

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES Y SU REGULACIÓN JURÍDICA*

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

SUMARIO: I — Introducción. II — El grupo de sociedades: delimitación de sus características: a) Aspectos generales; b) La dirección unitaria. Su relación con la estructura del grupo; c) Dirección unitaria sin relación de dependencia económica: la posibilidad de los llamados grupos por coordinación. III — La regulación jurídica del grupo de sociedades: finalidades y modelos legislativos: a) Finalidades de la regulación jurídica de los grupos; b) Modelos de regulación de los grupos: 1. Modelo contractual; 2. Modelo orgánico; c) Insuficiencia de los modelos de regulación. Hacia una concepción “dinámica” del grupo de sociedades. IV — Los grupos de sociedades en Derecho español; a) Ausencia de regulación en nuestro ordenamiento societario vigente; b) La regulación de los grupos de sociedades en el Anteproyecto de ley de sociedades anónimas de 1979; c) Observaciones sobre la regulación de los grupos en el Anteproyecto. V — Consideraciones finales. VI — Bibliografía fundamental.

I — Introducción

En los últimos años, pocos sectores del Derecho Mercantil han conseguido atraer la atención de la doctrina especializada y del legislador como los grupos de sociedades.¹ Esta focalización en los grupos no es, por supuesto, caprichosa ni obedece a una efímera “moda” jurídica. En nuestros días parece suficientemente clara la importancia tanto económica — acentuada por la progresiva tendencia hacia la concentración empresarial — como jurídica — puesta de relieve por la inadecuada o inexistente regulación del vigente Derecho de sociedades — que caracteriza a los grupos y que determina, sin duda alguna, la preferente atención de que son objeto.²

* Abreviaturas empleadas: ADC = Anuario de Derecho Civil — BB = Der Betriebs-Berater — DCDI = Diritto comunitario e degli scambi internazionali — Diss. = Dissertation — EuR = Europarecht — RDBB = Revista de Derecho Bancario y Bursátil — RDM = Revista de Derecho Mercantil — Rev. Soc. = Revue des Sociétés — Riv. Soc. = Rivista delle Società — RTDC = Revue trimestrielle de Droit comercial — ZGR = Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht — ZHR = Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht — ZSR = Zeitschrift für schweizerisches Recht.

1. V. un muestrario reciente de la importancia de los grupos en los principales ordenamientos de nuestro entorno en Hopt (ed.) *Groups of Companies in European Laws/Les Groupes de Sociétés en Droit Européen*, Berlin-New York, 1982.

2. Las razones que parecen justificar la concentración económica, en particular a través de los grupos de sociedades, son la obtención de economías de escala, el acercamiento a la dimensión empresarial óptima, la mejor utilización de las redes de distribución y la difusión de los conocimientos técnicos. Cf. Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht*, 2.ª ed., München, 1977, p. 7 y ss., quienes no dejan de señalar los inconvenientes que tal concentración económica puede deparar para la competencia.

No obstante lo anterior, se puede constatar, sin embargo, un notable desajuste entre los esfuerzos empleados en conocer y explicar la estructura de los grupos — puesto de relieve por la proliferación de monografías y artículos al respecto³ — y su plasmación en normas jurídicas vigentes. Si hacemos excepción del ordenamiento alemán,⁴ pionero en la materia, y de la reciente normativa brasileña,⁵ la situación en el Derecho comparado muestra un vacío casi total⁶ en el tema que nos ocupa, resultado, posiblemente, de las dificultades inherentes a la cuestión y también — por qué no decirlo — de la abundancia de planteamientos en muchas ocasiones inadecuadas desde el punto de vista metodológico; planteamientos más preocupados por acentuar aspectos de significado meramente

3. Una buena bibliografía sobre los grupos es la elaborada por los profesores suizos Ruedin y Druet, y que se encuentra al final del trabajo del primero "Vers un Droit des Groupes de Sociétés?" ZSR, 1980, p. 263 y ss.

4. La disciplina de los grupos de sociedades en el Derecho alemán se contiene, como es sabido, en la *Aktiengesetz*, de 6.9.65. Por la novedad e importancia del tema, así como por constituir la primera regulación jurídica que tipificó los grupos, han proliferado los trabajos sobre la misma. El lector interesado encontrará una buena relación de la literatura jurídica alemana sobre el tema en Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht*, cit.

5. Contenida en la Ley 6.404, de 15.12.76 sobre sociedades anónimas. La regulación brasileña de los grupos no ha recibido hasta la fecha una atención detenida de la doctrina comparada. V. sobre ella Konder Comparato, "Die Konzerne im neuen Brasilianischen Aktiengesetz", ZGR, 1979, p. 583 y ss., publicado anteriormente con el título "Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés anonymes", *Riv. Soc.*, 1978, p. 845 y ss.; Embid, "Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña de sociedades anónimas", RDM, 1979, p. 461 y ss. Algunas referencias interesantes pueden verse en Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 2.ª ed., S. Paulo, 1977; Bueno Magano, *Os Grupos de Empresas no Direito do Trabalho*, S. Paulo, 1978.

6. Al lado de los ordenamientos brasileños y alemán, existen en la actualidad numerosos proyectos legislativos que intentan regular los grupos de sociedades, sin que ninguno de ellos se haya convertido en Derecho vigente. Es de destacar, especialmente, el caso de Francia, donde el diputado Couste ha presentado dos proposiciones de ley sobre los grupos de sociedades en sucesivas legislaturas. Sobre la primera, v. Fernandez de la Gandara, "Problemas actuales del Derecho de sociedades en Europa", RDM, 1972, p. 221 y ss.; sobre la segunda, v. Embid, "La segunda proposición de la ley del diputado Couste sobre los grupos de sociedades en Francia", RDM, 1978, p. 563 y ss.; Brachvogel, "Die neuere Entwicklung des Konzernrechts im Frankreich", ZGR, 1980, p. 486 y ss.; y la bibliografía citada en todos ellos. Junto a los proyectos franceses son destacables los intentos de regulación de los grupos en el ámbito de la CEE, en particular el anteproyecto de directriz sobre armonización del derecho de los grupos de sociedades (v. Vanetti, "La disciplina dei gruppi: due novi progetti", *Riv. Soc.*, 1977, p. 633 y ss.), el proyecto de directriz sobre la contabilidad del grupo (v. Muller, "Groups Accounts under the proposed seventh EEC directive: a practitioner's view", en *Groups of Companies*, cit., p. 175 y ss.), y el proyecto de estatuto de sociedad anónima europea (v. Gessler, "Das Konzernrecht der S.E.", en Lutter (ed.) *Die Europäische Aktiengesellschaft*, 2.ª ed., Köln, 1978, p. 275 y ss.). Un balance informativo útil sobre el contenido y situación legislativa de estos proyectos comunitarios puede verse, entre nosotros, en Esteban Velasco, "Las sociedades", RDM, 1981, p. 651 y ss. En otros países no se puede señalar, hasta el momento, la existencia de textos vigentes o en proyecto que aspiren a una regulación completa o general de los grupos. Se pueden señalar, no obstante, algunos ordenamientos en los cuales se han promulgado normas que sin referirse necesariamente al grupo, abarcan dentro de su campo de aplicación aspectos relativos a aquéllos. En este sentido, cabe destacar el ejemplo del Derecho italiano (v. Amatucci/Candi/D'Alessandro/Fanelli, *La Disciplina dei Gruppi di Società nella "Novella" del 1974*, Milano, 1978), o del Derecho sueco (Rodhe, "Groups in Scandinavian company law", en *Groups of Companies*, cit., p. 142 y ss.) entre otros. Sobre la situación en Derecho español, v. infra, p. 14 y ss.

jurídico-formal que por penetrar en el ámbito más característico del grupo,⁷ esto es, su consideración como unidad empresarial⁸ articulada a través de entidades jurídicamente independientes, sometidas todas ellas a una dirección económica única.

A pesar de que la figura del grupo de sociedades se proyecta sobre diversos sectores del ordenamiento jurídico (fiscal, laboral etc.) en este trabajo vamos a considerar únicamente los aspectos relativos al *Derecho de sociedades* — sin perjuicio de las oportunas alusiones en su momento a otras ramas jurídicas — con la finalidad de describir el estado de la cuestión en los planos legislativos y doctrinal, hacer hincapié en las finalidades que persigue la regulación de los grupos y referir pormenorizadamente la situación de los grupos en el Derecho de sociedades español.

II — El grupo de sociedades: delimitación de sus características

a) Aspectos generales

En el apartado anterior hemos señalado la vinculación existente entre la concentración empresarial y los grupos de sociedades. Puede decirse sin riesgo que el grupo es, gracias a su flexibilidad estructural, el medio o vía preferente a través del cual se desenvuelve la tendencia hacia la integración empresarial que caracteriza a la fase actual de evolución del sistema de economía de mercado.⁹ La originalidad del grupo dentro de las formas de organización al servicio de la integración empresarial ha permitido hablar, con relación a los mismos, de “concentración en la pluralidad”, frente a la “concentración en la unidad”, que estaría representada por la tradicional figura de la fusión.¹⁰

Esta nueva forma de organización empresarial que el grupo viene a representar, pretende conjugar, por tanto, dos factores que desde un punto de vista tradicional en Derecho de sociedades, pueden parecer antitéticos: la autonomía jurídica de las diversas sociedades integradas en el grupo, y la dirección económica a que vienen sometidas todas ellas.¹¹ Sin perjuicio de posteriores matices

7. Cf. Embid, “Recientes aportaciones suizas al derecho de los grupos de sociedades”, RDM, 1981, pp. 326 y 338.

8. Cf., entre otros, Balz, “Einheit und Vielheit im Konzern”, en *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen* — Festschrift für Raiser, Tübingen, 1974, p. 287 y ss., quien califica al grupo como empresa “policorporativa”, con objeto de traducir semánticamente la tensión entre unidad económica e independencia jurídica inherente al grupo. Entre nosotros v. Duque, *Concepto y significado institucional de los grupos de sociedades*, en Libro homenaje a Roca Sastre, Madrid, III, 1976, pp. 570-580.

9. V. Reich, “Markt und Recht”, *Neuwied und Darmstadt*, 1977, p. 318 y ss.; Grossfeld, *Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär*, Tübingen, 1968, p. 8 y ss. En el grupo se pone de relieve una acentuada tendencia del sistema económico contemporáneo hacia una limitación cada vez más intensa del riesgo empresarial. Cf. Galgano, “La riforma dell’impresa”, *Riv. Soc.*, 1976, p. 469 y ss.

