

Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español*

SUMARIO: I. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES COMO EXPRESION DE LA CONCENTRACION EMPRESARIAL: SUS ELEMENTOS.—II. LA REGULACION JURIDICA DE LOS GRUPOS: 1. FINALIDADES DE LA REGULACION JURIDICA DE LOS GRUPOS. Su RÉGIMEN JURÍDICO. 2. Los MODELOS DE REGULACION LEGAL DE LOS GRUPOS. 3. EVOLUCIÓN RECIENTE DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS GRUPOS: a) Integración en los grupos de otras formas *jurídico-sociales* distintas de la anónima; b) Preocupación *creciente* por las cuestiones relativas a la formación y organización del grupo; c) Protagonismo relevante de la jurisprudencia en la conformación del moderno derecho de *grupos*.—III. LA SITUACION DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. EN EL DERECHO COMÚN DE SOCIEDADES. 2. LA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS FUERA DEL DERECHO COMÚN DE SOCIEDADES. 3. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN LA JURISPRUDENCIA, EN PARTICULAR EL PROBLEMA DE LAS SOCIEDADES TOTAL O PARCIALMENTE DOMINADAS.

ABREVIATURAS EMPLEADAS

CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil.
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio.
Die AG	Die <i>Aktiengesellschaft</i> (Zeitschrift).
DJ	Documentación Jurídica.
DL	Documentación Laboral.
JD	Jueces para la Democracia (revista).
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
RCASV	Revista del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.
RCDI	Revista <i>Crítica</i> de Derecho Inmobiliario.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
ZGR	Zeitschrift für <i>Unternehmens-</i> und Gesellschaftsrecht.

* Texto de la conferencia pronunciada el día 13 de junio de 1989 en el Instituto de Derecho Privado **Comunitario** (Madrid).

I. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES COMO EXPRESION DE LA CONCENTRACION EMPRESARIAL. SUS ELEMENTOS

En los últimos tiempos, cabe percibir un aumento destacado de los procesos de *concentración empresarial*. Este fenómeno, que acompaña con oscilaciones a la evolución del sistema de economía de mercado, se expresa a través de diferentes formas de organización, entre las que los grupos de sociedades aparecen como una de las preferidas por los operadores económicos. Frente a la técnica tradicional de la *fusión*, que trae consigo inevitablemente la extinción de las sociedades que se fusionan como personas jurídicas independientes, el *grupo de sociedades* se caracteriza por lograr la concentración empresarial sin perjuicio del mantenimiento de la autonomía jurídica de las sociedades integradas en él. Puede hablarse así de una forma de concentración en la "pluralidad", que da lugar al surgimiento de una *nueva empresa* articulada mediante la agrupación de varias sociedades mercantiles.

Desde una perspectiva económica, en todo grupo pueden identificarse dos elementos esenciales: el *control* directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras, y la *dirección económica unificada* que ejerce la sociedad dominante sobre todas las sociedades dominadas.

Las técnicas adecuadas para lograr esa posición de control en la estructura interna de la sociedad son, ciertamente, múltiples: desde la adquisición sucesiva de títulos en el mercado, si se trata de sociedades cotizadas en Bolsa, a la suscripción de un aumento de capital, etc. Desde hace algún tiempo existe en el Derecho español la posibilidad de adquirir en un solo acto el control de una sociedad mediante la técnica de la oferta pública de adquisición de acciones (OPA), regulada en el Decreto de 25 de enero de 1984. 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 (1).

(1) Sobre la OPA, en general, ZURITA, J.: *La oferta pública de adquisición de acciones (OPA)*, Madrid, 1980. Tiene interés el volumen *La OPA del Banco de Bilbao. Documentos y dictámenes jurídicos*, Madrid, 1987. Vid., asimismo, mi trabajo *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, 1987, págs. 37-69. En lo que se refiere, específicamente, al régimen legal de las OPA cabe esperar alguna modificación importante como consecuencia de la promulgación reciente de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En el artículo 60 de esta Ley se contienen ciertos principios de regulación de las OPA que deberán ser desarrolladas por vía reglamentaria.

