

Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro

Nova Série Ano XXVII

Nº 71 Julho-Setembro/1988



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORAR
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tel. (011) 37-2433
01501 - São Paulo, SP.

SUMÁRIO

DOUTRINA

— El Derecho de los grupos de sociedades en Brasil — Su significación y repercusión en el ordenamiento jurídico español — José Miguel Embid Irujo	5
— O mercado de capitais no Brasil — Arnoldo Wald	47
— O direito de recesso nas sociedades comerciais — Rachel Sztajn	50
— Endosso sem garantia e “factoring” — Eduardo de Sousa Carmo	55
— Problemática legal do capital estrangeiro — Paulo Cezar Aragão	62

JURISPRUDÊNCIA

— Responsabilidade civil — Garantia dos acionistas minoritários — Oferta pública de aquisição de ações — Aprovação indevida pela CVM — Indenização — Mauro Rodrigues Penteado	73
— Supremo Tribunal Federal — Na transferência da propriedade de imóveis, resultante de cisão parcial, incide o imposto de transmissão “inter vivos”, segundo decidiu o aresto recorrido — Recurso extraordinário não conhecido — Mauro Delphim de Moraes	81

ATUALIDADES

— A reforma de sociedades por quotas de responsabilidade limitada no Direito Alemão — Vera Helena de Mello Franco	87
— Contrato de concessão comercial — Margem de comercialização — Nívio Terra	95

NOTAS E COMENTÁRIOS

— Observações sobre estatuto atípico de sociedade anônima — Egberto Lacerda Teixeira	101
— Uma lacuna no futuro texto constitucional — Lucas Énio Rezende	105

BIBLIOGRAFIA

— Mercado de capitais e S/A — Jurisprudência — Nelson Eizirik e Aurélio Wander Bastos — Edição da Comissão Nacional de Bolsas e Valores — Waldírio Bulgarelli	112
---	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

Catedrático de Direito das Faculdades de Direito da Universidade Fluminense e da Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro.

EDUARDO DE SOUSA CARMO

Doctorat en Droit Commercial de la Faculté de Droit de l'Université de Paris. Professor de Direito Comercial da PUC — MG.

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

Advogado em São Paulo.

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Profesor de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares.

LUCAS ÊNIO REZENDE

Advogado em São Paulo. Membro do Instituto dos Advogados em São Paulo.

MAURO DELPHIM DE MORAES

Advogado em São Paulo.

MAURO RODRIGUES PENTEADO

Mestre e Doutor em Direito. Professor de Direito Comercial da USP. Advogado em São Paulo.

NÍVIO TERRA

Advogado em São Paulo.

PAULO CÉZAR ARAGÃO

Ex-Superintendente Jurídico da Comissão de Valores Mobiliários, é Presidente da Comissão Jurídica da Associação Brasileira de Companhias Abertas, Diretor e ex-Consultor Jurídico da Câmara de Comércio Americana para o Brasil e advogado no Rio de Janeiro.

RACHEL SZTAJN

Professora livre-docente de Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP. Advogada em São Paulo.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Advogada. Professora Assistente, Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

WALDÍRIO BULGARELLI

Bacharel, Doutor, Professor Adjunto de Direito Comercial da USP, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli, Membro do Instituto Paulista de Direito Agrário, do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

DOUTRINA

EL DERECHO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN BRASIL — SU SIGNIFICACION Y REPERCUSION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

JOSE MIGUEL EMBID IRUJO

I — Problemática jurídica general de los grupos de sociedades. II — El control societario: técnicas de obtención y posición jurídica del socio de control. III — El grupo de sociedades en Derecho brasileño: su régimen jurídico. IV — La situación de los grupos de sociedades en el Derecho español.

I — PROBLEMATICA JURIDICA GENERAL DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

1. Introducción: Los principios de ordenación de las uniones de sociedades

En el Derecho de sociedades contemporáneo, incluido el ordenamiento español, no es frecuente encontrar normas de ordenación del complejo fenómeno de las uniones de sociedades y de empresas, a pesar de su importancia en la realidad económica de nuestro tiempo. En este sentido, la imagen que proporciona la regulación jurídica de las sociedades mercantiles — en particular, por lo que se refiere a la sociedad anónima — es la de unas entidades jurídica y económicamente independientes sin conexiones entre sí.

Sin duda, esta falta de pronunciamiento legislativo puede encontrar su explicación en la dificultad de reducir a sistema jurídico el conjunto heterogéneo de formas en las que se manifiesta, en la actualidad, el fenómeno de las uniones de sociedades. Pero esta dificultad no puede constituir excusa suficiente para eludir el tratamiento de problemas que desbordan las previsiones del Derecho vigente y que abren un peligroso vacío entre la realidad empresarial — en la que las uniones de sociedades y, en particular, los grupos tienen una gran importancia — y el ordenamiento jurídico, que sigue tomando como modelo básico el de la sociedad-isla, sin vinculaciones aparentes con otras sociedades.

La actitud “agnóstica” del Derecho de sociedades en el tema que no ocupa no ha sido compartida, sin embargo, por otros sectores del ordenamiento jurídico, en particular el Derecho tributario y el Derecho del Trabajo, si bien este último merced al impulso de la jurisprudencia laboral. Las normas tributarias sobre las uniones de sociedades han venido dictadas por una finalidad esencialmente *recaudatoria* y, al mismo tiempo, de favorecimiento de la formación de las uniones y grupos de sociedades. Así, el establecimiento de normas fiscales en la materia — que, en ocasiones, conducen a tipificar las uniones, tarea más propia del Derecho de sociedades — ha perseguido la doble finalidad de no impedir el agrupamiento societario, que podría verse obstaculizado por situaciones

de doble imposición, por un lado, y, por otro, para evitar elusiones a la ley fiscal, propiciadas por la formación de uniones. Esta visión se refleja en nuestro ordenamiento jurídico en las leyes de 28.12.63 y de 26.5.82, relativas a las sociedades de empresas, y agrupaciones y uniones temporales de empresas respectivamente, y en otros textos legislativos (Decreto-ley de 25.2.77 y Decreto de 17.6.77) relativos específicamente a la tributación consolidada de los grupos de sociedades.¹ El Derecho del Trabajo, por su parte, ha sido por su propia naturaleza muy sensible a las repercusiones de las diversas formas de uniones de empresas sobre las relaciones jurídico-laborales. Ha sido, más bien, la jurisprudencia la encargada de fijar las consecuencias jurídicas de las uniones y grupos de sociedades, particularmente de estos últimos, en el plano del Derecho del Trabajo.²

Hablar, no obstante, de "uniones de sociedades", supone mantenerse en un plano de gran generalidad que no ayuda a comprender el relieve jurídico-societario básico que pueden plantear todas las formas de agrupación empresarial susceptibles de ser subsumidas en tal expresión. Cabría afirmar, en este momento, que son dos los principios caracterizadores de las diversas formas de unión de sociedades: el principio de *cooperación* y el principio de *concentración*. Las uniones basadas en un principio de cooperación se llevan a cabo de un modo paritario y expresan la inexistencia de relaciones de control o de dominación entre las sociedades que se unen. El relieve de tales agrupaciones para el Derecho de sociedades o, dicho de otra manera, la posibilidad de forzar o distorsionar su contenido al aplicarlo a la unión formada es, en nuestra opinión, mínima; las sociedades unidas se verán obligadas a coordinar, por regla general, algunos sectores de su actividad *externa* sin que ello altere significativamente el juego de las instituciones societarias configuradas en el ordenamiento jurídico.

En cambio, las uniones basadas en un principio de *concentración* expresan claramente la existencia de relaciones de *control* y dominación entre las sociedades agrupadas, tendentes a lograr, por debajo de la diversidad jurídica de todas ellas — que se mantiene — la formación de una *nueva unidad empresarial*, a cuya realización queda subordinada, en mayor o menor grado, la actividad de todas las sociedades pertenecientes a la agrupación. De lo expuesto cabe deducir la posible inadecuación de buena parte de las normas del Derecho de sociedades para regir las relaciones derivadas de la unión de sociedades.

Tanto en el caso de uniones de sociedades basadas en el principio de cooperación como en el de concentración estamos contemplando una situación en la que las sociedades agrupadas, a diferencia del supuesto de la fusión, *conservan su personalidad jurídica propia*. Como es sabido, el Derecho de sociedades — capitalistas — atribuye la personalidad jurídica a entes que supone económicamente independientes; parte, en consecuencia, de la identificación de la sociedad mercantil con la empresa. La sociedad representa, por ello, la forma de titularidad — colectiva — de una determinada iniciativa empresarial. Las uniones de sociedades basadas en un principio de *cooperación* no alteran sustancialmente estas ideas, entre otras cosas, porque no se pierde la independencia económica de las sociedades unidas y no se constituye una nueva forma de empresa subyacente a la diversidad jurídica representada por las distintas sociedades. Tal unión de sociedades tendrá consecuencias jurídicas importantes en otros sectores del ordenamiento mercantil, como el *Derecho de la competencia*, a la vista de las posibles restricciones de la concurrencia económica derivada de la armonización del comportamiento en el mercado que,

mayor o menor medida, trae consigo la unión. En nuestro Derecho constituyen expresión de este tipo de unión de sociedades los entes tipificados en las leyes antes citadas; en particular, *la sociedad de empresas*, a la que se refiere la ley de asociaciones y uniones de empresas de 1982.

2. Los grupos de sociedades como expresión de la concentración empresarial — Sus elementos

Una de las formas, posiblemente la más importante cuantitativamente, a través de la que se realiza la concentración empresarial es la de los *grupos de sociedades*. En los grupos se da la dominación o control de una sociedad sobre otra u otras, siendo la participación en el capital el instrumento preferente para el establecimiento de ese control.

Las técnicas adecuadas para lograr esa *posición de control* en el capital de una sociedad son, ciertamente, múltiples: desde la adquisición progresiva de títulos en el mercado, si se trata de sociedades cotizadas en Bolsa, a la suscripción de una, aumento de capital etc. Desde hace algún tiempo existe en el Derecho español la posibilidad de adquirir en un sólo acto el control de una sociedad mediante la técnica de la *oferta pública de adquisición de acciones*, regulada en el Decreto de 25.1.84. Los principios inspiradores de tal texto reglamentario son dos: el de igualdad de trato entre todos los accionistas de la sociedad afectada por la OPA, y el de amplia información, en beneficio no sólo de los mencionados accionistas sino del mercado de valores en general. No se dispone en el Derecho español de normas sobre la llamada cesión de control — regulada en otros ordenamientos — que permite dominar a la sociedad como consecuencia de la transmisión de los títulos del socio o socios de control.³

Junto a la dominación o control de una sociedad sobre otra u otras, con la que aquélla penetra dentro de la estructura organizativa de la persona jurídica, hay otro elemento, más bien de carácter empresarial, que caracteriza a los grupos de sociedades. Se trata de la *dirección económica unificada* que ejerce sobre todas las sociedades del grupo la sociedad dominante. Este elemento caracteriza típicamente a los grupos y permite distinguirlos de otras uniones de sociedades. Y ello porque si la sociedad que ha adquirido el control de otra se limitara únicamente a ejercer las prerrogativas derivadas de su participación mayoritaria en el capital nos encontraríamos todavía en el marco clásico del Derecho de sociedades. A lo más, convendría reforzar algunas técnicas de este último para evitar la alteración de los presupuestos de funcionamiento de la sociedad mercantil con arreglo al Derecho vigente.

Frente a la detención del mero control societario, que no permite hablar de una integración empresarial de la sociedad dominante con la dependiente, el ejercicio de una dirección económica unificada revela el propósito de lograr una nueva unidad empresarial por debajo de la diversidad de formas jurídicas. Aunque no ha nacido un nuevo sujeto de Derecho — unánimemente, se afirma que el grupo carece de personalidad jurídica — si ha surgido una *entidad económica nueva*, con su propio interés social particular de las sociedades integradas en él. Ello obliga a replantear la vigencia de las normas del Derecho de sociedades, que se inspiran en la necesidad de defender y promover el interés social de la sociedad, en su aplicación al supuesto del grupo, donde cabe pensar razonablemente en la subordinación funcional del interés social particular de las sociedades integradas en el grupo al interés de este último como unidad.⁴

La dirección económica única, o dirección unitaria, es, esencialmente, un proceso de naturaleza empresarial que tiene como presupuesto la pérdida de la independencia económica de las sociedades que forman parte del grupo. Ello significa que una serie de competencias necesarias para decidir sobre los setores o ámbitos integrantes de la actividad de la empresa — expresión de su independencia económica — han sido transferidos a la sociedad dominante del grupo. Conviene determinar entonces el contenido mínimo de competencias empresariales cuya transferencia permite establecer el concepto de dirección unitaria. Suele haber acuerdo en entender que la competencia en materia de financiación y de personal en manos de la sociedad dominante integra el contenido mínimo de la dirección unitaria. Y ello sin perjuicio de que la sociedad dominante pueda asumir competencia en otras áreas de la actividad empresarial, como ventas, comercialización, producción etc. En este último caso nos encontraremos en presencia de un grupo descentralizado, en el que cabé imaginar una cierta esfera de comportamiento empresarial autónomo por parte de las sociedades dependientes. Hoy por hoy, la distinción entre grupos centralizados y descentralizados no tiene consecuencias jurídicas específicas en los países que poseen normas en materia de grupos, circunstancia que, tal vez, debiera ser reconsiderada.⁵

Por otro lado, el concepto expuesto de dirección unitaria excluye, a nuestro juicio, la posibilidad de los llamados grupos por coordinación, categoría patrocinada por ciertos sectores de la doctrina con base en la ley alemana de sociedades por acciones. En tales grupos, se afirma que la dirección unitaria está basada en el acuerdo paritario y libre de las sociedades pertenecientes al mismo y no en la dominación de una de ellas sobre otra u otras. A nuestro juicio, los grupos por coordinación no alteran significativamente el marco del Derecho clásico de sociedades y, a lo sumo, deben encuadrarse entre los acuerdos empresariales destinados a limitar la competencia entre las empresas.⁶

3. La regulación jurídica de los grupos

3.1 Finalidades de la regulación jurídica de los grupos — Su régimen jurídico

La intensidad de los problemas planteados por los grupos, así como su significativa presencia en la estructura económica de nuestro tiempo, aconsejan claramente su regulación por el Derecho, atendiendo los diferentes sectores del ordenamiento que son afectados por su actuación.

A pesar de esta doble importancia, jurídica y económica, son muy pocos los ordenamientos que disponen de normas sobre los grupos desde la vertiente del Derecho de sociedades. Es mayor, sin embargo, el relieve jurídico de los grupos en otros sectores del ordenamiento, como el tributario, laboral, o en el plano estrictamente contable a través del deber de consolidar las cuentas de las sociedades integradas en el grupo.

Es el Derecho alemán, mediante la ley de sociedades por acciones de 6.9.65, el primero que establece una regulación orgánica de los grupos, cuyas normas han constituido durante muchos años — y siguen constituyendo, en buena medida — el centro de atención de los estudiosos de la materia. Este texto legal, además, ha sido la fuente inspiradora de los restantes ordenamientos que han intentado consiguiéndolo o no, regular los grupos desde la perspectiva societaria. Entre los que sí han triunfado en este propósito hay que referirse al

Derecho brasileño, con su ley de sociedades anónimas de 15.12.76 (n. 6.404), y finalmente, al Derecho portugués, mediante el reciente Código de sociedades mercantiles, aprobado por Decreto-ley de 2.9.86.⁷

Al margen de los países que disponen de normas vigentes sobre la materia, debemos prestar atención especialmente al proceso de *regulación de los grupos* que se está llevando a cabo en la *Comunidad Económica Europea*. Tal proceso ha tenido éxito en lo que se refiere estrictamente a los aspectos contables, gracias a la aprobación de la Directiva 83/349/CEE, de 13 de junio, que regula el proceso de consolidación contable. En lo que afecta a los temas "sustantivos" de los grupos, se encuentra en tramitación la futura novena directiva, habiéndose divulgado varias versiones del proyecto. La última de ellas lleva la nomenclatura III/1639/84.⁸

Desde el punto de vista del *Derecho de sociedades*, en particular, el criterio de política jurídica sobre los grupos se centra en el *conflicto entre interés del grupo e interés de la o las sociedades dominadas*. La resolución de este conflicto en beneficio, presumiblemente, del interés del grupo puede acarrear perjuicios para todos aquellos cuya posición jurídica se conecta a la defensa del interés social de la sociedad dependiente; esto es, los socios minoritarios, los acreedores y los trabajadores de la misma.

Cabría imaginar dos actitudes extremas a la hora de resolver el conflicto expuesto anteriormente: negar la legitimidad de la estructura del grupo, como consecuencia de los posibles perjuicios producidos a los socios, acreedores y trabajadores, o, al contrario, afirmar la necesidad del grupo, como estructura empresarial resultante de los procesos de concentración económica existentes en el mercado.

Los ordenamientos jurídicos que contienen normas, de tipo societario, sobre los grupos establecen un tratamiento de los mismos que pudiéramos denominar *mixto*: se reconoce, como punto de partida, la *legitimidad de la estructura del grupo* y, consiguientemente, la defensa y promoción del interés del mismo. Pero, en contrapartida, se arbitran *medidas de protección* para los socios minoritarios, acreedores y trabajadores de las sociedades dependientes, en cuanto puedan ser perjudicados por la primacía del interés del grupo. Finalmente, y para mejorar la información económica sobre el grupo, se impone la formulación de *estados financieros relativos al grupo* en su conjunto, sin perjuicio de la necesidad de mantener las cuentas individuales de todas las sociedades integradas en él.⁹

Se parte, por lo tanto, de un *criterio de transacción* que reconoce el papel relevante de los grupos en la estructura empresarial de nuestro tiempo pero que, al mismo tiempo, impone una serie de "cargas" a cambio de la supremacía del interés del grupo. Admitir incondicionadamente la legitimidad de la estructura del grupo conduciría a postergar otros intereses dignos de protección y a "abaratar", sin fundamento alguno, los procesos de concentración empresarial.

