



Roj: **SJM O 236/2014 - ECLI: ES:JMO:2014:236**

Id Cendoj: **33044470012014100002**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **09/01/2014**

Nº de Recurso: **221/2012**

Nº de Resolución: **2/2014**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **ALFONSO MUÑOZ PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **JDO. DE LO MERCANTIL N. 1**

### **OVIEDO**

**SENTENCIA: 00002/2014**

C/ LLAMAQUIQUE S/N

Teléfono: 985-24-57-33

Fax: 985-23-39-59

S40000

**N.I.G. :** 33044 47 1 2012 0000542

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000221 /2012 M**

Procedimiento origen: /

### **Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña. Leon

Procurador/a Sr/a. FRANCISCO JAVIER FUMANAL FERNANDEZ

Abogado/a Sr/a. FRANCISCO JAVIER GARCIA SANZ

DEMANDADO D/ña. CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A. CORPORACION ALIMENTARIA PEÑASA

Procurador/a Sr/a. MARIA VISITACION RIVERA DIAZ

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA N°2/14

En Oviedo, a 9 de Enero de 2014, el Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, ha visto los autos de Juicio Ordinario seguidos ante este Juzgado con el número de registro **221/2012** sobre impugnación de acuerdos, promovidos por Leon , que compareció en los autos representado por el Procurador Sr. Fumanal Fernández y bajo la asistencia letrada del Sr. García Sanz, contra CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A. (CAPSA), que compareció en los autos representada por la Procuradora Sra. Rivera Díaz y bajo la asistencia letrada del Sr. Llanes Garrido.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por Leon se interpuso demanda de juicio ordinario contra CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A. (CAPSA), en la que tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se declare la nulidad o, subsidiariamente la anulabilidad del Acuerdo adoptado en la reunión del consejo de administración de la demandada de 28-9-2012,



bajo el 5º punto del orden del día, consistente en aprobar la propuesta con los términos de un nuevo contrato de arrendamiento de marca así como de los posteriores acuerdos que puedan adoptarse en su ejecución, como imposición de costas a la demandada.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para contestación, lo que verificó oponiéndose a su estimación.

A continuación se convocó a las partes a la audiencia previa, en la que se ratificaron en sus respectivas alegaciones y pedimentos, interesando que, previo recibimiento del pleito a prueba se dictara sentencia de conformidad con sus pretensiones.

Celebrado el juicio con la práctica de la prueba propuesta y admitida, quedaron los autos vistos para sentencia. En la tramitación de esta litis se han observado las prescripciones legales, a excepción del cumplimiento de plazos procesales, atendida la existencia de asuntos concursales de tramitación preferente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *De la demanda.*

Se ejercita en la presente litis una acción de impugnación del Acuerdo adoptado bajo el punto nº 5 del orden del día en la reunión de Consejo de Administración de CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A. (en adelante CAPSA), celebrada el día 28 de septiembre de 2012.

El demandante, Sr. Leon , fue nombrado administrador de CAPSA a propuesta del accionista COMPAGNIE LAITIÈRE EUROPÉENNE (en adelante, "CLE").

El capital social de la mercantil demandada se divide del siguiente modo,

- CENTRAL LECHERA ASTURIANA, S.A.T. (SAT) es titular de un 56,39 % del capital social.
- CLE (COMPAGNIE LAITIÈRE EUROPÉENNE) posee un 27 %.
- CAJA DE AHORROS DE ASTURIAS (hoy "LIBERBANK") es titular del 10,9 %.
- CAJA RURAL DE ASTURIAS ("CAJA RURAL") posee acciones representativas del 5,02 % del capital social.
- Accionistas minoritarios son titulares del resto del capital social del 0,69 %.

El Consejo de Administración de CAPSA está formado por 13 miembros, siete designados por la SAT, tres por CLE, dos por LIBERBANK y uno por CAJA RURAL.

Refiere la actora que el Acuerdo impugnado, en cuanto supone la aprobación de un nuevo contrato de licencia de la marca " *Central Lechera Asturiana* " entre CAPSA y su socio mayoritario, la entidad CENTRAL LECHERA ASTURIANA, S.A.T (en adelante, la "SAT"), supone una modificación radical de los términos económicos (canon) del previo contrato de licencia de marca suscrito en 1997, incrementando de forma notable el precio y rebajando la duración de 15 a 10 años, lo que reduce el valor de la filial y compromete su capacidad inversora y financiera en el corto y medio plazo, en beneficio exclusivo de su accionista mayoritario.

Un recto entendimiento de las pretensiones de la actora exige retroceder en el tiempo hasta el año 1997, en el que tiene lugar la entrada de la sociedad francesa CLE en el capital social de CAPSA.

1.- El 21 de febrero de 1997 se firmó un Protocolo de cooperación entre CLE, SAT y las filiales de ambas, LARSA, ATO, CAPSA e IBERLAT, S.A., en cuya cláusula 5 se regula la utilización por CAPSA, en exclusiva para productos lácteos y sus derivados en España, de las marcas " *Central Lechera Asturiana* " y " *Vida Sana de Central Lechera Asturiana* ", de las que era titular la SAT.

2.- El Protocolo incluía como Anexo nº 14 el propio contrato de licencia de marca entre la SAT y CAPSA. Las Cláusulas primera, segunda, tercera y séptima de ese contrato eran las siguientes:

*"PRIMERA.- CENTRAL LECHERA ASTURIANA S.A.T. concede a CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A. el derecho y uso de las marcas citadas en el Exponendo 1 del presente contrato, con carácter de exclusividad y para todos los productos lácteos líquidos y productos lácteos frescos, y sus posibles derivados, que CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A., produzca y/o comercialice.*

*SEGUNDA.- El presente contrato tendrá una duración de quince años desde la firma del mismo.*

*Transcurrido el plazo señalado, el contrato se prorrogará automáticamente por sucesivos períodos de igual duración salvo que medie denuncia expresa por escrito, por parte de la entidad CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A..*



*TERCERA.- El canon a abonar por parte de CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A. por los quince años de duración del contrato de Licencia de Uso de Marca ascenderá a la cantidad de TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESETAS (3.750.000.000 ptas.), cantidad que se verá incrementada con el importe correspondiente al impuesto sobre el valor añadido en cada momento vigente, u otros impuestos indirectos que puedan en su momento gravar la operación.*

*CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A., procederá a abonar dicha cantidad en pagos anuales dentro del último mes de cada año. El abono del canon reseñado se efectuará de forma progresiva de conformidad con el siguiente desglose:*

|               |                   |
|---------------|-------------------|
| AÑO 1997..... | 173.783.579 PTAS. |
| AÑO 1998..... | 182.472.757 PTAS. |
| AÑO 1999..... | 191.596.395 PTAS. |
| AÑO 2000..... | 201.176.215 PTAS. |
| AÑO 2001..... | 211.235.026 PTAS. |
| AÑO 2002..... | 221.796.777 PTAS. |
| AÑO 2003..... | 232.886.616 PTAS. |
| AÑO 2004..... | 244.530.947 PTAS. |
| AÑO 2005..... | 256.757.494 PTAS. |
| AÑO 2006..... | 269.595.369 PTAS. |
| AÑO 2007..... | 283.075.137 PTAS. |
| AÑO 2008..... | 297.228.894 PTAS. |
| AÑO 2009..... | 312.090.339 PTAS. |
| AÑO 2010..... | 327.694.856 PTAS. |
| AÑO 2011..... | 344.079.599 PTAS. |

(...)

*SÉPTIMA.- El presente contrato se elevará a escritura pública y en la misma se hará constar que la inscripción de La Licencia de Uso de Marca en favor de CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A., se entenderá prorrogada por sucesivos períodos de quince años en tanto en cuanto el Consejo de Administración de CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A., por mayoría del setenta por ciento de sus miembros no haga constar lo contrario ante la Oficina Española de Patentes y Marcas u Organismo que pueda sustituirle".*

3.- A finales de 2010, al aproximarse el fin de la duración inicial del contrato de licencia de marcas, la SAT comenzó a mostrar su voluntad de que se modificasen para el futuro sus términos económicos, con un nuevo contrato que incrementara el canon que CAPSA abonaba a la SAT. Aunque la actora siempre consideró que CAPSA tenía argumentos de peso para hacer valer su derecho contractual a exigir a la SAT la "prórroga automática" del contrato de licencia, con el fin de no alterar la "paz social" se propició la constitución de comité de marca en el que se valoraría la exigencia de la SAT y se trataría de llegar a un acuerdo amistoso. Siempre en el bien entendido que cualquier acuerdo debería ser razonable en términos empresariales y dentro de la lógica marcada por los acuerdos de fusión de 1997, pues CAPSA siempre podría en última instancia hacer valer su derecho contractual a la "prórroga automática" al no haber sido denunciado por CAPSA el contrato.