10. Cf. Piras, “Collegamenti tra società a tipificazione dell’impresa di gruppo”, en *La Riforma delle Società di Capitali in Italia*, III, Venezia, 1966, p. 1.152.

11. Para el Derecho común de sociedades, la autonomía jurídica de una sociedad, puesta de relieve por la atribución de la personalidad jurídica, se corresponde con una sustancial independencia económica. Esta imagen de la sociedad mercantil, entendida como sociedad-isla, puede considerarse decididamente alterada por la realidad de nuestro tiempo.

zaciones, conviene advertir que el sometimiento de las sociedades del grupo a la dirección económica única es el resultado, habitualmente, de la existencia de relaciones de dependencia económica entre las sociedades del grupo gracias a las cuales la sociedad que controla a las demás — denominada, por ello, sociedad dominante — puede ejercer efectivamente la dirección del grupo.

b) *La dirección unitaria. Su relación con la estructura del grupo*

Es, precisamente, la dirección económica única — o la dirección unitaria, según la terminología acostumbrada en la doctrina y la legislación — el elemento central y, a la vez, característico del grupo de sociedades.¹² Interesa, por tanto, y con independencia de las consecuencias jurídicas que de la misma se puedan extraer,¹³ profundizar en su descripción. Han abundado en la doctrina comparada, convencida de la importancia de la dirección unitaria para el “reconocimiento” de los grupos, los intentos de definirla.¹⁴ Muchos de ellos, por desgracia, están caracterizados por una gran vaguedad que les hace lógicamente inservibles para los fines que con ellos se pretenden. Esta circunstancia negativa se debe, en buena parte — como advertíamos al principio — a la utilización de una metodología inadecuada, teñida de un excesivo jurisdicismo, que ha pretendido captar la peculiaridad de la dirección unitaria bajo el prisma exclusivo de la técnica jurídica, sin comprender suficientemente que aquélla constituye, en esencia, un proceso empresarial, y que la vía más idónea de aproximación a su contenido proviene de la utilización de los datos que nos suministra sobre la estructura de la empresa, en general, la ciencia de la Economía de la empresa.¹⁵

En esta línea, que empieza a tener acogida en la doctrina europea, debe destacarse que la dirección unitaria — y el grupo como tal — 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 sectores o ámbitos integrantes de la actividad de una empresa — y que constituirían el núcleo de lo que aquí llamamos “independencia económica” de la sociedad — han sido “transferidos” a la sociedad dominante del grupo, o en su caso — relativamente frecuente — al órgano sin personalidad

Para Alemania, estimó Gessler (“Das neue Aktienrecht”, BB, 1965, p. 677 y ss.) que el 70% de las sociedades anónimas existentes en aquel país pertenecían o formaban parte de grupos.

12. V. monográficamente sobre la misma, Gutjahr, “Der Begriff der Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung im Konzern”, *Diss.*, Hamburg, 1972; Haller, “Der Begriff der einheitlichen Leitung im Konzern”, *Diss.*, Heidelberg, 1974; Slongo, *Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs*, Zürich, 1980.

13. V. infra.

14. Cf. los criterios analizados por Slongo, “Der Begriff”, cit., pp. 120-126.

15. Esta tendencia puede verse iniciada por lo que a la doctrina jurídica se refiere en Biedenkopf/Koppensteiner, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln, 1971, par. 18, quienes para estudiar la dirección unitaria partieron de considerar al grupo como una empresa, de valorar las relaciones internas del grupo con aproximación a las posibles estructuras de una empresa unitaria. “De la misma forma que el empresario aislado (individual o social), es titular de un poder independiente de planificación de la actividad de su empresa, la nueva subjetividad empresarial en que consiste el grupo, atribuye a la empresa dominante la titularidad de un poder de planificación y decisión común a todas las empresas integradas en él, que se gestionan como si constituyeran una unidad económica, en definitiva una sola empresa” (Dúque, *Concepto y Significado Institucional*, cit., p. 558). V. también la excelente obra de Slongo, *Der Begriff*, cit., pp. 9-102.

jurídica que assume las tareas de dirección y gestión del grupo. Para determinar, entonces, lo que significa dirección unitaria, habrá que averiguar el *contenido mínimo* de competencias empresariales que pertenecientes originalmente a las sociedades integradas en el grupo, son asumidas por la sociedad dominante o el órgano sin personalidad jurídica que haga sus veces.¹⁶

Teniendo en cuenta cuáles son los sectores o ámbitos a los que se extiende la actividad de toda empresa (financiación, personal, aprovisionamiento, producción y ventas), parece claro, a tenor de los datos que suministra la Economía de la empresa, que se puede hablar de dirección unitaria — y, por tanto, de grupo — siempre que, como mínimo, la competencia para decidir sobre la financiación del grupo¹⁷ y, en menor medida, la política de personal¹⁸ del mismo se encuentren en manos de la sociedad dominante u órgano encargado de la dirección del grupo. No es decisivo, a los efectos del tema que nos ocupa, que la competencia sobre aprovisionamiento, producción y ventas se encuentre atribuida a la dirección del grupo¹⁹ y ello por ésta, a través de la potestad de decidir en los sectores financiero y de personal — fundamentalmente en el primero — puede realizar plenamente una política de grupo. Nos encontraríamos, así, en presencia de los requisitos mínimos necesarios que integran en concepto de dirección unitaria.

Queda por señalar, dentro de esta cuestión, la influencia que la organización del grupo — es decir, la ordenación de la distribución de competencias

16. V. una pormenorizada exposición de este punto de vista en Slongo, *Der Begriff*, cit., pp. 9-46.

17. Cf. Biedenkopf/Koppensteinner, *Kölner Kommentar*, cit., par. 18, anm. 9; Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht*, cit., p. 63; Slongo, *Der Begriff*, cit., p. 58. Bajo el término financiación hay que entender una serie de tareas y funciones de la empresa, en especial "la planificación de las futuras necesidades de capital y su adecuada cobertura, la realización de las medidas de financiación, el control del movimiento financiero y la administración de las existencias financieras (dinero y crédito)" (Hill, *Brevier der Unternehmungsfinanzierung*, Bern, 1967, p. 12, cit., por Slongo, *Der Begriff*, cit., p. 46).

18. El significado del sector de personal se restringe, para nuestro tema, a la posibilidad de controlar el nombramiento y actividad de aquellos que pueden garantizar el funcionamiento del grupo y la efectividad de la dirección unitaria. A este fin, la dirección del grupo se suele reservar la posibilidad jurídica de determinar el nombramiento de las personas que van a formar parte de los órganos de dirección y vigilancia en las sociedades dependientes (v. Slongo, *Der Begriff*, cit., pp. 59 y 66). A la realización de una política de grupo coadyuva también la existencia de consejeros comunes (*interlocking directorates*) en las diversas sociedades. Sobre este tema de tan profunda significación en la práctica societaria de los Estados Unidos, v. Mestmacker, *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, Karlsruhe, 1957, p. 105. Hay que advertir, finalmente, que así como la atribución a la sociedad dominante de la competencia en el sector financiero funda una razonable presunción de la existencia de un grupo — llena, por tanto, y por sí sola, el contenido mínimo del concepto de dirección unitaria — la competencia sobre el sector de personal, por sí sola, no bastaría para tal fin. Piénsese, por ejemplo, que la existencia de consejeros comunes en varias sociedades no garantiza por sí misma la realización de una política de grupo.

19. En este sentido, Slongo, *Der Begriff*, cit., pp. 68-71. Frente a ello Rasch (*Deutsches Konzernrecht*, 5.ª ed., Köln, 1974, p. 57), entiende que la administración del grupo exige no sólo una dirección financiera unificada, sino también una armonización en planos de ventas, producción etc. Si bien nada se opone que la dirección del grupo se reserve competencias en éstos sectores — lo que dependerá, en su caso, de la estructura más o menos centralizada del grupo — ello no impide afirmar que tales atribuciones no integran el *contenido mínimo* de la dirección unitaria.

entre la dirección del grupo y las sociedades integradas en él — puede tener sobre la idea de dirección unitaria. La misma concepción del grupo de sociedades como empresa “articulada” parece resolver el tema de la organización en favor de un principio de “descentralización”, o como se suele afirmar en la doctrina, un principio “divisional” (la división es una unidad de contabilidad y responsabilidad). No obstante, la realidad nos muestra la existencia de grupos más “centralizados” — o grupos de estructura “funcional” — caracterizados por reservar un mayor número de competencias a la dirección del grupo en perjuicio de las sociedades integradas en él. Parece claro, en todo caso, que la organización del grupo alrededor de los principios — en rigor, tipos ideales — centralización/descentralización no obedece a razones caprichosas, sino que tiende a buscar la solución óptima al problema de la distribución de competencias a los solos efectos de la consecución satisfactoria de los fines del grupo. Por ello, la repercusión que la organización del grupo puede tener sobre la dirección unitaria varía si nos encontramos en presencia de un grupo “divisional” o de uno de carácter “funcional”. En todo caso, la descentralización no puede llegar tan lejos como para poner en peligro la unidad económica que caracteriza a todo grupo; si no hay una política financiera unitaria — a la que acompañará generalmente una política de personal también única — difícilmente se podrá hablar de unidad económica, de dirección unitaria y, consiguientemente, de grupo de sociedades.²⁰

c) *Dirección unitaria sin relación de dependencia económica: la posibilidad de los llamados grupos por coordinación*

Al dado del grupo en el que la dirección unitaria es resultado de la imposición de una sociedad sobre una u otras — supuesto del que nos hemos ocupado hasta ahora — algunos ordenamientos jurídicos, en particular, el alemán,²¹ califican también como grupo al conjunto de empresas o sociedades jurídicamente autónomas que sin ser dependientes unas de otras están reunidas bajo una dirección unitaria. Esta peculiar forma de grupo — de muy escasa consideración en el Derecho comparado²² — recibe el nombre de *grupo por coordinación*, frente a la figura anteriormente descrita a la que se califica como *grupo por subordinación*.

20. V. sobre estas cuestiones las reflexiones de Slongo, *Der Begriff*, cit., pp. 71-95 y la amplia bibliografía allí citada.

