resulta hoy imprescindible, sin perjuicio de la diferente naturaleza del *soft Law* respecto del Derecho firme, dado que entre sus principios y recomendaciones encontramos referencias significativas al tema que nos ocupa, no sólo por lo que se refiere al interés social (mediante una peculiar delimitación), sino también a los intereses generales, gracias a la recepción de fenómenos tan relevantes como la responsabilidad social corporativa (RSC) o la sostenibilidad.

II. INTERESES Y DERECHO FIRME

1. El interés social

No es este el momento de adentrarse en el análisis específico de la noción de interés social, objeto, por otra parte, de una muy amplia bibliografía en la que se destaca, de acuerdo con la propia evolución del Derecho de sociedades, su complejidad y la dificultad consiguiente de delimitarlo de manera suficientemente satisfactoria⁵. Ha

5. La bibliografía sobre el interés social es amplísima y no resulta posible dar aquí una referencia pormenorizada de la misma, teniendo en cuenta, además, su destacado relieve a lo largo de la vigencia del moderno Derecho de sociedades de capital, desde el pasado siglo y, entre nosotros, a partir sobre todo de la

sido tradicional entre nosotros que la regulación propia del Derecho firme no haya determinado, ni tan siquiera mínimamente, el contenido de dicha expresión, correspondiendo a la doctrina y la Jurisprudencia la ardua tarea, no cumplida plenamente hasta el momento, de encontrar un sentido unívoco a la misma.

Resulta claro, en todo caso, que la referencia al interés social en el Derecho (firme) de sociedades se lleva a cabo con una finalidad que, sin excesiva precisión, bien podría denominarse tuitiva. En este sentido, con la acción de los órganos sociales, se trata de defender, de entrada, y de promover, en segundo lugar, ese interés, por entenderlo expresivo de la unidad jurídica organizada y en funcionamiento que es la sociedad mercantil de capital.

entrada en vigor de las leyes de sociedades en la década de los cincuenta. Precisamente, de esa época es una de las aproximaciones más relevantes en ese contexto normativo, susceptible, por otra parte, de ser útil con posterioridad e, incluso, en el momento presente. Nos referimos a la ya clásica monografía de DUQUE, J., *Tutela de la minoría: impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 L.S.A.)*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1957. En épocas más recientes, no se ha reducido la inclinación de la doctrina por el tratamiento de la magnitud que ahora nos ocupa, como consecuencia, esencialmente, de su extraordinario papel en la organización de las sociedades mercantiles de capital y en el contexto, cada vez más destacado, de los conflictos societarios. Sin posibilidad de ofrecer un elenco suficientemente expresivo del planteamiento doctrinal, remitimos al lector a una serie de valiosos trabajos, cuya consulta permitirá situar el problema a la altura del momento presente. Pueden verse, en tal sentido, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, en RODRIGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, II, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 851-914; MORILLAS JARILLO, M.^a J., “El problema de la determinación del interés social en las sociedades anónimas, a luz del derecho español”, en PACIELLO, A. (dir.), *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Napoli, Jovene, 2011, pp. 91-146; ALCALÁ DÍAZ, M.^a A., “El interés social en la sociedad anónima cotizada. Nuevas perspectivas para un concepto clásico del Derecho de sociedades”, en FERNÁNDEZ TORRES, I./ARIAS VARONA, F. J./MARTÍNEZ ROSADO, J. (coord.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid, Iustel, 2018, pp. 39-72; ESTEBAN VELASCO, G., “Buen gobierno, fin/interés social y responsabilidad social corporativa. Hacia un modelo de gobierno corporativo sostenible”, *cit.*, pp. 969-1024, así como, últimamente, HERNANDO CEBRIÁ, L., “Trajectorias del interés social en las sociedades cotizadas”, *RDBB*, núm. 158, 2020, pp. 39-86, y GUERRERO TREVIJANO, C., “Interés social y gestión social sostenible”, en AA.VV., *Derecho de sociedades, concursal y de los mercados financieros. Libro Homenaje al profesor Adolfo Sequeira Martín*, Madrid, Sepin, 2022, pp. 471-496. Más allá de sus posibles acuerdos o discrepancias, los trabajos citados tienen en común el hecho de referirse a las sociedades cotizadas, donde el interés social, por las razones, bien conocidas, indicadas en el texto, adquiere una mayor complejidad y entra en relación con otros diversos intereses, tomando como contexto sistemático el relativo al gobierno corporativo. Y aunque la propia evolución legislativa, como se intenta señalar en el texto, traslada buena parte de esa complejidad al ámbito entero del Derecho de sociedades de capital, es lo cierto que la reflexión sobre el concepto que nos ocupa muestra un considerable déficit a propósito de las sociedades cerradas, es decir, no cotizadas, con especial relieve en punto a las de menor dimensión empresarial. Y es verdad, por último, que algunas tendencias doctrinales relevantes en las últimas décadas, como el análisis económico del Derecho, han intentado limitar el relieve del interés social, como consecuencia de la radicalidad de sus planteamientos (*cfr.*, al respecto, DENOZZA, F. “Verso il tramonto dell’«interesse sociale»”, en PACIELLO, A. [dir.], *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, *cit.*, pp. 77-90). La evolución más reciente parece postular, con todo, un cierto reverdecimiento de dicha noción, si bien en un contexto, como se intenta indicar en el presente trabajo, de complejidad institucional y organizativa, susceptible de traducir, en el plano concreto de las sociedades de capital, la confluencia, no siempre pacífica, de diversos y heterogéneos intereses; *cfr.*, también en la doctrina italiana, TOMBARI, U., “Poteri” e “interesse” nella grande impresa azionaria, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, si bien en el contexto, una vez más, de las sociedades anónimas abiertas, donde adquiere la cuestión mayor relieve.

Prescindiendo también de cualquier consideración histórica, a pesar de que la evolución de nuestro Derecho de sociedades hasta fechas recientes no puede considerarse significativa en el tema que nos ocupa, resulta obligado exponer, siquiera sea por vía de muy apretada síntesis, los aspectos básicos que sobre el interés social se encuentran en la vigente regulación societaria. La primera mención, reveladora de una continuidad normativa no precisamente positiva, ha de referirse a la ausencia de cualquier orientación sobre lo que signifique el interés social en la dinámica societaria. Así se advierte a propósito de la impugnación de acuerdos sociales de la Junta general (art. 204 LSC), materia donde cabe situar entre nosotros el “centro organizador” de la cuestión⁶.

No parece necesario decir que en el precepto citado se habla, lisa y llanamente, de “interés social”, de acuerdo –conviene reiterarlo– con lo que ha sido tradicional en el Derecho español de sociedades. El recuerdo de esta circunstancia no es precisamente inconveniente, porque, en segundo lugar, disponemos en la actualidad de otra alusión a la magnitud que nos ocupa, si bien con un peculiar cambio terminológico. En este sentido, por un lado, el art. 204 LSC se refiere al interés social a propósito de la impugnación de los acuerdos de la Junta, y, por otro, el art. 227 LSC alude al “interés de la sociedad” como elemento de necesaria consideración y respeto por parte de los administradores sociales en el marco de su deber de lealtad. Si en el primer caso, la función del interés social es la de fijar un límite al poder de la mayoría sólo operativo en un contexto judicial, en el segundo caso aparece contemplado como un elemento permanente a cuyo contenido habrá de atenerse la conducta de los administradores.

No es fácil emitir una opinión fundada sobre la trascendencia que, en su caso, pueda tener la indicada diferencia terminológica, difícilmente justificable, por otra parte, a la vista de la propia tradición normativa española donde, como se deduce de lo expuesto, sólo encontramos alusiones expresas a la fórmula “interés social”. Fue la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2003, de 17 de julio, mediante la que se modificaron la Ley del Mercado de Valores y el Texto refundido de la Ley de Sociedades anónimas (más conocida como “Ley de Transparencia”), el origen de la alusión al “interés de la sociedad”, que hoy, como acabamos de indicar, persiste en la LSC. No sería descabellado entender que, con este último enunciado, se intentaba dar cobertura normativa a una visión más institucionalizada del tema que nos ocupa⁷, superadora de su identificación tradicional con el interés común de los

6. Lo mismo habría que decir, como consecuencia de la remisión normativa existente, en relación con la impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración (art. 251 LSC), materia ésta menos tradicional entre nosotros y ciertamente no común en el panorama del Derecho comparado. Sobre esta impugnación, sigue teniendo interés, sin perjuicio de la evolución normativa en materia societaria y en un marco típico más reducido que el actual, la monografía de ALCALÁ DÍAZ, M.^a A., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1998.

7. En este sentido, EMBID IRUJO, J. M., “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas”, *CDC*, núm. 46, 2006, pp. 9-49. No conviene olvidar, por otra parte, que la mencionada Ley 26/2003, se elaboró “con el fin de reforzar la transparencia en las sociedades

socios (y vinculada, si se quiere implícitamente al ánimo de lucro). Sin embargo, no parece haber prosperado este criterio interpretativo ni en la doctrina ni, sobre todo, en la jurisprudencia, donde la referencia al interés social (así enunciado), desde la perspectiva contractualista, es notoriamente predominante⁸.

2. El interés de la empresa

2.1. Presentación y aproximación a su contenido

Esta sumaria presentación del interés social en el Derecho firme, con la alusión última en torno a la dudosa viabilidad de una visión institucionalista en su ámbito, quizá ayude a entender la reciente aparición entre nosotros del (un tanto inesperado⁹) interés de la empresa, como consecuencia de la reforma llevada a cabo en

anónimas cotizadas”, según la formulación expresa incluida en su título. De ahí, por tanto, se dedujo no sólo el nombre con el que fue (y sigue siendo) conocida, sino también el ámbito tipológico sobre el que se proyectaba el régimen en ella previsto, en el que adquiere mayor sentido la visión institucionalista del interés social. A pesar de esta circunstancia, el tratamiento de dicha materia se extendió a todas las sociedades de capital, con independencia de su tipo y, sobre todo, de su dimensión, lo que, quizá, impedía ubicar bajo la fórmula normativa definitivamente aprobada una orientación homogénea en el tema que nos ocupa. Un planteamiento reciente y completo sobre los deberes de los administradores de las sociedades de capital (y no sólo de las anónimas), tras la reforma de la LSC por la Ley 31/2014, en PIEDRA ARJONA, J., *Los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2021.

8. En esta línea, puede verse, últimamente, la sentencia del Tribunal Supremo 889/2021, de 21 de diciembre, donde se contienen algunas afirmaciones significativas orientadas, en apariencia, a mostrar alguna singularidad del “interés de la sociedad” en relación con el interés social entendido como el “interés común de los socios”. En ese fallo, se dice que “En una sociedad de capital, el interés social, aunque no se agote en el interés propio de los socios, viene en gran medida conformado por dicho interés. No en vano, la sociedad tiene una connatural finalidad económica (lucro), que presidió su constitución y el desarrollo de su actividad, y que ordinariamente redundaba en beneficio de sus socios. Lo anterior no impide que al reconocer personalidad jurídica propia a la entidad, distinta de sus socios, y al dotarla de un objeto social y, consiguientemente, de una finalidad, pueda hablarse de un interés de la propia sociedad. Este interés social no se identifica con el de los socios, pero se nutre del interés de estos últimos, y por eso la jurisprudencia referencia el interés social al interés conjunto de los socios”. En relación con el ánimo de lucro, véase más recientemente, la importante resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de diciembre de 2020 (BOE de 9 de enero de 2021), que considera al ánimo de lucro un elemento natural, pero no esencial, en la constitución de una sociedad mercantil, declarando, en tal sentido, la plena validez de una sociedad de responsabilidad limitada en cuyos estatutos fundacionales se excluía por completo el ánimo de lucro para colocar en su lugar, como causa y objeto de dicha sociedad, la consecución de finalidades y propósitos de interés general.

9. En este sentido, EMBID IRUJO, J. M., “El inesperado interés de la empresa”, trabajo destinado al Libro Homenaje al profesor Jesús Quijano, actualmente en prensa. Que el reconocimiento legislativo del interés de la empresa fuera inesperado se deduce, no sólo, de la “cosa en sí”, es decir, de que esta magnitud no parecía encontrarse en el debate societario actual, sino también de que nada había en la directiva 828/2017, de la que trae causa la Ley 5/2021, susceptible de causar la modificación del art. 225.1.º LSC. A propósito de este asunto, puede decirse, por tanto, que en lo que atañe al interés de la empresa no ha habido “adaptación” al Derecho europeo, sino exclusivamente “reforma” del ordenamiento nacional por la sola iniciativa del legislador español; traemos, así, a colación, una vez más, los términos en los que se expresó la Ley 19/1989, de 25 de julio, mediante la cual se incorporaron a nuestro ordenamiento las directivas europeas en materia societaria vigentes al momento del ingreso de España en la Unión, y con la que se inauguró la etapa actual del Derecho de sociedades patrio.

la LSC por la Ley 5/2021, según se ha indicado previamente. En tal sentido, el art. 225.1.º LSC, a propósito del deber de diligencia de los administradores, recoge tal modalidad de interés, sin aludir mínimamente a su posible contenido, y establece en todo caso que a dicho interés quedarán jerárquicamente subordinados los intereses particulares de los propios administradores.