4.- En ese Comité de Marca, las dos partes negociadoras eran CAPSA, como licenciatario y la SAT, como licenciante. Los intereses de la SAT -contraparte de CAPSA - eran representados en el Comité, precisamente, por varios de los consejeros respecto de los que en la demanda se predica su manifiesto conflicto de interés con CAPSA en esta operación concreta. En concreto, de ese Comité de Marcas formaban parte, en representación de CAPSA, el demandante Sr. Leon (designado por CLE); el Sr. Donato (designado por CAJA RURAL) y el Sr. Argüera Sirgo (designado por LIBERBANK); y, en representación de la SAT, sus componentes habituales eran el Sr. Ignacio (consejero de CAPSA, pero también miembro de la junta rectora de la SAT), el Sr. Obdulio (consejero de CAPSA, pero, igualmente, miembro de la junta rectora de la SAT) y D. Jose Carlos (actual subdirector general de la SAT y antiguo director de marketing). Además del Sr. Agapito (Presidente de CAPSA y de la SAT), que intervino principalmente en las últimas reuniones. En la mesa negociadora, la representación de CAPSA no fue ejercida por ninguno de los consejeros designados por la SAT, por evidente conflicto de interés.



5.- En el Comité de Marca se negociaron distintas propuestas sobre posibles nuevas condiciones económicas del canon de marca. En varias ocasiones, los representantes de la SAT trataron de fundamentar su posición en un informe de la sociedad "INTERBRAND", aparentemente referido al valor de la marca. El informe fue solicitado por la SAT y emitido a instancia de ésta, no de CAPSA.

6.- Sin embargo, los representantes de CAPSA en el Comité de Marca no estaban de acuerdo en utilizar ese informe como guía. No sólo por haber sido elaborado a instancias de su contraparte contractual (la SAT) y por diversas cuestiones técnicas, sino por no tener en cuenta aspectos esenciales para la decisión de CAPSA, tales como su derecho contractual a exigir la "prórroga automática" en caso de falta de acuerdo (lo que era un elemento relevante a la hora de moderar cualquier posible nuevo canon), la contribución de CAPSA al desarrollo de la marca en los últimos años o el posible impacto que sobre el futuro negocio de CAPSA pudieran tener unas nuevas y más gravosas condiciones.

7.- Por ese motivo, la propia CAPSA encargó a la prestigiosa firma consultora BDO un análisis económico sobre la cuestión que, teniendo en cuenta todos esos elementos, valorase la solución más apropiada desde el punto de vista de los intereses de CAPSA. En el informe, emitido en abril de 2012, BDO se muestra contraria a la propuesta de la SAT y propugna una solución muy alejada de la que luego la propia SAT impuso en el Acuerdo impugnado.

8.- La primera de sus conclusiones (págs. 38 y 39) es que " *no es razonable* " la modificación del canon sobre la base de un " *mayor valor de mercado actual de la Marca CLAS*" porque " *supondría un cambio en las bases fundamentales del acuerdo de integración, tanto en lo referido a sus términos económicos como en lo referido al objetivo pretendido y la propia razonabilidad del proceso de fusión llevado a cabo*". En este sentido, destaca que el canon de marca establecido en 1997 no se fija atendiendo a su posible valor de mercado. Explica también que " *en el caso de que se hubiera acordado un canon de marca superior, como consecuencia de haberse tenido unas expectativas de mayor valor de la Marca, habría implicado una menor valoración societaria de CAPSA y por lo tanto una ecuación de canje diferente, con una menor participación de CLAS SAT en la sociedad fusionada resultante*".

9.- Asimismo, el informe destaca que CAPSA ha perseguido desde el año 1997 aumentar el valor de sus marcas " *mediante una política constante de inversión económica en las principales palancas generadoras de valor: la publicidad y el I +D, acumulando desde 1997 a 2011 un importe total de 268,7 millones de euros, y estando previsto invertir 153 millones en los próximos 4 años*". Para BDO, de haber conocido CAPSA la reevaluación del canon en los términos propuestos por la SAT, se hubiera replanteado la política de marcas y su inversión en ellas, ya que " *no tiene lógica empresarial pagar doblemente por la Marca, una a través de inversiones en publicidad e I+D para incrementar su valor y otra a través de un mayor canon anual por su uso como consecuencia del incremento de valor generados por dichas inversiones*".

10.- Para BDO, el incremento del canon supondría reducir el valor económico de CAPSA y ésta pérdida de valor " *se transfiere íntegramente a CLAS SAT, como mayor valor de ésta*". Se explica que " *el aumento del canon reduciría la rentabilidad y drenaría flujos de caja de CAPSA afectando a sus capacidades inversora y financiera, las cuales pueden ser fundamentales en el contexto de incertidumbre de mercado que se plantea en el medio plazo*". Para BDO, " *desde una perspectiva lógica de los Accionistas de la Sociedad, el principal objetivo de sus decisiones debe ser la maximización del valor de CAPSA, lo cual se traduciría en un incremento de valor para éstos. En este sentido, cualquier acción aprobada por los Accionistas que perjudique económica y/o financieramente a CAPSA, va en contra de la lógica empresarial y de los intereses de los propios accionistas*".

11.- BDO propone dos opciones (pág. 40) para la renovación del canon que, desde el punto de vista económico, podían ser asumidas por CAPSA atendiendo a " *los criterios y bases establecidos en el marco de consenso de la operación de integración de CLAS SAT y CLE, así como a la lógica e intereses de la realidad empresarial de CAPSA y de los Accionistas*". O bien se mantienen las condiciones pactadas para el periodo inicial de duración del contrato de arrendamiento de 1997. O bien " *manteniendo unas proporciones relativas, en todo caso, similares a las que el canon de marca pagado ha guardado desde 1997 con la ventas de productos comercializados bajo la marca CLAS y con la rentabilidad global de CAPSA*". Esto es, un 0,4 % sobre las ventas de la marca " *Central Lechera Asturiana* " y un 3,2 % sobre EBITDA antes de la inversión en marcas. Ambas opciones quedan muy alejadas de la propuesta luego aprobada en el Acuerdo impugnado.

12.- Las negociaciones en el Comité de Marca fueron infructuosas, hasta que el 28 Septiembre de 2012 tiene lugar la reunión del Consejo. Bajo el punto 5º del orden del día, se trató el " *Estudio y Aprobación, en su caso, de la propuesta de contrato de arrendamiento de la marca* ".

13.- Previamente a la celebración del Consejo, los administradores de CAPSA recibieron la propuesta con los términos de un nuevo contrato de licencia de marca presentada por la SAT, que fue finalmente aprobada (la "Propuesta"), que se acompaña como Documento nº 16:



a) La Propuesta establece un canon anual fijo de 4 millones de euros (más IPC) y un variable anual con objetivo del 75 % del fijo, que para el 2012 es de 3 millones de euros, en función del EBITDA conseguido sobre el EBITDA presupuestado. En total, 7 millones de euros anuales, lo que supone más de tres veces del importe de 2,1 millones euros correspondiente al último canon del año 2011 bajo el contrato de 1997.

b) Además, se propone modificar otros elementos del contrato, tales como la duración de la licencia. Frente a los 15 años pactados, se prevé una duración de sólo 10 años; así como la introducción de nuevos elementos hasta entonces no contemplados.

14.- La Propuesta fue, finalmente, aprobada sólo con el voto favorable de los siete consejeros designados por la SAT. El resto de consejeros, incluyendo el actor, votaron en contra (los tres designados por CLE y los dos designados por LIBERBANK), absteniéndose Don. Donato

15.- La forma en la que se desarrolló la votación deja, sin margen de duda, patente el conflicto de interés existente en esos consejeros designados por la SAT. Los siete consejeros no votaron individualizadamente, sino que formularon su voto en bloque y dejando expresa constancia de que lo hacían " *en ejecución del mandato recibido de la Junta Rectora* " de la SAT. De esta forma el Presidente de CAPSA (que lo es también de la SAT) comunicó de forma conjunta el sentido del voto de los siete consejeros designados por la SAT:

" *El Sr. Presidente cierra el debate, y abriendo la votación manifiesta que los consejeros designados por la SAT, ejecutando el mandato recibido de la Junta Rectora, votan favorablemente la propuesta presentada*".

16.- El Acuerdo se declara aprobado " *con siete votos favorables, cinco contrarios y una abstención* ". Al margen de haberse computado como votos favorables sólo los de aquellos consejeros en los que concurría un manifiesto deber de abstención, tampoco se respetan las mayorías estatutarias establecidas para este tipo de acuerdos.

En concreto, el artículo 28 de los Estatutos exige el " *voto favorable del 70% de los Consejeros asistentes* " para la adopción, entre otros, de acuerdos que impliquen " *operaciones de endeudamiento por importe superior a 6.010.121,04 euros* " o " *aprobación de inversiones por importe superior a 3.005.060,52 euros* ".

En el presente caso, el Acuerdo aprobado supone para la compañía obligarse a abonar un fijo de 4 millones anuales (más IPC) y un variable anual que sólo para 2012 se fija en 3 millones de euros adicionales, durante diez años, en concepto de licencia de marca, con lo que se está ante uno de los acuerdos sometidos a mayoría reforzada.

Con tales mimbres pretende el actor:

a) La nulidad del Acuerdo adoptado bajo el punto 5º del orden del día de la reunión del Consejo de Administración de 28 de septiembre de 2012, por vulneración del artículo 229 de la LSC en relación con el artículo 204.2 de la LSC. Dispone aquel precepto la obligación de abstención del administrador afectado por una situación de conflicto de interés.

B) Subsidiariamente, la anulabilidad del acuerdo impugnado por vulnerar el interés social de CAPSA en beneficio del accionista mayoritario, con arreglo a los artículos 204.1 y 204.2 de la LSC.