No sería acertado, como a veces se ha hecho entre nosotros, partir de una actitud excesivamente recelosa hacia la formación de grupos, presumiendo en ella una intención de elusión de responsabilidades, o, incluso, fraudulenta. Conviene destacar, a este respecto, la sentencia de 27.3.87, de la Magistratura del Trabajo n. 5 de Vizcaya, en la que se distinguen "aquellos grupos que surgen como consecuencia y exigencia de las modernas estructuras de la sociedad, extensión de mercados territoriales, avances tecnológicos, imperativos de productividad y eliminación de competencias (sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 15.4.86), es decir, producto del desarrollo económico, de aquellos grupos

de sociedades en los que la finalidad no es otra que la de evitar hacer frente a las responsabilidades propias de una gestión empresarial en una única sociedad, y para ello unas sociedades ostentan el patrimonio o los principales activos, sin apenas cargas y otras, en cambio, son las que detentan los gravámenes de la gestión, pues, en estos casos, estaríamos ante supuestos evidentemente fraudulentos, que tienen su adecuada sanción por vía de lo dispuesto en los arts. 6, 4.^º y 7, 2.^º, del CC, con la consiguiente responsabilidad solidaria en todas ellas".

A grandes rasgos, las medidas de protección en favor de los socios minoritarios, acreedores y trabajadores recogidas en los ordenamientos que regulan los grupos de sociedades pueden sintetizarse como sigue. En favor de los primeros — también llamados socios externos — se establece la opción de permanecer en la sociedad dependiente, una vez formado el grupo, percibiendo por ello una *compensación* anual en metálico, o de separarse de ella, recibiendo como *indemnización* una determinada suma en metálico o en títulos (acciones, obligaciones simples o convertibles, preferentemente emitidas por la sociedad dominante). Con respecto a los acreedores, los sistemas de protección oscilan entre la asunción por la sociedad dominante de las pérdidas del ejercicio de la sociedad dependiente — como en el Derecho alemán — la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante por las deudas de la dependiente — como en el proyecto de directiva comunitaria — o, finalmente, un sistema mixto que incluye las dos modalidades reseñadas — como en el Código de sociedades portugués. Finalmente, en favor de los trabajadores se pretende el mantenimiento del contrato de trabajo y de las ventajas adquiridas en el marco de éste y/o de los convenios colectivos, así como la representación laboral en un comité de empresa del grupo creado al efecto.¹⁰

3.2 Los modelos de regulación legal de los grupos

No hay diferencias fundamentales entre los ordenamientos jurídicos que regulan los grupos a la hora de fijar las medidas de protección de socios o acreedores o de establecer las condiciones de consolidación de las cuentas. La única diferencia importante reside en la forma de delimitar el *supuesto de hecho* del grupo, a efectos de la aplicación del régimen jurídico determinado. En este punto se contraponen dos sistemas o modelos de regulación: el llamado modelo *orgánico* y el *contractual*. Para el primero de ellos, la aplicación del régimen del grupo se conecta meramente a la constatación de la existencia del *grupo en sentido económico*, esto es a la concurrencia del control societario junto con el ejercicio de la dirección económica única. Para el modelo contractual, en cambio, la aplicación del régimen jurídico del grupo viene condicionada no por la existencia sola del grupo, en sentido económico, sino por la conclusión entre las sociedades de un negocio jurídico, que en las fuentes legislativas recibe el nombre de *contrato de dominación*.

Este especial negocio jurídico — de naturaleza organizativa — permite establecer las bases de funcionamiento de la agrupación empresarial formada y, a pesar de su denominación de "contrato" nada tiene que ver con los típicos contratos de cambio.

El modelo orgánico no ha encontrado hasta la fecha aplicación, siendo recogido en proyectos legislativos como, por ejemplo, el del reglamento de *sociedad anónima europea* cuyas normas sobre grupos encuentran aplicación sólo en aquellos casos en los que forme parte del grupo, como sociedad dominante

o dependiente, una anónima europea. Tal modelo de regulación ha sido objeto de críticas sobre la base del "automatismo" de aplicación del régimen fijado, que, según sus detractores, encorseta en exceso la libertad de la actividad económica, a pesar de la indiscutible conexión que establece entre la realidad económica del grupo y su disciplina jurídica.

Por su parte, el modelo contractual ha sido recogido en el ordenamiento alemán y, a imitación de éste, en las leyes brasileña y portuguesa antes citadas. Si bien puede decirse, en teoría, que es más respetuoso con la voluntad de los operadores económicos, al facilitar la constitución "autónoma" del grupo, la aplicación práctica de las normas alemanas y, en medida menos indicativa, de las brasileñas, ha demostrado la escasa utilización de los mecanismos previstos en las normas y, consiguientemente, el alejamiento de los grupos económicos de las vías que para su constitución regular y para la tutela de los intereses afectados por la misma, había previsto el legislador.¹¹

Hay, pues, en la actualidad una situación de cierta perplejidad en torno al problema crucial de la delimitación del supuesto de hecho (normativo) del grupo. No queda claro el camino que debe recorrer el legislador al respecto, si bien en las últimas versiones del proyecto de directiva comunitaria — texto decisivo para los países miembros de la CEE — parece acentuarse la *importancia del modelo contractual*, contemplando, eso sí, con normas destinadas a prever el tratamiento de los grupos "fácticos", esto es, los constituidos al margen del mecanismo contractual establecido.

Hay que advertir, no obstante, que la delimitación del grupo efectuada por la directiva con arreglo al modelo contractual, no expresa en su totalidad el contenido del texto comunitario al respecto. El art. 38 del proyecto (III/1639/84) establece expresamente que "sin perjuicio de las disposiciones de los arts. 13 a 37-bis, los Estados miembros pueden introducir en sus legislaciones otras disposiciones relativas a la constitución del grupo, siempre que se concedan garantías idénticas a las contenidas en los arts. 14 a 32". De acuerdo con ello, por lo tanto, los Estados miembros están obligados — caso de que la directiva se apruebe en su versión actual — a introducir en sus ordenamientos respectivos las normas basadas en el modelo contractual contenidas en la directiva. Pero pueden, también, regular el grupo de sociedades desde otra perspectiva (el modelo orgánico, por ejemplo), con tal de que se establezcan garantías equiparables a las que propone el texto comunitario. Tal circunstancia, aparentemente irrelevante, podría producir consecuencias insospechadas en la aplicación de las normas e, incluso, alterar los presupuestos armonizadores que pretende el proyecto de directiva. En efecto, si se tiene en cuenta que la aplicación de las normas basadas en el modelo orgánico se conecta exclusivamente a la constatación de la existencia del grupo, en sentido económico, las normas basadas en el modelo contractual (que impone expresamente la directiva) no recibirían aplicación prácticamente nunca, si el Estado hiciera uso de la facultad que le concede el art. 38 e introdujera en su ordenamiento la regulación del grupo basada en el modelo orgánico. Y ello es lógico: no hace falta esperar a la conclusión del contrato de dominación para la aplicación del régimen, por cuanto antes de la misma existe ya grupo (en sentido jurídico) desde la perspectiva del modelo orgánico.

Los argumentos anteriormente expuestos — un tanto enrevesados, si se quiere — ponen de manifiesto un error, a nuestro juicio, de concepción general por parte del legislador comunitario en un punto tan esencial como el que se comenta. No es en absoluto irrelevante que el *supuesto de hecho normativo*

del grupo coincida con el supuesto de hecho económico del mismo (como sucede en el modelo orgánico), o al contrario (como sucede en el modelo contractual), pues de ello se deriva, respectivamente, el carácter automático u optativo de la aplicación del régimen jurídico del grupo. Como es obvio, la resolución de este dilema es de extrema transcendencia para los operadores económicos, tanto comunitarios como extracomunitarios, y de su resolución depende el éxito o el fracaso de la aplicación de la normativa sobre grupos.¹²

4. La concepción dinámica del grupo

La experiencia no demasiado positiva de la aplicación práctica del Derecho alemán de grupos y la consiguiente aparición de la reseñada postura crítica sobre las posibilidades de conseguir una regulación eficaz de los mismos, han servido para llamar la atención sobre algunos aspectos del tema que nos ocupa, cuya significación había pasado básicamente inadvertida. Superando la tradicional contraposición entre los dos modelos de regulación de los grupos sobre su mayor o menor conveniencia a la hora de elaborar su regulación, se ha observado que tanto uno como otro se centran exclusivamente en la figura del grupo, sugiriendo, de modo implícito, la idea de que aquél es una forma de empresa que surge prácticamente de la nada.¹³ Esta afirmación, que en muy especiales circunstancias puede ser cierta, desconoce el hecho de que normalmente el grupo es el resultado de un proceso que se inicia por la obtención del control de una sociedad mediante diversas técnicas jurídicas, en particular, la adquisición de un número adecuado de participaciones sociales, mediante una oferta pública de adquisición de acciones (OPA), mediante una cesión de control, o mediante la adquisición sucesiva de pequeños paquetes de títulos y, habitualmente, junto a la adquisición de acciones, la conclusión de determinados contratos que facilitan la integración de una sociedad en otra. La obtención del control de una sociedad por cualquiera de los procedimientos reseñados y el consiguiente establecimiento de una relación de dependencia societaria no son todavía situaciones equivalentes al grupo, ya que no implican necesariamente el ejercicio de una dirección unitaria. Mientras que por la obtención del control y el establecimiento de la situación de dependencia no surge propiamente una nueva estructura empresarial, en el grupo, y mediante el ejercicio de la dirección unitaria, aparece una unidad empresarial nueva integrada por las diversas sociedades, con su propio interés. En una situación de mera dependencia societaria, en cambio, no se puede reseñar un fenómeno similar y sólo cabe destacar, desde un punto de vista jurídico, la persistencia de las sociedades dominante y dependiente como organizaciones que, sin perjuicio de su vinculación, mantienen separados sus intereses sociales respectivos. Tal situación exige para su regulación — a diferencia del grupo — el mantenimiento de los principios del Derecho común de sociedades, convenientemente “reforzados”, a fin de evitar que el dominio que una sociedad puede ejercer sobre otra suponga para ésta el postergamiento de su interés, circunstancia que sólo sería admisible, como sabemos, en el seno de un grupo de sociedades.

La concepción dinámica del grupo de sociedades¹⁴ aquí expuesta — que servirá de base a la realización del presente trabajo — pretende ser un trasunto fiel de los procesos realizados en la vida económica y aspira a captar el grupo en su dimensión dinámica o genética. Semejante planteamiento ha empezado a ser objeto de atención por la doctrina especializada, y en este sentido se tiende

a considerar que la regulación jurídica de los grupos de sociedades no debe limitarse a la consideración exclusiva de éstos, sino que, además, debe incorporar el tratamiento de las técnicas más características de obtención del control de una sociedad y de la situación de dependencia. En ambos casos, el tratamiento jurídico debe aspirar a satisfacer las pretensiones de tutela de los intereses en presencia, cuidando con especial atención de aquéllos — como los de los socios minoritarios o externos — que están articulados alrededor de la sociedad cuyo control se obtiene o de la sociedad dependiente. De esta manera, en la transición producida desde la sociedad independiente hasta la sociedad integrada en un grupo, se deberá cuidar de los intereses más débiles nucleados alrededor de la sociedad cuyo control se cede, se convierte en sociedad dependiente y, posteriormente se forma parte de un grupo, sin fiar la protección de los mismos a su consideración exclusiva dentro del grupo, puesto que — como ha mostrado paradigmáticamente la aplicación del Derecho alemán en lo que a la protección de la minoría se refiere — este planteamiento reduccionista puede conducir a una situación de efectiva desprotección de los intereses que se pretende tutelar.

II — EL CONTROL SOCIETARIO: TECNICAS DE OBTENCION Y POSICION JURIDICA DEL SOCIO DE CONTROL

Si prescindimos de los últimos años, no es frecuente encontrar en la historia más reciente de la moderna sociedad anónima referencias legislativas concretas al control societario y a su titularidad. En la sistemática de la gran mayoría de las leyes de sociedades anónimas promulgadas desde el comienzo del período de la "privatización",¹⁵ no hay lugar para la noción de *control* ni previsión alguna de régimen jurídico para el titular o titulares del mismo.

Como es bien sabido, en la regulación de la sociedad anónima que se inicia en el siglo XIX puede apreciarse una tendencia "democratizadora" y, a la vez, igualitaria en la consideración de la posición jurídica de los accionistas. Se parte del principio de homogeneidad de todos los socios en el marco delimitado por el *interés social*,¹⁶ entendido como interés común de todos ellos. La formación del interés social se lleva a cabo en la Junta General, considerada como "órgano soberano"¹⁷ de la sociedad, mediante acuerdos sociales en los que resulta decisiva la medida de la participación en el capital. En sentido estricto, la sociedad anónima es insoslayablemente *capitalista*; pero el legislador no parte del dato de una mayoría constante, identificada con uno o varios accionistas, sino que reconoce implícitamente la formación *ocasional* de la misma en las reuniones de la Junta.¹⁸ El sistema se cierra con el establecimiento de *límites al poder de la mayoría*, mediante la defensa del interés social.¹⁹

Algunas legislaciones, sin embargo, han empezado a reconocer el relieve jurídico del control en la estructura interna de la sociedad anónima,²⁰ sin que, por otra parte, se llegue a configurar de modo especial la posición de su titular. En otras ocasiones, la consideración por el legislador de la situación de control se hace en conexión con la regulación de los grupos de sociedades, de los que aquélla suele constituir, en la previsión legislativa, una fase antecedente.²¹

Por todo ello, la regulación brasileña representa una auténtica y original novedad, sobre todo si la enmarcamos en el ámbito de los ordenamientos de tipo continental europeo. De hecho, la ley brasileña de sociedades anónimas ha venido a tipificar la posición de accionista controlador — y de sociedad contro-

ladora — reconociendo en el terreno normativo la distinción sociológica entre accionistas empresarios y accionistas meramente inversores.²²

Como afirma Konder Comparato,²³ "el legislador podría haber mantenido las prerrogativas funcionales conectadas a la posición de control, diluidas en el conjunto de los accionistas, como ocurría en el pasado". Sin embargo, en la economía de la nueva sociedad anónima, "el controlador se afirma como su más reciente órgano (...), como el titular de un nuevo cargo social". Sin perjuicio de posteriores desarrollos, cabe advertir ahora que las funciones atribuidas al accionista controlador por la ley brasileña de sociedades anónimas consisten "en el poder de dirigir y orientar, en última instancia, las actividades sociales".²⁴

Se rompe, así, definitivamente, con el principio "clásico" de la homogeneidad de los accionistas y se legitima por el ordenamiento el poder alcanzado en la estructura societaria por uno o varios de ellos. Corresponde analizar ahora las técnicas adecuadas para su obtención y el régimen jurídico regulador del accionista controlador: sus facultades y responsabilidades.²⁵

1. Técnicas de obtención del control de una sociedad

1.1 Planteamiento general

Suele distinguirse entre control interno, obtenido como consecuencia de la adquisición de participaciones sociales, y control externo, resultado de la conclusión de diversos contratos.²⁶ Los contratos y la adquisición de participaciones sociales se nos presentan, aparentemente, como las técnicas idóneas para obtener el control de una sociedad, si bien su significado no es uniforme en el tema que nos ocupa, ni se puede afirmar que unas y otros constituyen medios equiparables cuando se trata de obtener el control de una sociedad. En tanto que la adquisición, en proporción suficiente, de participaciones sociales es, por sí misma, idónea para el fin reseñado, no sucede lo mismo con los contratos.

Al lado de ambas técnicas, se cita en ocasiones, como medio adecuado para la obtención del control de una sociedad, la presencia de consejeros comunes en los órganos de administración de las sociedades. Esta supuesta "técnica personal", sin embargo, es en la práctica no un medio autónomo de obtención del control, sino meramente el *efecto reflejo* del control societario obtenido con anterioridad por los medios previamente señalados.²⁷

El legislador brasileño, de forma poco común si se la compara con el resto de los ordenamientos, regula en la ley de sociedades anónimas algunas técnicas de obtención del control de carácter marcadamente societário,²⁸ referidas en la generalidad de los casos a las sociedades "abiertas".²⁹ No establece la ley ningún criterio que permita ordenar sistemáticamente, no sólo las técnicas de obtención de control consideradas en ella, sino todas las utilizables al respecto.

En el presente trabajo nos limitaremos a examinar las técnicas específicamente societarias,³⁰ dentro de una clasificación sistemática propia. Partiremos de una división inicial entre adquisición originaria y derivativa del control, distinguiendo en esta última entre adquisición instantánea y sucesiva del control societário.

Hablar de adquisición originaria del control parece exigir ineludiblemente la simultaneidad de su obtención con la constitución de una o varias sociedades. Y ello en razón a que el control caracteriza, regulado o no, a toda sociedad

anónima. La adquisición derivativa exige, en cambio, un proceso de transferencia del control previamente existente; esta transferencia puede celebrarse *uno actu* (como sucede con la OPA y con la cesión de control) o por trato sucesivo, mediante adquisiciones sucesivas de títulos.

1.2 Adquisición originaria del control

En esta rúbrica no nos queremos referir al proceso normal de fundación de una sociedad anónima, que establece o puede establecer una determinada o, en todo caso, posible estructura de control en función de la suscripción inicial de las sociedades. Estamos pensando, más bien, en aquellos casos en los que el ordenamiento permite la fundación de una sociedad anónima por otra entidad (caso de las *wholly owned subsidiary*, o subsidiaria integral del Derecho brasileño), o aquellos otros en los que la sociedad anónima deviene controlada como consecuencia de la escisión, propia o impropia, de otra sociedad anónima.