La fórmula empleada por el legislador, aun no siendo desconocida, por otra parte, en la doctrina, resulta en sí misma poco nítida (por no decir incolora¹⁰) en lo que se refiere al aspecto esencial de su contenido. No es fácil, por otra parte, deducir algún elemento de claridad en este asunto, teniendo en cuenta que el legislador no ha proporcionado criterios sólidos a la hora de introducir en el Derecho de sociedades este (nuevo) interés¹¹. Con todo, desde un punto de vista doctrinal, parece posible identificar dos niveles, de distinto alcance, dentro de la magnitud denominada “interés de la empresa”.

De un lado, y con mayor criterio de generalidad, cabe entender que dicho interés será el elemento distintivo de toda empresa, con independencia de su dimensión, forma jurídica de organización y demás elementos caracterizadores, entendida, eso sí, como “unidad productiva en funcionamiento”. Se desplaza, de este modo, la interpretación de la fórmula en estudio al significado efectivo de lo que la empresa, como realidad económica en el mercado, pueda llegar a significar. El tema enlaza con la propia noción jurídica de empresa, como elemento central de diversas disciplinas, como sucede, sobre todo, con el Derecho mercantil¹².

10. Es frecuente que figuras e instituciones consustanciales al significado y desarrollo mismo del Derecho, y, por ello, aparentemente nítidas en cuanto a su razón de ser y su contenido, se encuentren desprovistas de una clara delimitación, así como de una precisa función, pudiendo servir para múltiples fines. Es lo que sucede, por ejemplo, con la *traditio*, sobre la que autorizadamente se ha dicho (cfr. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1943, p. 291, *apud* GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, F., *Arrendamiento*, “aestimatio” y *compraventa en Gayo III*, 146, Madrid, 1984, p. 21) que “es un hecho en sí mismo incoloro y equívoco, que puede servir para realizar fines múltiples”. La frase, concebida en el contexto de una figura clásica, y sometida, por lo tanto, a las circunstancias estrictas del Derecho privado, resulta especialmente idónea a propósito del interés de la empresa, magnitud, sin duda, mucho más evanescente que la *traditio* y quizá, en tal sentido, desprovista no sólo de un nítido color, sino también propensa a equívocos considerables.

11. Sobre la razón de ser de esta modificación legislativa, con especial referencia al proceso de tramitación parlamentaria de la enmienda de la que surgió, véase ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas modificaciones recientes en Derecho español sobre el gobierno corporativo, la RSC y el interés social. Una primera aproximación”, en AA.VV., *Derecho de sociedades, concursal y de los mercados financieros. Libro Homenaje al profesor Adolfo Sequeira Martín*, Madrid, *cit.*, pp. 417-432, especialmente pp. 418-420.

12. No se nos oculta que la diferenciación del interés de la empresa respecto del interés social tiene como presupuesto ineludible la delimitación de lo que quepa entender por empresa en nuestro Derecho, con las dificultades que a tal efecto nos son conocidas, sin perjuicio de su notorio relieve, por muy diversas vías, en el tráfico jurídico. Puede destacarse, en este sentido, la importancia de la empresa en cuanto tal, y sin perjuicio de su conexión con las formas societarias mercantiles, a propósito de su transmisión como unidad (cfr. HERNANDO CEBRIÁ, L., *El contrato de compraventa de empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005). No es ajeno, por otra parte, el término “empresa” a la propia

De otro lado, resulta posible insertar dentro del interés de la empresa, también como elemento distintivo del mismo, pero con menor nivel de generalidad, una serie de cuestiones relevantes referidas a la posición jurídica de los correspondientes trabajadores. Esta orientación enlaza con el conocido supuesto de la cogestión laboral, de gran relieve en algunos países de la Unión europea, como, sobre todo, Alemania, pero todavía de escasa trascendencia entre nosotros. Se trata con ello de facilitar la participación de esos mismos trabajadores (o, más precisamente, de sus representantes) en el proceso decisorio de la sociedad, titular de la empresa, mediante su integración en el órgano administrativo de la misma.

Estos dos niveles, que se presentan como posibles respuestas a la inexorable tarea de interpretar el significado jurídico del interés de la empresa, ponen de manifiesto, siempre que se considere adecuado dicho planteamiento, el contenido plural de la magnitud que nos ocupa. Y es que, además de los dos niveles considerados, bien podrían formar parte de la misma las finalidades de otros colectivos, siempre que, claro está, tuvieran relación directa en su operativa profesional con la “unidad productiva en funcionamiento” que es la empresa¹³.

2.2. *La singularidad del interés de la empresa y el papel de los administradores sociales*

Con independencia de lo que pueda pensarse en torno a su contenido, parece evidente, al menos en una aproximación literal, que el interés de la empresa vendría a ser una magnitud autónoma, diferenciada, en principio, del interés social, sin perjuicio de que la visión institucional de este último, en caso de que fuera posible, permitiera postular alguna cercanía entre ambos.

Por otra parte, si se rechazara la hipótesis de la diferencia sustancial entre nuestra figura y el interés social, sin dar valor alguno al cambio terminológico, la reforma legislativa no solo resultaría extraña sino, incluso, absurda, además de contradictoria; tal cosa se debería a que ya era evidente con anterioridad la obligación

regulación societaria, como se deduce de lo establecido en el art. 66 LSC, en relación con la aportación de empresa, precisamente, al proceso constitutivo de una sociedad de capital, así como, bajo su derivación en forma de adjetivo, en el art. 226 LSC, relativo a la protección de la discrecionalidad empresarial. A propósito de la regulación de la empresa en el marco de la frustrada reforma del Código de comercio, *cfr.* TORRES SEGURA, M., “La empresa en el Anteproyecto de Código Mercantil”, *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 57-97.

13. Con lo indicado en el texto, partimos, como parece lógico, del *going concern*, a tenor, desde luego, del propio concepto de empresa, pero también de la vigencia entre nosotros del principio contable de “empresa en funcionamiento” (art. 38, a) C. de c.) A tenor de esta última circunstancia, y de la propia regulación del código, de carácter presuntivo (“salvo prueba en contrario...”), lo expresado en el texto a propósito de la “unidad productiva en funcionamiento”, como condensación inicial del interés de la empresa, se habrá de tomar en cuenta, a nuestro juicio, como criterio igualmente presuntivo. Corresponderá a la diligencia de los administradores sociales (art. 225.1.º LSC) delimitar las circunstancias pertinentes para apreciar la operatividad, en su caso, de la empresa y obrar en consecuencia.

de los administradores de defender y promover el interés de la sociedad (o el interés social, según lo dicho previamente), a la vista de lo dispuesto en el art. 227 LSC. No cabe obtener otra conclusión, por tanto, que la que se acaba de formular.

Sobre la base de esta última matización, quizá pudiera sostenerse que el interés de la empresa vendría a ser una suerte de “supraconcepto” en el que se integraría el interés social, entendido como interés común de los socios, al lado de otros intereses como el de los trabajadores y otros círculos de sujetos o grupos cuya actividad apareciera referida primariamente a la empresa de que fuera titular la sociedad. Este criterio puede servir, desde luego, para dar una explicación razonable a la reforma legislativa, pero deja abiertas algunas dudas relevantes, sobre todo en lo que atañe a la delimitación del propio interés de la empresa y a la articulación en su seno de sus posibles y diversos componentes.

De ahí que terminemos por desembocar, según se ha indicado anteriormente, en la esfera institucional y jurídica de los administradores, como responsables de la gestión y representación de la sociedad (art. 209 LSC), cuya ubicación, por tanto, en el “núcleo activo” de la sociedad determina la inmediata incidencia de su conducta en la esfera societaria y, por tanto, en el o los intereses con ella vinculados. En tal sentido, los administradores necesitan perentoriamente “saber a qué atenerse” dentro del tema que nos ocupa, sin que la disciplina en vigor ofrezca argumentos suficientes para decidir, en caso de conflicto, cuál de los intereses habría de situarse en primer lugar frente a los restantes; y ello, sin perjuicio de la elaboración de posibles mecanismos compensatorios para el o los intereses que pudieran quedar relegados, lo que, como resulta evidente, habría de confiarse a la autonomía de la voluntad por vía estatutaria, por pacto parasocial o de cualquier otro modo que resultara jurídicamente viable¹⁴.

2.3. La interacción del interés de la empresa con el interés social

Un segundo problema derivado de la reforma legislativa llevada a cabo por la Ley 5/2021 tiene que ver con la relación del interés de la empresa, entendido en forma plural y relativamente institucionalizada, con el tradicional interés social, a propósito de un asunto del alto relieve práctico como es la impugnación de los acuerdos de la junta general por la lesión, precisamente, de este último. Dicho de otra manera, se trataría de saber, por ejemplo, si un acuerdo de la junta que fuera contrario a uno de los elementos integrantes del interés de la empresa podría ser impugnado sobre la base de lo dispuesto en el art. 204 LSC; es claro que en dicho

14. Sería el caso, en concreto, del grupo de sociedades, donde se confirma la existencia de una consolidada doctrina, sobre todo en Italia, en torno a las llamadas “ventajas compensatorias”, es decir, aquellas “aportaciones”, tomando la palabra en sentido muy amplio que dentro del grupo habrían de hacerse en favor de las sociedades que pudieran verse desfavorecidas como consecuencia de la supremacía del interés del grupo. Sobre esta cuestión, en el contexto del interés del grupo, *cfr. infra* IV.

precepto se habla de “interés social”, por lo que la respuesta a la pregunta planteada sólo podría ser afirmativa en el caso de que, o bien se identificara plenamente el interés social con el de la empresa, o este último absorbiera a todos los demás y se colocara, de este modo, en la vértice superior del edificio societario, sobre la base de la hipótesis que acabamos de formular¹⁵.

No es posible entrar aquí en el complejo reajuste interpretativo que sería necesario llevar a cabo para poner en consonancia el presupuesto ahora en examen con las condiciones relativas al procedimiento impugnatorio, tal y como se regula en los arts. 204 y sigs. LSC. Por otra parte, el problema no se ciñe exclusivamente a los acuerdos de la junta general, pues deberíamos plantearnos idéntica temática en el contexto del ya mencionado art. 251 LSC a propósito de la impugnación de los acuerdos del consejo de administración; y ello, sin saber con exactitud si los resultados a los que finalmente pudiera llegarse serían “susceptibles de exportación” a otros tipos societarios, incluidos aquellos, como las cooperativas, con diferente presupuesto causal¹⁶.

Como conclusión, siquiera provisional, parece posible afirmar que con la expresa recepción del interés de la empresa se habría producido la aceptación en nuestro ordenamiento societario (en su vertiente de “Derecho firme”) de una clara orientación de corte institucional, dentro de la que podrían jugar un papel relevante, según se ha indicado, tanto el interés de la empresa, como “unidad productiva en funcionamiento”, como los intereses de los correspondientes

15. En contra de la posibilidad de impugnar los acuerdos de la junta que lesionaran el interés de la empresa podría jugar *prima facie* el llamado “argumento de la taxatividad”, según el cual las causas de impugnación constituyen en nuestro Derecho *numerus clausus*, sin que quepa por lo tanto ir más allá de lo establecido precisamente en el art. 204.1.º LSC. Tal argumento, al decir de una autorizada doctrina (*cf.* PAZ-ARES, C., “Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción”, en GONZÁLEZ CASTILLA, F./NIETO CAROL, U. [dirs.], *Retos de la contratación mercantil moderna*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 47-110, especialmente, pp. 58-65) constituye criterio orientador de una reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia societaria y, de manera más específica, en lo que se refiere a la posibilidad de impugnar los acuerdos de la junta que se opongan a lo convenido en pactos parasociales, negada por el alto tribunal. En lo que atañe al problema ahora en estudio, el argumento de la taxatividad, de aplicarse con la misma firmeza, sólo serviría para impedir la impugnación del interés de la empresa cuando el concreto elemento violado por el acuerdo nada tuviera que ver con el interés social, desplazándose entonces el problema a la determinación del contenido de este último, con la habitual contraposición entre las orientaciones contractualista e institucionalista.

16. No se nos oculta, a este respecto, que la referencia al interés de la empresa, en cuanto tal, se encuentra ubicada en el art. 225 LSC, es decir, en una norma relativa exclusivamente a las sociedades de capital. Con todo, dicha noción puede contemplarse en el ámbito de otras personas jurídicas, de base asociativa (como las propias cooperativas, según se indica en el texto), o incluso a propósito de entidades puramente institucionales, como las fundaciones, siempre que, claro está, resulten ser titulares de actividades empresariales, supuesto posible entre nosotros, como es bien sabido, aun desprovisto de suficiente regulación. En todo caso, el problema planteado tiene una apreciable razón de ser y, como en tantas otras ocasiones, nos enfrenta con el significado que haya de atribuirse a una determinada tipificación legislativa (en nuestro caso, relativa al interés de la empresa) y su posible extensión, seguramente por vía analógica, a otros supuestos equivalentes. Para responder a este interrogante, sólo cuenta el jurista con los medios hermenéuticos generales que ofrece el ordenamiento, como consecuencia del ya advertido silencio del legislador en el marco de la reforma llevada a cabo por la Ley 5/2021.

trabajadores. No ha quedado claro, sin embargo, el alcance de esa aceptación, como resultado, sobre todo, de la ausencia en la disciplina legal de todo criterio seguro en torno a lo que quepa entender, de manera efectiva, por interés de la empresa¹⁷.