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 define a los grupos de sociedades. Se trata, como ya se ha advertido, 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 es así porque si la sociedad que ha adquirido el control 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 posesión del mero control societario, que no permite hablar de una integración empresarial de la sociedad dominante con la dependiente, el ejercicio de la dirección económica unificada revela el propósito de constituir una nueva unidad empresarial por debajo de la diversidad de las formas jurídicas. Aunque no ha nacido un nuevo sujeto de Derecho, ya que el grupo no tiene personalidad jurídica, sí ha surgido una entidad económica nueva, con su propio *interés* —interés del grupo— que no tiene por qué coincidir necesariamente con el 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. En su seno 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 (2).

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 sectores 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

(2) Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: "LOS problemas generales planteados por los grupos, con especial referencia al Derecho mercantil", en *Grupos de sociedades. Su adaptación a las normas de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1987, págs. 20-21.

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 centralizado*, en el que la autonomía jurídica de las sociedades dependientes no pasa de ser un esquema formal, sin contenido económico alguno. Si, en cambio, la dirección unitaria se limita a las materias de financiación y personal estaremos ante un *grupo descentralizado*, en el que cabe 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 posean normas en materia de grupos, circunstancia que, tal vez, debiera ser reconsiderada (3).

II. LA REGULACION JURIDICA DE LOS GRUPOS

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.

Históricamente, ha sido el *Derecho tributario* el sector del ordenamiento jurídico que primero ha dictado normas sobre el tema que nos ocupa. La finalidad de estos preceptos es, esencialmente, recaudatoria y, al mismo tiempo, de favorecimiento de la formación de los grupos. A través de la fijación de una *base imponible única*, mediante la técnica de la consolidación contable, se convierte al grupo en cuanto tal en sujeto pasivo de la imposición. Se evitan, así, problemas derivados de la doble tributación de los beneficios en el seno del grupo. Entre nosotros, hay que atender en este plano a la Ley de 26 de mayo de 1982, sobre agrupaciones y uniones temporales de empresas y sociedades de desarrollo regional, en cuya disposición adicional tercera se establece el concepto de grupo a efectos de la *tributación del beneficio consolidado*. Esta disposición se remite, en el desarrollo del procedimiento de imposición de los grupos, a otros textos legales (Decreto-ley de 25 de febrero de 1977 y Decreto de 17 de junio de 1977) (4). Otras referencias jurídicas al grupo se encuentran, además, en sectores del ordenamiento con el *Derecho del Trabajo*, si bien, al menos, por lo que se refiere al Derecho español, el

(3) EMBID IRUJO, J. M.: *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., págs. 157-158; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: "LOS problemas generales", cit., págs. 42-44.

(4) Al respecto, CALVO ORTEGA, R.: "Aspectos tributarios de las operaciones vinculadas y de los grupos de sociedades", en *Grupos de sociedades. Su adaptación a las normas*, cit., págs. 99 y sigs.

tratamiento jurídico-laboral del grupo es más consecuencia de la *doctrina de los tribunales* que de la intervención del legislador (5).

Al margen del Derecho tributario o del Derecho del Trabajo, son muy escasas las referencias legislativas en torno a los grupos. Ello es especialmente cierto en el sector del Derecho de sociedades, que constituye, teóricamente, la sede "natural" de tipificación de los grupos; a la vista de la repercusión que su formación y funcionamiento producen en la aplicación de las normas de aquél.

Es el *Derecho alemán*, mediante la Ley de sociedades por acciones de 6 de septiembre de 1965, 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 de diciembre de 1976, y, finalmente, al *Derecho portugués*, mediante el reciente Código de sociedades mercantiles, aprobado por Decreto-ley de 2 de septiembre de 1986 (6).

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 (7).

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

(5) CAMPS RUIZ, L.: *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Madrid, 1986; VÁZQUEZ MATEO, F.: "Jurisprudencia sobre los grupos de empresas", *DL*, 23, 1987, págs. 227 y sigs.

(6) Al respecto, PIRAS, A.: "I gruppi di società nel diritto tedesco e brasiliano", en PAVONE LA ROSA, A. (a cura di): *I gruppi di società. Ricerche per un studio critico*, Bologna, 1982, págs. 254 y sigs.