Se trata de dos procesos al servicio, generalmente, de la concentración empresarial, que no son objeto de regulación en todos los países. La ley brasileña admite los dos (sección V, arts. 251 a 253, para la subsidiaria integral, y art. 229, entre otros, para la escisión).³¹ En Derecho español, las referencias a tales posibilidades se encuentran más en el Derecho proyectado que en el vigente, si nos limitamos a las sociedades de capitales, por cuanto en el sector de las sociedades cooperativas hay referencias a alguna de estas cuestiones, en particular, a la escisión.³² Por su parte, el Proyecto de ley de reforma de nuestro Derecho de sociedades regula con detalle la técnica de la escisión de sociedades, pero no, en cambio la fundación unipersonal de la sociedad que sí era admitida, sin embargo, en las primeras versiones del Proyecto.³³

a) *La subsidiaria integral* — Los arts. 251 a 255 de la Ley brasileña de sociedades anónimas establecen la posibilidad de constituir una sociedad anónima cuyo capital esté suscrito, en su totalidad, por otra sociedad, que deberá ser, necesariamente, brasileña.³⁴

Se trata de una de las innovaciones más interesantes de la mencionada ley que permite, por otra parte, terminar en aquél país con las simulaciones en cuanto al número de fundadores de la sociedad-intervención de testaferros u hombres de paja — a fin de alcanzar el número mínimo necesario de fundadores de una sociedad anónima.³⁵

Debe advertirse, por otra parte, que el legislador brasileño no ha establecido, con la admisión de la subsidiaria integral, una situación de sociedad de un sólo socio (*one man company*), sino de *wholly owned subsidiary*, ya que, en todo caso, el accionista único debe ser una sociedad, de nacionalidad brasileña.³⁶ Por otro lado, la unipersonalidad de la subsidiaria integral no afecta para nada al régimen jurídico de la misma en cuanto sociedad anónima. En este sentido, no se altera el principio de irresponsabilidad del accionista por las deudas sociales (art. 1 de la ley brasileña), quedando, en todo caso, sometido al estatuto del accionista controlador (arts. 116 y 117 de la citada ley).³⁷

La institución de la subsidiaria integral adquirió un considerable relieve en el proceso de reforma del Derecho español de sociedad. La versión del Proyecto de Ley de 17.6.87, actualmente abandonada, admitía la fundación de una sociedad anónima por otra, cor tal de que esta última asumiese la totalidad del capital social. Esta *wholly owned subsidiary* se sometía al mismo régimen que la sociedad anónima ordinaria, salvo en lo relativo a la responsabilidad

por las deudas sociales en caso de insuficiencia del patrimonio social. En tal caso, se hacía responder al accionista único ilimitadamente de las deudas sociales.³⁸ Al respecto, hubiera podido observarse, caso de que hubieran permanecido tales normas en el proyecto de ley, que no había correspondencia estricta entre ellos, o, dicho de otra forma, la responsabilidad de accionista único por las deudas sociales en caso de insuficiencia del patrimonio social se aplicaba, por supuesto, en la situación de *wholly owned subsidiary*, pero también en las demás situaciones *one man company* que no eran el resultado director de la fundación unipersonal admitida por el precepto mencionado.³⁹

b) *La escisión de sociedades* — Como exponen Lacerda y Tavares,⁴⁰ la escisión es, desde el punto de vista jurídico, una técnica de reorganización societaria, por medio de la cual se combinan, bajo reglas nuevas, los intereses de los diversos grupos que pueden existir en una sociedad determinada. Si bien la escisión, en tal sentido, puede servir a propósitos de desconcentración empresarial, en muchas ocasiones es el instrumento de la agrupación de empresas.

No se trata de una figura demasiado regulada en el panorama del Derecho comparado. Entre nosotros, la ley de sociedades anónimas vigente elude por completo sus tratamientos. No obstante hay referencias a tal instituto en el ámbito fiscal — mediante la ley de 26.12.80 — que, como en tantas otras ocasiones, constituye el sector del ordenamiento jurídico más receptivo a la evolución de la realidad empresarial.⁴¹

De los tipos de escisión posibles, según se contemplan desde la perspectiva de la sociedad que se escinde, como desde la de la o las sociedades resultantes del proceso de escisión, nos interesa destacar — en el plano de la adquisición originaria del control — la *escisión parcial*; con arreglo a la cual la sociedad que se mantiene segregá parcelas de su patrimonio conservando, no obstante, su existencia como sociedad y su propia personalidad jurídica. También hay que destacar la escisión propia, cuando se constituyen expresamente una o varias sociedades resultantes del proceso de escisión.⁴²

Como hemos advertido, entre nosotros, al margen de la consideración fiscal o del relieve del problema en la legislación cooperativa, la escisión es objeto de tratamiento legislativo en el Proyecto de Ley de reforma del Derecho de sociedades (arts. 149 a 149, "e"). Su regulación, llevada a cabo dentro de la ley de sociedades anónimas y con remisión, en muchos casos, a las normas de la fusión, constituye una novedad dentro del Derecho sustantivo en España, viniendo a colmar una laguna de nuestra legislación reiteradamente denunciada por la doctrina, especialmente tras el reconocimiento de esta institución en una ley de carácter fiscal, como es la de 26.12.80, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas. Los preceptos mencionados siguen muy de cerca lo dispuesto en la Directiva 82/891/CEE, de 17.12.82, sobre escisiones de sociedades anónimas, elaborada sobre la base de las normas comunitarias sobre fusiones.

En el proyecto de ley referido se regula no sólo la escisión propiamente dicha, sino también la segregación de sociedades. Se entiende por escisión, como afirma el art. 149, 1, 1.º "la división de todo el patrimonio de una sociedad anónima, que se extingue en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente". Se entenderá, igualmente, por escisión "la segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación ya

existentes" (art. 149, 1.^o, 2.^o). El régimen jurídico aplicable a esta última coincide con el que se aplica a la escisión propiamente dicha, excepto en lo que se refiere "a la extinción de la sociedad escindida" (art. 149).

2.2 Adquisición derivativa del control

Dentro de este apartado, vamos a hacer referencia a todas aquéllas técnicas o procedimientos que permiten la obtención del control societario previamente existente, y que tienen, o pueden tener, relieve jurídico dentro del Derecho brasileño de sociedades. Distinguiremos, a estos efectos, entre técnicas que permiten adquirir el control de modo instantáneo — como la OPA o la cesión de control y aquéllas que lo proporcionan como consecuencia de una sucesión de actos.⁴³

En las técnicas societarias de obtención del control, el precio pagado por la adquisición de las participaciones, consistente normalmente, en dinero y, en ocasiones, en títulos, no se identifica con el valor real o bursátil que las mismas pueden tener. Incluye, además del precio de las participaciones, una cantidad correspondiente al "poder" transferido con la venta de las participaciones, esto es, *el precio o la prima de control*. En el caso de la OPA, en cuanto oferta general y pública dirigida a los accionistas de la sociedad cuyo control se pretende obtener, el precio de control se reparte entre todos los socios que la aceptan, en tanto que en la cesión de control la prima del mismo queda "concentrada" en el socio mayoritario que con la transmisión de sus participaciones ha cedido el control de la sociedad.⁴⁴

a) *Técnicas de obtención instantánea del control — La oferta pública de adquisición de acciones (OPA)* — surgida en la práctica comercial anglosajona⁴⁵ y luego extendida a numerosos países — entre ellos, Brasil y España — la OPA constituye una de las técnicas más importantes de obtención del control de la sociedad.

Como indica Comparato,⁴⁶ la operación consiste en la oferta pública para adquirir, durante un cierto período de tiempo, todas o parte de las acciones de una clase, o de determinadas clases, de una sociedad — llamada sociedad efectuada — mediante el pago de un precio o la entrega de acciones u obligaciones de otra sociedad, llamada, por ello, sociedad oferente. Si bien, en teoría, la OPA no tiene porqué dirigirse necesariamente a la obtención del control, en la gran mayoría de los casos tiene ese objeto.⁴⁷

El legislador brasileño regula la OPA en la sección VII del Capítulo XX (sociedades vinculadas, controladoras y controladas) de la ley de 1976 (arts. 257 a 263). Parte la ley brasileña de considerar a la OPA como un instrumento dirigido directamente a la "adquisición del control de una sociedad abierta" (art. 257), debiendo tener por objeto "acciones con derecho de voto en número suficiente para asegurar el control de la compañía" (art. 257, 2.^o).⁴⁸

Como en la mayor parte de los ordenamientos que regulan la OPA, en el Derecho brasileño la contrapartida ofrecida a los accionistas de la sociedad afectada puede ser dinero — oferta de compra (art. 258) — o valores mobiliarios emitidos por la sociedad oferente — oferta de canje (art. 259).⁴⁹

El desarrollo de la oferta, que se configura como irrevocable (art. 257, 2.^o), se lleva a cabo en dos fases: fase interna y fase pública. La primera se desarrolla en el seno de la sociedad oferente y se orienta a decidir sobre la procedencia de la formulación de la OPA. La segunda, por su parte, se inicia con la publicación

de la oferta y se integra por las ventas de títulos a la sociedad oferente efectuadas por los socios de la afectada que acepten la OPA.⁵⁰

Es importante destacar que en tanto no se publique la OPA, la ley brasileña impone — en consonancia con el Derecho comparado en la materia — la obligación de guardar silencio sobre la oferta proyectada. La norma responde al deseo de evitar la utilización abusiva de la información confidencial, relativa a la OPA. El tema se conecta, en general, al tratamiento del *insider trading*, que desborda, lógicamente, el marco de la OPA. Deve advertirse, no obstante, que en la ley brasileña el deber de guardar secreto no se vincula a la posición que, en el marco del Derecho comparado se tipifica como de *insider*,⁵¹ sino exclusivamente a la entidad oferente, a la institución financiera de intermediación que, en todo caso, debe intervenir en la OPA (art. 257), y a la Comisión de Valores Mobiliarios (art. 260).⁵²

Una vez publicada la OPA, si se produce la aceptación de la misma por un número suficiente de socios se habrá verificado la obtención del control de la sociedad afectada. En numerosas ocasiones, sin embargo, la formulación de una OPA y el deseo de obtener el control de la sociedad afectada por la misma encuentran la oposición del órgano de administración de aquélla, basada en el potencial peligro que la obtención del control puede suponer para el interés social de la afectada. La citada oposición trae consigo, consecuentemente, el intento de impedir que los socios enajenen sus participaciones sociales a la oferente, a través de estímulos diversos. Conviene advertir, no obstante que si, en ocasiones, la oposición a la OPA y los medios de defensa empleados frente a la misma responden a un deseo cierto de defender el interés social, en otros se basan, claramente, en la intención de mantener posiciones de privilegio en la sociedad afectada que se suponen en peligro como consecuencia de la formulación de la OPA y del posible cambio de control verificado tras la realización de la misma.

El proceso de desarrollo de la oferta, una vez publicada, viene considerado en el art. 261 de la ley brasileña. Junto a la forma de efectuar la aceptación por parte de los socios de la sociedad afectada, el citado precepto autoriza a la entidad oferente a mejorar, por una sola vez, las condiciones del precio o la forma de pago en un porcentaje igual o superior al 5% y en un plazo no superior a 10 días desde la conclusión del plazo de la oferta. Las nuevas condiciones, concluye el párrafo 1.º del art. 261 “se extenderán a los accionistas que hubieran aceptado ya la oferta”.

La ley brasileña admite, igualmente, la posibilidad de las llamadas *ofertas concurrentes* u *ofertas competitivas* (art. 262). Como es bien sabido, las ofertas concurrentes se formulan dentro del plazo de validez de una OPA efectuada anteriormente y, de modo habitual, suelen contener condiciones más favorables que las de la OPA previamente formulada. El art. 262 de la ley brasileña no prorroga automáticamente el plazo de duración de la primera hasta el vencimiento de la oferta competidora, sino que concede al autor de la OPA inicial “la facultad de prorrogar el plazo de una oferta hasta hacerlo coincidir con el de la oferta concurrente”. Por otro lado, y en atención a la tutela de los socios minoritarios, dispone la mencionada ley que “la publicación de la oferta concurrente determinará la nulidad de las órdenes de venta efectuadas en aceptación de la oferta anterior”.

b) *Balance de la regulación brasileña de la OPA — Referencia al Derecho español en la materia* — De la breve síntesis efectuada con respecto a la regu-

lamentación brasileña de la oferta pública de adquisición de acciones, cabe destacar el propósito del legislador de aquel país de evitar que la negociación de paquetes de control suponga perjuicio para los accionistas minoritarios de la o las sociedades cuyo control se pretende adquirir, mediante el establecimiento de una serie de normas mínimas en la propia ley, contempladas con el recurso a la intervención de la Comisión de Valores Mobiliarios. Por esta vía se pretende evitar la producción de escándalos clamorosos en perjuicio del mercado de valores y la Economía nacional.⁵³ Este organismo, encargado de la vigilancia y supervisión del mercado de valores, con poderes normativos un tanto peculiares,⁵⁴ puede convertirse, y de hecho se convierte, en la entidad directora de los procesos de transferencia de control — sea por vía de OPA, sea por vía de cesión de control — velando por la realización del principio, hoy indiscutible, de *igualdad de trato* entre todos los socios de las sociedades afectadas por los procesos de transferencia de control.⁵⁵

El ejemplo del Derecho brasileño en la materia puede ser de gran transcendencia en el marco de nuestro propio ordenamiento. Como es bien sabido, entre nosotros el Dec. 279/84 establece las líneas generales del régimen de las ofertas públicas de adquisición de acciones.⁵⁶ El decreto viene a llenar una laguna existente en nuestro ordenamiento y, al margen de ciertas insuficiencias, más o menos evidentes, constituye el primer intento por elaborar un Derecho del mercado de valores que permita respetar los principios en torno a los cuales se orienta el Derecho comparado en la materia. Sería deseable que este texto fuera completado por otro u otros, relativos a otras técnicas de obtención de control, o, más en general, sobre los principios de ordenación del mercado de valores. Se echa en falta en nuestro ordenamiento la existencia de una institución comparable a la Comisión de Valores Mobiliarios existente en el Brasil. Su constitución ha sido reclamada en algunas ocasiones desde medios autorizados,⁵⁷ como un instrumento tendente a lograr la “moralización” del mercado de valores y la realización del principio de igualdad de trato entre los inversores. Finalmente, convendría referirse al *insider trading*, aludido en la actualidad en el decreto regulador de la OPA en España. Así, el art. 12, 2.º, del mismo, tras establecer la obligación de mantener el secreto respecto a la tramitación de la OPA, impone a los *insiders* — definidos en los §§ 1.º y 2.º, del mencionado artículo, el deber de abstenerse “de hacer operación alguna en condiciones diferentes a las de la propia oferta pública de adquisición”. Cabe esperar la superación de estas carencias de la aprobación del reciente proyecto de ley de Mercado de Valores, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 4.3.88. En él se crea la Comisión Nacional del Mercado de Valores y se perfilan algunos criterios en torno a las ofertas públicas de adquisición de acciones, que, necesitarán, no obstante, el oportuno desarrollo reglamentario. No hay referencias, sin embargo, a otras técnicas de obtención del control, como la mencionada cesión de control. Debe destacarse, en todo caso, que la intervención de esta proyectada Comisión Nacional del Mercado de Valores se refiere exclusivamente a los procesos de transferencia del control entre sociedades cotizadas en Bolsa. De la misma manera, la Comisión brasileña circunscribe su actuación a lo que en el ámbito de la ley de sociedades anónimas de aquél país se denomina “sociedades abiertas” (art. 257), quedando sin tutela específica las sociedades “cerradas” que, como en España, constituyen la inmensa mayoría del conjunto de las sociedades anónimas.

En todo caso, el legislador español deberá prestar atención a la evolución del Derecho comunitario en la materia que, al margen de los textos ya reseñados, cuenta con un proyecto de directiva sobre OPA's redactado, inicialmente, por el Prof. Pennington y divulgado en 1974.⁵⁸ El pasado año se divulgó una nueva versión del mismo, habiéndose previsto por las instituciones comunitarias su aprobación definitiva para 1989.⁵⁹ Tiene interés igualmente, aunque no limitado al campo estricto de las OPA's, el proyecto de directiva, de 23.12.85, sobre la información que se debe suministrar en el momento de adquirir o ceder una participación importante en el capital de una sociedad cotizada en Bolsa.⁶⁰

c) *La cesión del control de una sociedad* — Con esta técnica, que el legislador brasileño regula bajo la denominación de *alienação de controle*, en la sección VI del Capítulo XX de la ley de sociedades anónimas (arts. 254 a 256), se hace referencia a la operación por la cual el accionista, o accionistas, titulares de un número de acciones susceptible de otorgarles el control, ya mayoritario, ya simplemente "efectivo", las enajenan a una empresa o sociedad, recibiendo como contraprestación, además del valor real de los títulos, el precio o prima de control. A través de una venta de títulos se produce, por tanto, una sustitución en la posición de control de la sociedad, con los consiguientes problemas para la protección de la minoría de la sociedad cuyo control se cede.⁶¹

Si exceptuamos el Derecho francés y el Derecho brasileño, que acabamos de citar, los cuales limitan su regulación a la cesión de control de sociedades cotizadas en Bolsa, el panorama del Derecho comparado en la materia muestra un vacío casi total contrarrestado parcialmente por un intenso debate doctrinal. La razón de esta inactividad legislativa — a diferencia de lo que sucede con la OPA — puede obedecer a la difundida opinión de que la cesión de control no pasa de ser una cesión pura y simple de acciones que, como tal, no requiere regulación especial desde el punto de vista del Derecho de sociedades.⁶² Se puede señalar, sin embargo, como ejemplo aislado que contradice esta situación el caso del ordenamiento societario de Estados Unidos, en el cual la cesión de control, sin haber sido regulada por el legislador federal, ha adquirido carta de naturaleza gracias a un pronunciado esfuerzo doctrinal ya dilatado en el tiempo y a una serie de importantes resoluciones jurisprudenciales.⁶³

En este punto, las peculiaridades de la operación frente a la OPA dan una nueva dimensión al problema. Hay que tener en cuenta, inicialmente, la posición especial que ocupa el cedente del control, en tanto que en la OPA los socios que venden sus títulos al oferente no ceden el control más que por la acumulación de un porcentaje determinado de títulos, en la cesión se produce una auténtica sustitución en la "posesión" del control. Con esta finalidad, por tanto, de proteger a la minoría de la cesión de control se han sugerido dos planos de actuación: en primer lugar, limitar la libertad de maniobra del socio de control, imponiéndole la observancia de deberes especiales para con la sociedad y los socios, sin que ello impida, no obstante, el ejercicio lícito de las facultades derivadas de su posición de control, dentro de las cuales puede comprenderse la cesión de títulos, y, en segundo lugar, sobre la base de la aceptación en la cesión de control del principio de igualdad de trato entre todos los socios, discutiendo la atribución exclusiva del precio o prima de control al socio mayoritario. En este sentido, se viene a proponer el reparto de la misma entre todos los socios, o, en otro caso, la posibilidad de que éstos enajenen sus títulos en las mismas condiciones que el socio de control.