3. Los intereses generales

3.1. Premisa

El entendimiento del interés de la empresa en los términos antecedentes, con toda la provisionalidad que tal orientación implica, no debería conducir, en principio, a ver en él un modo de proteger objetivos transpersonales o, dicho de otra forma, a la introducción en el Derecho de sociedades de intereses comunes o de ámbito general. No es seguro, por ello, que resulte posible insertar en su ámbito, como regla general, todos y cada uno de los intereses de los *stakeholders*¹⁸, aunque no se nos oculta que en el caso de algunos de tales colectivos (proveedores, distribuidores, por ejemplo) cabría tender algún puente de cercanía o proximidad.

Precisamente, la referencia a los intereses generales y su potencial relieve en el Derecho de sociedades desborda a nuestro juicio los límites, ciertamente no claros, del interés de la empresa y se pone de manifiesto en los últimos años a través de realidades o supuestos puramente fácticos, como son los vinculados con la RSC o, de manera más reciente, con la sostenibilidad. En ese sentido, destaca desde hace tiempo la aspiración de numerosas sociedades, sobre todo las de mayor dimensión, a convertirse en empresas “socialmente responsables”, mediante, sobre todo, una precisa y diversificada configuración de su gobierno corporativo. Pero también el objetivo de llegar a ser una “empresa sostenible”, quizá con mayor radio de acción que en el caso precedente, se encuentra hoy ampliamente difundido.

17. Además de su inadecuada ubicación en el ámbito del deber de diligencia de los administradores sociales; en este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas modificaciones recientes en Derecho español sobre el gobierno corporativo, la RSC y el interés social”, *cit.*, pp. 426-428.

18. Excede de los objetivos del presente trabajo estudiar si cabe, y en qué medida, llevar a algunos o varios grupos de *stakeholders* (*rectius*, a sus representantes) al seno de la administración social. Este asunto ha tenido, y sigue teniendo, especial relieve en el ámbito del Derecho alemán de sociedades merced al sistema de cogestión laboral, como ya se ha advertido previamente en el texto, con presencia destacada en el consejo de vigilancia de las sociedades anónimas más importantes, dentro, claro está, del modelo dual de administración propia de aquel país. Sobre esta cuestión, y con reflexiones más generales sobre la materia, véase, últimamente, ZABALETA DÍAZ, M., *Gobierno corporativo en el sistema dual de administración*, Marcial Pons, Madrid, 2022. En nuestro ordenamiento, carente, como es sabido, de regulación sobre esta materia, sin perjuicio de algún lejano precedente (al respecto, GIMENO RIBES, M., “La cogestión de sociedades y los grupos transfronterizos”, *RdS*, núm. 60, 2020, pp. 225-272), no hay planteamientos relevantes que destacar, sin perjuicio, claro está, de la evolución que el gobierno corporativo pueda experimentar en los próximos años, como consecuencia, entre otros extremos, del relieve que corresponda a la RSC y la sostenibilidad.

En ambos casos, se trata *prima facie* de nociones no jurídicas que van adquiriendo, como en seguida se intentará mostrar, un cierto relieve dentro del ordenamiento, aunque no resulte sencilla su delimitación ni sea posible mostrar con la debida nitidez su respectiva singularidad. Ello es así, al margen de la posible semejanza o, incluso, identidad de determinadas conductas o actividades, llevadas a cabo por la empresa socialmente responsable¹⁹ o la empresa sostenible²⁰, con independencia, por regla general, de que en ambos casos nos situemos más allá de lo que propiamente exige la explotación económica desarrollada por cada empresa.

3.2. RSC y sostenibilidad desde la perspectiva del Derecho firme: la ley 11/2018 y la regulación de la información no financiera

Dentro del Derecho español, la manifestación reguladora más importante de las figuras que nos ocupan se encuentra en la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en la que se establece un régimen básico sobre la llamada “información no financiera”, y se pone de cuenta de las empresas y grupos de sociedades de mayor dimensión

19. Sobre RSC entre nosotros, ALFONSO SÁNCHEZ, R. (dir.), *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil* Granada, Comares, 2010, y RUIZ MUÑOZ, M./DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B. (dirs.), *Responsabilidad social corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019. Desde la perspectiva específica del Derecho de sociedades, quizá la disciplina jurídica más relevante para el tratamiento de la RSC, entre otros muchos, EMBID IRUJO, J. M./DEL VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016, CASTELLANETA, M./VESSIA, F. (dirs.), *La responsabilità sociale d'impresa tra Diritto societario e Diritto internazionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, SJÁJFELL, B./BRUNER, C. (eds.), *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, y, últimamente, STANZIONE, D., “Governo dell'impresa e comportamenti socialmente responsabili: verso un diritto societario della *corporate social responsibility*?”, *RDC*, núm. CXX-1, 2022, pp. 101-156, así como DEL VAL TALENS, P., “La responsabilidad social corporativa como instrumento de conciliación del interés de los socios con el interés común”, en AA.VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, cit., 2022, pp. 447-473. Entrelazando la Filosofía moral con el Derecho, cfr. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Ética y Derecho: el *compliance* como paradigma”, en RONCERO, A. (coord.), *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, II, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 1451-1526. Con todo, las referencias jurídicas sobre la RSC, con ser ya abundantes, resultan todavía cuantitativamente inferiores a las aportaciones propiamente económicas; desde esta perspectiva, por muchos, puede verse últimamente RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, J. M., “Refundar la empresa: misión responsable, gobierno participativo y bien común”, en DELGADO GÓMEZ, J. M./HUERTA ARRIBAS, E./OCAÑA PÉREZ DE TUDELA, C. (coord.), *Empresa, Economía y Sociedad. Homenaje a Vicente Salas Fumás*, I, Madrid, Funcas, 2021, pp. 343-365, con amplias referencias bibliográficas.

20. La bibliografía jurídica sobre sostenibilidad resulta hoy ya inabarcable. Cabe remitir al lector, entre otros muchos trabajos, en la doctrina italiana, a CACCAVALE, C., “Sulla ‘sostenibilità’ del Diritto”, en MANTUCCI, D./PERLINGIERI, G./D’AMBROSIO, M. (dirs.), *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017-2018*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, pp. 275-303, o, en la misma obra, CATERINI, E., “La ‘sostenibilità’ nell’ordinamento civile dinanzi all’intelligenza artificiale”, pp. 205-273; en la doctrina alemana, y desde la relevante perspectiva de la financiación, cfr. BUEREN, E., “Sustainable Finance”, *ZGR*, núm. 48-5 (2019), pp. 813-875. Desde una perspectiva tributaria, últimamente, VALMAÑA OCHAITA, M., “Fiscalidad corporativa y sostenibilidad empresarial”, en AA.VV., *Derecho de sociedades, concursal y de los mercados financieros. Libro Homenaje al profesor Adolfo Sequeira*, cit., pp. 497-515.

el deber de proporcionarla con arreglo a las normas en ella contenidas y sobre la base de los marcos ordenadores generalmente aceptados. Dicha Ley, directamente derivada de la transposición de las directivas aprobadas por la Unión europea en materia de RSC y sostenibilidad²¹, ha producido reformas considerables en nuestro ordenamiento, con modificaciones significativas en textos tan importantes para el Derecho de la empresa y de las sociedades como son el Código de comercio, la LSC y la Ley de Auditoría.

Este valioso paso permite confirmar, no obstante, el carácter incipiente que caracteriza al propósito regulador de nuestras figuras; ello es así, no sólo por la limitación de la materia objeto de tratamiento sino, sobre todo, por el hecho de haberse fijado precisamente en un aspecto externo o periférico de la RSC y la sostenibilidad, como es el establecimiento de un deber de información relativo a las cuestiones propias de su particular ámbito, sin entrar, precisamente, en el núcleo de su actividad y en interrelación con la estructura jurídico-organizativa de las empresas afectadas por dicho deber.

Como consecuencia de la regulación establecida en la Unión europea, la ordenación de la información no financiera por nuestro Derecho dista mucho de constituir un régimen coherente y sistemático, tal y como se deduce, en concreto, de la simple lectura del art. 49.6.º C. de c., relativo, como es notorio, al contenido del estado de información no financiera en los grupos de sociedades. La mencionada norma constituye, sin duda, un supuesto de Derecho firme y aspira a conseguir, dentro de la desbordante enumeración de las muy diversas circunstancias allí contenidas, una información exhaustiva desde la vertiente, que ahora nos interesa, de la responsabilidad social y la sostenibilidad.

Con todo, y como ejemplo, a la vez, de la fluidez de las categorías jurídicas en el momento presente, la regulación de la información no financiera en el Derecho español incorpora elementos propios del Derecho blando, tal y como se deduce de lo dispuesto en el citado art. 49.6.º C. de c., concretamente, en el apartado final de dicho párrafo. Sin perjuicio de la larguísima enumeración de situaciones “no financieras” sobre las que procedería informar, en la mencionada norma se relativiza el carácter vinculante del deber informativo que nos ocupa de acuerdo con lo que, en dicha materia, aplique el grupo de sociedades obligado, en su caso, a elaborar el estado de información no financiera. Cuando esto suceda, es decir, cuando el concreto grupo “no aplique ninguna política en alguna de las cuestiones previstas en este apartado 6”, bastará con que en tal documento se contenga una “explicación clara y motivada al respecto”²².

21. Téngase en cuenta la directiva 2013/34/UE, modificada por la directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre. Esta última se encuentra en la actualidad en proceso de reforma.

22. Entre nosotros, sobre este asunto, EMBID IRUJO, J. M./DEL VAL TALENS, P., “Enforcement and Policy Perspectives on Non-Financial Reporting in Spain”, *Revue Internationale des Services Financiers/Internacional Journal for Financial Services*, núm. 1-2 (2021), pp. 23-34.

Se acepta, así, en el ámbito propio del Derecho firme la vigencia, si se quiere matizada, del principio *comply or explain*, característico del Derecho blando o, más precisamente, de los códigos de buen gobierno corporativo. Se trata, una vez más, de una nueva consecuencia de la recepción del Derecho europeo en la materia, cuya valoración no puede hacerse aquí con detalle, aunque sea posible expresar una seria reserva sobre tal criterio de política jurídica.

Con todo, la normativa sobre información no financiera constituye, en la actualidad, el ejemplo más detallado –y, sin perjuicio de lo que acaba de decirse, más ambicioso– de la incipiente regulación, nacional y europea, sobre RSC y sostenibilidad, desde la perspectiva del Derecho firme. No es la única, por cierto, ya que en el ámbito específico de las sociedades cotizadas encontramos algunas referencias más, bien que de limitado alcance y con un carácter que puede calificarse de doble.

De un lado, aluden de manera puramente enunciativa a la RSC, considerada una “política” más de la sociedad cotizada, y, de otro, atribuyen su concepción y ejecución al consejo de administración de la misma. Así se advierte, de manera notoria, en el art. 529 bis LSC, cuando enumera las “facultades indelegables” del consejo de administración de la sociedad cotizada, incluyendo entre ellas a “la política de responsabilidad social corporativa”²³.

23. Al respecto, EMBID IRUJO, J. M., “Hacia la regulación jurídica de la responsabilidad social corporativa”, en DELGADO GÓMEZ, J. M./HUERTA ARRIBAS, E./OCAÑA PÉREZ DE TUDELA, C. (coord.), *Empresa, Economía y Sociedad. Homenaje a Vicente Salas Fumás*, I, cit., pp. 367-395, especialmente pp. 373-375. En este asunto, bien puede decirse que nos encontramos al comienzo de una carrera, seguramente larga e incierta, para la conversión de la RSC y la sostenibilidad en auténticas magnitudes jurídicas, más allá del significado que en otras órbitas, culturales o sociales, puedan llegar a tener. En esa larga carrera, de la que en el texto se han ofrecido meramente algunos apuntes, comienzan a aparecer, no obstante, ciertos elementos de tratamiento jurídico de las categorías que nos ocupan, en particular de la RSC, sin un apoyo normativo expreso, salvo excepciones (como es el caso del Derecho francés), y con consecuencias, en determinados supuestos, de considerable relieve. Nos referimos a la posibilidad, confirmada mediante diversos fallos judiciales, en particular de ámbito nacional, de imponer responsabilidad civil a sociedades dominantes de grandes grupos de empresa por la “conducta irresponsable” de alguna de sus filiales, es decir, por oposición a las finalidades y objetivos que se intentan proteger mediante la RSC (para una primera aproximación, EMBID IRUJO, J. M. “Responsabilidad social corporativa y responsabilidad civil”, *RDC*, núm. CXVII-2, 2019, pp. 209-236). Se trata de un supuesto que, aun teniendo algunos precedentes en el pasado, sobre todo por la vía del levantamiento del velo de la personalidad jurídica societaria, se empieza a consolidar en los últimos años, al calor, entre otras cosas, de una creciente aportación doctrinal. De entre esa amplísima bibliografía puede verse, por la amplitud del tratamiento y la orientación jurídico-comparativa, la monografía de ZAMMITTI, M.^a V., *La responsabilità della capogruppo per la condotta socialmente irresponsabile delle società subordinate*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020; desde la perspectiva específica del Derecho francés NASSE, L. “Devoir de vigilance. Die neue Sorgfaltspflicht zur Menschenrechtsverantwortung für Grossunternehmen im Frankreich”, *ZEuP*, núm. 4 (2019), pp. 773-801. En relación con la más reciente jurisprudencia, VAN DAM, C., “Breakthrough in Parent Company Liability – Three Shell Defeats, the End of an Era and new Paradigms”, *ECFR*, núm. 18-5 (2021), pp. 714-748. Parece evidente que esta singular evolución del tratamiento jurídico de la RSC toma como punto de partida la tutela de los derechos humanos y desplaza sobre el órgano de administración de las sociedades, en particular, de las más grandes, por lo común organizadas en forma de grupo internacional de empresas, la tarea de aplicar una notable diligencia en la supervisión y vigilancia del comportamiento llevado a cabo por las sociedades filiales del grupo.