C) Por último y con igual carácter subsidiario, la anulabilidad del acuerdo aprobado por infringir el artículo 28 de los Estatutos de CAPSA, en cuyo último párrafo se dice que " *será necesario el voto favorable del 70% de los Consejeros asistentes para la adopción de acuerdos que impliquen enajenación de filiales o dilución de las participaciones en las mismas, enajenación de activos significativos, operaciones de endeudamiento por importe superior a 6.010.121,04 Euros, concesión de créditos no comerciales o prestación de garantías por importe superior a 1.502.530,26 euros y aprobación de inversiones por importe superior a 3.005.060,52 euros*", siendo así que el Acuerdo aprobado implica la asunción de una obligación de pago durante diez años, consistente en una parte fija de 4 millones de euros anuales (más IPC), más un variable que en 2012 se cifra en 3 millones de euros adicionales.

## **SEGUNDO.- De la contestación a la demanda.**

CAPSA se alza frente a tales pretensiones, aduciendo, en síntesis, que:

1.- CAPSA es una empresa filial de un grupo, en el sentido del artículo 42 del Código de comercio, cuya matriz es "CLAS", lo que determina la inexistencia del conflicto de intereses, por cuanto que no hay intereses divergentes entre matriz y filial, sino un interés superior y distinto, el del grupo.

2.- El consejero impugnante es designado por CLE (COMPAGNIE LAITIERE EUROPEENNE), multinacional de capital francés participada mayoritariamente por el grupo Bongrain, uno de los líderes europeos y mundiales en la transformación de leche, por lo que la abstención reclamada de adverso debería haberse observado por



el demandante y los restantes consejeros de la demandada designados a propuesta de CLE en muchos de los acuerdos del Consejo. Más aún, el propio actor es Presidente de MANTEQUERÍAS ARIAS, S.A., administrador de FORLACTÁREA OPERADORES LECHEROS, S.L. y administrador delegado de GROUPE SOPARIND BONGRAIN, empresas todas ellas competidoras directas de CAPSA.

3.- El contrato de licencia de marca concertado el día 18 de febrero de 1997 tenía, según se pactó en la estipulación tercera, una duración de quince años desde la fecha de su forma, salvo denuncia expresa de mi representada. De esta forma, el plazo de duración del contrato finó el pasado 18 de febrero de 2012, pues CAPSA sí denunció expresamente el citado contrato, que, por tanto, no fue objeto de prórroga. Todo el Consejo de Administración de CAPSA y, por supuesto, también el ahora actor, estuvieron conformes con el mantenimiento de las negociaciones del llamado comité de marca, dando por buena y aceptando la extinción del inicial contrato que venció el pasado 18 de febrero de 2012.

La propia existencia del "Comité de Marca", revela que nunca hubo una intención de CAPSA de prorrogar automáticamente el contrato de licencia de marca de 18 de febrero de 1997, sino que antes al contrario su intención fue la de no prorrogarlo y concertar un nuevo contrato. Y en esa decisión participó siempre el ahora actor.

Buena muestra de ello es que en el acta de la reunión del Comité de Marca que tuvo lugar entre los días 27 y 28 de junio de 2012 se dejó constancia de que:

a) en todo momento se parte de la base de concertar un nuevo contrato de arrendamiento que, en relación con el precio, sustituye el sistema de un canon fijo vigente desde 1997 por un canon mixto, compuesto por una cantidad fija y un variable;

b) en esa misma línea, uno de los consejeros, el Sr. Carlos María en la reunión del día 27 de junio de 2012, *"propone abonar en 2012 un canon de 4 millones de euros y seguir trabajando en una fórmula que a todos convenga"*;

c) y al día siguiente, 28 de junio de 2012, el Don. Carlos María manifiesta *"que la idea de un canon mixto es aceptable y sobre las bases habladas en el día de ayer propone: un canon fijo de 3,5 millones de euros y un variable que sería un porcentaje del fijo calculado sobre el EBITDA histórico de la compañía (+/- 35 millones de euros) que crecería a razón de cinco puntos por millón hasta el 50% y luego un escalado más vertical"*. Por supuesto que el demandante no manifestó queja alguna al respecto y que la diferencia con el canon fijo aprobado finalmente fue escasa, pues estamos hablando de una diferencia de 500.000 euros entre los 3,5 millones de euros aceptados en aquel momento y los 4 millones de euros finalmente aprobados, frente a los 5 millones de euros pedidos por "CLAS" en aquel momento.

d) más aún, el actor *"manifiesta(n) que un canon fijo de 5 millones/año es una base muy alta, por lo que se propone que cada parte reflexione por separado"*.

4.- La concertación del nuevo contrato de arrendamiento de marca que había de sustituir al contrato de 18 de febrero de 1997 no es algo que surja en el año 2012, sino que es algo que viene de mucho más atrás. Así, en el acta de la reunión del Comité de Pilotaje de CAPSA celebrada el día 31 de enero de 2011, consta que *"de conformidad con lo acordado en el Comité de Pilotaje del mes de noviembre pasado se hace entrega a los miembros del Comité de la documentación relativa al contrato de arrendamiento de marca, al efecto de iniciar las conversaciones de negociación de un NUEVO CONTRATO, habida cuenta de la finalización del vigente en 2012"*.

5.- La pretensión de nulidad por infracción legal del artículo 229 de la Ley de sociedades de capital no puede ser acogida porque:

i) no existe conflicto de intereses entre los administradores de "CAPSA" y "CAPSA", en la medida en que de haber algún conflicto de intereses los sería entre "CLAS" y "CAPSA", por lo que no siendo "CLAS" administradora de "CAPSA" y sin que, por tanto, la misma haya intervenido en la adopción del acuerdo controvertido, es inaplicable el artículo 229 de la Ley de sociedades de capital;

ii) a mayores, y a efectos polémicos y de agotamiento del debate, para el hipotético e improbable caso de que se estimase relevante el interés de "CLAS", hay que ponderar la condición de sociedad filial del grupo de esta última que tiene mi representada, de modo que tal situación implica la existencia de un interés del grupo, distinto y superior al interés de las sociedades integrantes del mismo, que determina asimismo la inaplicación del artículo 229 de la Ley de sociedades de capital;

iii) y todavía más, el interés de mi representada es concertar el contrato de arrendamiento de marca en las condiciones pactadas, pues lo contrario, quedarse sin el citado contrato sí que afectaría tan perjudicialmente a mi representada que podría hacerla desaparecer.



6.- A efectos polémicos, aun si hubiere conflicto de intereses, no existiría nulidad de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de "CAPSA", toda vez que el art. 229:

1. No establece una prohibición absoluta del voto de los consejeros vinculados a la sociedad dominante, pues si además así se hubiera previsto se daría la paradoja de que los intereses del grupo como empresa policorporativa quedarían en manos de los socios minoritarios, que solo han realizado una inversión financiera.

2. No sanciona la intervención del administrador en conflicto con la nulidad de los acuerdos adoptados con dicha intervención, silencio legal integrado por doctrina y jurisprudencia en el sentido de que sólo cabe que la sanción del incumplimiento del tantas veces citado precepto sea la anulabilidad del acuerdo social (no su nulidad) y siempre que el acuerdo social lesione el interés social.

7.- La pretensión de anulabilidad del acuerdo social adoptado por lesión al interés social en beneficio de los intereses de "CLAS" tampoco puede prosperar a juicio de la demandada por cuanto que:

i) el interés de mi mandante es el de poder seguir explotando las marcas de la titularidad de "CLAS", toda vez que lo que sí que resultaría fatal para mi mandante sería el que la misma se viese privada del uso y disfrute de las citadas marcas. Sin las marcas de "CLAS" mi representada estaría abocada a la desaparición;

ii) el precio pactado por dicho arrendamiento es un precio normal de mercado, en función de la relevancia e impacto comercial de las marcas objeto de arrendamiento. Y es que a tal valor de mercado es al que se debe estar para resolver esta controversia. No debe olvidarse que estamos ante la concertación de una operación entre partes vinculadas lo que, incluso desde una perspectiva fiscal, obliga a que se concierte en condiciones rigurosas de mercado, tal y como dice expresamente el artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, al preceptuar que "*las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia*". Asimismo se hace preciso recordar que en la cláusula séptima del protocolo de colaboración de 21 de febrero de 1997 (Documento nº 6 de la demanda y tan invocado en otras ocasiones) se convino, como no podía ser de otra forma, que "*todas las prestaciones de servicios o entregas de bienes indicados en el punto anterior u otros que se efectúen entre las partes se retribuirán a precio y en plazos de mercado*".

iii) El interés colectivo del grupo en el que se insertan mi representada, filial, y "CLAS", matriz, hace necesaria la firma del citado contrato, en la medida en que el mismo contribuye tanto a la satisfacción del interés de la filial, como el interés de la matriz que es a su vez la principal suministradora de leche de mi mandante, y como también satisface el interés colectivo de todo el grupo, que exige el mantenimiento equilibrado de actividades de matriz y filial, pues la una sin la otra resultarían recíprocamente perjudicadas.