La mayor parte de los ordenamientos jurídicos, como recordábamos más arriba, parten del principio de homogeneidad de los accionistas dentro del marco delimitado por el interés social de la sociedad. Muy pocos son, en cambio, los sistemas que reconocen legalmente la desigualdad fáctica entre los socios, predisponiendo, en consecuencia, un estatuto jurídico particular del socio o socios de control de sociedad. Ejemplo pionero de esta tendencia, como hemos advertido, es el Derecho americano, a través de la labor constructiva de la Jurisprudencia. Así, por la doctrina y los tribunales de este país se tiende a estimar que, dada su influyente posición en la sociedad y su situación "fáctica" de administrador de un patrimonio en buena medida ajeno, se le debe imponer un *standard* de diligencia superior al del socio "medio" y cercano al de los administradores de la sociedad.⁶⁴

El Derecho brasileño, a través de su ley de sociedades anónimas de 1976, constituye un ejemplo reciente de la aplicación al socio de control de ese *standard* de diligencia mencionado, con la imposición al mismo de particulares deberes de fidelidad con respecto a la sociedad.⁶⁵ En efecto, los arts. 116 y 117 de la mencionada ley constituyen el núcleo esencial del estatuto jurídico del socio de control en el Derecho brasileño.⁶⁶ No es esta la sede, sin embargo, del tratamiento minucioso de la posición jurídica del socio de control. En este momento, corresponde referirse, únicamente, a las soluciones dadas por la ley brasileña a los casos de cesión de control, y a la conexión que con tales procesos se establece en función del socio de control. El legislador brasileño se ocupa de estas cuestiones en los arts. 254 a 256, que integran la sección V del Capítulo XX de la ley. En realidad, el precepto más interesante para nosotros es el del art. 254, por cuanto los dos restantes se refieren a las normas del procedimiento a observar en el caso de cesión del control de una sociedad abierta sujeta a autorización administrativa.⁶⁷

El art. 254 se limita a regular la cesión de control de una sociedad abierta, sometiendo, en todo caso, la validez del negocio de cesión a la autorización de la Comisión de Valores.

3. Estatuto jurídico del socio de control

Una vez analizadas las diferentes técnicas de obtención del control que se contemplan en la legislación brasileña de sociedades anónimas, procederemos a considerar, sintéticamente, la posición jurídica del socio de control de la misma, partiendo de la delimitación de la posición de control para referirnos, seguidamente, al estatuto jurídico del accionista o sociedad de control.

3.1 Delimitación de la posición del socio de control

Aunque la ley brasileña de sociedades anónimas es, en buena medida, un texto jurídico innovador, tal vez sea la tipificación de la posición de control, en la estructura de la sociedad anónima, la novedad más importante de la citada ley.⁶⁸ Como ya hemos advertido, la tipificación referida tiende a modificar sensiblemente el mecanismo de funcionamiento de las sociedades, destacándose, de tal manera, el carácter limitado de la separación legal entre el patrimonio particular de los accionistas y el patrimonio colectivo de la persona jurídica. Por otro lado, com ello se permite consagrar legislativamente la distinción funcional entre el accionista empresario y el accionista inversor.

El art. 116 de la ley brasileña de sociedades anónimas contiene el precepto esencial en el tema que nos ocupa. Según él, "se considera accionista controlador la persona, natural o jurídica, o grupo de personas vinculadas por un acuerdo de voto o bajo control común, que: a) sea titular de derechos de socio que le aseguren de modo permanente, la mayoría de los votos en las deliberaciones de la junta general y el poder de designar la mayoría de los administradores de la sociedad; y b) utilice efectivamente su poder para dirigir las actividades sociales y orientar el funcionamiento de los órganos de la compañía".

No basta, entonces, con disfrutar de la posición objetiva de control para recibir la calificación de accionista de control, sino que es preciso, además, utilizar efectivamente el poder que proporciona la titularidad de derechos de socio que el tenor literal del art. 116 señala.

La tipificación de la posición del accionista controlador no se vincula, en consecuencia, a la propiedad de acciones, sino al hecho de ser titular de "derechos de socio" que le permitan asegurar, de modo permanente, la mayoría de los votos en las Juntas generales y el poder de elegir la mayoría de los administradores de la sociedad. Con esa terminología, el legislador brasileño ha querido admitir la posibilidad de que un no accionista pueda ser considerado como titular del poder de dominación, si detenta la mayoría de los votos en las Juntas generales.

El precepto del art. 116 se completa estableciendo un deber de comportamiento por parte del titular, o titulares, del control societario. En este sentido se indica que "el accionista controlador debe usar el poder con el fin de que la sociedad pueda realizar su objeto y cumplir su función social; al mismo tiempo, tiene deberes y responsabilidades para con los demás accionistas de la empresa, sus trabajadores y para la comunidad en la que actúa, cuyos derechos e intereses debe respetar y atender lealmente". La lectura de este párrafo permite afirmar que la posición del accionista controlador asume un *standard* de diligencia equiparable al de los administradores de la sociedad. Ello es lógico si se piensa en que, de hecho, la tipificación del accionista controlador, el reconocimiento, en suma, de la legitimidad de su influencia, suponen atribuirle implícitamente la condición de órgano de la sociedad. Por otro lado, el accionista de control se ve sometido a la observancia de especiales *deberes fiduciarios* no sólo con los socios, sino también con los trabajadores de la empresa (*sic!*) y la comunidad en que opera, término este último equivalente, según algunas interpretaciones, al del país.

La doctrina de los deberes fiduciarios del socio de control con respecto a la sociedad ha sido formulada en el ámbito del Derecho de sociedades de los Estados Unidos. Sin embargo, no es fácil precisar el conjunto de obligaciones a que viene sometido el mismo como consecuencia de su posición fiduciaria. Algunas normas, como la *Pennsylvania Business Corporation Law*, indican que "los administradores se encuentran en una relación fiduciaria con la sociedad y deberán desempeñar los deberes de su cargo de buena fé y con la diligencia, cuidado y destreza que emplean ordinariamente hombres prudentes en circunstancias similares en sus negocios personales". La Jurisprudencia que se ha ocupado del caso circscribe el contenido de la posición fiduciaria positivamente utilizando expresiones como *good faith*, *care*, *diligence*, y, negativamente, con la prohibición del *fraud of minority*. En todo caso, parece que el socio de control debe usar su poder atendiendo a la realización del interés social, sin que ello

suponga necesariamente la exclusión de toda posibilidad de enajenar sus acciones en la medida en que observe el *standard* de diligencia correspondiente.⁶⁹

Si nos limitáramos al análisis del art. 116 no quedaría agotado el pensamiento del legislador brasileño sobre la delimitación del accionista controlador. Y ello porque en la propia ley de sociedades anónimas se hace referencia, específicamente, a las "sociedades controladoras", dentro de la regulación del Capítulo XX de la ley. En efecto, el art. 243, 2.º, indica que "se entiende por sociedad controlada la sociedad en la cual la controladora, directamente o a través de otras sociedades controladas, es titular de derechos de socio que le aseguren, de modo permanente, preponderancia en las deliberaciones sociales y el poder de elegir la mayoría de los administradores". Son dos, por tanto los requisitos exigidos por la ley para delimitar la situación de sociedad controladora: la preponderancia en las deliberaciones sociales y el poder de elegir la mayoría de los administradores, sin hacer referencia para ello a porcentajes concretos de participación.

Como afirman Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro,⁷⁰ el citado precepto adopta un criterio flexible y casuístico en la definición de sociedad controlada, en armonía con la idea expresada por el art. 116 de la ley brasileña de sociedades anónimas. Debe advertirse, continúan los citados autores, que a diferencia del citado artículo, la norma contenida en el art. 243 no exige que la sociedad controladora use efectivamente su poder para dirigir las actividades sociales y orientar el funcionamiento de los órganos de la sociedad. Se trata, obviamente, de una omisión flagrante de la ley. Cabría plantear, igualmente, si la sociedad controladora puede adquirir tal condición mediante la celebración de acuerdos de accionistas, aludida expresamente en el art. 116. Tal interpretación no repugna al art. 243, 2.º, pudiéndose celebrar el acuerdo entre los accionistas con arreglo a lo dispuesto en el art. 118 de la ley brasileña de sociedades anónimas.⁷¹ Por otro lado, no es preciso que la sociedad controladora sea anónima; podrá ser, sin duda, sociedad de responsabilidad limitada o de otro tipo, dentro de las mercantiles.

3.2 Estatuto jurídico del socio de control

Ya ha quedado expuesto el *standard* de diligencia que la ley brasileña de sociedades anónimas impone al socio de control. La propia ley, que reconoce la legitimidad del poder de control, enumera a título de ejemplo algunas modalidades concretas de ejercicio abusivo de poder en el art. 117. En concreto son las siguientes: "a) orientar a la sociedad hacia un fin ajeno al objeto social o lesivo al interés nacional, o llevarla a favorecer a otra sociedad, brasileña o extranjera, en perjuicio de la participación de los accionistas minoritarios en los beneficios de la sociedad; b) promover la liquidación de una sociedad próspera, o la transformación, incorporación, fusión o escisión de la sociedad, con el fin de obtener, para sí o para otro, ventajas injustificadas, en perjuicio de los demás accionistas, de los trabajadores de la empresa o de los inversores en valores mobiliarios emitidos por la sociedad; c) promover la modificación de los estatutos, la emisión de valores mobiliarios o la adopción de decisiones que no tengan por fin el interés de la sociedad o tiendan a causar perjuicios a los accionistas minoritarios, a los que trabajan en la empresa o a los inversores en valores mobiliarios emitidos por la sociedad; d) elegir a un administrador o censor de cuentas que sepa inadecuado, ética o técnicamente; e) inducir, o

intentarlo, al administrador o al censor de cuentas a practicar un acto ilegal, o, incumpliendo sus deberes definidos en esta Ley, promover contra el interés de la sociedad, su ratificación por la Junta general; f) contratar con la sociedad, directamente o a través de otro, o de la sociedad en la que tenga interés, en condiciones de favor o no equitativas; g) aprobar o hacer aprobar cuentas irregulares de los administradores, por favorecimiento personal, o dejar de presentar denuncia procedente, o que justifique la sospecha fundada de irregularidad".

Aunque la enumeración del art. 117 no es, como ya se ha dicho, exhaustiva, muestra, sin embargo, un gran interés por atender a un buen número de supuestos en los que puede producirse el abuso de poder. Resulta, no obstante, difícil distinguir en la posición del socio de control la influencia normal y lícita de la dominación incluida en el abuso de poder. Como dice Mestmacker,⁷² sólo se puede opinar concluyentemente sobre el significado de términos como influencia, control, poder y abuso de poder en el marco de la actuación concreta del socio de control.

El propio art. 117 señala que el abuso de poder acarrea para el accionista controlador el deber de resarcir los daños producidos. No obstante, el establecimiento de esta responsabilidad no va acompañado de la fijación de las condiciones de ejercicio de la acción. Tal cuestión aparece directamente contemplada con ocasión de la regulación de la sociedad controladora. En este sentido, el art. 246 legitima para el ejercicio de la acción: "a) a los accionistas que representen el cinco por ciento, o más, del capital social; b) a cualquier accionista, una vez que haya prestado caución por las costas y honorarios de abogados debidos en el caso de que la acción sea juzgada improcedente".

En el caso de que la acción sea considerada procedente, la sociedad controladora deberá pagar, además de la reparación del daño y las costas del procedimiento, los honorarios del abogado, hasta el 20%, y un premio del 5% a quien interpuso la acción, calculados ambos porcentajes sobre el valor de la indemnización.

Nos encontramos en presencia de una acción social, encaminada a obtener la reparación de los daños causados a la sociedad por el abuso de poder del accionista controlador. Los legitimados para el ejercicio de la acción representan, en realidad, el interés de la sociedad. Debe observarse, en todo caso, que para el ejercicio de esta acción social no se requiere, como en el caso de la acción social de exigencia de responsabilidad a los administradores (art. 159, 4.º), la no interposición de la acción por la Junta General de la sociedad. Y ello es lógico, por cuanto al estar controlada la Junta General de la sociedad controlada por la sociedad controladora o dominante, no tendría ningún sentido aguardar a la manifestación de aquélla en torno a la exigencia de responsabilidad.⁷³ Por otro lado, debe destacarse la originalidad de la solución de la ley brasileña en el marco del Derecho comparado, no sólo en lo que se refiere a la legitimación individual de los accionistas para el ejercicio de la acción, sino también en punto a la atribución de un premio patrimonial por el resultado positivo del mismo. No suele ser frecuente en otros ordenamientos la atribución al accionista individual de la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad; si se exceptúa el Derecho de Estados Unidos, con el conocido ejemplo de la *derivative suit*,⁷⁴ tal posibilidad suele ser desconocida, con excepción significativa de las normas referidas al Derecho de grupos. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que la norma de la ley brasileña que estamos examinando no contempla un supuesto de grupo propiamente dicho.⁷⁵

Son pocas, sin embargo, las ocasiones en que se ha podido contrastar en la práctica la realidad de este precepto. No obstante, en una ocasión reciente se han podido pronunciar los Tribunales brasileños en torno al ejercicio de la acción social contemplada en el art. 246 de la ley brasileña de sociedades anónimas. Se trata de la sentencia de la sala de lo civil del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro, pronunciada el 9.11.83.⁷⁶ En la mencionada sentencia, el Tribunal reconoció la licitud de la acción entablada por una sociedad anónima y condenó a la sociedad controladora, solidariamente con otras sociedades o entidades, a satisfacer una determinada cantidad a la actora.

Una cuestión planteada en la sentencia, que ha sido objeto de crítica por Comparato,⁷⁷ es la relativa a la naturaleza de la acción contemplada en el art. 246. Para el tribunal, estamos en presencia de una acción de enriquecimiento indebido; para el autor mencionado, nos encontramos, en cambio, en el terreno de la responsabilidad delictual. Y ello porque, en primer lugar, el propio precepto alude a la reparación de los daños y no a la restitución de las cantidades recibidas indebidamente por la sociedad controladora. En segundo lugar, la acción aludida en el art. 246 es de la misma naturaleza que la acción establecida en el art. 117. En este artículo se dice que el accionista de control responde por los daños causados por los actos practicados con abuso de poder. Sin duda, como indica Comparato, la norma legal no excluye otras sanciones, como, por ejemplo, la anulación de votos abusivamente emitidos por el socio de control en la Junta general (art. 115), lo que puede llevar consigo la invalidez de la propia Junta (art. 286). Finalmente la acción contemplada en el art. 246 está sometida al plazo de prescripción del art. 287, II, "b", de la ley de sociedades anónimas, en cuyo artículo la ley regula la acción para obtener la reparación civil de los actos culposos o dolosos, en el caso de violación de ley, de los estatutos o de la convención del grupo.

3.3 El encuadramiento de los grupos fácticos en el régimen jurídico del socio de control (remisión)

La utilidad de las normas que acaban de ser analizadas no queda, en principio, circunscrita al régimen del accionista controlador, o, lo que es lo mismo, al tratamiento de una situación de mera dependencia societaria que no llega a constituirse en grupo. Esta afirmación, compartida sustancialmente por la doctrina brasileña que se ha ocupado de la cuestión, debe ser matizada a la vista de la concepción contractual del grupo establecida por el legislador brasileño. Con arreglo a ella, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, se ha previsto el régimen jurídico del grupo sobre la base de la conclusión de un negocio jurídico-organizativo denominado por la ley de "convención". Este sistema se inspira en la legislación alemana sobre grupos de sociedades en la que, como es bien sabido, se ha planteado con gran intensidad el problema de los llamados "grupos fácticos", es decir, de aquellas unidades empresariales articuladas en las que el ejercicio de la dirección unitaria en el grupo no es resultado de la conclusión del negocio jurídico-organizativo llamado contrato de dominación.

La escasa aplicación práctica del Derecho brasileño en la materia sugiere una temática similar. Ello se puede poner de relieve a la vista del escaso número de convenciones suscritas en aquel país en los primeros años de aplicación de la ley de sociedades anónimas. Tal circunstancia nos obliga a pensar que la situación de grupo fáctico — nada residual, por otra parte — deberá encajarse,

teóricamente, en el marco de la regulación del accionista de control. Ello, sin embargo, sugiere algunas dificultades, a la vista, en particular, de que las mencionadas normas no aparecen pensadas, *prima facie*, para una situación de grupo. En éste, como es sabido, hay una tensión permanente entre interés del grupo e interés social de las sociedades del mismo, que se resuelve, por necesidades funcionales, en favor del interés del grupo, siempre que se establezca una contrapartida efectiva en beneficio del poder de dirección y se fijen límites para que éste no entre en el terreno de lo puramente arbitrario o discrecional. Por ello, parece que la intención del legislador brasileño ha sido atraer la concentración empresarial a la forma jurídica del grupo de sociedades tipificado, configurando la simple posición de control — que puede dar lugar al grupo, si se añade a ella una dirección unitaria — con deberes fiduciarios especialmente intensos que dificultarían profundamente la realización del interés del grupo.⁷⁸

III — EL GRUPO DE SOCIEDADES EN DERECHO BRASILEÑO — SU REGIMEN JURIDICO

Al enfrentarse con el estudio de los grupos de sociedades en Brasil surge, de inmediato, una pregunta no propiamente jurídica: ¿por qué ha sido la ley brasileña de sociedades anónimas la segunda — tras la ley alemana de sociedades por acciones, de 1965 — en regular de manera sistemática el fenómeno de los grupos de sociedades? A juicio de Comparato,⁷⁹ la respuesta se encuentra más en razones de tipo económico que en una hipotética antecipación del legislador sobre el futuro. En este sentido, parece claro que la economía brasileña no presenta el mismo grado de concentración empresarial, bajo firma de grupos, que el existente en la República Federal de Alemania. El número de grupos apreciables en el Brasil es suficientemente importante como para justificar la promulgación de una disciplina legal sistemática sobre la materia.