III. INTERESES Y DERECHO BLANDO

1. El interés social

1.1. Planteamiento

El vigente CBGSC, siguiendo una cierta tradición de los textos de idéntica naturaleza que le han precedido, se refiere con claridad y detalle al interés social, tanto en sí mismo considerado, como en relación a otras magnitudes o intereses de alcance general, según sucede en el caso de la sostenibilidad y la RSC. No es fácil, con todo, precisar el alcance de tales referencias, sin perjuicio de que, por la propia singularidad del CBGSC, en cuanto ejemplo destacado del Derecho blando, el problema del tratamiento de una noción, como el interés social, deba hacerse seguramente en forma específica, no equivalente, por lo demás, a la que se observa en el caso del Derecho firme.

De entrada, hay que mencionar lo establecido en el principio 9 CBGSC, en el que se viene a situar al interés social como el elemento común que ha de ser promovido en su actuación por el consejo de administración; es más, según aclara el propio CBGSC, “todos los consejeros, con independencia de cuál sea el origen o la causa de su nombramiento, deben tener como propósito común la defensa del ‘interés social’. Adicionalmente, en el contexto actual en que estas recomendaciones van a ser aplicadas, no es posible desconocer que en toda actividad empresarial confluyen otros intereses a los que se debe dar respuesta”.

Sentado, de este modo, el criterio con el que deberá afrontarse la operatividad del interés social por parte de una sociedad cotizada, en el marco de la presencia de otros posibles intereses, la recomendación 12 se extiende en delimitar, con el detalle antes mencionado, lo que deba entenderse bajo dicha fórmula en el presente contexto. Así, tras reiterar que el consejo de administración se guiará en su actuación por el interés social, señala que esta fórmula debe ser entendida “como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa”. Siendo esto así, también el consejo de administración, según la misma recomendación 12, procurará “conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente”.

Nos encontramos ante una serie de enunciados de interpretación no fácil, si bien sería posible apreciar, de entrada, el mantenimiento, con otra terminología, de la clásica finalidad lucrativa en el ámbito societario (art. 116 C. de c.), entendida, eso sí, como un objetivo no único o exclusivo. Ello es consecuencia inmediata de la necesidad de compaginar dicho propósito con la continuidad y sostenibilidad del

negocio del que sea titular la empresa²⁴. Configurado de este modo, el interés social, dentro del CBGSC, deberá conciliarse con una amplia gama de intereses, entre los cuales algunos podrán ser considerados concretos y particulares en tanto que otros poseerán una dimensión común o general.

Con independencia, por lo demás, de la expresión usada en los textos indicados del CBGSC²⁵, parece evidente que se ha pretendido conjugar una pluralidad de intereses en el marco institucionalmente delimitado por la sociedad cotizada, destinataria, como es sabido, de los principios y recomendaciones del CBGSC. Se da un paso adelante respecto de lo establecido en textos precedentes, como, en particular, el llamado Código Olivencia²⁶, donde el *shareholder value*, de acuerdo, seguramente, con los planteamientos de la época, ocupaba un lugar de predominio muy notorio²⁷. Esta tendencia, todavía operativa durante bastante tiempo, empezó a sufrir modulaciones de diverso alcance en los sucesivos códigos de buen gobierno, sobre todo desde el llamado Informe Aldama, hasta llegar a la formulación actual, que goza, como ya se ha indicado, de una cierta tradición²⁸.

24. Al respecto, con planteamiento comparado, GUERRERO TREVIJANO, C., “Interés social y gestión social sostenible”, *cit.*, pp. 479-489.

25. No es este el lugar adecuado para extenderse sobre el contenido del CBGSC, no tanto o no sólo en lo relativo a las figuras o instituciones en él contempladas, sino en lo que atañe al modo de expresión plasmado en sus principios y recomendaciones para hacer posible su concreta delimitación. Resulta evidente que dicho texto no es precisamente un dechado de rigor jurídico en lo que se refiere, propiamente, a su expresión lingüística, a pesar de que las nociones en él consideradas correspondan, como regla general, a supuestos jurídicamente relevantes. Por el hecho de constituir Derecho blando, pero también por la llamativa laxitud con la que se han redactado los principios y las recomendaciones del CBGSC, al menos desde la perspectiva jurídica, no creemos que su interpretación pueda llevarse a cabo en los términos acostumbrados a propósito del Derecho firme. Este asunto, cuya importancia no puede ser soslayada, merece una atención que hasta el momento no ha recibido; para una primera aproximación al mismo, *cfr.* EMBID IRUJO, J. M., “Pautas para la comprensión y la interpretación del código de buen gobierno de las sociedades cotizadas”, en AA.VV., *Derecho de sociedades, concursal y de los mercados financieros. Libro Homenaje al profesor Adolfo Sequeira Martín*, *cit.*, pp. 433-449.

26. Sobre este texto, primero entre nosotros del Derecho blando en materia de gobierno corporativo, véase, por muchos, ESTEBAN VELASCO, G. (dir.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

27. Así se advierte, de manera expresa, en la última de las consideraciones generales con que concluye el código; en tal sentido, se dice que el interés social, a cuyo servicio ha de actuar el consejo de administración, se define “conforme a la regla de creación de valor para el accionista”. En las concretas recomendaciones subsiguientes a aquellas, nada se dice, por cierto, del interés social, cuya escueta delimitación se consideró en apariencia suficiente por quienes elaboraron el código, sin que, por otra parte, se aludiera a otros posibles intereses relevantes o significativos respecto del funcionamiento del consejo; un apunte breve sobre este asunto en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido”, en ESTEBAN VELASCO, G. (dir.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, *cit.*, pp. 55-93, especialmente p. 90.

28. Quizá el punto de inflexión más relevante en el tema que nos ocupa, desde la creación de valor para el accionista, como criterio exclusivo de delimitación del interés social, hasta el planteamiento pluralista del vigente CBGSC, se encuentre en el Código unificado de buen gobierno, de mayo de 2006, más conocido como “Código Conthe”. En su recomendación 7, se decía expresamente “Que el Consejo desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los

De este modo, resulta justificado entender que, de acuerdo con su planteamiento sustancialmente pluralista, el CBGSC da cabida, desde luego, al clásico interés social, pero también al interés de la empresa, así como a intereses de más largo alcance y de mayor ámbito, como son los que tanto la RSC como la sostenibilidad aspiran a promover. De hecho, las referencias a ambas magnitudes constituyen una constante a lo largo de su contenido y permiten confirmar la postura de “vanguardia”, si cabe la fórmula, que tiene el CBGSC dentro de nuestro Derecho a propósito de la materia ahora en estudio.

1.2. Las razones de la innovadora postura del CBGSC en punto al interés social

Esta orientación, que no parece discutible, frente al criterio mucho menos nítido del Derecho (firme) de sociedades, según lo anteriormente expuesto, encuentra su fundamento, a nuestro juicio, en la propia naturaleza de las entidades destinatarias de los principios y recomendaciones del propio CBGSC, es decir, las sociedades cotizadas. No se trata, por tanto, de las sociedades de capital en general, con independencia de su tipo, de su objeto y de su dimensión, sino de una modalidad singular de anónima, como son las sociedades cotizadas, cuyo relieve en el mercado y en muchos otros ámbitos, no sólo económicos, las convierte en sujetos singulares dotados de una extraordinaria capacidad de interacción y de influencia.

Sin que con esta caracterización pretendamos afirmar, de manera descomprometida, una suerte de función “cuasi pública” de estas sociedades, no parece posible ocultar que el avance hacia una visión no exclusivamente contractualista del interés social que parece contenerse en la indicada recomendación del CBGSC está dotado de una justificación superior a la que podría ofrecerse respecto de las restantes sociedades de capital²⁹.

accionistas y se guíe por el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el interés de la empresa. Y que vele asimismo para que en sus relaciones con los grupos de interés (*stakeholders*) la empresa respete las leyes y reglamentos; cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos; respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad; y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente”. No es el momento de analizar con detalle ésta elaborada formulación, algunos de cuyos elementos perviven, como es notorio, en el CBGSC. Sí merece la pena destacar la referencia expresa a la RSC, entendida como una actividad puramente voluntaria de la sociedad, sin ningún tipo de vinculación normativa externa. Por lo demás, sobre el curso evolutivo de los códigos de buen gobierno entre nosotros, en el marco de la regulación societaria, véase últimamente QUIJANO, J., “Nuevas tendencias de gobierno corporativo y evolución del Derecho de sociedades”, en ALONSO UREBA, A. (coord.), *Reflexiones actuales sobre problemas generales del derecho privado* (Iberdrola – Cuadernos de Derecho para Ingenieros, n. 52), Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 191-211, especialmente, pp. 200-204.

29. En relación con estos asuntos, véase ALONSO UREBA, A., “La sociedad anónima cotizada: el tránsito de lo contractual a lo institucional”, en ALONSO UREBA, A. (coord.), *Reflexiones actuales sobre problemas generales del derecho privado*, cit., pp. 151-170; también, QUIJANO, J., “Evolución y sistema de la sociedad cotizada en el Derecho español”, en EMPARANZA, A./MARTÍN OSANTE,

Pero, al mismo tiempo, el hecho de que el CBGSC sea, como sabemos, un texto perteneciente al Derecho blando sirve, en segundo lugar, como elemento explicativo de la postura, si se quiere “atrevida”, del legislador dentro del tema que nos ocupa. El atrevimiento, en realidad, no es excesivo, por lo que se refiere a la expresión de los intereses susceptibles de consideración en el marco de las sociedades cotizadas, aunque sí pueda llegar a serlo el hecho de contemplarlos en conjunto y de proponer su conciliación con el interés social, tal y como ya se ha descrito.

Con todo, parece evidente que el legislador del CBGSC, y, en general, de todo código de buen gobierno, se siente más “libre” para realizar experimentos ordenadores de lo que resulta habitual en el marco del Derecho firme; al fin y al cabo, en aquél ámbito no se trata de imponer una regulación o, cuando menos, de establecerla como normativa de carácter dispositivo, del todo pertinente cuando la autonomía de la voluntad no llegara a ponerse en práctica, lo que tantas veces sucede en la esfera societaria.

Ya sabemos, por lo demás, lo que significa el hecho de establecer enunciados como los que son propios de los principios y recomendaciones de un código perteneciente al llamado “Derecho blando”; todo depende, en última instancia, de la voluntad del destinatario, impelido, no por obligación sino, tal vez, por una suerte de carga, a explicar el motivo de no seguir el contenido de la recomendación en su caso propuesta.

Para explicar todas estas circunstancias, desde lo que hemos denominado “atrevimiento” del legislador del CBGSC, hasta el contenido de lo dispuesto (mejor sería decir de lo recomendado), quizá sea útil traer a colación un viejo distinguo, propio de la Edad Media, entre lo que los teólogos y juristas de la época llamaban *lex indicans*, de un lado, y, de otro, *lex imperans*.

Con esa contraposición, nítida, desde luego, en su inmediato significado, se quería aludir al importante hecho de que toda actividad reguladora no se traduce siempre en la formulación de preceptos inmediatamente eficaces a la vez que vinculantes. Ese objetivo sería propio y exclusivo de la *lex imperans*, si bien las finalidades de política jurídica, diríamos hoy (y de carácter esencialmente religioso, si nos situamos en el Medievo), pueden conseguirse mediante el instrumento de la *lex indicans*, la cual se limita a señalar conductas o comportamientos estimados como valiosos, cuya efectiva realización queda, no obstante, en manos de sus destinatarios³⁰.

El CBGSC, y, en general, todo código de buen gobierno regido por el principio *comply or explain* (criterio prácticamente universal, como sabemos, en el momento presente), puede ser comprendido en su íntima razón de ser mediante la anterior

J. M./ZURIMENDI, A. (dirs.), *Homenaje al profesor José María de Eizaguirre*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2020, pp. 361-386.