8.- En este caso no sólo es que la contraparte no haya probado que el acuerdo de concertar un nuevo contrato de licencia de marca lesione a "CAPSA", sino que la concertación de dicho nuevo contrato se ha probado que beneficia tanto su interés como el interés de la entidad dominante como el interés colectivo del grupo, puesto que:

a) "CAPSA" necesita seguir contando con el uso de las marcas de "CENTRAL LECHERA ASTURIANA" dado su impacto y conocimiento en el mercado que ya se pone de manifiesto en la valoración efectuada por la multinacional experta en valoración de marcas Interbrand;

b) A su vez, la apreciación de tal circunstancia es evidente que también se apreció por los demandantes, que justamente por ello mantuvieron abiertas negociaciones durante más de un año para la negociación del nuevo contrato.

c) Asimismo es evidente que desde ya el año 2011 se asumió por los demandantes que el objeto de las negociaciones con "CLAS" no era prorrogar el contrato de 18 de febrero de 1997 sino celebrar un nuevo contrato de arrendamiento, razón por la cual, según consta, se negociaron las condiciones esenciales del mismo.

d) Y el precitado contrato, a concertar entre sociedades del grupo, dominante y dominada, debió satisfacer el interés de la dominante y dominada y el interés colectivo del grupo, a cuyo efecto debe tenerse en cuenta:

- Tanto el valor de la marca objeto de arrendamiento;

- Como la incidencia del uso de la misma en el resultado de explotación de la arrendataria;

- Buscándose, por tanto, no expropiar derechos en beneficio ni en perjuicio de ninguna de las dos.

9.- Informe de BDO. El informe no fue encargado en ningún caso por CAPSA, como se señala de contrario, sino por el actor -así resulta acreditado con la propuesta de servicios profesionales de 7 de febrero de 2012, dirigida por BDO al actor y en la que expresamente se dice (página 12), que "*Debemos señalar que para el*



*cumplimiento del calendario mencionado, es indispensable la total colaboración de la Dirección de Bongrain "*, y de la carta del propio actor a CAPSA, de fecha 16 de febrero de 2012, si bien sí fue satisfecho por CAPSA, a la que se han girado las facturas a instancia de algún Consejero que se ha extralimitado completamente en sus atribuciones, estando pendiente de refacturar el importe de los trabajos de BDO a "CLE".

En cuanto a su contenido, parte de una premisa manifiestamente errónea, que es el de un coste fijo permanente de 7 millones de euros anuales, que distorsiona por completo sus conclusiones. *A fortiori* la cuestión realmente controvertida no es ver el costo en sí mismo, sino determinar si el canon se ajusta o no a precios de mercado. Basta señalar que si el canon en el año 2011 ascendió a 2,06 millones de euros, el incremento (1,94 millones) equivaldría a un 0.25 por ciento de las ventas, porcentaje que resulta despreciable visto el volumen de facturación de la empresa que se encuentra en los 755 millones de euros anuales.

Otras conclusiones contenidas en el informe deben igualmente atacarse: la conclusión que vierte en relación al dato de inversión en la marca CLAS es completamente falsa, pues la base de tal inversión es falsa: sus guarismos constituyen la inversión realizada no solo en ésta sino también en todas las marcas de CAPSA, incluyendo por tanto Larsa y Ato, lo que desvirtúa el impacto que se señala.

10.- Interdicción de la contradicción con los propios actos y abuso de derecho. En este caso la citada contradicción del demandante con sus actos propios se manifiesta:

a) con carácter general con su reconocimiento en el acta de la reunión del Comité de Pilotaje de mi mandante celebrada el día 31 de enero de 2011, en la que consta que *" de conformidad con lo acordado en el Comité de Pilotaje del mes de noviembre pasado (se aporta como Documento nº 6 copia del acta de la reunión del Comité de Pilotaje de mi representada de 22 de noviembre de 2010), se hace entrega a los miembros del Comité de la documentación relativa al contrato de arrendamiento de marca, al efecto de iniciar las conversaciones de negociación de un NUEVO CONTRATO, habida cuenta de la finalización del vigente en 2012 "*;

b) y con carácter particular, respecto del importe del contrato de arrendamiento objeto del acuerdo impugnado, al haber manifestado en esta misma litis que su cuantía es inestimable,

c) así como respecto de la impugnación del acuerdo controvertido por estimarlo anulable por infracción de un precepto estatutario, cuando en el momento de la adopción del citado acuerdo y en las manifestaciones que en el curso de la reunión del Consejo de 28 de septiembre de 2012 se guardó absoluto mutismo respecto de tal ahora extemporáneamente pretendida infracción estatutaria.

11.- Por último no existe infracción estatutaria, toda vez que no estamos ni ante una operación de endeudamiento ni ante una inversión, sino ante un contrato bilateral y sinalagmático, del que derivan derechos y obligaciones para la arrendadora, "CLAS", y para la arrendataria, "CAPSA", que además no tiene una cuantía superior a las previstas estatutariamente. El contrato en cuestión es un arrendamiento operativo con un canon anual, cuyo importe es un concepto de gasto, y en ningún caso de deuda o inversión, según está además así reconocido en la Consulta del ICAC nº 3, publicada en el BOICAC 87/SEPTIEMBRE 2011. A mayor abundamiento en ningún momento CAPSA (durante los últimos 15 años de vigencia de tal contrato) conceptuó, trató o contabilizó como deuda el importe del periodo anual o total del arrendamiento de marca. Además el actor no hizo constar en acta su oposición al acuerdo con base en tal infracción estatutaria, lo que le priva de acción a tenor del artículo 206.2 de la Ley de sociedades de capital cuando dispone que *" para la impugnación de los acuerdos anulables estarán legitimados los socios asistentes a la Junta que hayan hecho constar en acta su oposición al acuerdo "*.

### **TERCERO.- Primer motivo de impugnación: infracción del art. 229 de la Ley de Sociedades de Capital .**

El consejero demandante basa su impugnación del repetido Acuerdo 5º en que los siete consejeros de CAPSA designados por la SAT, al aprobar con su único voto un nuevo contrato de arrendamiento de marca que modifica sustancialmente el primitivo, en perjuicio de la filial y correlativo beneficio de la matriz, se hallaban en una situación de conflicto de interés tipificada en el art. 229, lo que debería haberles llevado, en cumplimiento de lo previsto en el art. 229.1.II, a abstenerse de intervenir en el acuerdo, infracción legal que a su juicio vicia de nulidad el acuerdo por aplicación del art. 204.2 por remisión del art. 251.

La estrategia procesal de CAPSA se estructura, a juicio de este juzgador, en tres líneas de defensa sucesivas, a saber:

1) No existe conflicto de interés. A criterio de CAPSA los administradores designados por la SAT no tenían un interés *personal* en el acuerdo, sin que sea de aplicación el art. 231, que recoge el catálogo de personas vinculadas a los administradores "a efectos de los artículos anteriores"; y aunque fuera de aplicación, dicho precepto, caso de administrador persona física, sólo afecta a la persona física cabecera de un grupo, lo que no es el caso; en suma, el conflicto, de existir, sería entre matriz y filial.





2) Aun existiendo conflicto de interés la infracción del deber de abstención no implica la nulidad del acuerdo, sino simplemente su anulabilidad en caso de que se acredite la lesión al interés social.

3) Para valorar el interés social ha de atenderse a la integración de la filial demandada en un grupo y a las ventajas derivadas de su integración en el mismo.

Siguiendo este esquema, la primera cuestión a abordar es si en el caso concreto los administradores designados por la SAT se hallaban en una situación de conflicto de interés para lo cual, a su vez, debemos tratar de dar respuesta a varios interrogantes:

a) ¿Es aplicable al 229.1 el elenco de personas vinculadas del art. 231? De serlo, ¿ese catálogo es *numerus clausus* o *apertus* ?

b) ¿El conflicto de interés "indirecto" comprende supuestos que quedan fuera del elenco de personas vinculadas del art. 231? ¿Comprende concretamente el supuesto en que el interés a proteger sea el de la sociedad dominante o, en términos más difusos, el interés grupal?

El art. 229 LSC dispone en su primer apartado, bajo la rúbrica "situaciones de conflicto de intereses", lo siguiente:

#### **Artículo 229 Situaciones de conflicto de intereses**

*1. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad.*

*El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera.*

*2. Los administradores deberán, asimismo, comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan.*

*3. Las situaciones de conflicto de intereses previstas en los apartados anteriores serán objeto de información en la memoria.*

Este precepto tiene su origen inmediato en la denominada Ley de Transparencia, que lo introdujo, con una redacción parcialmente coincidente, en el derogado TRLSA como art. 127 Ter .

El art. 229 distingue dos supuestos de hecho, a saber:

a) El conflicto, directo o indirecto, que el administrador pueda tener con el interés de la sociedad, que le obliga tanto a comunicar este extremo a los otros administradores o a la junta, como a abstenerse de intervenir en el acuerdo o decisión;

b) La participación, directa o indirecta, que tanto ellos como las personas vinculadas del art. 231 tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, en cuyo caso la obligación del administrador afectado se agota con la comunicación.