En Brasil, de la misma forma que sucede en España, existían antes de la promulgación de la ley de sociedades anónimas de 1976 algunas normas que regulaban el funcionamiento de los grupos desde perspectivas jurídicas específicas, como la tributaria o la laboral, por ejemplo. La aprobación del régimen societario al respecto, si bien incompleto, puede dar unidad y sentido a los que hasta la fecha resulta excesivamente diverso. Entre nosotros, como es bien sabido, no existen normas societarias sobre los grupos, si bien contamos con un régimen tributario al respecto y con una importante actividad jurisprudencial, desde la perspectiva laboral. El punto de partida, la actitud básica ante los grupos es, no obstante, diversa según sea el sector del Derecho desde el que se aborde; así, para el Derecho tributario, el grupo de sociedades representa una unidad económica susceptible de un tratamiento fiscal de favor, posible gracias a la tributación del beneficio del grupo en su conjunto (el llamado beneficio consolidado). Para la jurisprudencia laboral, en cambio, el grupo de sociedades representa una nueva forma de empresa susceptible de perturbar los derechos legal o colectivamente reconocidos a los trabajadores. Por ello, los tribunales laborales establecen la responsabilidad solidaria de todas las sociedades del grupo en presencia de la deuda salarial de una de ellas con sus trabajadores. *De lege ferenda*, convendría partir de una actitud más uniforme frente a los grupos, por parte del ordenamiento jurídico, a fin de ofrecer un cuadro de desenvolvimiento seguro a los operadores económicos.⁸⁰

1. Concepto de grupo — Lineas generales de su régimen jurídico

1.1 Concepto de grupo

Al carecer de precedentes en el terreno jurídico-societario, la ley brasileña ha formulado un concepto original del grupo, de interés no sólo en el ámbito estricto del ordenamiento de aquél país, sino también en el más amplio campo del Derecho comparado.

De manera incidental, cabría destacar el escaso interés suscitado por el régimen jurídico de los grupos establecidos en el Brasil, fuera de sus fronteras. No llegan a media docena los trabajos, en ningún caso monográfico fue consagrado su estudio por la doctrina comparada, aquejada de un perceptible eurocentrismo.⁸¹ Esta falta de atención no parece justificada, dado el interés de la materia y la originalidad de que hace gala, en bastantes puntos, la ley brasileña.

El concepto de grupo aparece contenido en el art. 265 de la ley brasileña de sociedades anónimas y se expresa en los siguientes términos: "La sociedad dominante y sus sociedades dominadas podrán constituir, en los términos del presente capítulo, grupo de sociedades, mediante la convención por la cual se obliguen a combinar recursos o esfuerzos para la realización de los respectivos fines, o a participar de actividades o iniciativas comunes".

La definición que se acaba de transcribir parece adherirse al sistema contractual de ordenación de los grupos, inaugurado, como es sabido, por la ley alemana de sociedades por acciones. Como consecuencia de esta opción, el Derecho brasileño no somete directamente a las sociedades susceptibles de constituir grupo a una disciplina inmediata — como sucede en el modelo orgánico — sino que les permite constituir o no el grupo, mediante la celebración de la convención.

El propio texto del art. 265 recoge fielmente este punto de vista cuando afirma que las sociedades "podrán constituir... grupo de sociedades". No hay, por lo tanto, una obligación de concluir la convención, ni un encuadramiento automático en la situación de grupo; todo ello sería incompatible con la lógica jurídico-privada, más respetuosa con la autonomía de la voluntad de los sujetos intervenientes, que inspira a la concepción contractual del grupo.

Por otro lado, el propio concepto empleado por el precepto vincula inexorablemente la noción de grupo a la situación de dependencia societaria. Ello se deduce claramente del propio comienzo del art. 265, cuando establece como sujetos de la convención a "la sociedad dominante y las sociedades dominadas". Recoge la ley brasileña, como centro de la disciplina jurídica, el concepto de grupo por subordinación, que viene a representar el concepto de grupo por excelencia.

La afirmación anterior, no obstante, debe ser matizada a la vista de la tipificación de una figura, llamada "consorcio", que aparece regulada en la ley brasileña de sociedades anónimas en los arts. 278 y 279 y que recuerda a los llamados, por influencia germánica, "grupos por coordinación". Su régimen jurídico, escasamente precisado en la ley, justifica la afirmación de Comparato⁸² de que en aquélla aparecen regulados tanto los grupos por subordinación, directamente contemplado en el art. 265, como los por coordinación, concretados en el consorcio. La cuestión es, sin duda, importante, por cuanto ni siquiera la ley alemana de sociedades por acciones, que introdujo el concepto de grupo por coordinación, estableció régimen jurídico para él.⁸³

Al mismo tiempo, el concepto de grupo perfilado en el art. 265 sugiere la existencia de un interés propio y específico del grupo al lado del interés individual de las sociedades integradas en él. La ley brasileña, en consecuencia, reconoce la legitimidad del grupo como nueva estructura empresarial admitiendo la existencia de un interés propio de él, sin que ello conduzca a atribuirle personalidad jurídica.

No se precisa, en tal precepto, el tipo de relaciones entre el interés del grupo y el interés de las sociedades integradas en él. Parece claro que aquél no se identifica con el interés de la sociedad dominante, si bien esta última influirá decisivamente en su conformación. Cabe presumir que el interés del grupo se impondrá, en caso de conflicto, al interés de las sociedades dominadas, como consecuencia del reconocimiento de la legitimidad del grupo. Deve entenderse, en todo caso, que en situación de grupo no cabe la aplicación del art. 245 de la ley brasileña de sociedades anónimas, que impide, en situación de mero control societario, la postergación o subordinación del interés de una sociedad en favor de otra.⁸⁴ Entender lo contrario significaría privar la viabilidad al grupo en cuanto tal, si bien la supremacía del interés del grupo frente al interés de los intereses individuales de las sociedades del grupo no debe hacernos pensar en la incompatibilidad sistemática de los mismos. En muchos casos, sobre todo en situación de grupo descentralizado, cabrá la defensa simultánea de todos ellos.

Finalmente, en este análisis somero del concepto de grupo, conviene indicar que los sujetos integrantes del grupo deberán ser, en todo caso, sociedades, sin que quepa exigir el tipo de la anónima en todas ellas. No obstante, una de las sociedades deberá revestir la forma anónima para hacer posible la aplicación de los preceptos de la ley.⁸⁵ Ello es consecuencia de la inclusión de las normas sobre grupos en una ley de sociedades anónimas, como sucede en el Derecho alemán. Cosa distinta acontece en el Derecho portugués, en cuyo Código de sociedades mercantiles se contiene la disciplina general sobre los grupos de sociedades.

El § 1.º del art. 265 exige que la sociedad dominante tenga la nacionalidad brasileña y que ejerza, al mismo tiempo, el control de las sociedades dominadas.⁸⁶ Por otro lado, nada impide que formen parte del grupo sociedades mercantiles, cualquiera sea el tipo de particular de ellas. No cabe, en cambio, incluir en el societades civiles; la exigencia de inscripción de la convención del grupo en el Registro Mercantil veda derechosamente tal posibilidad. De igual manera pueden formar parte del grupo de empresas públicas o sociedades de economía mixta (art. 269, párrafo único).

1.2 Contenido de la convención — Formalidades constitutivas — Naturaleza del grupo

La escasez de las normas que la ley brasileña de sociedades anónimas destina a la regulación de los grupos⁸⁷ justifica el análisis detenido del contenido de la convención particularmente descrito en el art. 269. Con arreglo a tal precepto, la convención del grupo deberá contener: "I — la denominación del grupo; II — la designación de la sociedad dominante y de las dominadas; III — las condiciones de participación de las diversas sociedades; IV — la duración, si la hubiere, y las condiciones de extinción; V — las condiciones para la admisión de otras sociedades y para la retirada de las que lo compongan;

VI — los órganos de la administración del grupo, sus competencias y las relaciones entre la estructura administrativa del grupo y las de las sociedades que lo compongan; VII — la declaración de nacionalidad del control del grupo; VIII — las condiciones para la modificación de la convención.”

La lectura sumaria del contenido de la convención que se acaba de transcribir ofrece el propósito del legislador brasileño de que la convención constituya el estatuto de la nueva entidad — empresarial — formada, fijándose extremos tan importantes como la organización del grupo, materia no atendida en la ley alemana al tratar el tema que nos ocupa, o la posición respectiva de cada sociedad en el marco del funcionamiento del grupo.

Hemos podido tener acceso a algunas convenciones inscritas en el Registro Mercantil de São Paulo constitutivas de grupos de sociedades brasileños: el *Grupo Real* (13.4.77), el *Grupo Pão de Açúcar* (26.2.82), el *Grupo Rosafer* (1.12.82) y el *Grupo Cindumel* (31.5.83). En el texto de todas ellas se aprecia una gran fidelidad a los requisitos exigidos por la ley anteriormente transcritos. No obstante, cabe apreciar algunas diferencias relativas, en particular, al detalle con que se regulan algunos aspectos en determinadas convenciones; así en concreto, las materias relativas a administración del grupo aparecen contempladas con gran detalle en la convención constitutiva del Grupo Pão de Açúcar, frente a la sumariedad con que se describen en otras convenciones.

En ocasiones se ha planteado el problema derivado de omitir en la convención la designación del grupo, como requiere el art. 269 en su primer apartado. El art. 267, por su parte, advierte que “solamente los grupos organizados con arreglo a lo dispuesto en este capítulo podrán usar designación con las palabras “grupo” o “grupo de sociedades”. El tema aparece conectado a la distinción entre grupos de derecho — los constituidos mediante convención — y grupos de hecho, subyacente a la ley. En realidad estos últimos carecen de una disciplina concreta en la norma brasileña, debiendo quedar subsumidos, como se advertía en el capítulo segundo de este trabajo, en el régimen del accionista controlador. En todo caso, la norma del art. 267 aparece como una norma imperativa pero, eso sí, carente de sanción ante la omisión del término “grupo”. Por otro lado, tampoco existe sanción ante la utilización del término “grupo” por aquél conjunto de sociedades que no se ha constituido mediante convención. En la doctrina se ha indicado que en el Derecho brasileño no existe una prohibición general de usar la palabra “grupo”, pero sí para el grupo de hecho de contratar con terceros pretendiendo ser lo que no es, un grupo de derecho. Cualquier otra interpretación extensiva carece por completo de amparo legal. Se trata, en consecuencia, de una norma de efectos y alcance limitados que tiende a la protección de la buena fe de los terceros que contratan con la empresa o grupo de hecho y deben saber cual es su verdadera estructura.⁸⁸

En cuanto a las *formalidades constitutivas* conviene destacar que la convención que constituye el grupo debe ser aprobada por las sociedades que lo componen, mediante el correspondiente acuerdo de las Juntas Generales. La aprobación se llevará a cabo con arreglo a las normas que rigen la modificación del contrato social o del estatuto, disponiendo los accionistas que se opongan al acuerdo de la posibilidad de separarse de la sociedad con el reembolso de su participación (art. 270).

Se observa, en este punto, una considerable proximidad entre la regulación brasileña y el Derecho alemán de grupos. Como es sabido, en los arts. 293 y 294 de la ley alemana de sociedades por acciones se regulan los requisitos de formación

del grupo, con arreglo a la concepción contractual establecida en tal ley. En los preceptos citados se precisa el acuerdo de las Juntas Generales de las sociedades (dos, al parecer y no un número ilimitado, como sucede en la ley brasileña), y la inscripción de la escritura pública del contrato de dominación en el Registro Mercantil. La inscripción, tanto en el Derecho alemán como en la ley brasileña, tiene carácter constitutivo.

Sin perjuicio de alusiones posteriores, en este momento conviene destacar el derecho de separación que se concede a los socios disconformes con la convención. Tal posibilidad, que recuerda al *Abfindungsrecht* regulado en el Derecho alemán, ha constituido una de las causas principales del fracaso de la regulación brasileña de grupos, al introducir un factor de descapitalización de las sociedades del grupo con ocasión de la constitución del mismo.⁸⁹

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica del grupo, conviene partir del hecho de que el grupo, como el propio texto de la ley advierte, carece de personalidad jurídica propia. Por otro lado, tanto la ley como las propias convenciones expresan que las sociedades integrantes del grupo conservan su personalidad jurídica específica, así como su propio patrimonio. Ello, no obstante, no debe oscurecer la definición de grupo que da la propia ley — más arriba transcrita — así como el objeto que a los grupos constituidos en el Brasil atribuyen las propias convenciones, en las que parece dibujarse la estructura de una sociedad, de segundo grado, con una incipiente estructura administrativa y de representación, con la fijación de las causas de disolución o extinción del grupo etc. La convención constituye, así, el estatuto o norma constitucional básica del grupo, que sólo puede ser objeto de modificación en los términos expresados en la misma. Se confirma, de este modo y en línea con el Derecho alemán, la naturaleza jurídico organizativa y no obligacional que caracteriza a la convención en Derecho brasileño.

Esta vertiente societaria del grupo ha sido apreciada por la doctrina brasileña, que no duda en calificar al grupo como una sociedad en sentido amplio del Código Civil brasileño, que engloba las asociaciones de la tradición jurídica francesa, es decir las uniones de personas que no tienen fin lucrativo.⁹⁰

En cuanto al tema de la personalidad jurídica del grupo, ya nos hemos pronunciado en contra, lo cual no se opone, en nuestra opinión, a su concepción como sociedad. Sucedé, sin embargo, que el grupo tiene un cierto nivel de personalización pero no en la forma, técnicamente precisada, de la personalidad jurídica. Quedan, no obstante, múltiples problemas abiertos para hacer compatibles los principios de separación patrimonial entre el grupo y las sociedades integradas en él. De la misma forma, se echa en falta el establecimiento de alguna norma de responsabilidad del grupo frente a los acreedores de las sociedades que lo forman. Correspondrá a la jurisprudencia la determinación del nivel de personalización del grupo, así como las consecuencias jurídicas *ad intra* y *ad extra* de tal personalidad de segundo grado.

1.3 Organización del grupo — Ejercicio del poder de dirección

En la ley brasileña de sociedades anónimas se alude, con cierta sumariedad, a la administración del grupo, regulándose también los aspectos de representación del grupo en cuanto tal. En este punto, la legislación examinada constituye, sin duda, una aportación original al Derecho de los grupos de sociedades, por cuanto se ocupa de los aspectos de organización del mismo, excluidos de consi-

deración en el Derecho alemán al respecto. En la ley brasileña se establecen ciertos *principios mínimos* en torno a los temas que nos ocupan, quedando la concreción de todo ello encomendada al texto concreto de la respectiva convención.

En este sentido, el art. 272 de la ley, señala que "la convención de constitución del grupo deberá definir la estructura administrativa del grupo de sociedades, pudiendo crear órganos de deliberación colegiada y cargos de dirección general". Hay aquí una clara sumisión a la *autonomía de la voluntad de las partes*, a las cuales el legislador ofrece, con carácter dispositivo, una estructura organizativa basada en el patrón de la sociedad anónima. Se trata en todo caso, como advierten Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro,⁹¹ de la administración del grupo y no de las sociedades del mismo, que asume la tarea de representar al grupo si así lo dispone la convención.

Esta cuestión de la representación del grupo exige alguna explicación complementaria. En cuanto que el grupo no tiene personalidad jurídica propia, ya que son las sociedades las que la conservan una vez concluída la convención, serán estas últimas las que contraigan relaciones jurídicas con terceros. En todo caso, la representación que corresponde a los administradores del grupo se ejerce siempre en nombre de las sociedades por las que obran.⁹² La cuestión, no obstante, podría ser discutible a la luz de las consideraciones efectuadas más arriba en torno a la personalidad moral "de segundo grado" que, desde cierta perspectiva, cabría atribuir al grupo. Esta *forma atenuada de subjetivación* podría ser compatible con la representación del grupo a la que alude el art. 272, si bien la relación de ambas cuestiones resulta obviada en el texto de la ley.

En otro orden de cosas, convendrá tener en cuenta el posible conflicto en que se encontrarán los administradores de las sociedades dependientes del grupo, que quedarán sometidos a dos régimen jurídicos distintos. Por un lado, les siguen incumbiendo los deberes y responsabilidades derivados de su situación como administradores de las sociedades dependientes. Por otro lado, sin embargo, les corresponde observar la orientación general establecida y las instrucciones impartidas por los administradores del grupo, con tal de que no violen la ley o la convención del grupo, según señala el art. 273.⁹³ Este tema nos introduce en el planteamiento del poder de dirección, al que nos referimos seguidamente.

Intimamente conectado a la organización o administración del grupo aparece la cuestión del *poder de dirección* en el mismo. Como es sabido, uno de los objetivos de la regulación de los grupos de sociedades consiste, precisamente, en el reconocimiento de la legitimidad de los mismos, como nueva forma de estructura empresarial, y en el reconocimiento consiguiente del poder de dirección de la sociedad o empresa dominante sobre el resto de las sociedades del grupo. Tal circunstancia puede conducir, incluso, a la producción de perjuicios para estas últimas como consecuencia de la supremacía del interés del grupo sobre el interés de las sociedades dominadas.