30. Para una explicación más precisa de estas nociones, véase WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho* (trad. esp. de Felipe González Vicén), Madrid, Aguilar, 1971, pp. 94-96.

distinción; sobre esa base, cabe afirmar, por tanto, que sus principios y recomendaciones vienen a expresar, frente al carácter religioso de la *lex indicans* medieval, una suerte de “moralidad corporativa” a cuya efectiva realización se intenta impulsar o inducir a las sociedades cotizadas.

Por tal motivo, y porque, en última instancia, se transfiere la decisión concreta sobre la puesta en práctica de los principios y recomendaciones a dichas entidades, el legislador del Derecho blando goza de una libertad prácticamente irrestricta, la cual le permite, entre otras cosas, traer al primer plano, con premura e inmediatez, buena parte de las ideas que gozan de prestigio en el debate empresarial de nuestro tiempo.

Si se mira bien, además, este concreto legislador³¹ no solo establece un marco plenamente disponible por las sociedades cotizadas, sino que, en cierto sentido, condiciona o perfila el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de las mismas en el amplio terreno del gobierno corporativo. Puede hablarse, así, de que los códigos de buen gobierno fomentan la autorregulación, teniendo que añadirse de inmediato, como factor correctivo que estaríamos ante una suerte de “autorregulación inducida”³²; y es que el establecimiento de ese marco, no obstante su disponibilidad, viene a fijar con mayor insistencia de lo que a primera vista pudiera pensarse el ejercicio efectivo del poder de disposición por parte de las sociedades cotizadas.

La “moralidad corporativa” expresada por los principios y recomendaciones constituye en tal sentido un reflejo, ni intenso ni tenue, de un cierto modo de sentir en el mundo empresarial; al mismo tiempo, contribuye a hacer posible su evolución, por la fuerza que irían adquiriendo algunos criterios como consecuencia, si vale el término, de su “positivación” en un código de buen gobierno.

2. Los intereses generales: RSC y sostenibilidad

2.1. Premisa

La exposición precedente, bien que limitada al relieve del interés social en el CBGSC, abre el camino para tratar del significado en tal texto de Derecho blando

31. Como en tantos otros aspectos relativos al Derecho blando, calificativo éste desprovisto de cualquier significación técnica, pero dotado “de una innegable fuerza expresiva” (así, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido”, *cit.*, p. 73), todas las referencias a él vinculadas se emplean con una alta dosis de “valor entendido”. De este modo, hablar de “normas”, “vigencia”, y, como en este caso, de “legislador”, entre otras posibilidades, no significa otra cosa que el intento de trasladar a nuestro campo expresiones propias del Derecho firme, las cuales, sin ser plenamente exactas en el contexto del Derecho blando, pretenden expresar el alcance y el relieve de este importante conjunto de proposiciones, carentes, eso sí, de valor vinculante para sus destinatarios.

32. Así ya EMBID IRUJO, J. M., “Concepto, delimitación y tipología de las sociedades de capital”, en EMBID IRUJO, J. M. (dir.), FERRANDO VILLALBA, M. L./HERNANDO CEBRIÁ, L./MARTÍ MOYA, V. (coord.), *Derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 13-36, especialmente pp. 27-29.

de otros intereses, de considerable protagonismo en nuestros días. Se trata de los intereses de alcance común o general, como consecuencia del amplio espacio de que disponen en dicho documento la RSC y la sostenibilidad, siguiendo, por otra parte, una tendencia inaugurada ya en la versión anterior de dicho texto, como es bien sabido³³.

En tal sentido, seguidamente intentaremos destacar, con algo más de detalle de lo que es característico en el presente trabajo, por razón de la novedad del tratamiento, el papel que ocupan a lo largo del CBGSC las menciones relativas a la RSC y la sostenibilidad. Se trata, sobre todo en esta última vertiente, de una referencia constante a lo largo del código, mediante la que se viene a manifestar, en su particular ámbito, la idea de “moralidad corporativa”, antes mencionada, como elemento distintivo del CBGSC.

En ese régimen, si cabe utilizar tal término, a pesar de los notorios defectos de ordenación y sistematización, destaca, ante todo, el papel de los administradores, bajo la forma colegiada del consejo de administración, cuyo estatuto y cuya actividad aparecen claramente influidos por la RSC y la sostenibilidad, que pasan a convertirse, de este modo, en los ejes del buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas.

2.2. *Promoción de la diversidad*

Como primera cuestión, de extraordinario relieve en el contexto que nos ocupa, conviene aludir a la composición del consejo y a la clara apuesta del CBGSC por la consagración de la diversidad en su seno, tomando el término en un sentido muy amplio y no sólo circunscrito, como ha sido tradicional, a la cuestión del género. Así se advierte a partir del principio 10 y con las recomendaciones 13 y, sobre todo, 14. Esta última aspira a que sea posible una “composición apropiada” del consejo de administración y acentúa la necesidad de favorecer “la diversidad de conocimientos, experiencias, edad y género”, para añadir, como elemento ejemplificativo, sin más, que “se considera que favorecen la diversidad de género las medidas que fomenten que la compañía cuente con un número significativo de altas directivas”.

33. Al respecto, EMBID IRUJO, J. M., “Derecho de sociedades e interés general”, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho privado*, 2.ª ed., tomo VI (Mercantil), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 17-64. Conviene tener en cuenta, no obstante, que la presencia de los intereses generales en el Derecho de sociedades, todavía más sentida que formalizada, no puede restringirse exclusivamente a la realidad actual de la disciplina, con el indudable protagonismo de la RSC y la sostenibilidad. Ya con relativa antigüedad se asiste por diversos caminos a la inserción de finalidades ajenas al ánimo de lucro, aunque sea de manera elemental, en el funcionamiento cotidiano de las sociedades de capital. Así sucede, entre otros extremos, con el conocido fenómeno de las donaciones societarias, presentes en muy diversos ordenamientos, en alguno de ellos, incluso, con una notable importancia, como es el caso de Estados Unidos y también de Alemania. Sobre este fenómeno, con perspectiva comparada y un detenido análisis de nuestro Derecho, véase DEL VAL TALENS, P., *Donaciones societarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.

A propósito de esta última mención, conviene recordar lo dicho con carácter previo en torno a la expresión no siempre rigurosa de los principios y recomendaciones del CBGSC, sobre todo si se la examina desde la perspectiva jurídica. Está claro, por ello, que promover la presencia de un “número significativo de altas directivas” es un propósito sin duda bienintencionado, pero que puede dar lugar a equívocos, teniendo en cuenta que una cosa es la composición del consejo, materia a la que se refiere aparentemente la recomendación indicada, y otra la relativa a las personas encargadas de tareas de alta dirección, ajenas, en principio, al consejo³⁴. Sólo las primeras merecerán el calificativo de administradoras (consejeras) de la sociedad y su presencia en el consejo es, a tenor del propio CBGSC, el mejor índice para apreciar que su composición sea “adecuada”. No se trata, por lo demás, de una cuestión irrelevante, a la vista de las finalidades que inspiran la redacción del CBGSC en esta materia³⁵.

Parece oportuno destacar que el CBGSC sólo habla de la diversidad, y de su promoción, a propósito del consejo de administración; nada se dice de tal asunto, relativamente, en particular, a la diversidad de género, cuando se formulan las recomendaciones correspondientes a la comisión ejecutiva, la comisión de auditoría y la comisión de nombramientos y retribuciones, sin perjuicio, claro está, de aquellas otras comisiones que, “en el ejercicio de sus facultades de autoorganización”, puedan constituir las sociedades (principio 23, y también, en cuanto a los caracteres de esas comisiones, la recomendación 52).

Podría superarse este silencio a favor de la promoción integral de la diversidad en todas las vertientes del consejo mediante una interpretación sistemática y teleológica, o, cuando menos, mediante una suerte de argumento *a maiore ad minus* o, si se prefiere, *a fortiori*: si en el consejo, que es el órgano máximo, supremo y completo, se requiere la diversidad, también habrá de plantearse, con el mismo alcance, en sus correspondientes subórganos³⁶.

34. No parece razonable pensar en que el CBGSC o, mejor, sus autores, consideren equivalente la expresión “altas directivas” a la de “consejeras”; una cosa es, como se afirma en el texto, el relativo descuido terminológico característico del CBGSC (quizá por la fuerte impronta económica de su sistema y de su contenido) y otra muy distinta es afirmar como ciertas algunas posibilidades interpretativas basadas, como en el presente caso, en un planteamiento desenfocado.

35. Se trata de una materia objeto de creciente atención, no sólo doctrinal, cuyo tratamiento adquiere tonalidades distintas a tono con la evolución de las ideas; para una aproximación sintética, en el marco de nuestro ordenamiento, véase EMBID IRUJO, J. M./DEL VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, cit., pp. 148-156. Sin perjuicio, por lo demás, de lo indicado en el texto, debe valorarse positivamente la idea de llevar la igualdad de género, al menos como aspiración, al vértice de la organización empresarial (en este sentido, respecto del código italiano de buen gobierno, CUCCU, F., “La (in)sostenibilità del nuovo codice di corporate governance”, *RDC*, núm CXIX-2, 2021, pp. 235-272, especialmente, p. 264. Con carácter más general, aun partiendo del Derecho italiano, véase últimamente DESANA, E. R./MASSA FELSANI, F., “Corporate governance e diversità di genere. Equilibri in divenire”, *RDC*, núm. CXX-1, 2022, pp. 53-99.

36. No es posible entrar aquí en el análisis de la delegación de facultades, entendida esencialmente en nuestra doctrina como un “acto de organización” (así, ya, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de administración*, Madrid, Montecorvo, 1971, p. 414), sin que las

2.3. *Sobre el modo de organizar internamente la gestión y supervisión de RSC y sostenibilidad (I): la comisión de auditoría*

La referencia a la comisión de auditoría nos permite destacar su relevante papel en el contexto de la RSC y la sostenibilidad, como se deduce de lo establecido en la recomendación 42 CBGSC, cuando contempla otras posibles funciones de la misma, además de las establecidas en su caso en el Derecho firme. De especial interés es lo dicho en su apartado 1, a), cuando el CBGSC atribuye a la comisión de auditoría la supervisión y evaluación del proceso de elaboración y de la integridad de la información financiera y no financiera. Del mismo modo, también le corresponde supervisar y evaluar “los sistemas de control y gestión de riesgos financieros y no financieros relativos a la sociedad y, en su caso, al grupo –incluyendo los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medioambientales, políticos y reputacionales o relacionados con la corrupción– revisando el cumplimiento de los requisitos normativos, la adecuada delimitación del perímetro de consolidación y la correcta aplicación de los criterios contables³⁷”.

En la misma recomendación y apartado, pero en la letra c), se atribuye a la comisión de auditoría un rol mediador y de comunicación entre diversos grupos de interés (proveedores, contratistas o subcontratistas), sin perjuicio de consejeros y

reformas ulteriores a su originaria configuración en nuestro Derecho de sociedades hayan alterado sustancialmente este criterio. Interesa destacar, en todo caso, que los órganos delegados se han hecho presentes de manera más notoria en la regulación positiva, sobre todo en lo que afecta a las sociedades cotizadas. A pesar de ello, resulta singular su presencia a propósito de supuestos comunes a todos los tipos societarios de capital, como es el caso de las operaciones intragrupo, reguladas en el art. 231 bis LSC, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 5/2021, de 12 de abril. En su apartado tercero se alude precisamente a la posibilidad de “delegar” la aprobación de tales operaciones llevadas a cabo en situación de conflicto de interés en los consejeros delegados y en las comisiones ejecutivas existentes, en su caso, dentro la sociedad dependiente del grupo, pero también en quienes sean “miembros de la alta dirección”. No puede decirse, sin embargo, que estos últimos merezcan la calificación de “delegados” del consejo de administración, al menos en el sentido dogmáticamente correcto relativo a tal figura jurídica; es posible que la norma analizada, con el afán de facilitar la aprobación de la correspondiente operación intragrupo, termine confundiendo lo que es una posición delegada, propia de un administrador social, con la relativa a un alto ejecutivo de la empresa; o, dicho de otra forma, se lleguen a mezclar con esta orientación legislativa la delegación y el mandato (con apoderamiento o sin él). Sobre la temática general de estas operaciones, véase últimamente IRACULIS ARREGUI, N., “Operaciones intragrupo y conflicto de intereses: superación selectiva del deber de abstención del administrador dominical y paso a favor del interés de la empresa de grupo”, en HERNANDO CEBRIÁ, L. (dir.), *Conflictos de intereses en las sociedades de capital: socios y administradores*, cit., pp. 475-506.