El apartado 3 de dicho precepto completa el régimen jurídico disponiendo que ambas situaciones deberán ser objeto de información en la memoria, calificando a ambas de "conflicto de intereses", por lo que surge la duda de si el ámbito subjetivo del ap. 1 del art. 229 (lo que denominaremos conflicto de interés en sentido estricto) debe completarse, al igual que el supuesto de "participación" del ap. 2º, con el elenco de personas vinculadas del art. 231, a cuyo tenor:

#### **Artículo 231 Personas vinculadas a los administradores**

*1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:*

*a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.*

*b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.*

*c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.*

*d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio .*

*2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes:*



- a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio .
- b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.
- c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.
- d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.

Si acudimos al derogado art. 127 *ter* se aprecia con facilidad que el legislador, al refundir, ha utilizado una técnica legislativa poco depurada, rayana en el "ultra vires".

**Artículo 127 *ter*.** Deberes de lealtad.

1. Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas.

2. Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador.

3. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener, con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera.

En todo caso, las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores de la sociedad serán objeto de información en el informe anual de gobierno corporativo.

4. Los administradores deberán comunicar la participación que tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social. Dicha información se incluirá en la memoria.

5. A efectos del presente artículo, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:

- 1. El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.
- 2. Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.
- 3. Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.
- 4. Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes:

- 1. Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .
- 2. Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.
- 3. Las sociedades que formen parte del mismo grupo, tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , y sus socios.
- 4. Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.

Podemos comprobar cómo el art. 127 *ter* distinguía, con mejor técnica que el actual art. 229, el propio conflicto de interés (art. 127 *ter* .3) de la hipótesis de participación en el capital (art. 127 *ter*.4), restringiendo la denominación de "conflicto" a la primera, por lo que no había conexión alguna entre ambas disposiciones, que contemplaban *supuestos fácticos distintos* (conflicto versus participación), con *consecuencias diversas* (comunicación y abstención, para el "conflicto"; simple comunicación para la "participación") y *ámbitos subjetivos disímiles* (el simple administrador para el "conflicto", si bien éste podía ser directo o indirecto; el administrador más las personas vinculadas para la "participación").



Aunque del contraste del TRLSC y de la LSA pudiera deducirse que no es aplicable el art. 231 al art. 229.1 y que el legislador se ha excedido de los estrechos márgenes de la refundición (así lo entiende VICENT CHULIÀ, *Grupos de sociedades y conflictos de intereses*, Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas, p. 894), lo cierto es que ya con la LSA podía defenderse la aplicación al conflicto de interés en sentido estricto del elenco de personas vinculadas merced a la tipificación expresa del conflicto indirecto, concepto bajo el que la generalidad de la doctrina englobaba -y engloba- aquellos supuestos en que existe persona interpuesta y aún con mayor amplitud subjetiva que la que resulta del art. 231. GARRIGUES y URÍA (en su Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, I, p. 660) incluían en los caso de conflicto indirecto los apoyos o beneficios a sociedades rivales, los negocios realizados por cuenta de un testaferro, las operaciones de terceros con la sociedad en que el administrador lleve una comisión, etc.; y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, en relación con el art. 52 LSRL (*El conflicto de intereses en la sociedad limitada*, Derecho de Sociedades de responsabilidad limitada, I, p. 695) afirmaba que el conflicto indirecto incluía las relaciones de parentesco, de dependencia societaria, comerciales u obligacionales. A falta de un criterio legal y jurisprudencial acerca del alcance subjetivo del conflicto indirecto y existiendo en el mismo precepto (en la LSA) o capítulo (en la LSC) un catálogo de personas vinculadas, una interpretación sistemática impone extender también al genuino conflicto de intereses el art. 231, que vendría a agotar los supuestos de conflicto indirecto a fin de dotar de coherencia y seguridad jurídica al conjunto normativo. Esta, por otra parte, es la orientación que siguen muchos de los reglamentos de los consejos de sociedades cotizadas (cfr. art. 32 de los reglamentos de Inditex o Bankia).

Resta señalar que entendemos que la enumeración del art. 231 es *numerus clausus* [en la doctrina, en contra, EMBID IRUJO y GÓRRIZ LÓPEZ, "Artículo 127 ter", Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, II, p. 1444], interpretación restrictiva que se acomoda mejor a la naturaleza prohibitiva de la norma.

Concluido, pues, que el art. 231 resulta aplicable al art. 229.1 y que los supuestos de conflicto indirecto se agotan en el elenco de personas vinculadas en él previsto, podemos sentenciar que no había en el caso de autos conflicto de interés en los administradores de CAPSA designados por la matriz toda vez que no concurre ninguna de las hipótesis en aquél previstas.

Aun admitiendo a efectos meramente dialécticos que en el caso de autos resultare del art. 229.1, ya en solitario, ya en combinación con el art. 231, un conflicto de interés, ello no habría de conducir a juicio de este juzgador a la estimación del motivo, que debería asimismo ser rechazado por las siguientes consideraciones, íntimamente ligadas:

1.- La primera, la necesidad de interpretar de forma flexible la situación de conflicto de interés en caso de grupos de sociedades a fin de no privarlos de operatividad. Con razón advierte VICENT CHULIÀ (op. cit. p. 887) que "[s]i aplicamos el art. 229.1 LSC en relación con el art. 231.2 (relación de personas vinculadas a los administradores personas jurídicas, que parece incluir a la sociedad dominante) el grupo no podrá funcionar, al prohibir que voten los consejeros nombrados a propuesta de la sociedad dominante, teniendo que recurrir en cada una de las operaciones intra-grupo a la autorización de la junta general", lo que lleva de suyo a que "los intereses del grupo de sociedades como empresa policorporativa quedan en manos de los minoritarios, que sólo han realizado una inversión financiera, con una lesión manifiesta de los derechos de propiedad y libertad de empresa de la sociedad dominante como socio mayoritario".

A una conclusión semejante llega TOMBARI en el derecho italiano (*Il conflitto di interessi degli amministratori in una "società per azioni appartenente ad un gruppo"*. Prime considerazioni alla luce della riforma del diritto societario) El art. 2391 párr. 1º del Codice Civile, tras la reforma operada por el Decreto Legislativo de 17-1-2003, dispone un deber de información acompañado de un deber de abstención:

*"L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale; se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile"*.

TOMBARI sostiene que el art. 2391 párr. 1º no puede ser objeto de una lectura aislada, sino que debe ser interpretado a la luz de los principios de la disciplina y de las características tipológicas de la sociedad de grupo, para lo que propone "un'ipotesi interpretativa" cuyas líneas principales serían:

· Si aplicamos el deber de abstención del art. 2391 al administrador delegado de una sociedad dominada, éste, en rigor, debería remitir la decisión al órgano colegial, conduciendo a la sociedad de grupo a una situación paradójica: el instituto de la delegación perdería toda utilidad operativa al tener que remitir el delegado todas las decisiones al órgano colegial ("*Ebbene, qualora si ritenga che l'amministratore di una società "dipendente" sia per definizione portatore di un interesse "per conto di terzi" (l'interesse della società capogruppo o del gruppo stesso), troverà integralmente applicazione la disposizione in esame e ciò - è opportuno sottolinearlo*



- anche nell'ipotesi in cui tale interesse non sia in contrasto con l'interesse sociale, ossia nell'ipotesi in cui, ad esempio, l'interesse della capogruppo coincida, nella specifica operazione, con quello della società controllata. In particolare, troveranno applicazione non solo gli obblighi di informazione di cui all' art. 2391, primo comma, prima parte, c.c., ma soprattutto gli amministratori delegati dovranno «astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale» ( art. 2391, primo comma, ultima parte, c.c.). A ben vedere, la soluzione da ultimo prospettata può apparire paradossale: in una "società di gruppo" dipendente l'istituto della delega perderebbe, di fatto, ogni utilità operativa. Più in particolare, sarebbe inutile procedere ad una delega delle funzioni amministrative, in quanto l'amministratore delegato dovrebbe, praticamente con riferimento ad ogni operazione, rimettere la decisione all'organo collegiale").

· El deber de abstención del art. 2391 es eficaz cuando el conflicto es episódico, pero no cuando es la situación "normal". En otros términos, esta disposición ha sido pensada con referencia a una sociedad autónoma (o sociedad-isla) y no a una sociedad de grupo, con la inevitable consecuencia de que resulta funcional al primer modelo de sociedad (sociedad llamada autónoma) y no al segundo (sociedad perteneciente a un grupo ("Dalle considerazioni svolte emerge chiaramente che le prescrizioni di cui all' art. 2391, primo comma, c.c., sono efficaci quando il conflitto - o anche solo l'essere portatori di interessi "altri" non in conflitto - è episodico, non quando queste situazioni sono per così dire "normali". In altri termini, la disposizione in commento è stata pensata con riferimento ad una "società autonoma" e non ad una società di gruppo", con l'inevitabile conseguenza che risulta funzionale al primo modello reale di società (società c.d. autonoma), ma non al secondo (società appartenente ad un gruppo") .