En la ley brasileña, el tema del poder de dirección aparece conectado, lógicamente, con la administración del grupo. En realidad, el tratamiento que de tal cuestión hace la ley brasileña, aparece vinculado al deber de los administradores de las sociedades dependientes de atender las instrucciones que en ejecución del interés del grupo les imparte la administración de éste (art. 273). La ley no señala con demasiada precisión los *límites* del poder de dirección correspondiente a la administración del grupo. Señala, simplemente, que las órdenes impartidas por los administradores del grupo no deben suponer violación de la ley o de la convención del grupo, lo que recuerda, en buena medida,

lo dispuesto en el Derecho alemán en el tema que nos ocupa.⁹⁴ Recogiendo, en todo caso, la experiencia alemana, hubiera sido conveniente aludir al *interés del grupo* como límite al poder de dirección, si bien no nos es ajena la dificultad de definir con precisión el contenido del mismo.

Frente a la tendencia de considerar permanentemente contrapuestos los intereses del grupo y de las sociedades dependientes, tal vez convenga afirmar la realidad de numerosos casos de compatibilidad entre ellos, destacados por la doctrina y la práctica. Por otro lado, en muchas ocasiones la mejor manera de promover el interés social de una sociedad vendrá de su integración en un grupo.

Terminando ya con el tema de los límites al poder de dirección, convendría aludir, aunque sólo sea de pasada, a la posibilidad de rechazar una instrucción de la administración del grupo por parte de los administradores de una o varias sociedades dependientes del grupo cuando ello pueda conducir a situaciones próximas a la quiebra o a la suspensión de pagos a la sociedad en la que se ejecutan tales instrucciones. En el marco del Derecho alemán, se ha aludido a un “deber de rechazo”, cuya viabilidad práctica puede resultar discutible como consecuencia de la fidelidad fáctica de gran parte de los administradores de las sociedades dependientes frente a la administración del grupo.⁹⁵

Cuando, en todo caso, el ejercicio del poder de dirección produzca daños no cubiertos por la ley o la convención del grupo, se concede a los socios minoritarios una *acción* contra sus administradores y contra la sociedad dominante del grupo para pedir la reparación de los perjuicios (art. 276, 3.º). Al no especificar el artículo, parece que la acción correspondería individualmente al socio minoritario, sin necesidad de cumplir ninguna condición particular, de la misma forma que se hace el Derecho alemán.

1.4 *La protección de los intereses afectados por el ejercicio del poder de dirección*

El reconocimiento del poder de dirección suele ir acompañado en las regulaciones de los grupos, del establecimiento de *garantías* en favor de todos aquellos potencialmente perjudicados por el mismo. Se trata, como es bien sabido, de los socios minoritarios (llamados, habitualmente, socios externos), los acreedores y los trabajadores de las sociedades dependientes del grupo.

En la ley brasileña sorprende la ausencia de normas protectoras de acreedores y trabajadores, así como la escasa atención dedicada a la protección de los socios externos.

Debe advertirse, no obstante, que la protección de los trabajadores se encuentra tratada fuera de las leyes de sociedades, en concreto en la *Consolidación de las Leyes del Trabajo*, norma relativamente antigua, que ante un supuesto de grupo de sociedades establece la responsabilidad solidaria de todas las sociedades del grupo por las deudas laborales de una de ellas.⁹⁶

A la hora de caracterizar a los socios externos, la ley brasileña procede con gran sumariedad. El art. 276 advierte, a este respecto, que serán considerados socios externos “los socios de las sociedades dependientes, con excepción de la sociedad dominante y las demás sociedades dependientes”. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que esta delimitación se produce a los solos efectos de lo dispuesto en el art. 276, esto es para exigir responsabilidad por los perjuicios resultantes de los actos contrarios a la convención. A nuestro juicio, a esta caracterización genérica del socio externo se debería de haber añadido

la mención de su no pertenencia al círculo de control del grupo, con lo cual se hubiera conseguido un concepto más amplio, útil para el conjunto de las normas sobre grupos.⁹⁷

Las medidas de protección de los socios externos aparecen concretadas en el *derecho de separación* atribuido por la ley a los disconformes con la conclusión de la convención constitutiva del grupo. Esta medida patrimonial de protección, procedente en el momento de formación del grupo, no se ve completada con otras en favor de aquellos minoritarios que no decidan ejercer el derecho de separación en tal momento. Con esta omisión, se aparta la ley brasileña de sociedades anónimas de su precedente alemán, en el que, como es notorio, se reconoce al socio que no se separa de la sociedad (dependiente), una vez constituido regularmente el grupo, una anualidad compensatoria como instrumento de resarcimiento de los posibles daños que le acarree la integración de su sociedad en el grupo.⁹⁸

Esta omisión legislativa arroja dudas sobre la *efectividad* de la protección del socio externo en una situación de grupo. Seguramente, el legislador brasileño estimó suficiente el reconocimiento del derecho de separación con ocasión de la constitución del grupo, como instrumento de tutela del socio. Por otro lado, cabía imaginar también que la regulación de la oferta pública de adquisición de acciones y la cesión de control, con la posibilidad de obtener el reembolso de las acciones en ambos casos, constituyan instrumentos *preventivos* de tutela suficientes. Conviene advertir, sin embargo, que, en primer lugar, el legislador brasileño se ha limitado a regular algunas técnicas de obtención del control — fijándose en ellas las normas de protección de la minoría — limitadas, por otra parte, a las sociedades abiertas. Se olvida, así, el hecho de que el control se pueda obtener también por otras vías (obtención progresiva del control, mediante adquisiciones sucesivas de títulos, frente al carácter instantáneo que tanto la OPA como la cesión del control tienen; obtención del control por vías de contratos etc.) en cuyo caso se carece de normas de protección. En segundo lugar, la situación de grupo ya establecida puede afectar negativamente a la posición patrimonial y social de los socios que han optado por permanecer en la sociedad dependiente, posición a cuya tutela no debe permanecer indiferente el Derecho. Frente a ello, no es enteramente satisfactorio el art. 276 a cuyo tenor “la combinación de recursos y esfuerzos, la subordinación de los intereses de una sociedad a las de otra, o del grupo, y la participación en los costes, ingresos y resultados de las actividades o iniciativas, solamente se podrán oponer a los socios de las sociedades dependientes en los términos de la convención del grupo”. Ello supone *diferir la protección* de los socios externos a lo que disponga la norma constitutiva del grupo, en cuyo contenido será determinante, presumiblemente, la voluntad de la sociedad controladora o dominante.⁹⁹

En algún sector de la doctrina brasileña,¹⁰⁰ no obstante, se mantiene una opinión distinta. Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro sostienen que quienes no han ejercido el derecho de separación, permaneciendo en la sociedad después de su integración en el grupo, pasan a tener sus derechos regidos por un estatuto peculiar, incluído en la convención. Ello no supone disminución de su tutela frente a eventuales abusos de la sociedad dominante. Al contrario, continúan estos autores, la convención representa un *límite formal* a la excepcionalidad de las relaciones que se establecen en el interior del grupo. Y a continuación citan los autores referidos la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores que establece el art. 276. En nuestra opinión, siendo lo anterior cierto, nos

parece que el argumento es un tanto formal, por cuanto el control sobre el contenido de la convención escapa de las manos de los socios minoritarios, y el ejercicio de acciones de responsabilidad, sin ser imposible, se encuentra enfrentado a ciertas dificultades de prueba e información. La realidad práctica brasileña confirma la opinión que avanzamos.

1.5 *El reflejo contable del grupo: las cuentas consolidadas*

En el plano contable, el grupo aparece definido por la exigencia de la *consolidación de los estados financieros* de las sociedades integradas en él. La correspondencia entre grupo de sociedades y consolidación contable ha sido asumida por la ley brasileña, en cuyo art. 275 se establece la obligación de publicar las cuentas consolidadas del grupo, sin perjuicio de la publicación de los estados financieros individuales de cada una de las sociedades del mismo.

La exigencia de publicación de cuentas consolidadas por el grupo atiende básicamente al imperativo de *plena información* de los acreedores de las sociedades agrupadas. Indudablemente también sus socios o accionistas tendrá interés en la divulgación de tales documentos por la empresa, en lo que se observará lo dispuesto en el art. 289.¹⁰¹

Las normas en torno a la consolidación no se encuentran situadas dentro del Derecho de grupos en sentido estricto, sino fuera de él, en concreto en los arts. 249 y 250 (correspondientes al Capítulo XX de la Ley, relativo al control societario), a propósito de la obligación de consolidación contable que se impone a la sociedad abierta que tiene más del 30% del valor de su patrimonio líquido representado por inversiones en sociedades controladas. Esta fragmentación de las normas contables no parece justificable; hubiera sido deseable, más bien, que las normas reguladoras de la consolidación se desgajaran de la normativa de los grupos para incluirlas en el apartado de la contabilidad general de la ley.

Esta última solución es la que, en parte, se contiene en el Proyecto de ley de reforma del Derecho de sociedades en España. En realidad, las normas sobre consolidación contable, introducidas en adaptación de la séptima directiva comunitaria, se han sacado de las normas de contabilidad de la ley de sociedades anónimas para ser llevadas a un apartado nuevo dentro de la regulación de la contabilidad en el Código de comercio. La razón de ello parece residir en el hecho de que tal normativa tiene un carácter general que desborda, no sólo el régimen de la anónima, sino también el de los tipos mercantiles de sociedad en general.¹⁰²

1.6 *El consorcio*

En capítulo aparte (XXII) ha regulado el legislador brasileño una forma jurídica especial de vinculación de sociedades a la que ha denominado "consorcio". Su concepto aparece contemplado en el art. 278 con arreglo al cual "las sociedades anónimas y cualesquiera otras sociedades, bajo el mismo control o no, podrán constituir un consorcio para realizar una actividad determinada, observando lo dispuesto en este capítulo". Tal agrupación de sociedades carece de personalidad jurídica, y se constituye mediante contrato, aprobado por el órgano competente de la sociedad para enajenar los bienes del activo permanente. En cuanto a su régimen jurídico, sólo cabe examinar lo dispuesto en el art. 279, con arreglo al cual "las sociedades (integrantes del consorcio) sólo se obligan

en las condiciones previstas en los términos del contrato, respondiendo en cada una de sus obligaciones, sin presunción de solidariedad". En todo caso, el contrato de constitución del consorcio, así como sus modificaciones, deberá inscribirse en el Registro Mercantil.

El instituto del consorcio, como advierten Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro,¹⁰³ responde a evidentes necesidades de la vida comercial contemporánea. En numerosas ocasiones, las empresas no se pueden enfrentar aisladamente a las dimensiones y a los riesgos de determinados negocios, con gran complejidad tecnológica. La asociación de empresas, sin recurso a la vinculación por vía de capital, o la fusión o la incorporación, puede verificarse en forma satisfactoria mediante técnicas similares o comparables a la utilizada por el legislador brasileño con ocasión de la regulación del consorcio.¹⁰⁴ Con el consorcio, a diferencia de la regulación de los grupos, no ha introducido el legislador brasileño una institución nueva en su ordenamiento; existían ya figuras comparables en el ámbito del mismo.

El régimen jurídico del consorcio en la ley brasileña de sociedades anónimas es, ciertamente, simple y se mueve en el terreno de la *flexibilidad*, característica común de la normativa de otras figuras similares en el marco del Derecho comparado. Ello tiene, como es obvio, ventajas e inconvenientes: una reglamentación flexible, limitada a algunos trazos genéricos de régimen jurídico no permite resolver las numerosas dudas que se pueden presentar en la práctica. De otro lado, sin embargo, una normativa tal tiene la ventaja indiscutible de propiciar el empleo de la figura para las más diversas finalidades.¹⁰⁵

En el marco del Derecho brasileño, la configuración que el legislador hace del consorcio pone de relieve que se trata de una técnica de vinculación de sociedades (exclusivamente anónimas) fundadas en el principio de la *coordinación*, y dotada de un carácter de temporalidad, con la que se pretende ofrecer a las empresas un marco jurídico adecuado en el que pueda desenvolver sus relaciones, sin alcanzar el grado de integración y permanencia del grupo de sociedades.

Cabe observar la similitud estructural entre el consorcio y ciertos entes tipificados en Derecho español, como son los contemplados en las leyes de 28.12.63 y 26.5.82, en particular, con las agrupaciones temporales de empresas. También recuerda la institución que nos ocupa a la llamada agrupación europea de interés económico, regulada en el Reglamento CEE de 25.7.85, y que parece perseguir, también desde una óptica de flexibilidad, finalidades comparables al consorcio.¹⁰⁶

Es discutible si cabría calificar al consorcio — de acuerdo con lo tipificado en la ley alemana de sociedades — como grupo por coordinación.¹⁰⁷ Como es sabido, la categoría de los *grupos por coordinación* plantea el problema de la coexistencia de dos elementos aparentemente antitéticos: la ausencia de subordinación y la estructura de grupo, lo que ha conducido a un sector de la doctrina a afirmar la identidad estructural entre los grupos por coordinación y los acuerdos destinados a regular la competencia. En todo caso, parece claro que el legislador brasileño ha pretendido separar nítidamente la categoría del grupo de sociedades, a la que es inherente en la tipificación legal el principio de subordinación, del consorcio, el cual se concibe como una forma jurídica puesta a disposición de las sociedades, para vincularse en un plano de coordinación y con carácter de transitoriedad.¹⁰⁸

IV — LA SITUACION DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. En el Derecho común de sociedades

Como es bien sabido, las normas reguladoras de los diferentes tipos de sociedades mercantiles prescinden en el supuesto de hecho, por regla general, de toda referencia a situaciones de vinculación de sociedades que no alteran la autonomía jurídica de las mismas.

Así, en la LSA — que regula, como es notorio, el tipo de sociedad mercantil más frecuentemente integrado en uniones y grupos — sólo podemos aludir al art. 149, que, sin ignorar la problemática específica de los mismos, se limita a declarar no aplicables a las uniones de sociedades en las que “estas continúen existiendo sin alteración de su personalidad jurídica” las normas sobre fusión de sociedades mercantiles contenidas en la propia ley.

No todas las formas de uniones de sociedades permanecen al margen de las previsiones del legislador español, en particular, en nuestro ordenamiento se presta atención al fenómeno de la *cooperación intersocietaria* mediante las leyes de asociaciones y uniones de empresas, de 28.12.63, en la que se tipifican las llamadas “sociedades de empresas”, y de régimen fiscal de las agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial, de 26.5.82. Una y otra ley se preocupan más de los aspectos fiscales de la cuestión que de su ordenación jurídico-societaria. Desde esta perspectiva, sin embargo, se ha aludido por algunos¹⁰⁹ a la noción de *grupo por coordinación* para caracterizar la naturaleza jurídica de las sociedades de empresas. La cuestión no deja de resultar discutible a la vista de la indefinición del régimen de tales grupos, perceptible tanto en el Derecho alemán, donde son primeramente aludidos, como en los proyectos comunitarios de regulación de los grupos.

Más recientemente hay que aludir, en el tema que nos ocupa, a la Ley general de Cooperativas, de 2.4.87, que regula en los arts. 148 y 149, “las cooperativas de segundo y ulterior grado y otras formas de colaboración económica”, estableciendo, así, algunos criterios de ordenación jurídica del fenómeno de las uniones de cooperativas. La propia ley, no obstante, deja abiertos numerosos problemas e interrogantes.

En la actualidad se está procediendo a efectuar la adaptación de nuestro Derecho de sociedades a las prescripciones del ordenamiento comunitario en la materia.¹¹⁰ Sin embargo el *Proyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades*, remitido a las Cortes Generales con fecha 8.4.88, no se refiere para nada a la disciplina “material” de los grupos y sí a los aspectos estrictamente contables de los mismos. La razón de ser de este criterio legislativo radica en el propósito de introducir en nuestro ordenamiento únicamente las directivas comunitarias en vigor y no las que se encuentran en tramitación legislativa en la actualidad. Ello justifica la regulación de la contabilidad de los grupos, como consecuencia de la adaptación de la Directiva 83/349/CEE, de 13 de junio, y no de sus aspectos sustantivos, ya que la novena directiva, que se ocupa de esta cuestión, se encuentra todavía en fase de mero proyecto.¹¹¹

Aunque el proceso de reforma del Derecho español de sociedades parece ya definitivamente encarrillado, no resultará ocioso recordar que en el pasado más reciente hubo otros intentos de reforma referidos, exclusivamente, a la

LSA. El Anteproyecto de ley de sociedades anónimas de 1979, redactado con finalidades de adaptación de nuestro ordenamiento al Derecho comunitario, establecía una serie de normas sustantivas sobre los grupos, además de las puramente contables. Tales normas aparecían inspiradas en los preceptos sobre grupos del estatuto de la sociedad anónima europea y no, como hubiera sido lógico en sede de recepción del Derecho comunitario, en el proyecto de directiva sobre los grupos de sociedades. Al margen de esta cuestión, debe destacarse el escaso interés que las normas citadas suscitaron en la doctrina especializada.¹¹²

2. La regulación de los grupos fuera del Derecho común de sociedades

Si prescindimos de otros sectores del ordenamiento jurídico, como el tributario o el laboral, hay que destacar las referencias a los grupos en normas recientes relativas a la regulación de la inversión productiva, en sus vertientes empresarial y privada. Así, encontramos definiciones legales del grupo — generalmente idénticas — en la legislación de *instituciones de inversión colectiva* (ley de 26.12.84 y reglamento de 17.7.85), en las normas relativas a las *sociedades de capital riesgo* (real Decreto-ley de 14.3.86) y en la normativa de los *fondos de pensiones* (ley de 8.7.87). La definición del grupo contenida en las normas citadas es susceptible, no obstante, de algunas críticas. En todas ellas se viene a indicar que “se consideran pertenecientes a un mismos grupos las sociedades que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controle directa o indirectamente a las demás” (art. 4.6.^º, de la ley de instituciones de inversión colectiva, entre otros preceptos). Con esta caracterización, el legislador parece identificar la situación de grupo, que supone, como sabemos, una auténtica *integración* empresarial — si bien de intensidad variable — de las sociedades que lo forman, con la situación de mero control o dominación de una sociedad por otra, en que tal integración no se da. En esta última, por tanto, la sociedad dominante se limita a ejercer las facultades que su relevante posición en la organización social — por vía de participación mayoritaria en su capital, generalmente — le concede. Por ello, tal situación o relación entre sociedades tiene un significado marcadamente *jurídico-societario*, lo que no justifica un tratamiento legislativo *especial* de la misma, salvo en lo que resulte conveniente para preservar la eficacia de las normas, generales o particulares, del Derecho de sociedades.¹¹³

Sin embargo, la situación de grupo — expresada, como sabemos, mediante la dirección económica unificada de varias sociedades, jurídicamente autónomas, por otra sociedad — desborda el cuadro del ordenamiento *común* de sociedades y reclama, a la vista de la unidad empresarial subyacente a la diversidad jurídica, un tratamiento legal *particular* que permita atribuir legitimidad al interés del grupo en su conjunto, sin perjuicio de la necesaria protección de socios, acreedores y trabajadores de las sociedades dependientes del grupo.