21. Los grupos por coordinación se encuentran definidos en el par. 18, 2 de la *Aktien-gesetz* y no han recibido la atención doctrinal de que han sido objeto los grupos por subordinación. V. no obstante la reciente monografía de Gromann, *Die Gleichordnungskonzerne in Konzern-und Wettbewerbsrecht*, Köln, 1980 y mi recensión en RDM, 1980, pp. 315-320.

22. Ninguna de las dos proposiciones de ley del diputado Cousté, en Francia, han recogido la figura de los grupos por coordinación. Igualmente sucede en el proyecto de estatuto de sociedad anónima europea. En cambio, sí la reconocen el anteproyecto de directriz sobre armonización de grupos — bien es verdad que sin crear para ellos un régimen jurídico particular — y el proyecto de directriz sobre contabilidad del grupo, a los solos efectos de someter a los grupos por coordinación a la obligación de consolidar los estados financieros de las sociedades que los componen (v. sobre esta última Niessen, “La proposta di settima direttiva sui conti di gruppo”, en *Il Gruppo di Società e il Bilancio Consolidato di Gruppo*, Milano, 1981, pp. 37-38.

En el grupo por coordinación — se afirma — la dirección unitaria es el resultado del acuerdo paritario y libre de las sociedades agrupadas, las cuales ceden *voluntariamente* parte de sus competencias al órgano o sociedad encargados de la dirección del grupo.²³ Sin embargo, no por ello se puede decir que el grupo por coordinación constituya una unidad económica, pues la inexistencia de relaciones de dependencia económica entre las sociedades que forman parte del mismo niega aquella posibilidad. Si esto es así, difícilmente se podrá afirmar que el llamado grupo por coordinación, a pesar de su carácter “articulado”, constituya efectivamente una empresa y, de igual manera, que se ejercite en su interior una dirección unitaria, si entendemos este concepto de forma comparable a la expresada en el apartado anterior.²⁴ Como ha afirmado repetidamente la doctrina comparada, la categoría de los llamados grupos por coordinación parece encontrarse así ante una contradicción difícilmente salvable y que consiste en querer hacer compatible la estructura del grupo con la ausencia de subordinación o de dependencia económica entre las sociedades del mismo.²⁵

Las anteriores reflexiones conducen a situar a los llamados grupos por coordinación fuera del ámbito de la concentración empresarial — donde se encuentra terminológicamente instalados — para colocarlos en el terreno de la cooperación interempresarial. Se ha dicho en numerosas ocasiones que los grupos por coordinación recuerdan sensiblemente a los acuerdos entre empresas destinados a regular la competencia, y que no cabe afirmar en ellos la existencia de una integración empresarial auténtica ni mucho menos con pretensiones de estabilidad y permanencia.²⁶

Las ideas de cooperación y transitoriedad parecen, pues, confirmar la exclusión de los llamados grupos por coordinación de nuestro campo de estudio, de la misma forma que quedan fuera de él — o cuando menos, sólo son aludidas circunstancialmente otras instituciones características de la economía contemporánea, como pueden ser las *joint ventures*,²⁷ los consorcios²⁸

23. Cf. Duque, *Concepto y Significado Institucional*, cit., p. 552.

24. Con acierto ha señalado Gromann (*Die Gleichordnungskonzerne*, cit., p. 58 y ss.), que la inexistencia de relaciones de dependencia entre las sociedades del grupo impide considerar — a diferencia del grupo por subordinación — la posibilidad de que la sociedad u órganos sin personalidad jurídica que ejercen la dirección del grupo impartan instrucciones vinculantes, de obligado acatamiento, a los órganos de dirección de las restantes sociedades del grupo. Estos, en función de la norma que obliga a dirigir la sociedad bajo su propia responsabilidad, deben estimar sí la instrucción que emana de la sociedad que dirige el hipotético grupo por coordinación es o no perjudicial para su sociedad, debiendo seguirla únicamente en el segundo caso. De esta manera, se diluye en el pensamiento de Gromann la significación del grupo por coordinación en el sistema del Derecho de grupos.

25. Cf. Mestmäcker, *Verwaltung*, cit., p. 302 y ss., Emmerich, *Wettbewerbsrecht*, 2.ª ed., München, 1976, p. 218; Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht*, cit., p. 65; Duque, *Concepto y Significado Institucional*, cit., p. 552, entre otros.

26. Embid, *Los Grupos de Sociedades en la Nueva Ley Brasileña*, cit., p. 480.

27. V. sobre ellas. Bonvicini, *Le “Joint Ventures”: Tecnica Giuridica e Prassi Societaria*, Milano, 1977; Astolfi, *Il Contratto di Joint Venture*, Milano, 1981 y, entre nosotros, Duque, “El posible encuadramiento de las llamadas empresas o filiales comunes en los grupos de sociedades”, en *Estudios en Honor de Batlle*, Madrid, 1978, p. 289 y ss.

28. En la ley brasileña de sociedades anónimas se recoge bajo el nombre de consorcio una institución de perfiles cercanos a la que se suele denominar grupo por coordinación. Sobre el consorcio en Derecho brasileño, Konder Comparato, *Die Konzerne*, cit., pp. 597-598; Embid, *Los Grupos de Sociedades*, cit., p. 480.

o, entre otros las figuras creadas por la ley de asociaciones y uniones de empresas de 28.12.63.²⁹⁻³⁰

III — La regulación jurídica del grupo de sociedades: finalidades y modelos legislativos

a) Finalidades de la regulación jurídica de los grupos

Al hacer referencia en el apartado anterior al carácter “articulado” que distingue al grupo frente a otros tipos de empresas, hemos soslayado deliberadamente una cuestión que por encontrarse en el origen de la regulación jurídica del grupo, parece que debe ser objeto de tratamiento en el presente epígrafe. Y esta cuestión no es otra que la de la coexistencia, dentro del grupo, de intereses y orientaciones diferentes que corresponden a las sociedades que lo componen. Al lado de lo que se suele denominar “interés del grupo” — que sin perjuicio de su correspondencia con los fines de las sociedades integradas en él, es sensiblemente influido por la sociedad dominante — coexisten los intereses singulares de las sociedades dependientes. Si bien hay que afirmar — frente a una generalizada opinión — que el interés del grupo y los intereses particulares de las sociedades dependientes, no son siempre ni necesariamente antitéticos,³¹ no es posible desconocer asimismo el potencial conflicto en que se pueden encontrar en determinados supuestos, y cuya solución es, evidentemente, el motivo principal que da origen a la legislación de grupos. Con esta finalidad y dada la significación económica de los grupos de sociedades, el legislador estima oportuno optar por el reconocimiento jurídico del interés del grupo,³² lo que conlleva en numerosas ocasiones, como es obvio, el sometimiento del interés singular de las sociedades dependientes, con la consiguiente posibilidad de que se produzcan para éstas perjuicios patrimoniales. Pero, al mismo tiempo y teniendo en cuenta que el Derecho aspira a ser un conjunto de soluciones justas a los conflictos de intereses, no se puede dejar de tutelar el interés social respectivo de las sociedades dependientes y, alrededor de éste,

29. V. infra p. 13 y bibliografía citada en nota 61.

30. Paradójicamente, estas reflexiones parecen tener asiento en el propio ordenamiento alemán, dado que en él no se extraen consecuencias jurídicas de la tipificación del grupo por coordinación, puesto que las normas establecidas por el legislador como régimen jurídico de los grupos están funcionalmente conectadas a la existencia de una relación de dependencia entre las sociedades del grupo. Se discute, no obstante, en la doctrina alemana si los grupos por coordinación deben quedar sometidos a la obligación de consolidación contable (v. Gromman, *Die Gleichordnungskonzerne*, cit., p. 75 y ss. quien se pronuncia por la afirmativa). No obstante, entre nosotros, Duque, *Concepto y Significado Institucional*, cit., p. 552), sin dejar de reconocer todos los argumentos anteriores, señala que la existencia de una dirección unitaria y del principio mayoritario de los grupos por coordinación, exigen la adopción de algunas normas que, al igual que en los grupos por subordinación, sirvan para proteger la tutela de los intereses afectados.

31. V. en tal sentido, entre otros, Bejot, *La Protection des Actionnaires Externes dans les Groupes de Sociétés en France et en Allemagne*, Bruxelles, 1976, p. 210, y Albers-Schonberg, *Haftungsverhältnisse im Konzern*, Zürich, 1980, pp. 93-96.

32. En la actualidad es difícil encontrar opiniones que aspiren a la prohibición del ejercicio del poder de dirección de unas sociedades sobre otras y a negar, por tanto, legitimidad al grupo. Desde hace tiempo se acepta la existencia de tales organizaciones empresariales y la reacción del Derecho ante ella se concentra en el señalamiento de límites, internos y externos, a la actuación de los grupos. Cf. Grossfeld, *Aktiengesellschaft*, cit., p. 37.

el conjunto de intereses que lo toman como referencia: los socios minoritarios — llamados “externos” — los acreedores — y los trabajadores de la sociedad dependiente.³³

Como tarea indispensable para toda regulación de los grupos aparece, en consecuencia, la necesidad de proceder a un equilibrio entre los intereses señalados en ocasiones como contrapuestos, pues de lo contrario una acentuación en el reconocimiento del interés del grupo supondría inexorablemente una desprotección de los intereses dignos de tutela (socios externos, etc.), de la misma manera que, en sentido inverso, una tutela desproporcionada de estos últimos privará de viabilidad al grupo como tal.

En la actualidad el panorama del Derecho y la doctrina comparados, muestra una tendencia decididamente favorable a reconocer la legitimidad del interés del grupo, permitiendo que la sociedad dominante o el órgano sin personalidad jurídica que dirige el grupo importan instrucciones vinculantes — dentro de ciertos límites, en muchas ocasiones, de concreción problemática³⁴ — a los órganos de administración de las sociedades dependientes. Como

33. Cf. Champaud, “Les méthodes de groupements des sociétés”, RTDC, 1967, p. 1.020 y ss., quien cita al lado de estos intereses “privados” afectados por la existencia de un grupo, a la soberanía nacional y el orden público económico y la competencia como intereses “públicos” que pueden verse igualmente afectados por la existencia de un grupo.