· De esta forma el resultado paradójico que antes comentaba el autor podría ser evitado interpretando el art. 2391 p. 1º de forma adecuada a las características de una sociedad de grupo, pudiendo sostenerse, en particular, que el administrador de una sociedad controlada que persigue el interés de su sociedad teniendo en cuenta la sinergia y la estrategia positiva del grupo, no es portador de un interés distinto, sino de un interés social reinterpretado y adecuado a un contexto de grupo. Por esta vía el administrador delegado podría sin duda completar la operación sin remitir la misma al órgano colegial ("Se questo è vero, il risultato paradossale sopra accennato potrebbe forse essere evitato interpretando la proposizione normativa in commento in modo adeguato alle caratteristiche tipologiche di una "società di gruppo". Si potrebbe sostenere, in particolare, che l'amministratore di una società controllata, il quale persegue l'interesse della sua società tenendo conto delle sinergie e delle strategie "positive" del gruppo, non sia portatore di un interesse "diverso", anche se non in conflitto con quello sociale (un interesse "per conto di terzi"), ma sia portatore di un "interesse sociale" reinterpretato e adeguato ad un contesto di gruppo. Per questa via, qualora l'amministratore delegato riuscisse a dimostrare quanto sopra affermato, potrebbe senza dubbio compiere l'operazione, senza investire «della stessa l'organo collegiale»").

2) Ello nos permite hilar con la segunda consideración, cual es que la existencia de un deber de abstención derivado de un conflicto de intereses no ha de implicar la nulidad de pleno derecho del acuerdo, sino su mera anulabilidad en tanto en cuanto el acuerdo se revele lesivo del interés social.

Efectivamente, la decisión sobre la consecuencia jurídica de la infracción del deber de abstención del art. 229.1 es de enorme relevancia en el caso de grupos de sociedades, pues de concluirse que en un caso como el enjuiciado los consejeros designados por la matriz están inmersos en una situación conflictual ello implicaría en la práctica una quiebra del principio mayoritario en aquellos casos puntuales (o no tanto) en que sea dable apreciar un conflicto matriz-filial, convirtiendo en mayoritarios a los consejeros designados por quien ostenta un peso minoritario en el capital social, lo que parece atentar, sin justificación aparente, contra uno de los principios configuradores de la sociedad de capital. Ya advertía de este peligro POLO SÁNCHEZ ( *Artículo 134, Acción social de responsabilidad* , Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles, VI, p. 327) en reflexiones, que, no obstante emitidas en torno al deber de abstención de los administradores-socios mayoritarios en la Junta en que se hubiere de decidir sobre el ejercicio contra ellos de una acción social de responsabilidad, son perfectamente trasladables, *mutatis mutandis* , al supuesto que nos ocupa:

"La configuración de un deber de abstención en estos supuestos conduciría a una subversión del régimen de mayorías en que se fundamenta la toma de decisiones en la sociedad anónima y dejaría inermes a los accionistas mayoritarios frente a cualquier exigencia injustificada de responsabilidad por parte de los minoritarios, prejuzgando el resultado de la votación a favor de la minoría (POLO DÍEZ, 183). De ahí que a una resolución preventiva del posible conflicto, que podría demostrarse injusta a posteriori, parezca preferible la ahora mantenida solución legal de proteger a la minoría a través de oros cauces" , entre los que cita la acción de impugnación del acuerdo por lesión del interés social, amén del específico de la legitimación subsidiaria de la minoría cualificada ex art. 239 LSC (entonces art. 134 TRLSA ).

Y lógico es que así sea, pues con SUÁREZ LLANOS *Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (Disciplina jurídica de la acción social)* , Anuario de Derecho Civil, 1962, p. 947] "[s]u interés personal,



*indudable, de oponerse al ejercicio de la acción puede coincidir plenamente con el interés social. Es decir, puede perfectamente considerarse que no existe auténtico conflicto de intereses entre el particular del administrador y el interés de la Sociedad. Es más, cabe que el interés que le mueva a votar sea "socialmente" más puro que el que ha impulsado a otros accionistas a la formulación de sus respectivos votos".*

En similares términos reflexionaba SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (op. cit. p. 679), a la luz del antiguo art. 52 LSRL (en que, a diferencia de la acción social, sí se contemplaba expresamente un deber de abstención del socio en conflicto): *"un exceso de rigor sobre la facultad de votar podría ocasionar en el orden corporativo una situación opuesta a la que se quiere corregir, dado que la prevalencia del socio mayoritario da paso a una primacía del socio o socios minoritarios, que por medio de la invocación del interés social resultarían ser los únicos legitimados para ejercitar el derecho de voto. Tal riesgo se adivinaba en alguna enmienda rechazada que denunciaba, a partir del precepto analizado, que "una cosa es proteger las minorías y otra eliminar las mayorías".*

En la dialéctica entre el abuso de la mayoría y la tiranía de la minoría constata POLO SÁNCHEZ ( *ABUSO O TIRANÍA. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima*, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, II, p.2270 ) que, frente a la que califica de bienintencionada y constante preocupación por la tutela de la minoría frente al abuso de la mayoría, *"se ha prestado mucha menor atención, en cambio, a la tiranía de la minoría frente al poder de decisión de la mayoría, dando poco menos que por supuesto que el interés de la primera es, siempre o casi siempre, un interés legítimo e ignorando, no ya el posible interés ilegítimo -o extrasocial- de la misma, sino asimismo los supuestos -enormemente frecuentes en la práctica- en que no cabe descartar a priori la plena legitimidad de ninguno de los intereses en conflicto."*

Sentado pues que, apriorísticamente, no es presumible mayor legitimidad, en términos de interés social, en el voto de la minoría que en el de la mayoría, no cabe sino concluir en la mejor adecuación a los principios rectores de una sociedad de capital de un control judicial ex post de la legalidad del acuerdo, en la medida en que la decisión de la mayoría pueda luego reputarse lesiva al interés social.

Por esta solución se decanta la SAP de Madrid (Sección 28ª) de 17-10-2008 , a cuyo tenor *" este tribunal se ve obligado a precisar que un acuerdo de consejo de administración podría ser declarado nulo, por contrario a la ley ( artículo 115, nº 1 y 2, del TR de LSA en relación con los artículos 6.3 y 7 del C Civil ), en aquellos casos en que aquél hubiera sido alcanzado con el voto de un administrador sujeto, por expresa previsión legal, a un deber de abstención específico, como son aquellos que conllevan la prohibición de votar; así ocurre, por ejemplo, en los casos que prevé el artículo 52.1 de la LSRL en relación con los artículos 65 , 67 y 10.1 del mismo cuerpo legal . Sin embargo, en los demás supuestos de conflicto de intereses que puedan afectar al deber de lealtad, a falta de una prohibición expresa de ese tipo, que no se encuentra en los aludidos preceptos del TR de la LSA, y a fin de no generar distorsiones en el normal funcionamiento de los órganos de la sociedad, si el administrador emitiese su voto con infracción de las obligaciones de fidelidad y de lealtad que la ley le impone ( artículos 127 bis y 127 ter del TR de LSA ), que podrían exigirle que se abstuviese de votar en relación con el asunto respecto del cual se plantease la situación conflictiva, las consecuencias podrían ser de tres tipos: 1º) que la junta, a petición de cualquier socio, cesase al consejero con intereses opuestos a los de la sociedad ( artículo 132.2 del TRLSA ); 2º) que se plantease, por los legitimados para ello, la impugnación del acuerdo adoptado por el consejo si contraviniese el interés social a favor de un interés propio o de tercero (al amparo de los artículos 115 y 143 del TRLSA ); y 3º) que se ejercitase la acción de responsabilidad contra el implicado e incluso contra aquéllos que formaron la mayoría y contravinieron con ello la labor de diligente administración que les incumbía ( artículos 127 , 127 bis , 127 ter y 133 del TRLSA ). Descartamos, por tanto, que en el presente caso, en el que no nos consta que mediase la específica previsión legal de votar, proceda la impugnación del acuerdo objeto de autos por contrario a la ley, sin perjuicio de la procedencia de alguna de las demás soluciones apuntadas".*

En la misma línea, ya en sede doctrinal, VICENT CHULIÁ (Op. cit. p. 900 y ss.), tras resaltar que el art. 229.1 no establece cuál sea la sanción para el caso de infracción de la prohibición de que el administrador participe en la decisión o en el acuerdo, concluye que *"multitud de argumentos aconsejan hoy una interpretación favorable a la anulabilidad como solución más protectora de todos los intereses en presencia"* , argumentos que expone a continuación:

*" 1.- El art. 229 LSC no incluye una expresa sanción de nulidad del acuerdo del consejo de administración adoptado con los votos decisorios de los consejeros en situación de conflicto de intereses y no debe deducirse mecánicamente del art. 6.3 del Código civil , para todo caso de infracción de normas, a falta de otra sanción, cuando sistemáticamente exige otra solución. La sanción de nulidad absoluta sería incongruente con las normas que obligan a la sociedad a dar publicidad o transparencia a los negocios realizados durante el ejercicio en situación de conflicto de intereses y también si se admite que estas operaciones son susceptibles de autorización por el consejo (o por los administradores no afectados, o por la junta general), tal como regulan los Reglamentos del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas".*



2.- La Ley 26/2003, conocida significativamente como Ley de transparencia, que incorporó el art. 127 ter, 3 al TR de la LSA de 1989 (del que procede el art. 229.1 LSC), decidió conscientemente no incluir la sanción de nulidad del acuerdo, siguiendo una amplia corriente legislativa.

3.- La doctrina clásica sobre el art. 1459-2 Cc. y 267 Cdeco sobre autocontratación ha evolucionado a favor de la anulabilidad, permitiendo destruir la presunción de fraude basada en el conflicto de intereses, por vía de acción o de excepción.