Para que se dé la situación de control antes mencionada, debe concurrir alguna de las circunstancias siguientes (art. 4.6.^º, de la ley de instituciones de inversión colectiva): “a) la dominante posea la mayoría de votos o del capital de la dominada; b) la dominante en virtud de acuerdos expresos con otros accionistas o socios cooperadores de la dominada, o con la propia dominada o en virtud de los estatutos de ésta, tenga en relación con los órganos de gobierno de la entidad dominada, derechos iguales a los que ostentaría de tener la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o socios de la dominada; c) la dominante

tenga en el capital de la dominada una participación no inferior al 20% y ésta esté sometida a la dirección única de aquélla. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe dirección única cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta".¹¹⁴

Conviene tener en cuenta en el momento actual el reciente *Proyecto de Ley del Mercado de Valores* (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 4.3.88) que introduce un nuevo concepto de grupo en su art. 8, derogatorio del expresado en la legislación de instituciones de inversión colectiva (que, por remisión, es el de las sociedades de capital riesgo). El mencionado precepto dice: "A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyen una unidad de decisión, para que cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás. Se entenderá, en todo caso, que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: "a) que la entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última; b) que la entidad dominante tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad dominada, bien directamente, bien a través de acuerdos con otros socios de esta última; c) que al menos la mitad más uno de los consejeros de la entidad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada.

A efectos de lo previsto en los aparatos anteriores, a los derechos de voto, nombramiento o destitución en ellos mencionados se añadirán los que la entidad dominante posea, a través de las entidades dominadas, a o a través de otras personas que actúen por cuenta de la entidad dominante, o de otras entidades por ella dominadas".

Cabe extender algunas de las críticas efectuadas anteriormente al concepto introducido en el proyecto de Ley del Mercado de Valores; en particular las relativas a la confusión entre situación de mero control y ejercicio de una dirección económica única. Por otro lado, no se entiende demasiado bien la utilización del término "entidades" por el art. 8 del referido Proyecto para aludir a las integrantes del grupo. Hubiese sido preferible hablar de "sociedades", término que, en nuestra opinión, permite saber con más claridad quiénes son, o pueden ser, los miembros integrantes de un grupo.

3. Los grupos de sociedades en la jurisprudencia — En particular, el problema de las sociedades de un sólo socio

Al margen de lo reseñado en el apartado anterior, el relieve más significativo de los grupos entre nosotros no se manifiesta en el terreno legislativo sino, más bien, en el jurisprudencial. Esta afirmación, no obstante, debe matizarse y quedar circunscrita al estricto terreno jurídico-laboral en el que, a estas alturas, puede hablarse ya de un auténtico pensamiento jurisprudencial consolidado en torno a los aspectos jurídico-laborales relevantes de los grupos.¹¹⁵

No abundan, en cambio, las sentencias que se ocupen de los grupos desde un punto de vista específicamente societario. Y en el caso de que el juzgador constate la presencia de una unión de sociedades subsumible en la categoría

“grupo”, tal circunstancia no trae consigo la aplicación de consecuencias jurídicas especiales para el mismo — sobre la base, frecuentemente recordada por la jurisprudencia laboral, del art. 1.6.^o, del CC, sino, al contrario, la declaración de que estamos en presencia de una laguna de nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre la base de lo que se acaba de afirmar, nos limitaremos a reseñar algunos de los fallos más destacados en la materia. En la sentencia de 29.4.85 (Arz. 1994), el T.S. (sala 1.^a) se limita a declarar que nuestro Derecho mercantil “no contiene normas que contemplen el fenómeno de que algunas empresas se formen estructuralmente por un número variable de unidades productivas cada una de las cuales, no obstante conservar su personalidad jurídica, queden sometidas a un único poder de decisión, constituyendo un grupo de sociedades al que propiamente corresponde dar una información consolidada que elimine de algún modo el proceso de circulación de valores por el interior de cada empresa para presentar una información de la posición del grupo frente al entorno exterior al mismo grupo y denote quién ejerce el poder de decisión, su estructura y sus finalidades”. Tiene gran interés la doctrina establecida por la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 22.1.85 (Rep. La Ley, 1985, n. 5.499), en la que se indica que “las organizaciones o grupos de sociedades en que la sociedad madre tiene en su mano la actuación interna y externa de las filiales, quedando éstas reducidas a meros instrumentos técnicos al servicio de aquéllas, sin vida verdaderamente propia, aunque bajo la apariencia de una pluralidad de sociedades autónomas en que se esconde un estado de fusión extralegal, constituyen una unidad, por lo que a todas las que forma parte de esta común organización ha de extenderse la obligación de indemnizar por los daños causados por una de ellas, sin que sea obstáculo invencible para esta solución el argumento de que las sociedades tienen personalidad jurídica y son sujetos de derecho independientes, porque tal personalidad está basada en el mero cumplimiento de requisitos de forma (escritura notarial e inscripción en el Registro Mercantil)”. Se trata, no obstante, de una doctrina aislada en el actual panorama jurisprudencial español. Finalmente, como criterio de reconocimiento del grupo, o como instrumento de presunción de su existencia, tiene interés la sentencia del T.S. (sala 1.^a), de 6.12.85 (Arz. 6.442), que se ocupa de una de las llamadas *cartas de patrocinio*, es decir que aquel documento dirigido por la sociedad dominante de un grupo a la entidad financiera que concede crédito a alguna de sus filiales, declarando, o bien el grado de participación en el capital de esta última, o su deseo de mantenerlo, o su compromiso — de naturaleza jurídica discutida — de promover la devolución del crédito concedido a su filial etc.¹¹⁶ El T.S. conecta la emisión de la carta a la situación del grupo: “Pero tal compromiso, con trascendencia jurídica que encuentra su explicación en los vínculos económicos y normativos existentes entre una sociedad cabeza de grupo y sus afiliadas, no pasará de ofrecer repercusiones en un orden estrictamente moral cuando se trate de expresiones declarativas sin otro alcance y como tales limitadas a la afirmación de un hecho o a la manifestación de un parecer, pero sin asumir obligaciones sobre apoyo financiero de la sociedad matriz a la filial ni contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la compañía subordinada pueda hacer efectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero”.

Fuera de estas declaraciones jurisprudenciales, nada frecuentes en la práctica, conviene repasar un problema, cual es el de la *sociedad de un solo socio*, no

específico pero sí vinculado a la problemática de los grupos, objeto, por lo demás, de frecuente consideración en los últimos años por nuestros tribunales.

Superados, cuando menos en el orden dogmático, los escrúpulos frente a la posibilidad fáctica de sociedades unipersonales — no originarias, pero sí sobrevenidas — y eliminado, como solución inmediata, el recurso a la disolución de la sociedad unipersonal, nuestros tribunales han enjuiciado las situaciones de unipersonalidad societaria, en numerosos casos, como supuestos de *peligro* para los terceros y acreedores del ente social. Así, se ha procedido a “levantar el velo” de la personalidad jurídica para evitar que el recurso a la “heterogenidad subjetiva” (personalidad societaria estrictamente separada de la personalidad del socio) pudiera favorecer el abuso del Derecho y el fraude a la ley. Estas cláusulas generales, que expresan la contradicción con la buena fe que debe presidir el desenvolvimiento del tráfico mercantil (art. 57 del Código de comercio), suelen constituir los fundamentos de las sentencias que llevan a cabo el levantamiento del velo de la personalidad jurídica de la sociedad unipersonal.

La doctrina jurisprudencial referida es objeto de aplicación no sólo a las sociedades — normalmente anónimas — de capital privado, sino también a las públicas. Hay que mencionar, a este respecto, la sentencia del T.S. (sala 1.^a) de 28.5.84 (Arz. 2.800), tal vez la primera sentencia importante en la materia, que procedió a “levantar el velo” de la personalidad jurídica de una sociedad anónima municipal, sin que ello condujese a hacer responsable al Ayuntamiento de las deudas de la sociedad.¹¹⁷ Sobre la base de esta sentencia, entre otros criterios, el T.S. ha aplicado la técnica del “levantamiento del velo” a otras sociedades anónimas, por lo general, de capital privado. En este sentido, se pueden citar las sentencias de 27.11.85,¹¹⁸ 9.7.87 y 16.7.87, esta última referida a una sociedad cooperativa.¹¹⁹ En algunas ocasiones el T.S. habla de “levantar el velo de la personalidad jurídica” sin contemplar propiamente una situación de unipersonalidad ni imponer la responsabilidad del socio o socios por las deudas sociales. En este sentido puede verse la sentencia de 24.9.87. En una sentencia todavía más reciente, de 25.1.88, el T.S. procedió a levantar el velo de la personalidad jurídica a los efectos de la resolución de uno contrato de arrendamiento, sirviéndole de supuesto de hecho la situación de mero control de una sociedad — arrendataria de un local de negocio — por otra.

Los fallos que acabamos de reseñar han recibido, por regla general, una valoración crítica en la doctrina.¹²⁰ Sin dejar de destacar su valor, como expresión de una jurisprudencia antiformalista, puede ser objeto de crítica la generalización del recurso a una técnica, como la del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica, cuya aplicación se suele considerar *excepcional* en el marco del Derecho comparado. Por otro lado, el recurso permanente a la idea de fraude, perceptible en numerosas sentencias de las reseñadas, oscurece las posibilidades de encontrar la justicia material del caso por otras vías, menos abstractas, contenidas en nuestro ordenamiento.¹²¹

Convendría, por ello, ir hacia una construcción más aquilatada de la mencionada técnica en la línea de lo expresado en los ordenamientos y en la práctica de los tribunales de otros países, en particular, Estados Unidos y Alemania. En estos países se ha renunciado a una construcción puramente dogmática y generalista del tema que nos ocupa y se ha procedido a aplicar la técnica del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica en función de *grupos de casos* debidamente contrastados en la práctica.¹²²

En la práctica de los países mencionados se consideran supuestos de aplicación del "levantamiento del velo" los cuatro siguientes: *confusión de esferas, infracapitalización, dirección externa y abuso de la forma jurídica*. Con la primera mención se alude a aquellas situaciones de interconexión entre el patrimonio social y el de los socios, que se verifican cuando no se observan los principios que defienden la autonomía patrimonial de la sociedad-persona jurídica. La infracapitalización, por su parte, alude a la inadecuación de la cifra de capital al objeto social y a la amplitud del campo operativo del mismo, si bien la determinación de la infracapitalización relevante no será fácil de concretar en ocasiones. La dirección externa alude a la superación de la autonomía societaria como consecuencia del control que sobre la sociedad ejerce otra persona jurídica con intereses empresariales propios. A este respecto, se advierte claramente que el mero control, incluso aunque sea total, no hace surgir automáticamente la responsabilidad de la sociedad dominante por las deudas de la dominada. Finalmente, el abuso de la forma jurídica — el supuesto más antiguo para determinar la procedencia del "levantamiento del velo" — se refiere a la utilización instrumental, objetivamente determinable, de la sociedad-persona jurídica, violándose con ello obligaciones contractuales, produciéndose dolosamente daños a terceros etc.¹²³

Desde el punto de vista de la *política jurídica* en torno a los grupos, la jurisprudencia anteriormente reseñada no deja de resultar preocupante si se considera la incertidumbre de los presupuestos de su aplicación, por un lado, y la generalidad de que viene siendo objeto, por otro. Sería necesario precisar el significado exacto de la técnica del "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica, de una parte, y, de otra, no entender mecánicamente que toda situación de unipersonalidad — o, incluso, de participación mayoritaria en el capital, como hace la sentencia de 25.1.88 — presume o hace presumir un supuesto de fraude que conduzca a la "desestimación" de la "heterogeneidad subjetiva". Al mismo tiempo habría que determinar cuidadosamente las consecuencias jurídicas vinculadas al "levantamiento del velo", porque si bien esta técnica se ha solidado utilizar en el Derecho comparado para *imputar las deudas de la sociedad al socio único o de control*, en el marco de nuestra jurisprudencia está sirviendo, desde luego, para ello (sentencias de 27.11.85 y de 9.7.87), pero también para resolver, como ya se advirtió, el contrato de arrendamiento de una sociedad participada mayoritariamente por otra (sentencia de 25.1.88), para impugnar la validez de una transmisión fiduciaria de acciones (sentencia de 24.9.87), o para entender que la interrupción de la prescripción invocada ante el Ayuntamiento debe considerarse invocada ante la sociedad anónima de la que éste es único accionista (sentencia de 28.5.84).

Esta diversidad de consecuencias jurídicas originadas por la común aplicación de la técnica del "levantamiento del velo" resulta, en nuestra opinión, injustificada y conduce, cuando menos, a vaciar de contenido a la misma, desprazándola de su campo "natural" de aplicación, en el que, como hemos visto, deve aplicarse con particular cautela.

La *fundación unipersonal* de una sociedad anónima por otra sociedad anónima que suscriba todas sus acciones, así como el establecimiento de la *responsabilidad del accionista único* por las deudas de su sociedad han sido algunos de los preceptos eliminados en la versión del Proyecto de Ley de reforma del Derecho español de sociedades remitido a las Cortes Generales el 8.4.88.

La primera cuestión no había merecido críticas relevantes de la doctrina especializada, que había pedido, además, su extensión al campo de las sociedades de responsabilidad limitada, en línea con lo establecido en países como Alemania o Francia.¹²⁴ El segundo precepto, sin embargo, había sido objeto de críticas diversas, debidas no sólo a la idea de principio subyacente, sino también a la deficiente configuración técnica de la responsabilidad del accionista único.¹²⁵

NOTAS

1. Al respecto, J. Buireu, *Asociaciones y uniones de empresas*, Madrid, 1982; S. Alvarez Melcon, *El grupo de sociedades. Las cuentas consolidadas y la imposición sobre el beneficio*, Madrid, 1978. Recientemente, R. Calvo Ortega, "Aspectos tributarios de las operaciones vinculadas y de los grupos de sociedades", en *Grupos de sociedades. Su adaptación a las normas de las Comunidades Europeas*, Madrid, CEOE, 1987, pp. 99 y ss.
2. L. Camps Ruiz, *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Madrid, 1986; F. Vazquez Mateo, *Jurisprudencia sobre los grupos de empresas*, 1987, pp. 227 y ss.
3. Sobre la OPA, J. Zurita, *La oferta pública de adquisición de acciones (OPA)*, Madrid, 1980; J. M. Embid Irujo, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, 1987, pp. 37-69.
4. J. Duque Dominguez, "Los problemas generales planteados por los grupos, con especial referencia al Derecho Mercantil", en *Grupos de sociedades*, cit., pp. 20-1.
5. J. M. Embid Irujo, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., pp. 157-8;
6. J. Duque Dominguez, *Los problemas generales*, cit., pp. 42-4.
7. Sobre los grupos de coordinación: M. Sacristan, *El grupo de estructura paritaria: Caracterización y problemas*, 1982, pp. 375 y ss., admitiendo la categoría discutida en el texto.
8. Al respecto, Piras, *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano*, en A. Pavone la Rosa (a cura di), *I gruppi di società. Ricerche per un studio critico*, Bologna, 1982, pp. 254 y ss.
9. J. M. Embid Irujo, *Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea*; E. García de Enterria, J. Gonzalez Campos, S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, III, Madrid, 1986, pp. 73 y ss.
10. En torno al régimen jurídico de los grupos, cf. mi trabajo *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., p. 28. Sobre la consolidación contable, A. Font Ribas, *La consolidación de las cuentas*; A. Rojo (director), *La reforma de la ley de sociedades anónimas*, Madrid, 1987, pp. 293 y ss.; Duque Dominguez, *Las condiciones de la consolidación de las cuentas anuales*, en A. Alonso Ureña y otros, *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pp. 737 y ss.
11. J. M. Embid Irujo, "Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica", *RCASV*, 1983, pp. 19-20.
12. Al respecto, J. Duque Dominguez, *Los problemas generales* cit., pp. 47 y ss.
13. Cf. mi trabajo, *Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea*, cit., pp. 79-80.
14. Idem, *ibidem*.
15. Sobre la evolución histórica de la sociedad anónima, puede consultarse B. Grossfeld, *Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär*, Tübingen, 1968. Entre nosotros, G. Esteban Velasco, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Madrid, 1982.
16. Al respecto, G. Ferri, "La tutela dell'azionista in una prospettiva di riforma", *Riv. Soc.*, 1961, pp. 184-5.
17. Cf. F. Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 23.
18. J. L. Bulhões Pedreira, "Controle da Companhia", in *Revista da Comissão de Valores Mobiliários* 3/54 (vol. I).
19. Sobre ello, entre nosotros, J. Duque Dominguez, *Tutela de la minoría*, Valladolid, 1957. Tiene gran interés consultar la obra fundamental de J. Garrigues, R. Iuria, *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, 3.^a ed., Madrid, 1976, en particular, el volumen primero.
20. Puede verse, en este sentido, los arts. 354 y ss. de la ley francesa de sociedades mercantiles, de 1966, o los arts. 2.359 y 2.360 del Código Civil italiano, de 1942.