34. El poder de dirección es, en la regulación legislativa de los grupos, el corolario jurídico de la traducción para el Derecho del concepto — puramente empresarial — de la dirección unitaria. A través del ejercicio del mismo se asegura la realización de la política del grupo, dada la obligación de seguimiento de las instrucciones emitidas por la sociedad dominante impuesta a los órganos de dirección de las sociedades dependientes. Sobre el poder de dirección en general, v. Brachvogel, “Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern”, *Diss.*, München, 1967; Knoblaue, “Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages nach der Regelung des neuen Aktiengesetzes vom 6.9.65 (BGBl, I S. 1089)”, *Diss.*, Würzburg, 1968; Fernandez de la Gandara, *Poder de Dirección y Responsabilidad en los Grupos de Sociedades* (trabajo inédito), Fundación March, Madrid, 1972. La amplitud de tal poder de dirección llega en la regulación jurídica del grupo a permitir que mediante su ejercicio se puedan causar perjuicios patrimoniales a las sociedades dependientes. No obstante, el poder de dirección no tiene un ámbito ilimitado y sólo se tolera la producción de perjuicios patrimoniales a las sociedades dependientes cuando a través de ellos se sirve al interés del grupo (cf. por todos y sobre el Derecho alemán, Knoblaue, *Leitungsmacht*, cit., pp. 59-62). Otros límites al poder de dirección aparecen menos evidentes y no suelen ser objeto de consideración específica — a diferencia del anterior — en las regulaciones jurídicas de los grupos. Al margen de supuestos claros en los que el poder de dirección no puede inmiscuirse (por ejemplo, cuando las instrucciones impartidas se opongan a normas jurídicas imperativas, o cuando se pretenda alterar la distribución de competencias entre los órganos de la sociedad dependiente) se discute intensamente en la doctrina — en particular la alemana — sobre si el poder de dirección puede ir tan lejos que ponga en peligro la solvencia patrimonial de la sociedad dependiente, llegando incluso a forzar suspensión de pagos o la quiebra de la misma. Algunos han propuesto, frente a esta cuestión, la posibilidad de atribuir al órgano de administración de la sociedad dependiente una facultad de valorar las instrucciones que imparta la sociedad dominante y que supongan un peligro grave para la sociedad — aunque beneficie al grupo en su conjunto — reconociendo a aquél en este último caso la facultad de rechazar la ejecución de tal instrucción. Cf. al respecto la polémica sostenida en Alemania, Immenga, “Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern”, *ZHR*, 1976, p. 301 y ss.; Gessler, “Bestandsschutz der beherrschten Gesellschaft im Vertragskonzern?”, *ZHR*, 1976, p. 433 y ss.; Clemm, “Die Grenzen der Weisungspflicht des Vorstands einer beherrschten Gesellschaft”, *ZHR*, 1977, p. 197 y ss.

compensación a este reconocimiento se arbitran medidas especiales de protección en favor de los socios externos, acreedores y trabajadores de la sociedad dependiente. Los primeros³⁵ pueden optar entre la permanencia en la sociedad dependiente, recibiendo por ello una *compensación* anual, y el abandono de la misma, percibiendo como *indemnización* una determinada suma en metálico o en títulos (acciones, obligaciones simples o convertibles, preferentemente de la sociedad dominante). Para los acreedores,³⁶ 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 — y la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante por las deudas de la dependiente — como en los proyectos de regulación de los grupos en la CEE —. En favor de los trabajadores³⁷ 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 de todo el grupo.

Pero al lado de estas ideas, cuya conversión en norma jurídica tiene como objetivo la protección exclusiva de intereses *privados*, no se pueden desconocer otros temas presentes en los proyectos de regulación y en las normas vigentes sobre grupos, en los cuales es perceptible la aspiración de tutelar intereses generales, más allá del cuadro estricto de intereses “interno” del grupo. Así, por ejemplo, hoy se considera indiscutible que la regulación del grupo contenga normas relativas a la necesidad de completar los documentos contables que representan individualmente las sociedades del grupo con otros que incluyan los datos relativos a la totalidad de éste.³⁸ Tal circunstancia, posible a través de la técnica de la consolidación o integración de los estados financieros, permite apreciar la realidad del grupo como una empresa y sirve también al Estado a efectos fiscales para gravar lo que entre nosotros ha recibido la

35. La denominación “accionista” o “socio externo” proviene de la doctrina alemana (*aus senstehender Aktionär/Gesellschafter*), y con ella se pretende designar a los miembros de la sociedad dependiente — al margen de la dominante, que suele participar en ella — que, como consecuencia de la política de grupo impuesta por la sociedad dominante experimentan un perjuicio patrimonial y social, una especie, como dice la doctrina alemana, de “expropiación privada” (*private Enteignung*). Tradicionalmente, el Derecho de los grupos de sociedades ha sido un Derecho eminentemente tuitivo y esa finalidad protectora se ha encaminado a reparar lo perjuicio que a los socios externos puede producir la existencia del grupo y la realización de la política del mismo. Como consecuencia de este hecho, la bibliografía sobre la protección de los socios externos es muy abundante. A título de ejemplo, v. Bejot, *La Protection des Actionnaires Externes*, cit.; Bachelin, *Der Konzernrechtliche Minderheitenschutz*, Köln, 1969; Petzel, “Ansprüche der Minderheitsaktionäre bei Unternehmensverbindungen”, *Diss.*, Göttingen, 1967; Niemann, “Die Ansprüche der Minderheitsaktionäre bei Abschluss eines Beherrschungsoder Gewinnabführungsverträge”, *Diss.*, Frankfurt, 1968; Bodewig, “Zur Sicherung der Minderheitsrechte aussentehender Aktionäre durch die Vorschriften der paragraphen 304, 305, 306 Aktiengesetz”, *Diss.*, Bonn, 1973.

36. V. en general, Dreger, “Probleme des Gläubigerschutzes im Konzern”, *Diss.*, Mannheim, 1966; Tardieu-Nadet, *Les Créanciers du Groupe des Sociétés*, These, Aix, 1973. Más recientemente, Vanetti, “Protezione dei creditori e gruppi di società: I. La responsabilità della capogruppo in Francia”, *DCDI*, 1979, p. 565 y ss.

37. V. Bueno Magano, *Os Grupos de Empresas no Direito do Trabalho*, cit.; Oppetit, “Groupe de sociétés et droit du travail”, *Rev. Soc.*, 1973, p. 69 y ss.; Despax, “Le Droit Social et les groupes d’entreprises”, *Cahiers de Droit de l’Entreprise*, 1977, p. 24 y ss.

38. V. por todos *Il Gruppo di Società e il Bilancio Consolidato di Gruppo*, cit.

denominación de “beneficio consolidado”,³⁹ con lo que se evita la posibilidad de supuestos de doble imposición.

b) Modelos de regulación de los grupos

Desde el punto de vista de la aplicación del Derecho, el reconocimiento del poder de dirección de la sociedad dominante en un grupo, las medidas de protección en favor de los socios externos, acreedores y trabajadores de las sociedades dependientes y la obligación de redactar cuentas consolidadas, constituyen el núcleo del régimen jurídico aplicable a los grupos. Tales consecuencias jurídicas deberían conectarse — en función de lo que hemos venido diciendo hasta ahora — directamente a la mera constatación de la existencia de un grupo, es decir, a la presencia en la realidad económica de un conjunto de sociedades articuladas todas ellas bajo la dirección unitaria de la sociedad dominante. La dirección unitaria ocuparía, así, el centro de atención del ordenamiento jurídico de los grupos y, al dar lugar al “supuesto de hecho” económico, bastaría para desencadenar la aplicación de las consecuencias jurídicas ya señaladas. A pesar de la coherencia lógica del anterior argumento y de la interesante vinculación que establece entre la visión puramente económica del grupo y su disciplina jurídica, no constituye la única forma existente en el Derecho comparado a la hora de llevar a cabo la tipificación jurídica del grupo. Al lado de *modelo orgánico* que, sin perjuicio de ulteriores y más detenidas matizaciones, se identifica con lo hasta aquí expuesto, se debe mencionar la existencia del llamado *modelo contractual*, que no se distingue del anterior — o, cuando menos, no esencialmente — en las consecuencias jurídicas que extrae del grupo, sino en la concreción del supuesto de hecho al que aquéllas se vinculan, supuesto de hecho que no coincide con el económico antes reseñado.

1. Modelo contractual

Para el modelo contractual — unico vigente hasta la fecha, ya que a él se atienen, sin perjuicio de ciertas peculiaridades, los ordenamientos alemán y brasileño — el régimen jurídico no se aplica directamente ante la mera presencia de un grupo, sino que, además de las notas caracterizadoras de éste en el plano puramente económico, es preciso que se concluya entre dos sociedades el llamado — en la ley alemana — “contrato de dominación”, o, de acuerdo, con la terminología brasileña, “convención”,⁴⁰ mediante los cuales una de las sociedades

39. El concepto de beneficio consolidado y la regulación de la consolidación contable a estos efectos se encuentra, entre nosotros, en el Decreto ley de 25.2.77 y el Decreto de 17.6.77. Sobre los mismos, dentro de un tratamiento de la consolidación desde las perspectivas fiscal y contable, Alvarez Melcon, *El Grupo de Sociedades: las Cuentas Consolidadas y la Imposición sobre el Beneficio*, Madrid, 1978; desde una perspectiva exclusivamente contable se trata la consolidación en Cañibanco, *Los Grupos de Sociedades: Consolidación y Censura de sus Estados Financieros*, Madrid, 1972.

40. El contrato de dominación (*Beherrschungvertrag*) es una creación de la *Aktiengesetz*, recogiendo elementos que la práctica comercial alemana de los grupos había configurado con anterioridad a aquélla. Tal figura queda enmarcada dentro de una categoría que la propia ley alemana denomina contratos de empresa (*Unternehmensverträge*) y en la cual se integran figuras como el contrato de cesión total de beneficios, la comunidad de beneficios, el arrendamiento de empresa etc. Para todos ellos, la *Aktiengesetz* ha dispuesto una disciplina común en cuanto a su conclusión, modificación y terminación.

que lo concluyen somete formalmente la dirección de la misma a la otra.⁴¹ La calificación legal de “contrato” o “convención” no debe hacernos pensar que estamos en presencia de una institución jurídico-obligacional, sino que, como señala la doctrina, nos encontramos ante un mecanismo de carácter *organizativo* cuya finalidad “no es atribuir derechos y obligaciones, sino establecer las bases que harán posible el funcionamiento ulterior de la nueva entidad que resulta del agrupamiento de las sociedades”.⁴² Su significado parece residir, entonces, en la creación de un tipo de organización empresarial de base asociativa, entendida esta última en sentido amplio. Es importante señalar, por último, que esta figura, tanto en el ordenamiento alemán como brasileño, se predispone *optativamente*, por lo que la aplicación del régimen jurídico de los grupos queda, formalmente, a expensas de la voluntad de las sociedades — en particular de la dominante — de concluir el contrato de dominación o la convención.