4.- La legislación comparada en regulación del conflicto de intereses administrador/sociedad establece de forma unánime como sanción la anulabilidad del acuerdo del consejo de administración (Cita a estos efectos el derecho italiano, francés, británico y estadounidense).

5.- La doctrina mayoritaria española (con cita de SALELLES CLIMENT, ALCALÁ DÍAZ, GIMENO-BAYÓN COBOS y GARRIDO ESPÁ y SÁNCHEZ CALERO) ha acogido también la sanción de anulabilidad en la interpretación del TR de la LSA, antes y después de la reforma por la Ley 26/2003, de transparencia (...).

6. La SAP Madrid, Sección 28ª, especializada en materia mercantil, de 17 de octubre de 2008 (...)"

En suma, como conclusión a esta extensa argumentación, ni existe conflicto de intereses ni aunque lo hubiere el acuerdo sería nulo, sino meramente anulable en cuanto lesionare el interés social.

Enlazamos así con el segundo motivo de impugnación.

#### **CUARTO.- Segundo motivo de impugnación: la lesión del interés social.**

El administrador demandante, Sr. Leon , entiende que el acuerdo 5º objeto de impugnación resulta claramente lesivo para los intereses de CAPSA, al pasar de un canon anual de 2'1 millones de euros en el último año de vigencia del primitivo contrato de 1997 a un nuevo contrato, obviando la prórroga tácita del anterior, con un canon fijo de 4 millones más uno variable que en 2012 alcanzó los 3 millones (en realidad fueron 1'5) y una duración de 10 años en lugar de los quince originarios.

CAPSA niega la lesión del interés social con un triple argumento:

- i) Que su interés es poder seguir explotando las marcas de la titularidad de "CLAS", cuya privación resultaría fatal, viéndose abocada a la desaparición;
- ii) Que el precio pactado por dicho arrendamiento es un precio normal de mercado, como procede en una operación entre partes vinculadas.
- iii) Que el interés colectivo del grupo en el que se insertan filial y matriz hace necesaria la firma del citado contrato, que contribuye tanto a la satisfacción del interés de la filial, como el interés de la matriz, que es a su vez la principal suministradora de leche de la filial.

Tales argumentos no pueden ser acogidos.

En primer lugar, finalizado el periodo inicial de vigencia del contrato de 1997 y continuando CAPSA en el disfrute pacífico de las marcas, resulta palmario que ello ha tenido lugar, no por concesión graciosa de la matriz o en precario, sino por la prórroga tácita del contrato de 1997. No consta en autos denuncia alguna de CAPSA como exigía la estipulación 2ª, a cuyo tenor "[ e]l presente contrato tendrá una duración de quince años desde la firma del mismo. Transcurrido el plazo señalado, el contrato se prorrogará automáticamente por sucesivos períodos de igual duración salvo que medie denuncia expresa por escrito, por parte de la entidad CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A.". No empece a la prórroga el hecho de que las partes iniciaran negociaciones de cara a alcanzar un acuerdo que sustituyera al anterior; el mero hecho de entablar negociaciones no es asimilable a una denuncia expresa y por escrito, no implica renuncia a la prórroga ya operada ni novación contractual alguna mientras las mismas no cristalicen. En suma, el contrato y, por extensión, el acuerdo que la matriz impone a la filial por boca de sus consejeros no eran precisos para que la filial continuara en el uso de las marcas, pues tal derecho ya le pertenecía, y en mejores condiciones económicas y temporales, por la prórroga tácita ya operada.

Idéntica suerte ha de correr el alegato relativo al precio de mercado. Aduce la demandada, ya en su contestación, ya en el informe pericial que acompaña, que las transacciones entre empresas vinculadas han de hacerse a valor de mercado, por imponerlo así tanto la normativa contable (CCom y PGC) como fiscal ( art. 16 Ley del Impuesto de Sociedades ), siendo así que tales normativas sectoriales sólo rigen en su limitado ámbito de aplicación. No hay disposición legal alguna que obligue a que una filial con contrato vigente deba desistir del mismo o soportar que su matriz le imponga otro más gravoso por el mero hecho de que el parámetro del precio de mercado sea más conforme a uno u otro. Nada tiene que ver la normativa fiscal o contable aludida con el aspecto *intra* societario, del mismo modo que el hecho de que la normativa contable disponga, por



ejemplo, que los activos se computarán por el precio de adquisición o el coste de producción no implica que el valor contable coincida con su valor real o que deban enajenarse por aquel precio.

La lesión del interés social es evidente, puesto que, simplemente limitándonos al canon fijo, casi se ha doblado, pasando de 2'1 a 4 millones anuales, para un total de 5.503.809 € en 2012 sumando el variable (doc. 21 aportado por la actora en el acto de la audiencia previa). Aun cuando no es necesario que el daño, para ser ilegítimo, alcance un determinado peso en las cuentas de la sociedad, las cifras relatadas son de consideración si las comparamos con los resultados de los últimos ejercicios: 18 millones en 2009, 17 en 2010, 11'9 en 2011 y un millón de pérdidas en 2012.

Concluida la lesión del interés social de CAPSA, individualmente considerado, es evidente que sólo podrá quedar exculpado en la medida en que esa perspectiva de valoración individual se haya de ver sustituida por una valoración superior, de grupo, interés grupal que vendría a actuar como causa de justificación o excusa absolutoria, en términos penales, incumbiendo obviamente la prueba del pretendido interés grupal a quien invoca su existencia.

La disciplina legal del derecho de grupos se halla en nuestro país en un estado embrionario, muy distante de la experiencia y desarrollo que atesoran ordenamientos vecinos. Empero, en los últimos años las operaciones *intra* grupo han sido objeto de examen por nuestros tribunales, señaladamente en el ámbito concursal. Es moneda corriente en el curso de una acción de reintegración alegar de forma genérica que una determinada operación, singularmente una garantía personal o real, es onerosa (y, a mayores, no perjudicial) por concurrir intereses "grupales" en su otorgamiento, cuando lo cierto es que precisamente en el ámbito de los grupos de empresas "no es en modo alguno infrecuente observar cómo determinados resultados que desde una perspectiva global son provechosos para el interés grupal (que no es otro que el interés del empresario singular o colectivo que subyace al grupo) se logran precisamente a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas" (SAP de Madrid, Sección 28ª, de 20-4-2012). Es lo que, en expresión gráfica, se ha venido en llamar "vampirismo *intra* grupo" (GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, p. 54, haciéndose eco de la expresión "vampirismo financiero" de COZIAN, VIANDIER y DEBOISSY, *Droit des sociétés*, p. 572).

El derecho comparado, consciente de que la operatividad del grupo exige, en ocasiones, lesionar los intereses de las filiales en pos de lo que GIRÓN denominaba "superempresa", condiciona el "abuso" a una serie de requisitos. En Francia, la doctrina ROZEMBLUM, surgida en el ámbito penal con la sentencia que resuelve el caso que le da nombre, exige, para validar la actuación de la matriz, la concurrencia de tres presupuestos:

- a) Que las medidas dañosas se enmarquen en una política de grupo coherente común, elaborada para el conjunto del grupo (" *Pour échapper aux prévisions des articles 425 et 437 de la loi du 24 de Juillet, le concurs financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils son intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par l'intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe (...)* ")
- b) Que no perjudiquen de modo exclusivo a la filial, que debe obtener una contrapartida suficiente cuando menos en el medio plazo (... *il ne doit ni être démunie de contreparties ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées ...* )
- c) Que las medidas no sobrepasen la capacidad económica y financiera de la filial, poniendo en peligro su supervivencia (... *ni excéder les possibilités financières de celles qui en supportent la charge ."* )

En el Derecho italiano el Decreto legislativo de 17-1-2003 introduce en el Título V ( *Della società* ) del Libro V del *Codice* un nuevo capítulo IX ( *Direzione e coordinamento di società* ) en que se contienen disposiciones relativas a la responsabilidad de la sociedad o ente *capogruppo* frente al socio único y los acreedores de la sociedad *controllata* . Las disposiciones del art. 2497 pueden resumirse en dos principios fundamentales:

- a) El de correcta gestión societaria y empresarial;
- b) El de responsabilidad en caso de violación de ese principio, frente a los socios y acreedores de la dominada, salvo cuando el daño resulta inexistente a la luz del resultado conjunto de las actividades de dirección y coordinación o bien sea íntegramente eliminado como consecuencias de operaciones dirigidas a este fin.