37. En esta larga lista de enumeración de riesgos, y aunque resulte ahora una cuestión no precisamente principal, resulta necesario destacar la mención empresa de los riesgos tecnológicos, circunstancia no común entre los distintos códigos de buen gobierno y, por ello mismo, peculiaridad de nuestro CBGSC, oportunamente destacada en la doctrina comparada (así, en concreto, ABRIANI, N., “Le categorie della moderna cibernetica societaria tra algoritmi e androritmi: ‘fine’ della società e ‘fini’ degli strumenti tecnologici”, trabajo incluido en el libro homenaje al profesor Paolo Montalenti, de próxima publicación, y que he podido consultar por la amabilidad del autor; la referencia al tema que nos ocupa puede verse en la p. 14 del manuscrito). En general, sobre las cuestiones tecnológicas en el marco del actual Derecho mercantil y de sociedades, véase ABRIANI, N./SCHNEIDER, G., *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Bologna, Il Mulino, 2021.

accionistas, a propósito de “irregularidades de potencial trascendencia”. Hace su aparición aquí, si bien de manera implícita, un planteamiento pluralista del interés social en la línea de lo antes visto dentro del propio CBGSC, asumiendo, tal vez, algunos elementos de lo que podría ser el interés de la empresa, al que nos hemos referido previamente a propósito del Derecho firme³⁸.

En cualquier caso, y en estrecha relación con los temas planteados respecto del interés social, conviene destacar lo indicado en la recomendación 23 CBGSC cuando se invita a todos los consejeros para que “expresen claramente su oposición cuando consideren que alguna propuesta de decisión sometida al consejo de administración puede ser contraria al interés social”.

Por su parte, el principio 21 da comienzo a una sección del CBGSC relativa a la función de “control y gestión de riesgos”. En ella, y sin establecer una clara forma de institucionalización interna, se indica la necesidad de que la sociedad disponga de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, dependiente directamente, eso sí, de la comisión de auditoría. Interesa destacar que la recomendación 45 incluye entre esos riesgos, necesitados de control, a los “no financieros”, mencionando de manera específica a los sociales, medioambientales, reputacionales, políticos, y también los relacionados con la corrupción. El ámbito de lo no financiero trasciende, así, la vertiente puramente informativa, tal y como hemos visto en la Ley 11/2018³⁹, sin perjuicio de que también aquí la alusión a los riesgos no financieros sea igualmente perceptible.

2.4. Sobre el modo de organizar internamente la gestión y supervisión de RSC y sostenibilidad (II): tratamiento específico de la sostenibilidad

A continuación, encontramos las recomendaciones y principios más directamente relacionados con la RSC y la sostenibilidad. De una parte, están las recomendaciones 53 y 54, y a continuación la sección relativa de manera específica a la sostenibilidad, así como a los aspectos medioambientales y sociales (principio 24 y recomendación 55)⁴⁰. No es el momento ahora de reiterar lo ya dicho en torno a la utilización excesivamente “libre”, si cabe el término, de la expresión literaria en los distintos apartados del CBGSC, si bien en este caso la crítica iría no sólo por el descuido expresivo, desde el punto de vista jurídico, en particular, sino, sobre todo, por el desacierto sistemático; al fin y al cabo, todas las recomendaciones mencionadas hablan de la sostenibilidad, desde la perspectiva que incluye los aspectos

38. Cfr. *supra* II, 2.

39. Cfr. *supra* II, 3, 3.2.

40. Sobre las múltiples cuestiones relativas a la sostenibilidad, desde el esencial punto de vista de la información y la transparencia, véase últimamente ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Los informes de sostenibilidad en el marco de la transición hacia una economía sostenible”, en AA.VV., *Derecho de sociedades, concursal y de los mercados financieros. Libro Homenaje al profesor Adolfo Sequeira Martín*, cit., pp. 451-470.

ambientales, sociales y de gobierno corporativo, sin un mínimo orden sistemático y sin separar o distinguir los diversos aspectos concurrentes en dicha fórmula.

Como primer punto de obligada mención en este contexto, hay que referirse a la existencia dentro de la sociedad cotizada de una comisión encargada de supervisar el “cumplimiento de las políticas y reglas de la sociedad en materia medioambiental, social y de gobierno corporativo”. No se establece por el CBGSC en la recomendación 53 un esquema fijo a tal efecto, lo que, seguramente, resultaría contrario a la propia naturaleza del Derecho blando; lo que se hace es atribuir a la sociedad el modo de organizar esa función supervisora, bien de manera unitaria, en un solo organismo, bien de manera repartida entre varias comisiones del consejo.

De este modo, en el primer caso se alude a la comisión de auditoría (cuya importancia en estos asuntos ya conocemos), así como a la de nombramientos; también se mencionan, además, otras posibilidades, como una “comisión especializada en sostenibilidad o responsabilidad social corporativa”, recurriendo, con esta última fórmula, a la terminología RSC, ciertamente minoritaria en la actualidad dentro del CBGSC, “u otra comisión especializada que el consejo de administración en ejercicio de sus facultades de autoorganización haya decidido crear”.

Concluye dicha recomendación refiriéndose a la composición de esa hipotética comisión unitaria, que estará “integrada únicamente por consejeros no ejecutivos, siendo la mayoría independientes”, y recibirá específicamente “las funciones mínimas” que se contienen en la recomendación 54. Nótese, una vez más, que, al contemplar este asunto de la composición, tampoco aquí se tiene en cuenta la tutela de la diversidad de género, sin perjuicio de que, sobre la base de las consideraciones previamente formuladas, quepa extender a sus miembros tal principio rector del CBGSC.

No nos detendremos en detallar esas funciones mínimas recién indicadas, sin perjuicio de destacar la referencia, en primer lugar, al “propósito” y los “valores” de la empresa, como magnitudes de significado relevante para “la cultura corporativa” de la misma. También interesa mencionar, en segundo lugar, la presencia de diversos grupos de interés en este contexto, dentro y fuera de la sociedad (accionistas, pequeños y medianos, en especial, inversores, asesores de voto, etc.), respecto de los cuales se intenta promover una específica política de comunicación, cuya vigilancia y cumplimiento corresponderá a la comisión correspondiente de la sociedad, según acabamos de ver.

Por último, hay una nueva mención del interés social, cuya promoción se vincula, en apariencia al gobierno corporativo y a la política de la sociedad en materia medioambiental y social (de evaluación y revisión periódica por parte de dicha comisión), sin perjuicio de la necesaria consideración de “los legítimos intereses de los restantes grupos de interés”. Se reitera, por tanto, la visión pluralista de esta importante magnitud, a la que antes se ha hecho referencia.

Por su parte, el principio 24 y la recomendación 55 aparecen directamente referidos a la sostenibilidad, considerando las acciones a ella relativas como una

“facultad indelegable del consejo de administración” (así, literalmente, el principio 24). Se añade, de este modo, un nuevo *ítem* a la relación de facultades indelegables existente en la LSC, tal y como se contemplan para todas las sociedades de capital con consejo de administración en el art. 249 bis LSC, sin perjuicio de lo dispuesto, en ese mismo plano, en el art. 529 ter LSC, exclusivamente referido a las sociedades cotizadas. Conviene recordar que en este último precepto se habla, también como facultad indelegable del consejo, de la política de responsabilidad social corporativa.

Un buen tema de reflexión, en este momento, sería el determinar si esta última formulación permite “absorber” a la sostenibilidad, o si tal operación interpretativa no sería posible por la existencia de alguna posible distinción entre esta última y la RSC. Es evidente que el CBGSC no puede modificar la LSC, si bien de acuerdo con su naturaleza de *lex indicans*⁴¹, da un paso adelante, dentro de la nueva cultura corporativa que se está formando, en atención directa a las valoraciones sociales del momento presente. Queda, entonces, de parte de la sociedad (cotizada) la determinación del modo, en su caso, de llevar a cabo este cometido, sabiendo, desde luego, del papel protagonista, una vez más, del consejo, en este caso mediante la asignación (en el Derecho blando) de una nueva facultad indelegable⁴².

La recomendación 55 incluye una serie de elementos mínimos de la política de sostenibilidad, referidos, dentro de su amplio contenido, a materias medioambientales y sociales. Su texto, con muchos matices, recuerda a la recomendación equivalente que se encontraba situada en la versión anterior del CBGSC a propósito de la RSC; de nuevo los grupos de interés, el riesgo no financiero y los canales de comunicación son los elementos predominantes.

2.5. *La retribución de los administradores en su relación con la sostenibilidad*

Un último tema, igualmente situado en el contexto del gobierno corporativo, que puede tener significativa incidencia en la RSC y la sostenibilidad es el relativo a la retribución de los administradores, materia a la que, superando claramente a sus precedentes, dedica mucha atención el vigente CBGSC. Se trata del principio 25 y las recomendaciones 56 a 64⁴³, con un contenido extenso y detallado, que en este trabajo sólo es posible esbozar, aludiendo a sus aspectos más relevantes.

41. *Cfr. supra* III, 1, 1.2.

42. Para llevar a la práctica este criterio, sería necesario a mi juicio una modificación estatutaria en la correspondiente sociedad cotizada, a fin de conseguir que la indelegabilidad de la competencia adquiriera plena firmeza.

43. Sin perjuicio de la creciente atención doctrinal que esta materia viene recibiendo en los últimos años, pudiéndose destacar ahora las aportaciones de HIERRO ANIBARRO, S. (dir.), *Retribución de consejeros*, Madrid, Marcial Pons, 2020, y GIMENO RIBES, M., *Régimen jurídico de los sistemas de retribución de los administradores sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2021. No se puede ignorar, del mismo modo, la conflictividad del tema retributivo, como pone de manifiesto nítidamente la abundante jurisprudencia, tanto

El punto de partida, dentro del indicado principio, se sitúa en la necesidad de conciliar la búsqueda del talento y de la excelencia, objetivo inexcusable para las sociedades cotizadas a la hora de designar a sus administradores, con la promoción y consecución del interés social, intentado “evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables”. Interesa señalar que en la larga explicación subsiguiente al principio 25 se habla, seguramente por primera vez en el CBGSC, del “interés social sostenible en el largo plazo”.

Dentro de las distintas recomendaciones contenidas en esta sección se alude con detenimiento a la retribución variable (recomendación 58, sobre todo), limitaciones a la transferencia de acciones, opciones o instrumentos financieros recibidos como retribución (recomendación 62), reclamación de retribuciones asignadas indebidamente (recomendación 63) etc. Quizá el tema de la retribución variable sea uno de los más relevantes para la sostenibilidad, y así la recomendación 58, en su apartado b, afirma la necesidad de que los componentes variables de la retribución “promuevan la sostenibilidad de la empresa e incluyan criterios no financieros que sean adecuados para la creación de valor a largo plazo, como el cumplimiento de las reglas y los procedimientos internos de la sociedad y de sus políticas para el control y gestión de riesgos”. Se habla también en el siguiente apartado de la “creación sostenible de valor”, de forma que la medida del rendimiento del administrador no se haga depender exclusivamente de “hechos puntuales, ocasionales o extraordinarios”.

IV. EL INTERÉS DEL GRUPO

1. Premisa: la legitimidad del grupo, como forma de empresa, en el Derecho español

Tras la exposición de los distintos intereses en presencia dentro del ámbito societario, tanto por lo que se refiere al Derecho firme, como al Derecho blando, nos ocuparemos en la parte final del presente trabajo, del interés del grupo, magnitud ésta carente de auténtico tratamiento en las dos vertientes normativas, a pesar

judicial, como registral, y dentro de cuyo ámbito ha de destacarse, con especial relieve, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018, objeto de extraordinaria atención por parte de la doctrina, con orientaciones frecuentemente contrapuestas. De entre las últimas decisiones, puede mencionarse la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 16 de noviembre de 2021 (BOE del 3 de diciembre), con cita del ya mencionado fallo del Supremo y numerosas resoluciones previas del Centro directivo. Todas estas circunstancias vienen referidas al Derecho firme, como es notorio, sin perjuicio de que en algunos de sus preceptos más relevantes, como es, sin lugar a dudas, el art. 217, 4.º LSC, encontremos la mención expresa de los temas que ahora nos ocupan, vinculando, en concreto, la retribución de los administradores con la sostenibilidad. Para una aproximación a este asunto desde la perspectiva específica de la RSC y la sostenibilidad, *cfr.* EMBID IRUJO, J. M./DEL VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, *cit.*, pp. 156-163.

de las diversas alusiones al grupo en sus distintos textos reguladores⁴⁴. Esa ausencia de régimen no ha sido obstáculo al considerable protagonismo de la empresa de grupo en nuestra realidad económica, tal y como se refleja desde luego en la práctica, con alguna proyección significativa en el ámbito de la jurisprudencia.

Como en casos anteriores, tampoco resulta posible en este trabajo dedicar atención pormenorizada a esta singular figura jurídico-empresarial que es el grupo de sociedades. En ella se produce, como es bien sabido, una peculiar combinación dinámica entre unidad empresarial y pluralidad jurídica, que por su propia naturaleza repercute en muy distintos sectores del ordenamiento jurídico. Con todo, y siguiendo la perspectiva característica del presente estudio, es tal vez la vertiente propia del Derecho de sociedades la que resulta de mayor relieve a la hora no sólo de contemplar la organización y el funcionamiento del grupo, sino, sobre todo, de apreciar el alcance jurídico del llamado interés del grupo⁴⁵.