Si las legislaciones que aceptan el modelo contractual se limitaram a establecer lo que antecede, es evidente que la normativa de los grupos sería objeto de escasa aplicación. Para evitar esta consecuencia se establece — en ausencia de contrato de dominación o de convención — una prohibición, más o menos matizada según los ordenamientos, de impartir instrucciones al órgano de administración de la sociedad dependiente, y en caso de que esta prohibición no se respete, la sociedad dominante queda sometida al Derecho común de sociedades, convenientemente “reforzado” por el establecimiento de una responsabilidad delictual “agravada”, al tiempo que sus administradores y representantes legales son sometidos a las normas de responsabilidad administrativa si interfieren en

Interesa resaltar, a este respecto, que el contrato de dominación, en cuanto contrato de empresa, debe ser aprobado por las Juntas Generales de las sociedades que lo concluyan con la mayoría exigida en Derecho alemán para las modificaciones estatutarias. Posteriormente, el contrato debe inscribirse en el Registro Mercantil, a partir de cuyo momento adquiere eficacia, permitiendo a la sociedad dominante impartir instrucciones al órgano de administración de la sociedad dependiente. Desde entonces entran en vigor, igualmente, las medidas de protección en favor de socios externos y acreedores. Sobre el contrato de dominación, los contratos de empresa y los requisitos relativos a ellos, v. por todos Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht*, cit., pp. 98-164. Por lo que se refiere al Derecho brasileño, la convención es una figura sustancialmente similar al contrato de dominación, siendo su regulación muy cercana a la de éste (cf. Embid, *Los Grupos de Sociedades*, cit., p. 479 y ss.). Figuras similares o, incluso, idénticas, encontramos en todos aquellos proyectos legislativos que siguen el modelo contractual. Así, en Francia, la segunda proposición Cousté (cf. Embid, *La Segunda Proposición de Ley*, cit., pp. 569-570) y parcialmente en el anteproyecto comunitario de directriz (cf. Vanetti, *La Disciplina dei Gruppi*, cit., p. 641 y ss.).

41. Se dice que el sometimiento es “formal” porque aunque los textos legales no advierten otra cosa, suele suceder que el contrato de dominación se concluye no entre dos sociedades independientes, sino entre dos sociedades relacionadas por vínculos de dominación/dependencia. De otra manera, no se entendería que una sociedad económicamente independiente aceptase voluntariamente un sometimiento a ella de tal magnitud como el que proporciona el contrato de dominación. Así se ha comprobado en la práctica comercial alemana tras la aprobación de la *Aktiengesetz*. Por todos, v. Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht*, cit., p. 106. Por esta razón no parece muy acertado el criterio expresado en la *Exposición de Motivos* del anteproyecto comunitario de directriz sobre grupos cuando afirma la posibilidad de que el contrato de dominación pueda concluirse entre dos sociedades recíprocamente independientes, dando lugar *ex nihilo* a un grupo de sociedades.

42. Cf. Duque, *Concepto y Significado Institucional*, cit.

el funcionamiento de la sociedad dependiente. De esta manera, y ante el rigor del régimen previsto al margen del mecanismo organizativo predispuesto por la ley, se pretende atraer a las sociedades hacia la conclusión del contrato de dominación o de la convención, cumpliéndose así las finalidades previstas por el legislador.⁴³

No obstante la lógica de estos argumentos y la aparente coherencia del modelo, la aplicación práctica del mismo — verificada singularmente en el Derecho alemán — ha puesto de relieve las insuficiencias de las previsiones legislativas. Insuficiencias en un doble sentido, puesto que, por un lado, el estímulo de legalizar el poder de dirección de la sociedad dominante no ha sido suficientemente atractivo para conseguir la articulación de los grupos sobre la base del contrato de dominación, y, por otro, la disciplina establecida para impedir el ejercicio “extracontractual” de la dirección unitaria ha resultado, igualmente, insuficientes,⁴⁴ con lo cual la mayor parte de los grupos de sociedades en Alemania han permanecido como grupos meramente “fácticos”, es decir, como auténticas empresas articuladas formadas sobre la base de la dominación de una sociedad sobre otra u otras, sin que en ellas el ejercicio de la dirección unitaria esté basado en la conclusión de un contrato de dominación. Como consecuencia de ello, las garantías previstas en favor de los socios externos y los acreedores de la sociedad dependiente no han encontrado aplicación, con lo que se han

43. Esta es la interpretación que, en particular, para el Derecho alemán parece más ajustada al Derecho de grupos diseñado por la *Aktiengesetz*, así como a los precedentes legislativos de la ley. Cf. Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht*, cit., p. 199 y ss. No obstante, hay autores que estiman que la *Aktiengesetz* no ha cerrado el paso a los llamados “grupos fácticos”, es decir, que no ha querido prohibir el ejercicio del poder de dirección al margen del contrato de dominación, en particular si se tiene en cuenta que la propia ley presume la existencia de un grupo en presencia, meramente, de una situación de dependencia societaria. En este sentido, Kropff, *Das Konzernrecht des Aktiengesetzes*, BB, 1965, p. 1.288. A pesar de que, efectivamente, la *Aktiengesetz* establece esta presunción, el reconocer un poder de dirección comparable al que la ley atribuye a la sociedad dominante como consecuencia del contrato de dominación, sin las contrapartidas propias del mismo, supondría afirmar que la propia ley ha propiciado su ilusión y ha privilegiado claramente el interés del grupo en perjuicio de los otros intereses dignos de tutela.

44. En el Derecho alemán, cuando una sociedad depende de otra sin que entre ellas se haya concluido un contrato de dominación, la sociedad dominante no puede influir en la dependiente, si esta influencia supone la producción de perjuicios patrimoniales para la dependiente salvo que la dominante compense esos perjuicios. A fin de comprobar si el influjo se ha ejercido y con el objeto de cuantificar las pérdidas experimentadas y si han compensado o no, la *Aktiengesetz* impone al órgano de administración de la sociedad dependiente la redacción de un informe — llamado informe de dependencia — en el cual se deben enumerar los actos realizados u omitidos por la dependiente como consecuencia directa del influjo de la dominante, así como la suma del perjuicio y si ha sido objeto o no de compensación. El informe debe ser controlado por expertos independientes y por el Consejo de vigilancia de la dependiente, los cuales deben ratificar o no el juicio emitido por el órgano de administración de la dependiente. Si se constata efectivamente la producción de perjuicios no compensados, la sociedad dominante, sus representantes legales y, en ocasiones, los miembros del órgano de administración de la sociedad dependiente, deben responder sólidamente de ellos. La interpretación de los preceptos que contienen estos principios en la *Aktiengesetz* ha producido una intensísima discusión en la doctrina alemana. En el sentido defendido en el texto y con gran claridad, v. Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht*, cit., p. 199 y ss.

invertido las finalidades previstas en beneficio del interés del grupo.⁴⁵ Por lo que respecta al ordenamiento brasileño, igualmente inspirado en el modelo contractual, los datos de que disponemos hasta el momento, permiten afirmar unas conclusiones semejantes a las expresadas con relación al Derecho alemán.⁴⁶

2. Modelo orgánico

Este modelo, que ha sido acogido, como se sabe, en el proyecto de estatuto de la sociedad anónima europea, así como en el Anteproyecto español de reforma de la ley de sociedades anónimas, supone un planteamiento contrario al reseñado para el modelo contractual. En aquél se parte de la pura realidad económica del grupo para derivar de ella de modo *directo* — es decir, sin interposición de ningún mecanismo de organización — y *necesario* — sin hacer concesiones a la voluntad de las sociedades — la aplicación del régimen jurídico establecido. Por utilizar una expresión que, paradójicamente, ilustra la peculiaridad de este modelo frente al contractual, bajo el orgánico, todos los grupos son “fácticos”, en el sentido de que no se requiere mecanismo alguno de “constitución” del que se derive la aplicación del régimen jurídico previsto.⁴⁷

Hay que anotar, entonces, que frente al modelo contractual — en el cual la idea de dirección unitaria carece prácticamente de transcendencia jurídica — en el orgánico adquiere una particular relevancia, puesto que de ella depende, en suma, la constatación de la existencia del grupo y, por tanto, la aplicación del régimen jurídico previsto.⁴⁸ Con esta finalidad, adquiere importancia en este modelo — a diferencia del contractual — la presunción de grupo que con carácter *iuris tantum* se establece en presencia de toda situación de dependencia societaria es decir, ante toda situación en la que sobre la base de la posesión de una mayoría de acciones o por cualquier otra circunstancia, una sociedad dispone de la *posibilidad* de ejercer una influencia dominante sobre otra.⁴⁹

45. V. en este sentido, Lutter, “Dieci anni di Diritto tedesco dei gruppi”, *Riv. Soc.*, 1975, p. 1.295 y ss.; Bejot, *La Protection des Actionnaires Externes*, cit., p. 107 y ss. Recientemente, Wiedemann, “The German Experience With the Law of Affiliated Enterprises”, en *Groups of Companies*, cit., p. 28 y ss.

46. Cf. en este sentido, 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.

47. Una buena exposición de este modelo se encuentra en Gessler, *Das Konzernrecht der S. E.*, cit., p. 287 y ss. V. también Immenga, “Schutz abhängiger Gesellschaften durch Bindung oder Unterbindung herrschenden Einflusses?”, *ZGR*, 1978, p. 269 y ss.; Immenga, “Konzernverfassung ipso facto oder durch Vertrag”, *EuR*, 1978; Schilling, “Bemerkungen zum europäischen Konzernrecht”, *ZGR*, 1978, p. 415 y ss.

48. Así, Gessler, *Das Konzernrecht der S.E.*, cit., p. 291 y ss.

49. Como complemento de lo expuesto, en algunos proyectos que acogen el modelo orgánico, singularmente en los textos comunitarios, y en previsión de que se pretenda — fundamentalmente, por parte de la sociedad dominante — impedir la aplicación del régimen previsto sobre la base de afirmar la inexistencia de unidad económica y de dirección unitaria, se atribuye a los socios externos, acreedores y trabajadores de la sociedad eventualmente dependiente la posibilidad de recurrir ante el tribunal competente en solicitud de constatación judicial de la pertenencia de la sociedad a un grupo. Para determinar si se da o no grupo, deberá comprobar el Tribunal si, efectivamente, se da el ejercicio de una dirección unitaria, para lo cual habrá que considerar el contenido de la misma expuesto anteriormente. Este precepto no ha sido objeto de demasiada atención por parte de la doctrina, a pesar de constituir una “válvula de seguridad” del modelo orgánico.