Es lo que se ha venido en denominar *teoriadei vantaggi compensativi* , que halla reflejo legislativo no sólo en el art. 2497 citado sino también en el art. 2634, que dentro de las disposiciones penales del *Codice* en materia societaria, castiga a los administradores, directores generales y liquidadores que, teniendo un interés en conflicto con el de la sociedad y al fin de procurarse, a sí o a otros, un injusto provecho u otra ventaja adopten actos de disposición de los bienes sociales causando intencionalmente un daño patrimonial a la sociedad, disposición que se completa con la exclusión del carácter injusto del beneficio si éste se compensa



para la filial con ventajas conseguidas o fundamentalmente previsibles derivadas de la pertenencia al grupo. Como subraya la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 24 de Agosto de 2004 (n. 16707) la ventaja compensatoria no puede tener lugar en términos meramente hipotéticos ni deducirse sin más de la mera pertenencia al grupo, incumbiendo a quien demanda demostrar la existencia de un comportamiento del administrador que lesione el patrimonio del ente y por ello contrario a su obligación de perseguir el específico interés social, y al administrador, si es el caso, los beneficios indirectos y su idoneidad para compensar eficazmente los efectos inmediatamente negativos de la operación ("*[L]eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo non può essere posta in termini meramente ipotetici. Se si accerta che l'atto non risponde all'interesse diretto della società il cui amministratore lo ha compiuto e che ne è scaturito nell'immediato un danno al patrimonio sociale, potrà ben ammettersi che il medesimo amministratore deduca e dimostri l'esistenza di una realtà di gruppo alla luce della quale anche quell'atto è destinato ad assumere una coloritura diversa e quel pregiudizio a stemperarsi; ma occorre che una tal prova egli la dia. Non può, viceversa, sostenersi - come sembra fare la corte d'appello - che la mera appartenenza della società ad un gruppo renda plausibile l'esistenza dei suddetti "benefici compensativi" e che, pertanto, competa alla società la quale abbia agito contro il proprio amministratore l'onere di dimostrarne l'inesistenza. Viceversa, la società attrice esaurisce il proprio onere probatorio dimostrando l'esistenza di comportamenti dell'amministratore che ledono il patrimonio dell'ente e perciò appaiono contrari al suo obbligo di perseguire lo specifico interesse sociale. È il medesimo amministratore, se del caso, che deve farsi carico di allagare e provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta.*")

Ni el legislador ni la jurisprudencia españoles son ajenos a esta sensibilidad en materia de grupos. La propuesta de Código Mercantil en sus arts. 291-10 y ss., al tiempo que reconoce a los administradores de la sociedad dominante la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la dependiente, aunque la ejecución de las mismas pueda ocasionar a ésta un perjuicio, establece una serie de líneas directrices:

- 1.- Las instrucciones no han de ser contrarias a la ley o a los estatutos de la sociedad dependiente;
- 2.- No han de poner en riesgo su solvencia.
- 3.- El perjuicio para la dependiente deberá determinarse teniendo en cuenta el conjunto de ventajas y desventajas que tenga para la misma su pertenencia al grupo.
- 4.- En el caso de que se cause algún perjuicio a la dependiente por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la dominante, ésta deberá compensar adecuadamente a aquélla en el plazo máximo de 1 año, plazo que se contará desde la fecha de la instrucción si el perjuicio a la filial fuera objetivamente previsible.
- 5.- Los administradores de ambas sociedades y la propia dominante responderán solidariamente del perjuicio causado a la sociedad dependiente a menos que prueben que existen elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible y que la ejecución de las instrucciones no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad.

En el ámbito judicial, merece destacarse la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 21 de Junio de 2013, en materia de responsabilidad de administradores, de la que pueden destacarse, en lo que aquí interesa, los siguientes pasajes:

a) "*El deber de actuar como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, se traduce, en términos de generalidad o de modelo de conducta, en la obligación de desempeñar las funciones del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que se es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros, de modo que ante cualquier situación de conflicto el administrador ha de velar por el interés de la sociedad y dirigir su gestión hacia la consecución del objeto y finalidad social de manera óptima, absteniéndose de actuar en perjuicio de los intereses de la sociedad*".

b) "*La obligación de actuar con lealtad al interés de la sociedad presenta particular problemática en el fenómeno del grupo de sociedades. La cuestión que plantean supuestos como el presente es si el deber de lealtad del administrador de una de las sociedades integrantes del grupo debe referirse al "interés del grupo" como tal o al interés particular de la sociedad que administra dentro del grupo, admitido que realmente existe un "interés del grupo", como unidad empresarial con base subjetiva heterogénea, que pudiera ser la medida y criterio de actuación de los administradores de la sociedad dominante y de las dominadas o sometidas al poder unitario de dirección*".

c) "*No cabe duda de que en la realidad del grupo empresarial o de sociedades pueden darse situaciones de conflicto entre el interés del grupo y el interés particular de una de las sociedades que lo integran, y de ahí que*





la doctrina que ha tratado la materia haya propuesto el mantenimiento de un equilibrio razonable entre aquél (el interés del grupo) y éste (el interés social particular de cada sociedad integrante o sometida) que haga posible el funcionamiento eficiente de la unidad empresarial y a la vez impida el expolio de las sociedades dominadas y la postergación innecesaria de su interés social, en defensa de los socios externos minoritarios. Ese equilibrio (al que alude la sentencia al referirse a la compensación de los perjuicios ocasionados por directrices o decisiones en interés del grupo con los beneficios obtenidos por esta misma circunstancia) puede lograrse con la exigencia de una compensación adecuada como instrumento de superación del daño que las instrucciones de la dirección del grupo pueda causar a una sociedad del mismo. Se ha dicho por ello que las concretas operaciones que resultan perjudiciales para una sociedad del grupo deben examinarse en función del conjunto de relaciones entre las sociedades del grupo".

d) "En cualquier caso, no puede obviarse que el deber de lealtad, que como patrón permanente de conducta se impone a los administradores, se refiere al interés de la sociedad que administran, no a otras, aunque pertenezcan al mismo grupo, ni a otros intereses formalmente ajenos".

e) "Ahora bien; el sometimiento de una pluralidad de sociedades a ese poder de dirección unitario no determina que una decisión o acto que implique el vaciamiento patrimonial o desvío de los activos de una de las sociedades sometidas, con el consiguiente perjuicio para ésta, quede justificado desde la perspectiva de la responsabilidad de los administradores, cuando hay socios minoritarios externos, que ven mermado el valor de su participación social en provecho de otras sociedades del grupo en las que no participan".

f) "El interés del grupo puede explicar la decisión y ejecución del acuerdo o acto lesivo para la sociedad dominada o sometida, pero no exonera por principio a los administradores de ésta, que han de actuar siempre con lealtad a los intereses de esa sociedad, evitando su perjuicio en provecho de otras sociedades o terceros que formalmente cuentan con personalidad jurídica independiente, propia y diferenciada".

g) "[L]os socios externos al grupo de control, minoritarios de alguna de las filiales o sometidas, o de la dominante, pueden ver volatilizado el valor de su participación social, consecuencia de una decisión del poder de dirección unitario que suponga la transferencia de activos a otra sociedad del grupo en la que aquéllos no participan, o en general de operaciones societarias intragrupo que originen un perjuicio a los intereses particulares de la sociedad dominada o sometida".

h) Pero, aparte del interés de la filial "es digno de protección, también, el interés de los acreedores de la sociedad desfavorecida por la decisión adoptada en "interés del grupo", que ven mermadas sus expectativas patrimoniales frente a su deudora, sin ninguna garantía ofrecida por la sociedad beneficiaria"

i) "[N]o ha quedado probado que las ventajas iniciales de que pudiera haber sido beneficiaria ALPHASPRAY (la filial en el caso examinado) por la pertenencia al grupo compensen el perjuicio padecido de tal modo que el resultado sea inocuo o neutro".

En el caso de autos no existe la más mínima prueba de que la pertenencia al grupo haya permitido, permita o permitirá en un futuro próximo a la filial compensar adecuadamente los seguros perjuicios que el notable incremento del canon va a irrogarle en los 10 años de vigencia del nuevo contrato. A lo más se alega que la matriz es la principal suministradora de leche de la filial, dato que por sí mismo nada indica, máxime cuando se reconoce que el suministro se hace a precio de mercado, con lo que tampoco se aprecia (a falta de otros datos que incumbía proporcionar a la demandada) qué ventaja supone para la filial acudir al suministro de la matriz en lugar de a un tercer proveedor.

Por lo expuesto, procede estimar el segundo motivo de impugnación, declarando la nulidad del acuerdo 5º impugnado, deviniendo innecesario examinar el tercer motivo.

**QUINTO.-** Se imponen las costas a la parte demandada ( art. 394.1 LEC ).

En virtud de lo expuesto

## FALLO

ESTIMAR la demanda interpuesta por Leon contra CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A. (CAPSA), declarando la nulidad por lesión del interés social del Acuerdo adoptado en la reunión del consejo de administración de la demandada de 28-9-2012, bajo el 5º punto del orden del día, consistente en aprobar la propuesta con los términos de un nuevo contrato de arrendamiento de marca así como de los posteriores acuerdos que puedan adoptarse en su ejecución, como imposición de costas a la demandada.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación.



Para interponer el recurso al que se refiere el párrafo anterior, es necesario constituir un depósito de 50 euros que se consignará en la siguiente cuenta de este juzgado, si el ingreso se efectuase en "ventanilla": 2274 0000 02 0221 12.

Se debe indicar, en el campo "concepto" que se trata de un ingreso para interponer un recurso de apelación.

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el número de cuenta será: 0030 1846 42 000 500 1274, y en "concepto" además de lo expuesto en el párrafo que antecede se añadirá, "Juzgado Mercantil (2274 0000 02 0221 12)".

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: En Oviedo, a de dos mil catorce. En el día de hoy, la anterior sentencia fue leída por el Juez que la firma, en audiencia pública, de lo que yo, la Secretaria Judicial, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