21. En este sentido, por ejemplo, la ley alemana de sociedades por acciones (§§ 17, 311 y ss.), de 1965, o el proyecto de directiva comunitaria sobre grupos de sociedades, cuya última versión es de 1984.

22. En torno a este temario, A. Menendez Menendez, *Ensayo sobre la evolución actual de la sociedad anónima*, Madrid, 1974.

23. Cf. Ob. cit., p. 107.

24. Textualmente, F. Konder Comparato, ob. cit., p. 107.

25. Seguimos el esquema elaborado en nuestro trabajo *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, 1987, especialmente en su primera parte.

26. Entre otros, G. Ferri, *Diritto commerciale*, 5.^a ed., Torino, 1980, p. 451, y F. Abbadessa, *I gruppi di società nel diritto italiano*, en A. Pavone la Rosa (a cura di), *I gruppi di società. Ricerche per un studio critico*, Bologna, 1982, pp. 105, y ss.

27. P. Abbadessa, *I gruppi di società*, cit., p. 112, H. G. Koppensteiner, *Definitionsprobleme in Konzerngesellschaftsrecht*, SAG, 1985, p. 79.

28. Este hecho nos permitió afirmar en el pasado que la ley brasileña aceptaba implícitamente la concepción dinámica del grupo pasado (cf. J. M. Embid Irujo, "Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña de sociedades anónimas", *RDM*, 1979, p. 481).

29. Que son aquellas (art. 4) cuyos valores están admitidos a negociación en bolsa o en el mercado de *balcão*. Al respecto, E. Lacerda Teixeira, J. A. Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito brasileiro*, vol. 1.^o, São Paulo, 1979, pp. 110-14; H. Borges da Fonseca, *As companhias abertas no moderno Direito societário brasileiro*, CVM, n. 3. 1983, pp. 43 y ss.

30. Sobre la aptitud de algunos contratos para obtener el control de una sociedad, cf. nuestro trabajo *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., pp. 64-9.

31. Sobre todo ello, R. Lacerda Teixeira, J. A. Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2.^o, pp. 681-91 y 723-32, F. Konder Comparato, *O poder de controle*, cit., pp. 38-43 y 360.

32. Cf. E. Sequeira Martin, *La fusión y la escisión (tercera y sexta directivas)*, en E. García de Enterría, J. González Campos, S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, III, Madrid, 1986, pp. 49 y ss., L. J. Cortes Domínguez, *La escisión de sociedades anónimas*, en A. Rojo (director), *La reforma de la ley de sociedades anónimas*, Madrid, 1987, pp. 389 y ss., A. Rojo, *La escisión de sociedades*, en A. Alonso Ureba y otros, *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pp. 665 y ss.

33. Al respecto, J. Bisbal, *La sociedad anónima unipersonal* en A. Rojo (director), *La reforma*, cit., pp. 71 y ss., A. Alonso Ureba, *La sociedad unipersonal*, en A. Alonso Ureba y otros, *La reforma del Derecho español*, cit., pp. 221 y ss.

34. La ley brasileña preve un doble procedimiento de constitución de la subsidiaria integral: por acto público, documentado notarialmente, y por adquisición o absorción en el capital de una sociedad de la totalidad de las acciones de una sociedad preexistente (F. Konder Comparato, *La société anonyme à l'épreuve de l'industrialisation dans le tiers monde*, en F. Kubler, *Industrialisierung und Recht in Brasilien*, Frankfurt, 1981, p. 101). Aquí nos interesa, obviamente, el primer procedimiento. Sobre las particularidades de la subsidiaria integral, cf. E. Lacerda Teixeira, J. A. Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2.^o, pp. 723-32.

35. Cf. F. Konder Comparato, *La société anonyme*, cit., p. 101. La receptividad de los medios profesionales no ha sido, sin embargo, muy alta. Hasta la fecha de publicación del trabajo citado de Konder Comparato, el procedimiento ha sido utilizado en el Estado de São Paulo (el más industrializado del Brasil) en 60 ocasiones.

36. Cf. F. Konder Comparato, *La société anonyme*, cit., p. 101.

37. F. Lacerda Teixeira, J. A. Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2.^o, p. 725.

38. Sobre ello, J. Bisbal, *La sociedad anónima unipersonal*, cit., pp. 78 y ss.

39. Cf. A. Alonso Ureba, *La sociedad unipersonal*, cit., pp. 271 y ss. La presencia de sociedades anónimas unipersonales en la práctica comercial española es relativamente frecuente. Sobre la doctrina jurisprudencial al respecto, A. Auñoles, *La sociedad anónima unipersonal en la jurisprudencia*, 1986, pp. 185 y ss.

40. *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2.^o, p. 681.

41. Vid el trabajo de R. Uria, *Derecho fiscal y Derecho mercantil*, publicado inicialmente en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, de 1945, y reproducido

recientemente en el n.º 94 (1985) de *Hacienda Pública Española*. El fenómeno, por otra parte, se plantea en numerosas instituciones jurídico mercantiles. Así, en lo que se refiere a los grupos de sociedades han sido las normas fiscales las pioneras en su tratamiento en nuestro país, a fin de someter a tributación la realidad patrimonial global del grupo en su conjunto. Al respecto, R. Calvo Ortega, "Aspectos tributarios de las operaciones vinculadas y de los grupos de sociedades, en *Grupos de sociedades. Su adaptación a las normas del Mercado Común*, Madrid, CEOE, 1987, pp. 96 y ss. Sobre las operaciones vinculadas, en particular, V. E. Combarros, *Régimen jurídico de las operaciones vinculadas en el Impuesto de sociedades*, Madrid, 1988.

42. La escisión total, cuando la sociedad escindida se disuelve por completo, o la escisión impropia, cuando ya existen la sociedad o sociedades receptoras de los conjuntos patrimoniales provenientes de la sociedad escindida, interesan menos a efectos del supuesto de adquisición originaria del control que estamos tratando.

43. Prescindimos aquí del tratamiento de los contratos como instrumentos adecuados para la obtención del control societario. Además de nuestro trabajo, *Grupos de sociedades*, ya citado, vid. P. Ulmer, *Aktienrechtliche Beherrschung durch Leistungsaustauschbeziehungen*, ZGR, 1978, pp. 457 y ss.

44. Cf. J. Zurita, *La oferta pública de adquisición (OPA)*, Madrid, 1980, pp. 17 y ss.

45. Al respecto, C. Schmitthoff, *Die Regelung von take-overbids im englischen Recht*, en *Übernahmangebote im Aktienrecht*, Frankfurt, 1976, pp. 8 y ss., R. Pennington, "Take-overbids in the United Kingdom", AJCL, 1969, pp. 159 y ss.

46. *O poder de controle*, cit., pp. 197-8.

47. Entre otros, J. Zurita, *La oferta pública*, cit., p. 188.

48. Explican E. Lacerda Teixeira y J. A. Tavares Guerreiro, que la experiencia demuestra (*Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2.º, p. 759) que el instrumento de la OPA sirve también para que el propio accionista controlador proponga la compra de las acciones de los accionistas no controladores, como sucede, por ejemplo, en la hipótesis de aspirar al "cierra" (*fechamento*) de la sociedad abierta.

49. Nada impide que haya en que la propuesta del oferente contenga simultáneamente dinero y valores mobiliarios (Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2.º, p. 760).

50. Cf. J. M. Embid Irujo, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., p. 41.

51. Sobre estas cuestiones, vid la bibliografía citada en nuestro trabajo *Grupos de sociedades*, cit., pp. 44-5, notas 22 y 23. En el Derecho brasileño, Albino, "Recesso, dividendos, alienação de controle e 'insider trading': necessidade de uma reflexão crítica", in *CVM* 8/9 y ss. (vol. 3.º), Cantidiano, "Alienação e aquisição de controle", *CVM* 9/40-41 (vol. 3.º).

52. Creada por la Ley 6.385, de 7.12.76, como entidad de vigilancia y control del Mercado de Valores.

53. A. Mignoli, "Cessione del controllo e opa nel nuovo diritto brasiliano", *Riv. Soc.*, 1978, pp. 552 y ss.

54. De *soft law* ha hablado E. Wymeersch, "La Commission bancaire belge et le droit des groupes de sociétés", *Riv. Soc.*, 1986, pp. 207 y ss., para referirse a la actividad en la materia de la Commission bancaire belga. Al respecto, vid "Mesa-redonda", en *CVM*, 9/45 y ss. (vol. 3.º).

55. Cf. J. Zurita, *La oferta pública de adquisición*, cit., pp. 62-5 y 77-89.

56. Antecedente del mismo es el Dec. 1.848/80, cuyo contenido se reproduce, salvo algunos retoques, en el decreto vigente. Sobre este último, F. Lopez Anton, "Ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios (algunas consideraciones sobre su régimen legal en Derecho español)", *RDM*, 1985, pp. 203 y ss.

57. En este sentido, el *Informe de la Comisión para el estudio del Mercado de Valores*, editado en Madrid, en 1978.

58. Vid su texto en *Riv. Soc.*, 1986, pp. 379 y ss.

59. Cf. nuestro trabajo *Grupos de sociedades*, cit., pp. 52 y 53 y la bibliografía cita en nota 52. Para el Derecho brasileño, cf. los estudios citados en la nota 51 del presente trabajo.

60. En este sentido, M. Bejot, *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne*, Bruxelles, 1976, pp. 25-6.

61. Entre otros muchos, vid H. Wiedemann, *Minderheitenschutz und Aktienhandel*, Stuttgart, 1967, pp. 5 y ss.

62. H. Wiedemann, *Minderheitenschutz und Aktienhandel*, cit., p. 7.

63. Estos deberes encuentran su campo natural de aplicación en las sociedades de personas, pudiéndose concretar en la idea de que el socio no debe obtener ventajas para sí a costa del sacrificio de la sociedad (cf. J. Giron Tena, *Derecho de sociedades, Parte General*, Madrid, 1976, pp. 295-8).
64. Por todos, Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 1.^o, pp. 291-302.
65. Ob. cit., pp. 747-53.
66. F. Konder Comparato, *La société anonyme*, cit., p. 79.
67. Cf. J. M. Embid Irujo, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., p. 57.
68. Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2.^o, p. 702.
69. Idem, p. 703.
70. Cf. *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktiönaire*, Karlsruhe, 1957, p. 208.
71. Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2.^o, p. 711.
72. Sobre la misma, B. Grosseld, *Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär*, Tübingen, 1968, pp. 233 y ss.
73. Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2.^o, p. 709.
74. Al respecto, J. M. Embid Irujo, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., pp. 83 y ss.
75. En su "Parecer" (Dictamen) emitido el 19.1.83, a propósito del tema que nos ocupa.
76. Vid texto en *RT* 584/190 y ss.
77. Cf. F. Konder Comparato, *Evolução dos grupos de sociedades no direito brasileiro, desde a promulgação da lei de sociedades por ações de 1976*, Comunicación a la Asociación Argentina de Derecho Comparado, 1982.
78. En este sentido, J. M. Embid Irujo, "Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña de sociedades anónimas", *RDM*, 1979, p. 479.
79. Cf. F. Konder Comparato, *La société anonyme*, cit., p. 94.
80. Sobre todo ello, puede verse nuestro trabajo, "Los grupos de sociedades ante el Derecho del Trabajo", *RL* 16-23/102-3.
81. A. Piras, *I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano*, en A. Pavone la Rosa (a cura di), *I gruppi di società. Ricerche per un studio critico*, Bologna, 1982, pp. 239 y ss., F. Woolridge, "The treatment of groups of companies in Germany and Brazil", en *Essays for Clive Schmitt Hoff*, Abingdon/Oxon, 1983, pp. 155 y ss.; J. M. Embid Irujo, "Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña de sociedades anónimas", *RDM*, 1979, pp. 461 y ss.
82. Cf. F. Konder Comparato, *La société*, cit., p. 95.
83. Sobre los grupos por coordinación, vid en la doctrina alemana la monografía de H. G. Gromann, *Die Gleichordnungs konzerne im Konzern- und Wettbewerbsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979.
84. Al respecto, Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2.^o, p. 774.
85. F. Konder Comparato, *La société*, cit., p. 95.
86. Los problemas de interpretación que suscita tal término son considerables. Vid al respecto las consideraciones de F. Konder Comparato, *La société*, cit., pp. 98-9.
87. F. Konder Comparato, *La société*, cit., pp. 95-7.
88. Cf. A. Wald y N. Eizirik, "A designação 'Grupo de sociedades' e a interpretação do art. 267 de lei das S/A", en *RDMIEF* 54/66 y ss.
89. Al respecto, F. Konder Comparato, *Evolução dos grupos de sociedades no Direito brasileiro*, cit., en cuya p. 3 se explica el fracaso de la disciplina brasileña de grupos como consecuencia del reconocimiento del derecho de separación en favor del socio disidente de la convención.
90. F. Konder Comparato, *La société anonyme*, cit., p. 97.
91. Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2.^o, p. 782.
92. Idem, p. 783.
93. Idem, p. 783.
94. De la amplia bibliografía alemana sobre el poder de dirección, vid G. Brachvogel, *Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern*, München, 1967.
95. Sobre las instrucciones exorbitantes, vid, entre otros, Immenga, *Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern*, ZHR, 1976, pp. 301 y ss.

96. Cf. O. Bueno Magano, *Os grupos de empresas no direito do trabalho*, São Paulo, 1978.
97. J. M. Embid Irujo, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., possim.
98. Idem, pp. 206-22.
99. Cf. al respecto nuestro trabajo *Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña*, cit., p. 476.
100. Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2.^o, p. 789.
101. Idem, p. 789.
102. Sobre las normas en torno a la consolidación contable en el Proyecto, vid J. Duque Dominguez, *Las condiciones de consolidación de las cuentas anuales*, en A. Alonso Ureba, y otros, *La reforma del Derecho español*, cit., pp. 737 y ss., A. Font Ribas, *La consolidación de las cuentas*, en A. Rojo (director), "La reforma de la ley de sociedades anónimas", cit., pp. 293 y ss.
103. Lacerda Teixeira y Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2, p. 793.
104. Para el Derecho comparado en la materia, vid M. Rodrigues Penteado, *Consórcios de empresas*, São Paulo, 1979.
105. Cf. M. Rodrigues Penteado, "Associações voluntárias de empresas. Uma análise da Legislação no País e no Exterior", en *RDMIEF* 52/50 y ss.
106. Sobre la agrupación europea, cf. M. Sacristan, *La agrupación europea de interés económico (Antecedentes y caracterización)*; en A. Alonso Ureba y otros, *La reforma del Derecho español*, cit., pp. 813 y ss.
107. En este sentido, F. Konder Comparato, *Die Konzerne im neuen brasilianischen Aktiengesetz*, ZGR, 1979, pp. 595 y ss.
108. Sobre los grupos por coordinación entre nosotros, M. Sacristan, "El grupo de estructura paritaria: Caracterización y problemas", *RDM*, 1982, pp. 375 y ss.
109. En este sentido, M. Sacristan, *El grupo de estructura paritaria*, cit., p. 378.
110. Sobre los problemas generales de tal cuestión, Fernandez de la Gandara, L. *Problemas político-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales*, en Alonso Ureba, A. y otros, *La reforma del Derecho español*, cit., pp. 35 y sigs.
111. Cf. A. Menendez Menendez, *El Anteproyecto de Ley de reforma parcial y de adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades*, en A. Rojo (director), *La reforma de la ley de sociedades anónimas*, cit., p. 16.
112. Sobre el Anteproyecto en relación al Derecho comunitario, vid los trabajos de J. Giron Tena, R. García Villaverde, G. Esteban Velasco, A. Sequeira Martin, J. M. y Embid Irujo, en *Tratado de Derecho Comunitario europeo*, cit. III, 1986, pp. 10 y ss.
113. Cf. J. M. Embid Irujo, "Aproximación al significado jurídico de las sociedades y fondos de capital riesgo", *RDBB*, 1986, pp. 375 y ss.
114. J. Duque Dominguez, *Los problemas generales*, cit., pp. 24-6.
115. La bibliografía citada en nota 2.
116. Vid el comentario de tal sentencia hecho por S. Lopez Uriel, en *CCJC*, 1986, pp. 3.317 y ss.
117. Vid el comentario de tal sentencia hecho por A. Pantaleon Prieto, *CCJC*, 1984, pp. 1.711 y ss.
118. Al respecto, A. Aurioles, "La sociedad anónima unipersonal en la reciente jurisprudencia", *RDM*, 1986, pp. 185 y ss.
119. Cf. el comentario de F. Capilla Roncero, en *CCJC*, 1987, pp. 4.825-27.
120. Vid la bibliografía citada en las notas anteriores y J. Bisbal, *La sociedad anónima unipersonal*, en A. Rojo (director), *La reforma de la ley de sociedades anónimas*, cit., pp. 89-90 y 102.
121. J. Bisbal, *La sociedad anónima unipersonal*, cit., p. 103.
122. V. Franceschelli y M. Lehmann, *Superamento della personalità giuridica e società collegate: Sviluppi di Diritto continentale*, en AA. VV., *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, 103 y ss.
123. Franceschelli y M. Lehmann, *Superamento della personalità*, cit., pp. 104-8. Sobre la situación en Estados Unidos, cf. en el mismo volumen, R. Pardolesi, *Veil piercing e Analisi economica del Diritto: L'esperienza statunitense*, pp. 137 y ss.
124. A. Alonso Ureba, *La sociedad unipersonal*, en A. Alonso Ureba y otros, *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, cit., pp. 244-6.
125. J. Bisbal, *La sociedad anónima unipersonal*, cit., pp. 93 y ss.