A diferencia del modelo contractual, el orgánico carece todavía de aplicaciones prácticas, lo que impide formular un juicio comparable al efectuado sobre el primero. En todo caso, parece claro que el orgánico pretende contrarrestar el criterio voluntarista que inspira el modelo contractual — adoptado, seguramente, con la finalidad de no encorsetar exageradamente la realidad económica — y superar, mediante su orientación “reglamentarista”, las insuficiencias de aquél. Este mismo criterio es el que ha permitido que, en ocasiones, el modelo orgánico sea calificado como demasiado *rígido* al predisponer, de modo global y necesario, una disciplina común para un fenómeno tan plural como el grupo.⁵⁰

c) *Insuficiencia de los modelos de regulación. Hacia una concepción “dinámica” del grupo de sociedades*

Acabamos de ver que la rigidez y unitariedad características del modelo orgánico constituyen la respuesta legislativa a la “debilidad” del modelo contractual, cuya configuración voluntarista ha conducido a una evidente inaplicación del régimen jurídico previsto.⁵¹ En este contexto, el modelo orgánico — sin dejar de reconocer la legitimidad del poder de dirección de la sociedad dominante en el grupo — pretende impedir la “escapatoria” de los grupos del régimen jurídico previsto para ellos, evitando de esta manera, la inaplicación de las medidas de tutela establecidas en favor de los socios externos, acreedores y trabajadores de la sociedad dependiente. Si bien es cierto que el modelo orgánico ha sido adoptado con la finalidad de salvaguardar efectivamente la tutela de los intereses más débiles en el grupo, superando así la desprotección de los mismos observada en la práctica comercial alemana, no está libre de críticas e inconvenientes. En particular debe señalarse que el criterio de “desconfianza” frente al comportamiento de la sociedad dominante en el grupo — que parece inspirar la rigidez del modelo orgánico — no encuentra una correspondencia significativa en la realidad empresarial de los grupos de sociedades. El objetivo de la sociedad dominante del grupo no parece ser, exclusivamente, el expolio de la sociedad dependiente, ni la postergación permanente de los intereses conectado a esta última. Es más, debe recordarse el hecho de, en numerosas ocasiones, la sociedad dependiente encuentra la forma más adecuada de realizar su interés particular — y de favorecer, por tanto, las expectativas de sus socios, acreedores y trabajadores — a través de su inserción en un grupo de sociedades.⁵²

Sobre el mismo, Gessler, *Das Konzernrecht der S.E.*, cit., p. 294; Koppensteiner, “Faktischer Konzern und Konzentration”, SGR, 1973, p. 23. Una institución similar se puede encontrar en la primera proposición de ley Cousté que instituyó un “Tribunal de los grupos y las concentraciones” para resolver las disputas en torno a los grupos y su régimen jurídico. A diferencia del supuesto anterior, en el que el Tribunal competente forma parte de la jurisdicción ordinaria, en el proyecto francés, se trataba de una jurisdicción especial. Cf. Bronner, “La jurisdiction des groupes”, en *Droit des Groupes de Sociétés: Analyse-Propositions*, Paris, 1972, p. 197 y ss.

50. Cf. Bejot, *La Protection des Actionnaires Externes*, cit.

51. Así, Guyenot, “Les groupes de sociétés”, *Riv. Soc.*, 1974, p. 25 y ss.; Paillusseau, “Les groupes de sociétés”, RTDC, 1972, p. 812 y ss.

52. V. en este sentido, Bejot, *La Protection des Actionnaires Externes*, cit., p. 210; Albers-Schonberg, *Haftungsverhältnisse im Konzern*, cit., p. 96

Al mismo tiempo la vinculación directa que el modelo orgánico establece entre el grupo — presumido, no se olvide, en toda situación de dependencia entre sociedades — y el régimen jurídico del mismo, puede llegar a constituir una restricción excesiva al comportamiento de las empresas y una limitación desmesurada de la libertad económica de las mismas.

Pero al margen de la disputa en torno a los modelos orgánico y contractual, conviene fijar la atención en el hecho de que a pesar de la diferencia esencial que separa a ambos modelos, los dos coinciden en un dato aparentemente poco significativo, pero cuya importancia aumenta en el contexto de una serie de consideraciones. Se trata de que tanto el modelo orgánico como el contractual se centran exclusivamente en la figura del grupo, sugiriendo implícitamente la idea — que la presunción de grupo establecida ante toda situación de dependencia desmiente sólo en parte — de que el grupo es una empresa que surge prácticamente de la nada.⁵³ Esta afirmación, que en muy especiales circunstancias⁵⁴ puede ser cierta, desconoce el hecho de que *normalmente* el grupo es el resultado de un proceso⁵⁵ que se inicia mediante la obtención del control de una sociedad, a través de diversas técnicas, 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 —⁵⁶ y, habitualmente, junto a la adquisición de acciones, la conclusión de determinados contratos que facilitan la integración de una sociedad en otra (por ejemplo, la concesión comercial).⁵⁷ 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

53. V. una crítica de este planteamiento en Behrens, "Rechtspolitische Grundsatzfragen zit einer europäischen Regelung für Übernahmeangebote", ZGR, 1975, p. 440; Wiedemann, "Das Abfindungsrecht: ein gesellschaftsrechtlicher Interessenausgleich", ZGR, 1978, p. 487.

54. Piénsese en el caso de una sociedad que constituye una filial cuyo capital suscribe en su totalidad. En el acto de fundación de la filial se puede hacer coincidir el nacimiento de un grupo.

55. La comprensión dinámica del grupo de sociedades se ha abierto paso en los últimos tiempos, en particular tras la experiencia negativa de la aplicación del Derecho de grupos alemán. Con razón se ha dicho (cf. Petitpierre-Sauvain, *La Cession de Contrôle: Mode de Cession de l'Entreprise*, Genève, 1977, p. 2), que el Derecho de grupos alemán descuida por completo el proceso de constitución del grupo para considerar exclusivamente el resultado. Esta comprensión del grupo ha encontrado acogida favorable en Francia (v. Bejot, *La Protection des Actionnaires Externes*, cit., Bezar/Dabin/Echard/Jadaud/Sayag, *Les Groupes de Sociétés, Une Politique Législative*, Paris, 1975, p. 261 y ss.), siendo la doctrina alemana, aparentemente, más refractaria a su consideración. Ver, no obstante, Behrens, *Rechtspolitische Grundsatzfragen*, cit., p. 440; Wiedemann, *Das Abfindungsrecht*, cit., p. 487; Timm, *Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze*, Köln, 1980, pp. 48-49.

56. V. sobre todas ellas con gran detalle, Zurita, *La Oferta Pública de Adquisición (OPA)*, Madrid, 1980, p. 14 y ss., y la amplia bibliografía allí citada.

57. Sobre el contrato de concesión comercial, cf. Iglesias Prada, "Notas para el estudio del contrato de concesión comercial", en *Estudios en Homenaje a URÍA*, Madrid, 1978, p. 253 y ss.

que por las técnicas de obtención del control y el consiguiente establecimiento de una situación de dependencia societaria 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 y sus propios objetivos. En una situación de mera dependencia societaria,⁵⁸ 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 pueda 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 sociedades aquí expuesta pretende ser un trasunto fiel de los procesos realizados en la vida económica y aspira a captar — a diferencia de los modelos de regulación de los grupos en el Derecho comparado — el grupo en su dimensión dinámica o genética. Como consecuencia de esta circunstancia y, al mismo tiempo, de la aplicación no demasiado positiva del ordenamiento alemán de grupos, empieza a ganar adeptos en la doctrina especializada la idea de que la tipificación 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 aspira a satisfacer las pretensiones de los intereses en presencia, cuidando con especial atención de aquellos 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, el ordenamiento jurídico intentará cuidar — de acuerdo con la concepción “dinámica” del grupo — de los intereses más débiles, nucleados alrededor de la sociedad cuyo control se cede, se convierte en sociedad dependiente y, posteriormente formajarte de un grupo. Así, se pretende conseguir la salvaguardia de los intereses dignos de tutela a lo largo de todo el proceso que conduce al 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 — este planteamiento reduccionista

58. V. sobre ella, Werner, *Der Aktienrechtliche Abhängigkeitstatbestand*, Göttingen, 1979, y mi recensión en RDM, 1980, pp. 616-622. Aunque aquí se separa la situación de mera dependencia del grupo de sociedades no se debe desconocer, sin embargo, que aquélla suele significar en la práctica un poderoso indicio de la existencia de un grupo de sociedades. En este dato se funda la conocida presunción *iuris tantum* de grupo que la situación de dependencia constituye en la práctica totalidad de los textos legislativos. Se puede afirmar, en consecuencia, que no hay grupo sin dependencia societaria, aunque la afirmación inversa no sería enteramente exacta. Cabe analizar, como hacemos aquí, la situación de dependencia en sí misma, sin conexión con el grupo, si bien el rigor del régimen jurídico al que se la quiere someter producirá seguramente el “acceso” a la situación de grupo. Ello hace concebir a la situación de mera dependencia no como una forma perdurable y constante, sino más bien como una *forma de transición* entre la sociedad anónima y la sociedad integrada en un grupo.

puede conducir a una situación de efectiva desprotección de los intereses que se pretende tutelar.⁵⁹

IV — Los grupos de sociedades en Derecho español

a) Ausencia de regulación en nuestro ordenamiento societario

Como es bien sabido, entre nosotros no cabe afirmar la existencia de una regulación de los grupos de sociedades. La Ley de Sociedades Anónimas, no sin objeciones, eludió el tratamiento de la cuestión,⁶⁰ sin que se pueda considerar que la Ley de sociedades y uniones de empresas, de 28.12.63, suponga el establecimiento de una disciplina de los grupos de sociedades. Dicha ley, promulgada con la finalidad de estimular el agrupamiento empresarial mediante la concesión de ventajas fiscales, considera ciertas modalidades de vinculación entre empresas y sociedades en un plano de mera *coordinación* — sin que se llegue a establecer, por tanto, una verdadera integración de las sociedades vinculadas — y, a diferencia de los grupos, con carácter, predominantemente, transitorio.⁶¹

b) La regulación de los grupos de sociedades en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979

Ha sido en el marco del proceso de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas donde se ha producido el único, hasta la fecha, intento de regulación de los grupos de sociedades.⁶² El estudio y el análisis de esta normativa — que según la *Exposición de Motivos* del Anteproyecto constituye la novedad más significativa del mismo — tiene en los momentos actuales un interés predominantemente doctrinal y teórico, dado el *impasse* en que se encuentra el Anteproyecto y la dificultad de que se convierta, como consecuencia de ello, en texto legal vigente.