Son pocos, no obstante, los ordenamientos que disponen de esa regulación desde la perspectiva societaria, como consecuencia, de la difícil delimitación de la figura (en la que se combinan dialécticamente unidad empresarial y pluralidad jurídica), pero, sobre todo, de la dificultad de determinar precisamente la articulación de los intereses presentes en su seno. No es éste, con todo, el caso del Derecho español, a pesar de los repetidos intentos por conseguir una regulación suficiente del grupo de sociedades y, en su caso, del respectivo interés⁴⁶.

A falta de ese ansiado régimen, solo disponemos en nuestro ordenamiento de un conjunto heterogéneo de normas, esparcido por diversas regulaciones, de manera asistemática y sin un criterio claro de política jurídica en torno al grupo y su posible interés, lo que arroja inseguridad en torno a la organización y funcionamiento de esta singular forma de empresa⁴⁷. Esta circunstancia, con ser inconveniente, nada dice en

44. Véase *infra* nota 46.

45. Por muchos, GIRGADO, P., *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Granada, Comares, 2001.

46. El último de esos intentos quedó inserto en el Anteproyecto de Código Mercantil, de 2014, quedando sin efecto por la hibernación del mismo al poco tiempo de su divulgación. Sobre el régimen de los grupos en su seno, tomando como referencia formal la Propuesta de dicho Código, la cual, en este tema concreto, no fue modificada posteriormente por el propio Anteproyecto, véase EMBID IRUJO, J. M., “Los grupos de sociedades en la Propuesta de Código Mercantil”, *RDM*, núm. 290 2013, pp. 53-67. Con todo, la idea de elaborar una regulación específica sobre los grupos de sociedades cuenta con algunos detractores entre nosotros, de entre los que destaca la continuada labor que, en tal sentido, viene desarrollando el profesor Paz-Ares. De entre sus publicaciones más recientes, cabe destacar ahora el volumen *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, y, en forma más sintética, el trabajo “Anatomía elemental del derecho de grupos”, en AA.VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, cit., pp. 475-486.

47. Por lo que al Derecho firme se refiere, ese tratamiento normativo se halla, sobre todo, en el Código de comercio, a propósito de la disciplina sobre consolidación contable (arts. 42 y sigs.), así como en el Derecho de sociedades, gracias a preceptos como los arts. 18, 107.1.º, 188.3.º, 260 LSC, en particular. Pero también el grupo se encuentra presente en otros sectores del Derecho (firme) mercantil, como es el

contra de la legitimidad del grupo como forma de empresa entre nosotros, punto de partida fundamental a la hora de comprender su auténtico significado jurídico y de encauzar los frecuentes y diversos conflictos de interés que puedan surgir en su seno⁴⁸.

2. La realidad del interés del grupo

2.1. Consideraciones generales

La idea misma de que pueda existir un auténtico “interés del grupo” ha sido objeto de crítica, mediante argumentos de diverso alcance, siendo quizá el primero el que afirma su inexistencia por carecer el grupo de personalidad jurídica. Como criterio puramente formal, el argumento resulta indudablemente cierto, pues constituye presupuesto de todo análisis del grupo desde la vertiente jurídica la constatación de que carece del atributo de la personalidad; ello es consecuencia, entre otras cosas, de que el grupo, aun siendo el resultado de un proceso económico, con utilización de técnicas jurídicas diversas, no se constituye como tal desde la perspectiva jurídica, o, en todo caso, no lo hace al modo que es usual dentro del Derecho de sociedades mercantiles⁴⁹.

Siendo todo lo anterior correcto, no conviene ignorar que el grupo no es una mera acumulación de sociedades o personas jurídicas, desprovista de orden y

caso del Derecho concursal, ámbito en el cual a una cierta ordenación normativa se ha ido añadiendo, al hilo de la pasada crisis económica, una destacada labor jurisprudencial. Por otra parte, el relieve de esta materia a propósito de la regulación del grupo, dentro naturalmente de su particular finalidad, se incrementa tras la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. De este modo, la disposición adicional primera del citado texto refundido, tras remitirse, de nuevo, al art. 42 C. de c., admite que habrá grupo a efectos concursales «aunque el control sobre las sociedades directa o indirectamente dependientes lo ostente una persona natural o una persona jurídica que no sea sociedad mercantil”.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, al Derecho blando, el CBGSC contiene diversas alusiones a nuestra figura, sin que se disponga en su ámbito de una precisa definición del grupo, lo que, presumiblemente, obligaría a obtenerla, para hacer operativos sus principios y recomendaciones, del Derecho firme. Merece la pena, con todo, detener la atención en el principio 2 y la recomendación 2 (sobre la cotización de sociedades integradas en grupos, quizá la referencia más significativa a la empresa de grupo dentro del Derecho blando); del mismo modo, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en las recomendaciones 15, 32, 36 y 42, sin perjuicio de que, en otros casos, la realidad del grupo, no mencionado de manera expresa, se haga presente de distinto modo.

Así como son relativamente abundantes los estudios doctrinales sobre los grupos de sociedades desde la perspectiva del Derecho firme, no ha sucedido lo mismo en el marco del Derecho blando. Sobre dicho asunto, a propósito del Código Conthe, véase EMBID IRUJO, J. M., “Los grupos de sociedades en el Código unificado de gobierno corporativo”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coord.) *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, pp. 902-917.

48. Así también GIRGADO, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, cit., pp. 7-16, insertando la constitución y el funcionamiento de un grupo en la libertad de empresa reconocida por el art. 38 de la Constitución.

49. Para la caracterización sustancial de la figura del grupo, véase EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003, sobre todo su capítulo primero.

concierto; se trata sin duda de una nueva forma de empresa (la empresa policorporativa), basada, como ya se ha dicho, en una difícil, pero eficiente, combinación, de pluralidad jurídica (las sociedades que lo forman) y unidad económica. En tal sentido, no se “agregan” sociedades, sino que se “integran” en una estructura superior cuyo funcionamiento es posible sobre la base de las instrucciones que provienen del ente que ejerce la dirección unificada en el grupo, bien la sociedad dominante (en los grupos verticales), bien la entidad u órgano desprovisto de personalidad jurídica que decidan de común acuerdo quienes integren el grupo⁵⁰.

La singularidad del grupo se incrementa, además, porque la dirección unificada no es una magnitud de contenido único, si vale la fórmula; admite grados, derivados, en esencia, de la estructura, más o menos descentralizada, que el grupo pueda tener. No se trata en el grupo, tanto en los verticales, como en los horizontales, de “sumar” la unidad empresarial y la pluralidad jurídica; aquella en particular es compatible con el reconocimiento y el ejercicio de un cierto comportamiento empresarial autónomo a las sociedades que lo integren. Esa autonomía será mayor, y diríamos, a la vez, consustancial, en el caso de los grupos horizontales; será menor, por regla general, en el caso de los grupos verticales. Y todo ello no se opone desde luego a la existencia de un interés común del grupo, cuya promoción y defensa deberá ser articulada en el marco del propio grupo, tomando en cuenta, con la debida proporción, los intereses sociales particulares⁵¹.

2.2. El interés del grupo y la sentencia del Tribunal Supremo 695/2015, de 11 de diciembre

Con este telón de fondo, merece la pena resaltar, si bien de manera esquemática, la importante aportación que sobre nuestro tema ha supuesto el fallo mencionado en

50. Sobre esta materia, últimamente, MÁRQUEZ LOBILLO, P., *El ejercicio de la dirección unitaria en interés del grupo de sociedades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, con diversas referencias al interés del grupo.

51. El carácter circunstancial del tratamiento del grupo en el presente trabajo, relativo, como es notorio, al relieve de su interés en el contexto de la “dialéctica de los intereses”, distintiva del Derecho de sociedades contemporáneo, impide detenerse en cuestiones específicas de nuestra figura, susceptibles de incidir en la materia ahora analizada. Nos referimos a que en su seno no se encuentran solo sociedades mercantiles de capital, aun siendo esta modalidad de persona jurídica la predominante; por la propia universalidad, cabría decir, de la estructura empresarial del grupo, cabe encontrar otras personas jurídicas, bien de base asociativa, como las sociedades cooperativas, bien de base institucional, como las fundaciones. Esta pluralidad subjetiva, en absoluto anecdótica, si se atiende a la realidad del mercado, trae consigo matizaciones significativas a lo que suele tenerse por canónico cuando de grupos se habla, tomando con frecuencia la parte (que esté compuesto por sociedades de capital) por el todo. En el caso, incluso, del grupo encabezado por una fundación, se añade al interés de las sociedades filiales y del grupo el interés general que toda fundación ha de perseguir en nuestro ordenamiento (art. 2 Ley 50/2022, de 26 de diciembre, de fundaciones), lo que añade algo más de complejidad al supuesto de hecho; sobre la cuestión, EMBID IRUJO, J. M., *Actividad económica en el mercado e interés general. Sobre el Derecho de fundaciones de nuestro tiempo*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019, pp. 115-153.

el presente epígrafe⁵². Fallo aislado, es cierto, si bien de considerable trascendencia, pues además de insertar debidamente la figura del grupo en el ámbito societario, donde encuentra, como es sabido, su “sede natural”, avanza en la comprensión del grupo como auténtica empresa y reconoce no sólo su legitimidad, sino también la plena existencia, igualmente legítima de su propio interés.

Al margen ahora de las circunstancias del caso y de los muchos detalles que en la sentencia se contienen, en ella encontramos una oportuna invitación a buscar el equilibrio entre el interés del grupo y el interés de las sociedades que lo integran⁵³, a propósito, en particular, de una determinada sociedad filial en cuyo ámbito se produjeron los hechos fundamentales que dieron lugar al litigio. Ese equilibrio, por lo demás, no ignora lo que significa efectivamente un grupo y la necesidad de que el mismo tenga, en cuanto forma de empresa, un funcionamiento sustancialmente unitario, sin perjuicio de los matices antes indicados como resultado de la concreta estructura que el grupo pueda tener.

De este modo, los posibles daños que la efectiva realidad del grupo llegue a causar en el patrimonio de las sociedades filiales, cuyo particular interés social, como acabamos de indicar, merece indudable protección⁵⁴, no podrán ser resarcidos de acuerdo con la lógica propia de la responsabilidad civil, tal y como se configura en nuestro ordenamiento. Frente a esa orientación particularista y singular,

52. Ha merecido este pronunciamiento judicial considerable atención en la doctrina; en tal sentido, véase EMBID IRUJO, J. M., “Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (sala primera) de 11 de diciembre de 2015”, *RDM*, núm. 300, 2016, pp. 301-320, MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Límites al interés del grupo, deber de lealtad y responsabilidad de los administradores de la filial”, *CCJC*, núm. 102, 2016, pp. 99-128. Últimamente, véase la detenida reseña que de la sentencia se ofrece en MARTÍN DE VIDALES GODINO, M., “Conflictos de interés en el seno de un grupo de sociedades: deber de lealtad del administrador de una sociedad filial nombrado por la sociedad dominante. Responsabilidad por seguir las instrucciones de la matriz”, en AA.VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, cit., pp. 243-269.

53. En concreto, y de manera sintética, la sentencia afirma que “debe buscarse un equilibrio razonable 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”.

54. “La integración de la sociedad en un grupo societario, incluso aunque lo sea en concepto de sociedad filial o dominada, no supone la pérdida total de su identidad y autonomía. La sociedad filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus concretos objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier acción dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrada”. Seguidamente, y en relación con la posición jurídica de los administradores de la sociedad filial, se afirma que “el administrador no puede escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria del grupo a que pertenece la sociedad que administra. El administrador de derecho de la sociedad filial tiene su ámbito propio de autonomía de decisión que no puede verse afectado por una especie de ‘obediencia debida’ a las instrucciones del administrador del grupo que perjudique injustificadamente los intereses de la sociedad que administra, por los que debe velar”. Aun limitado a un aspecto concreto de la posición jurídica de los administradores, la información, resulta de interés la consulta de MUÑOZ PAREDES, J. M., “La información de los consejeros en los grupos de sociedades”, en AA.VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, cit., pp. 333-352.

hace falta encontrar otro modo de reparación, de acuerdo con los caracteres y las circunstancias del grupo como empresa. En tal sentido, el alto tribunal invoca en diversos apartados de su resolución la doctrina de las “ventajas compensatorias”, de origen italiano, como es bien sabido, estableciendo algunas reglas generales sobre su alcance y contenido⁵⁵.

2.3. *El interés del grupo como interés de la empresa de grupo*

Situadas las cosas en estos términos, entendemos, de acuerdo con la orientación ampliamente dominante en la doctrina internacional, así como, entre nosotros, con la importante sentencia 695/2015, recién expuesta, no sólo que el interés del grupo sea una magnitud realmente existente, sino que gozará también de una indudable legitimidad, enlazando así con la legitimidad reconocida a la propia empresa de grupo.

No se trata, como también se deduce de esa misma doctrina y jurisprudencia, de un interés carente de matices o modulaciones. Precisamente, la propia naturaleza del grupo como empresa policorporativa, según se ha señalado con anterioridad, obliga a dotarle, sí, de una supremacía que podríamos denominar “funcional”, necesariamente compatible con la tutela de los intereses de las sociedades integradas en el grupo. Se trata de un equilibrio difícil, susceptible de manifestarse en forma diversa según la propia estructura del grupo y el alcance efectivo de la dirección unificada.