La regulación de los grupos, que pretende inspirarse — como una gran parte del Anteproyecto — en el Derecho comunitario europeo de sociedades con vistas a facilitar el ingreso de España en la CEE, se encuentra contenida en la sección 4.^a (arts. 230-242) del Cap. VIII del Anteproyecto, relativo a la

59. La exactitud de tal propuesta metodológica parece confirmarse si tenemos en cuenta, como dice Wiedmann (*Das Abfindungsrecht*, cit., p. 487), que tras la obtención del control de una sociedad "imperla (en ella) la paz del cementerio".

60. Como es bien sabido, la ley de sociedades anónimas vigente no contiene normas relativas a los grupos de sociedades, limitándose tan sólo en su art. 149 a declarar inaplicables las normas relativas a la transformación y fusión de sociedades a "los convenios de sindicación u otras formas de unión de sociedades, en las que éstas continúen existiendo sin alteración de su personalidad jurídica". No obstante, durante el período de información pública del proyecto de ley, el Instituto de Censores Jurados de Cuentas emitió un dictamen en el que reclamaba el establecimiento en aquél de una disciplina jurídica sobre los grupos de sociedades, centrada, particularmente, en la obligación de presentar cuentas consolidadas.

61. Sobre esta ley, v. Vicent Chulia, *Concentración y Unión de Empresas Ante el Derecho Español*, Madrid, 1971, y recientemente Buireu Guarro, *Asociaciones y Uniones de Empresas*, Madrid, 1982.

62. Sobre el Anteproyecto en general, v. Broseta, "Reforma del Derecho de sociedades anónimas", en *La Reforma de la Legislación Mercantil*, Madrid, 1979, p. 183 y ss.

transformación, fusión, escisión y grupo de sociedades. Como primera advertencia importante, hay que señalar que el Anteproyecto no se circunscribe a la figura estricta del grupo, sino que, además, incluye normas relativas al fenómeno — sustancialmente más amplio — de las uniones de empresas y sociedades. No significa esto que el legislador español acepte una visión dinámica del grupo, puesto que las normas en cuestión — *participaciones importantes* (art. 230), *abuso del accionista importante* (art. 231), *participaciones recíprocas* (art. 232) y *sociedades vinculadas* (art. 235) — ofrecen aspectos de los estadios anteriores al grupo de forma un tanto asistemática y dispersa. Falta, asimismo, en el Anteproyecto una consideración de las técnicas que hacen posible la obtención del control de una sociedad. Esta circunstancia — que ha sido parcialmente paliada con la regulación posterior de la OPA⁶³ — así como el menguado tratamiento de la situación de dependencia, impiden, en consecuencia, considerar que nuestro Derecho ha aceptado la citada concepción dinámica del grupo.

Por lo que se refiere al grupo en sentido estricto, la consideración como texto de referencia en buena parte del Anteproyecto del proyecto de estatuto de la sociedad anónima europea ha traído, en el tema que nos ocupa, la aceptación del modelo orgánico. El Anteproyecto define lo que entiende por sociedad dominante y dependiente de forma idéntica al texto comunitario y establece una presunción *iuris tantum* de grupo en presencia de una situación de dependencia.⁶⁴ No hay novedades significativas respecto al Derecho europeo en lo que se refiere a la tutela de los socios externos y acreedores de la sociedad dependiente. A aquéllos,⁶⁵ la sociedad dominante debe ofrecer, alternativamente, la posibilidad de permanecer en la sociedad dependiente, recibiendo por ello una *compensación*, o de salir de ella, obteniendo como *indemnización* por sus acciones la entrega de una cantidad de dinero o de participaciones sociales u obligaciones

63. Dentro de la reforma de la Bolsa que se viene llevando a cabo en nuestro país, por Real Decr. 1.848/80, de 5 de setiembre, se han regulado las ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios. Sobre el mismo, v. Zurita, "Consideraciones para el estudio del régimen español de la oferta pública de adquisición de valores mobiliarios", RDBB, 1981, p. 753 y ss.

64. En el art. 233.2, se dice: "Se presume que una sociedad domina a otra, cuando directa o indirectamente posee una participación mayoritaria en su capital, dispone de más de la mitad de los votos o tiene la posibilidad de designar la mayoría de los miembros de su órgano de administración o de vigilancia". V. en el mismo sentido y con idéntico contenido art. 6 del proyecto de estatuto de sociedad anónima europea, y art. 1 (parte I) del anteproyecto de directriz.

65. Según el art. 223.3: "en las sociedades dependientes se consideran socios externos los que no tienen participación en el capital de la sociedad dominante o teniéndola no supera el uno por ciento de dicho capital". Esta definición del socio externo, que no guarda relación con la que ofrecen los textos comunitarios, parece haberse inspirado en la que sobre el mismo ofrece la segunda proposición Cousté. Hay que anotar que el Anteproyecto español parece dar por descontado que la sociedad dominante no debe gozar de la condición de socio externo cuando participe en la sociedad dependiente y añade, como su modelo francés, que una participación del socio de la dependiente en la dominante excluye para éste la condición de externo, salvo que sea inferior al uno por cien. En principio, la propuesta del legislador español es elogiable, pero introduce un factor de aleatoriedad al fijar genéricamente el límite de la participación en la dominante, sin considerar que en sociedades de capital muy fragmentado, la posesión de un uno por cien no es una circunstancia irrelevante. Sobre la definición del socio externo en la proposición francés; cf. Embid, *La Segunda Proposición de Ley*, cit., p. 568.

convertibles de la sociedad dominante.⁶⁶ Por lo que se refiere a los acreedores, la sociedad dominante del grupo debe responder de las obligaciones de la dependiente siempre que se hubiese reclamado infructuosamente a ésta el pago en forma fehaciente.⁶⁷ No hay referencias en el Anteproyecto a la situación de los trabajadores. La separación tajante entre Sociedad y Empresa⁶⁸ que todavía parece informar la filosofía del Anteproyecto, puede explicar en parte la ausencia de normas al respecto en éste.⁶⁹

Al margen de esta regulación de los grupos desde la perspectiva del Derecho de sociedades, el Anteproyecto contiene también una normativa sobre consolidación contable (sección 7.ª, Cap. VII, arts. 193-196) que recoge la obligación para la sociedad dominante de un grupo de redactar — al mismo tiempo que sus propias cuentas — el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias consolidados, la memoria explicativa y el informe de gestión del grupo. Se declaran aplicables a estos efectos las disposiciones generales sobre contabilidad social que el Anteproyecto establece, si bien con ciertas excepciones (arts. 194-195), al tiempo que se completa la regulación con una referencia a la revisión de las cuentas del grupo (art. 202).⁷⁰

66. Cf. art. 237.1 del Anteproyecto, reflejo de los arts. 227 y 228 del proyecto de estatuto de sociedad anónima europea.

67. Cf. art. 238.3 del Anteproyecto, reflejo del art. 240 del proyecto de estatuto de sociedad anónima.

68. En la *Exposición de Motivos* de la Ley de Sociedades Anónimas vigente se dice literalmente: "El tema de la jerarquía de los elementos que integran la empresa, o el de la participación de los trabajadores asalariados en el beneficio del empresario, o el de su colaboración en la dirección de la empresa, son problemas que extravasan el contenido propio de una ley de sociedades anónimas". Sobre estos temas, v. Esteban Velasco, *Participación de los Trabajadores y Reforma de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1980, y parcialmente, Esteban Velasco, *El Poder de Decisión en las Sociedades Anónimas*, Madrid, 1982.

69. No obstante en las leyes laborales se puede encontrar alguna huella de la figura del grupo. Así, cuando el Estatuto de los Trabajadores de 1980, prohíbe en su art. 43 la cesión temporal de trabajadores a otra empresa, se considera por la doctrina que tal prohibición no afecta a las cesiones de personal que tiene lugar dentro de un grupo de empresas, "ya que no hay un reclutamiento y, además, no existe carácter especulativo. Sí se incluye la creación de aquellas sociedades que no tengan otro objeto que suministrar mano de obra a la empresa "madre", para evitar la aplicación de normas imperativas, o para desviar la aplicación de normas sectoriales más ventajosas" (Martín Valverde, *Lesión de Trabajadores*, en Borrajo, *Comentarios a las Leyes Laborales, Estatuto de los Trabajadores*, t. 8.º, Madrid, 1982, p. 311). El mismo Martín Valverde (p. 295) critica que a pesar de la actualidad del tema, el Estatuto de los trabajadores no afronta directamente la problemática laboral del grupo de empresas. Sobre éste, en general, v. Sagardoy, *La Problemática Laboral del Grupo de Empresas*, en Cremades (ed.), *Empresas Multinacionales y Derecho Español*, Madrid, 1977, p. 765 y ss.