El paso siguiente, afirmada la existencia y la legitimidad del interés del grupo, sería el de determinar, en lo posible, su contenido básico. A tal fin, y siguiendo una opinión que formulamos en el pasado⁵⁶, ha de partirse de lo que el grupo es,

55. 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 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 una sociedad filial o derivado de la pertenencia de la sociedad al grupo). No entraremos ahora en la delimitación de esas ventajas compensatorias, cuestión a la que el fallo reseñado dedica cierta atención y que ha merecido cuidadosa atención entre nosotros (cfr. FUENTES NAHARRO, M., “La teoría de las ventajas compensatorias y los grupos de sociedades”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. [dir.], *El Derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 243-293). Conviene señalar, únicamente, que esas ventajas habrán de ser verificables, tener valor económico, guardar proporción con el daño sufrido y resultar, por último, debidamente justificadas. Por cierto, buena parte de las ideas expuestas en dicha sentencia se reproducen en el fallo de la Audiencia provincial de Valencia (sección 9.ª), sentencia 393/2017, de 22 de junio (Rec. 126/2017), de la que informa oportunamente MARTÍN DE VIDALES GODINO, M., “Conflictos de interés en el seno de un grupo de sociedades: deber de lealtad del administrador de una sociedad filial nombrado por la sociedad dominante. Responsabilidad por seguir las instrucciones de la matriz”, *cit.*, p. 264.

56. Cfr. EMBID IRUJO, J. M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 251-253.

en realidad: no una modalidad societaria, sino, como ha habido ocasión de señalar reiteradamente, una auténtica empresa, es decir “una unidad productiva en funcionamiento”⁵⁷. Por tal motivo, no parece irrazonable entender que el interés del grupo será, en sentido no sólo funcional, sino también organizativo, el interés de la empresa de grupo, en su conjunto, y no el interés de la entidad o sociedad dominante, en su caso, a pesar del papel, sin duda relevante, que tendrá en el ejercicio efectivo de la dirección unificada⁵⁸.

Cabe afirmar, de este modo, una cierta utilidad al reconocimiento del interés de la empresa en el art. 225.1.º LSC; utilidad sobrevenida, desde luego, porque resulta difícil imaginar que la figura del grupo estuviera presente en la *mens legislatoris* a la hora de llevar a cabo dicha reforma legislativa. Parece, así, que este singular interés se adecua bien a la figura del grupo, sin que podamos entrar ahora en los múltiples problemas que a continuación surgirán; no sólo el relativo al establecimiento del necesario equilibrio entre el interés de la empresa (de grupo) y el interés social de la filial, sino también el correspondiente al papel de los administradores, tanto de la entidad dominante, como de la propia sociedad filial, a la hora de cumplir con su deber de diligencia⁵⁹.

2.4. *El relieve de la libertad contractual en la configuración del grupo y de su interés*

Son muchas, entonces, las cuestiones problemáticas que se agolpan en sede de grupos y como consecuencia del reconocimiento de la legitimidad de su interés. A la vista, por ello, de la dificultad de articular debidamente los distintos intereses en presencia, y constatada la inacción del legislador, tanto en lo que se refiere al Derecho firme, como al blando, parece recomendable buscar por otra vía el instrumento adecuado a los fines señalados. Esa vía, según creemos, es la derivada de la autonomía de la voluntad, cuyo relieve en el Derecho de sociedades de capital es

57. Cfr. *supra* II, 2, 2.1.

58. Con lo indicado en el texto no se niega, desde luego, la posibilidad de que en los grupos altamente centralizados (y no sólo en aquellos donde las sociedades dominadas sean *wholly owned subsidiaries*) pueda entenderse de este último modo; pero la realidad sociológica de los grupos realmente existentes no confirma esta posibilidad, más allá de supuestos concretos y de manera excepcional. Este planteamiento, al mismo tiempo, permite “dar al grupo lo que es del grupo” y reconocer en todo su significado la trascendencia real que tiene esta singular forma de empresa, cuyos problemas y conflictos no pueden resolverse plenamente mediante la aplicación sin más del Derecho “común” de sociedades de capital o con ligeras adaptaciones del mismo, como, por ejemplo, sucede en el art. 231 bis LSC, relativo a las operaciones intragrupo, e incorporado a la normativa vigente, como se recordará (cfr. *supra* nota 35), por la Ley 5/2021.

59. No haremos alusión al relieve que para el interés de la empresa de grupo puede tener el reconocimiento del derecho de participación de los trabajadores en los correspondientes órganos administrativos (del grupo y/o de las sociedades que lo componen). Se trata, por lo demás, de un asunto que viene siendo contemplado desde la perspectiva del Derecho (colectivo) del Trabajo desde hace tiempo, por lo que a dicha disciplina, así como a la abundante bibliografía jurídico-laboral ha de quedar remitido su tratamiento.

considerable, tal y como se deduce del art. 28 LSC, pudiendo ser mayor incluso en el ámbito de los grupos por las carencias que afectan a su régimen jurídico y que han sido repetidamente señaladas.

La fórmula idónea a tal efecto, como se deduce de algunas recomendaciones doctrinales expresadas entre nosotros⁶⁰, puede ser la del llamado “contrato de grupo”, enunciado bajo el cual se pretende aludir a un acuerdo de voluntades de naturaleza esencialmente organizativa, al modo, con muchos matices, claro está, de lo que representa el negocio de fundación de una sociedad mercantil. No se trata, por tanto, de un pacto mediante el cual se produzca intercambio de prestaciones, sino que, más bien, se trata de establecer las reglas fundamentales que hagan posible la organización y el funcionamiento de la empresa policorporativa que el grupo representa.

En esencia, la finalidad básica del contrato de grupo es dar expresión jurídica a la auténtica realidad de esta forma de empresa, de modo que no sólo quede claro el sentido funcional del propio grupo, sino que resulte viable la promoción de su interés, así como su predominio. Con todo, la necesidad de encontrar un esquema equilibrado a la hora de contemplar las relaciones entre este interés y los intereses particulares de las sociedades integrantes del grupo, que constituye un motivo director de la reflexión contemporánea sobre dicha figura, será un elemento determinante para la elaboración del contrato de grupo; allí podrán sentarse las bases, en su caso, de las ya mencionadas “ventajas compensatorias”, fijar límites al ejercicio de la dirección unificada, así como, en fin, establecer mecanismos adecuados para la resolución de los conflictos en el seno del grupo, de entre los cuales, el arbitraje, como muestra la experiencia alemana al respecto, puede ser especialmente útil.

Estamos, por tanto, ante un mecanismo negocial potencialmente muy útil para la articulación efectiva del grupo, sin que su evidente atipicidad suponga, a nuestro juicio, inconveniente alguno para su empleo. Es más, si partimos de la legitimidad del grupo y de su interés, como ha habido ocasión de afirmar, no parece consecuente negar viabilidad jurídica al contrato de grupo, pues, al fin y al cabo, se trata de un mero instrumento al servicio de la articulación de una realidad empresarial previa, necesitada, precisamente, de una cierta configuración jurídica.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Este trabajo se ha dedicado meramente a presentar a los intereses relevantes en el Derecho de sociedades contemporáneo; y lo ha hecho en forma descriptiva, poniendo de manifiesto sus principales características, al tiempo que se ha dibujado

60. Así, con gran detalle, DE ARRIBA, M.^a L., *Derecho de grupos de sociedades*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, pp. 222-340; también, EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al derecho de grupos de sociedades*, cit., pp. 51-100.

de manera sintética y esquemática su posición dentro de nuestro ordenamiento, atendiendo tanto al Derecho firme como al Derecho blando. Es verdad que, respecto de esta última manifestación normativa, el detalle expositivo ha sido superior, lo que, en nuestro criterio, se justifica, desde luego, por la novedad del tratamiento, pero, sobre todo, por la singularidad de la ordenación, así como por la amplitud de las referencias, mostrando, según ha habido ocasión de indicar en el estudio, la vertiente más reciente de la “moralidad corporativa” en que consiste el CBGSC.

Manifestado de esta forma el elenco de las *dramatis personae* intervinientes en esa “pieza” abierta que es la dialéctica de los intereses, queda por considerar el punto clave y verdaderamente decisivo de su interacción; es decir, de su entrecruzamiento y de su posible tensión en el marco de una determinada sociedad o en el más complejo y desarrollado del grupo de sociedades.

Y todo ello, sin ignorar que buena parte de esos intereses y de su correspondiente interacción adquieren pleno sentido sólo en algunos ámbitos de la realidad societaria; nos referimos, esencialmente, a las sociedades de mayor dimensión y, dentro de ellas, a las sociedades cotizadas. Esta circunstancia, con todo, no impide, a la vista de la disciplina que paulatinamente se va estableciendo entre nosotros, así como por la evolución de la realidad empresarial, que la pluralidad de intereses se empiece a asentar en otros ámbitos societarios, añadiendo mayor complejidad a su organización y funcionamiento.

Si, por lo demás, la interacción de los intereses resultara armónica o si la tensión dialéctica, al menos, pudiera reconducirse a un plano de coordinación o coexistencia, la presencia simultánea de varios intereses en una determinada sociedad o en un grupo no constituiría un grave problema, en sí mismo considerado; ello, claro está, sin perjuicio de que se requeriría un continuo ajuste de finalidades, aspiraciones y objetivos, según los grupos o colectivos soportantes de cada uno de los intereses en tensión o interacción.

Mucho más problemática resultará la situación cuando nos encontremos ante una auténtica contraposición de intereses, como consecuencia, entre otras cosas, de que nuestro Derecho no ofrece respuestas seguras sobre el modo de superar tal conflicto. No es fácil decir qué habrá de resolverse cuando, por ejemplo, el interés de la empresa no sea compatible con el interés social; cuando los intereses generales postulados implícitamente por la RSC o la sostenibilidad, exijan limitar el *shareholder value*; o, en fin, cuando se susciten dudas fundadas sobre el funcionamiento de un determinado grupo ante la dificultad de resolver qué interés deberá prevalecer cuando en su seno se produzca un conflicto entre el interés del grupo y el interés de una de las sociedades que lo forman.

Esta somera lista de conflictos derivados de la dialéctica de los intereses es, por su propio contenido, meramente enunciativa, puro *numerus apertus*, sin que en nuestro Derecho de sociedades se le haya prestado, por desgracia, la debida atención. En algunos casos, además, como en todo lo relativo a los grupos y su

interés, son ya varias las ocasiones, como ha habido ocasión de indicar, en las que se ha frustrado el positivo propósito de ordenar su tratamiento desde una perspectiva de Derecho firme.

No parece razonable, en este y en otros supuestos, fiarlo todo a la solución jurisprudencial, de la que ya empieza a haber, dentro, precisamente, del régimen de los grupos, algunos apuntes significativos, ni tampoco resulta conveniente confiar única y ciegamente en la “autorregulación inducida” promovida por los códigos de buen gobierno, como una suerte de “bálsamo de Fierabrás” societario. Del mismo modo, tampoco el Derecho firme, por sí solo, podrá ayudar a resolver los múltiples conflictos susceptibles de producirse entre los diversos intereses, aunque parece conveniente censurar el “agnosticismo”, si vale la expresión, de que nuestro legislador (firme) viene haciendo gala desde hace tiempo.

Sin presumir, por tanto, la existencia de un ingobernable escenario conflictivo, a la altura del momento presente, resulta oportuno avanzar hacia una solución normativa conjunta, recurriendo a todo tipo de instrumentos y técnicas, ya sean de Derecho firme o de Derecho blando. Se trata, en suma, de que se haga posible el establecimiento de un marco normativo amplio, seguro y, a la vez, flexible donde el despliegue de los diversos intereses, los aquí considerados y otros posibles que puedan concurrir en el futuro, encuentre un ámbito propicio para su realización o, en caso de conflicto, un marco idóneo de resolución.

En ese específico ámbito regulador, las diversas figuras empresariales y jurídicas podrán disponer de los elementos necesarios para su mejor configuración, con el impulso a su vez para el uso intensivo de la autonomía de la voluntad, como ha habido ocasión de señalar, a propósito, particularmente, del grupo. Pero también parece recomendable contemplar la utilización de técnicas modernas de resolución de conflictos, como la mediación y el arbitraje, de eficacia probada en muy diferentes vertientes⁶¹, y seguramente idóneas para lidiar con un escenario complejo, movable y diversificado, recordando, del mismo modo, lo que se ha dicho previamente sobre los conflictos de interés en el seno del grupo⁶².

61. Últimamente, sobre el papel del arbitraje en la órbita societaria, MUÑOZ PAREDES, J. M., “De nuevo sobre el arbitraje societario”, en AA.VV., *Derecho de sociedades, concursal y de los mercados financieros. Libro Homenaje al profesor Adolfo Sequeira Martín*, cit., pp. 51-69.

62. Cfr. supra IV, 2, 2.4, a propósito del contrato de grupo, con referencia al relieve del arbitraje como cláusula idónea para la resolución de los conflictos de interés que en dicha modalidad de empresa puedan surgir.