70. La reciente O.M. de 15.7.82, regula "la formación de las cuentas de los grupos de sociedades" limitándose a considerar la consolidación de los estados financieros de las sociedades del grupo desde una perspectiva exclusivamente contable. Esta O.M., cuya aplicación por los grupos es *facultativa*, sigue fielmente el proyecto de séptima directriz comunitaria sobre cuentas del grupo, y aunque no pretende prejuzgar la futura realidad legislativa de los grupos en nuestro país, aspira a difundir entre los medios empresariales españoles la necesidad de que los grupos operantes en España consoliden los estados financieros de las sociedades integrantes de ellos, haciéndose posible así un grado de información económica sensiblemente superior al actual. Sobre la consolidación, v. entre nosotros; Cañibano/Cea, *Los Grupos de Sociedades*, cit., y Álvarez Melcon, *El Grupo de Sociedades*, cit.

c) *Observaciones sobre la regulación de los grupos en el Anteproyecto*

La aceptación del modelo orgánico de regulación de los grupos por el legislador español es, como queda dicho, una consecuencia lógica de la aceptación, como texto orientador del Anteproyecto, del proyecto de estatuto de la sociedad anónima europea. A la hora de enjuiciar la regulación española conviene anotar algunas observaciones que, en primer lugar, deben referirse a la pretensión de adaptar el Anteproyecto al Derecho comunitario europeo con vistas a nuestro ingreso en la CEE. Para conseguir esta genérica finalidad, sin embargo, hubiese sido más adecuado centrar la atención en las directrices de la Comunidad, ya vigentes, ya en proyecto. Y ello porque en nuestro caso las normas sobre grupos del proyecto de estatuto de sociedad anónima europea sólo son vinculantes para los Estados miembros en supuestos de grupos en los que participe — como sociedad dominante o como sociedad dependiente — ese “tipo” especial de sociedad que es la sociedad anónima europea.⁷¹ Para todos los demás supuestos de grupos el texto comunitario aplicable será la directriz, actualmente en fase de elaboración, sobre armonización del Derecho de los grupos en el ámbito de la Comunidad. Los problemas con que se enfrenta esta directriz — cuya aprobación parece todavía lejana — aconsejan moderar el *tempo* de la reforma en lo que a nuestro tema se refiere con el fin de evitar en su día la necesidad de reformar de nuevo la Ley de sociedades anónimas para adaptar el Derecho de grupos español a la normativa comunitaria definitiva.⁷²

Fuera de esta circunstancia y olvidando momentáneamente la problemática que el ingreso en la CEE puede originar para España, la regulación de los grupos entre nosotros sugiere todavía algunas reflexiones. En concreto, es necesario destacar que la figura del grupo de sociedades y la problemática que plantea — sin ser, ni mucho menos, circunstancias “exóticas” entre nosotros — no han adquirido en España todavía la entidad de que disfrutaban en otros países. Sin perjuicio de valiosas y cuidadas aportaciones doctrinales, los medios jurídicos y empresariales españoles, no parecen en la actualidad demasiado familiarizados con los grupos.⁷³ Al mismo tiempo, es poco lo que se sabe sobre la difusión,

71. Sobre la S.E., v. por todos, Lutter (ed.), *Die Europäische Aktiengesellschaft*, cit.

72. Cf. estas ideas en el trabajo, “Observaciones críticas sobre el Anteproyecto de ley de sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho europeo de sociedades”, presentado por el *Seminario de Derecho Mercantil* de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad del País Vasco, bajo la dirección del Prof. Gondra Romero, al trámite de información pública del citado Anteproyecto.

73. No disponemos en la actualidad de una obra de conjunto sobre los grupos que abarque con el debido detenimiento los aspectos de Derecho de sociedades aquí considerados. Al margen de esta ausencia, entre los manuales del Derecho Mercantil, los de Garrigues (*Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.ª ed., Madrid, 1976, p. 618 y ss.); Uria (*Derecho Mercantil*, 11.ª ed., 1976, p. 115 y ss.), y Broseta (*Manual de Derecho Mercantil*, 4.ª ed., Madrid, 1981), se refiere al más amplio tema de las uniones de empresas. El de Sanchez Calero (*Instituciones del Derecho Mercantil*, 7.ª ed., Valladolid, 1977, p. 288 y ss.), dentro de su brevedad, contiene un tratamiento de la cuestión más próximo al contenido de este trabajo, De la Camara (*Estudios de Derecho Mercantil*, II, 2.ª ed., Madrid, 1978 p. 268 y ss.), y Vicent Chulia (*Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I, 1981, p. 406 y ss.), llevan a cabo un tratamiento de los grupos más extensos y pormenorizado — en particular el primero — en la línea de lo aquí expresado.

Es más abundante y precisa la aportación de los mercantilistas españoles a través de trabajos monográficos. Tras los artículos pioneros de Garrigues (“Formas sociales de

características y significación económica de los grupos en nuestro país.⁷⁴ Si no se realizan estudios suficientes en este sentido, se corre el riesgo de que la legislación que se pueda llegar a promulgar se convierta en un cuerpo extraño para la realidad económica, en el que sea imposible insertar — ni siquiera con una hermenéutica forzada — los supuestos de grupo que aquélla ofrece.

V — Consideraciones finales

Como es evidente, en los apartados anteriores, han sido aludidos o, en todo caso, muy sintéticamente expuestos, algunos aspectos de interés en la problemática de los grupos. Para dotar al trabajo de claridad se ha partido del supuesto más sencillo de grupo, a saber, el que consiste en una sociedad dominante y una (o varias) sociedades dependientes *directamente* vinculadas a aquélla. Se han evitado así las referencias a la compleja problemática derivada de los llamados *grupos escalonados*,⁷⁵ en los que la sociedad dominante controla a través de sociedades directamente dependientes de ella otras que dependen a su vez inmediatamente de estas últimas. Se ha obviado también el tratamiento de las *filiales comunes*, o sociedades que dependen a la vez y directamente de dos sociedades dominantes. Son escasas, asimismo, las referencias a los *grupos por coordinación*, a los problemas concretos que plantea la *tutela de socios externos, acreedores y trabajadores* de la sociedad dependiente y, finalmente — aunque aquí la omisión parece más justificada por la falta de especialización del autor — a los aspectos inherentes a la consolidación *contable*, a la *fiscalidad* del grupo o a su tratamiento desde una estricta vertiente de *Economía de la empresa*.

A pesar de estas ausencias, lo expuesto evidencia la dificultad de una regulación adecuada de los grupos. A esta dificultad se une la hasta ahora negativa

uniones de empresas”, RDM, 1947, p. 51 y ss.), y Uria (“Teoría de la concentración de empresas”, RDM, 1949, p. 315 y ss.), sobre el más amplio tema de las uniones de empresas, es de destacar, inicialmente, el trabajo de Giron (“Los grupos de empresas”, en *Las Grandes Empresas*, Méjico-Valladolid, 1965), que toma como referencia legislativa el proyecto alemán antes de su conversión en ley. Sobre el mismo escribió Duque su trabajo “Las uniones de empresas en la reforma alemana del derecho de sociedades por acciones”, ADC, 1964, pp. 383 y 883 y ss. Del mismo autor, tal vez el más preocupado entre nosotros por el tratamiento de los grupos, v. “Groupements d’entreprises et groupes de sociétés en Droit espagnol”, en *Evolution et Perspectives du Droit des Sociétés*, II, Milano, 1968, *Concepto y Significado Institucional de los Grupos de Sociedades*, cit. *El Posible Encuadramiento de las Llamadas Empresas o Filiales Comunes en los Grupos de Sociedades*, cit. Puede consultarse, igualmente, el trabajo de Sanchez Calero, “Grupo de sociedades y mercado de valores”, *Boletín Financiero de la Bolsa de Barcelona*, abril, 1979. Con carácter preferentemente informativo se pueden citar las aportaciones de Fernandez de la Gandara (*Problemas Actuales del Derecho de Sociedades*, cit. y *Poder de Dirección y Responsabilidad en los Grupos de Sociedades*, cit.), así como mis trabajos, “La segunda proposición de ley de diputado Cousté sobre los grupos de sociedades en Francia”, cit., “Los grupos sociales en la nueva ley brasileña de sociedades anónimas”, cit., y “Recientes aportaciones suizas al Derecho de los grupos de sociedades”, cit.

74. Puede ser oportuno recordar en este contexto que antes de promulgar la *Aktien-gesetz*, se efectuó una amplia encuesta en Alemania tendente a averiguar el grado de concentración en la economía y la presencia de grupos en la realidad comercial de aquel país. El resultado de esta encuesta se hizo público el 20.2.64 bajo el título “Informe sobre el resultado del examen de la concentración en la economía”.

75. V. sobre ellos Bayer, “Mehrstufige Unternehmensverträge”, en *Festschrift für Ballerstedt*, Berlín, 1975.

experiencia de la aplicación del ordenamiento alemán y, en medida mucho menos indicativa, del ordenamiento brasileño. Todo ello ha conducido a la doctrina comparada a una cierta situación de frustración al observar la desproporción existente entre los esfuerzos invertidos en el tratamiento de los grupos y los resultados prácticos obtenidos. No debe extrañar, por tanto, la aparición de posturas doctrinales que postulan una renuncia a la pretensión reguladora de los grupos, en particular por lo que afecta al Derecho de sociedades, limitándose a sugerir la conveniencia de adoptar normas que permitan, simplemente, dar publicidad a la estructura de grupos, a cuyo fin sirve de modo particularmente idóneo, la introducción de la obligación de consolidar los estados financieros de las sociedades del grupo. No obstante, se puede afirmar que todavía es mayoritario en la actualidad el criterio partidario de proceder a una regulación "completa" de los grupos, en la que, según un autorizado sector doctrinal que defiende la concepción "dinámica" del grupo, debieran considerarse el tratamiento de las técnicas de obtención del control de una sociedad y de la mera situación de dependencia como fases anteriores y necesarias del grupo. Por lo que se refiere al tratamiento exclusivo de este último — y esta puede ser la conclusión más significativa de este trabajo — se va percibiendo en el análisis jurídico de los grupos de sociedades el recurso a la contribución teórica de la Economía de la empresa que, sin perder su carácter auxiliar respecto del juicio valorativo jurídico, se revela como imprescindible en un planteamiento realista y eficaz del tratamiento normativo de los grupos, como estructura empresarial conectada a la etapa más evolucionada de nuestro sistema económico.

VI — Bibliografía fundamental

Al margen de los títulos que se reseñan en el texto con respecto a problemas concretos de los grupos, sobre los aspectos fundamentales del Derecho de los grupos de sociedades, pueden verse los siguientes trabajos:

Emmerich/Sonnenschein — *Konzernrecht*, 2.^a ed., München, Beck, 1977.

Druey — *Aufgaben Eines Konzernrechts*, Basel, Helbing und Lichtenhan, 1980.

Giron — "Los grupos de empresas", en *Las Grandes Empresas*, Méjico-Valladolid, 1965.

Duque — *Concepto y Significado Institucional de los Grupos de Sociedades*, Libro-homenaje a Roca-Sastre, III, Madrid, 1976.

Piras — "Collegamenti tra società e tipificazione dell'impresa di gruppo", en *La Riforma delle Società di Capitale in Italia*, III, Venezia, 1966.

Bezard/Dabin-Echard/Jadaud/Sayag — *Les Groupes de Sociétés. Une Politique Législative*, Paris, 1975.

Hopt (ed.), "Groups of companies in european laws/Les groupes de sociétés", en *Droit Européen*, Berlín-New York, De Gruyler, 1982.