(7) EMBID IRUJO, J. M.: "LOS grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (El proyecto de novena Directiva)", *CDC*, 5, 1989, págs. 359-417.

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 (8).

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, a la vez, 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 de marzo de 1987, de la Magistratura de Trabajo número 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 de abril de 1986), es decir, producto del desarrollo económico, de

(8) En torno al régimen jurídico-material de los grupos, vid. mi trabajo *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., pág. 28. Sobre la consolidación contable, FONT RIBAS, A.: "La consolidación de las cuentas", en ROJO, A. (director): *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1987, págs. 293 y sigs.; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: "Las condiciones de la consolidación de las cuentas anuales", en AA.VV.: *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, págs. 737 y sigs.

aquellos otros 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 artículos 6-4.º y 7-2.º del Código Civil, con la consiguiente responsabilidad solidaria de 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 (9).

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

(9) EMBID IRUJO, J. M.: "Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica", *RCASV*, 9, 1983, págs. 19-20.

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 hoy desechados, como, por ejemplo, el del reglamento de *sociedad anónima europea*, de 1975, cuyas normas sobre grupos encontraban aplicación sólo en aquellos casos en los que formase 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 (10).

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*; complementado, eso sí, con normas destinadas a prever el tratamiento de los grupos "fácticos", esto es, los constituidos al margen del mecanismo contractual establecido.

(10) Al respecto, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: "Los problemas generales", cit., págs. 47 y sigs.

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 artículo 38 del proyecto (III/1639/84) establece expresamente que "sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 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 artículos 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 artículo 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 trascendencia para los operadores económicos, tanto comunitarios como extracomunitarios, y de su resolución dependerá el éxito o el fracaso de la aplicación de la normativa sobre grupos (11).

3. EVOLUCIÓN RECIENTE DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS GRUPOS

Las reflexiones anteriores expresan el estado que pudiéramos llamar *clásico* dentro de la regulación jurídica de los grupos en el terreno del

(11) Cfr. mi trabajo "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea", cit., págs. 371-373.

Derecho de sociedades. No obstante, este marco conceptual resulta en la actualidad insuficiente para acoger los múltiples problemas que la evolución más reciente de los grupos plantea al **ordenamiento** jurídico. Todos estos problemas se contemplan desde un hecho de experiencia importante, cual es el del fracaso de la aplicación práctica de las normas alemanas sobre la **materia**, las cuales, como es bien sabido, constituyen el punto de referencia obligado de todo estudio en torno a los **grupos**. Los problemas a los que nos venimos refiriendo pueden concretarse en los tres siguientes:

a) *Integración en los grupos de otras formas jurídico-societarias distintas de la anónima*

Si bien la mayor parte de las normas legales y una buena dosis de la reflexión doctrinal habían tomado a la sociedad anónima como la forma "natural" de las sociedades integradas en el grupo, los últimos años han puesto de relieve la frecuencia con que se pueden identificar grupos compuestos por *sociedades de responsabilidad limitada*, y, en medida ciertamente menor, por *sociedades personalistas*. Ante la inexistencia de normas legales, el régimen jurídico de tales grupos tiene que componerse, o bien por analogía del establecido para los grupos integrados por sociedades anónimas, o bien, en los casos en los que no proceda tal analogía, por adaptación de ciertos principios propios del tipo específico a la nueva realidad que supone el grupo.

b) *Preocupación creciente por las cuestiones relativas a la formación y organización del grupo*

Como se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones, el Derecho alemán de grupos se limitó a regular exclusivamente las cuestiones planteadas una vez que el grupo se hubiera **constituido**. Este *planteamiento estático* desconocía el relieve de las fases anteriores al grupo que constituían parte del proceso tendente a su formación. Modernamente, sin embargo, se ha acentuado la conveniencia de atender al momento de la *obtención del control* como "punto arquimédico" de la formación del grupo (12). De la regulación de las técnicas y procesos que lo hacen posible

(12) La expresión corresponde a WIEDEMANN H. ("Das Abfindungsrecht: ein gesellschaftsrechtlicher Interessenausgleich", ZGR, 7, 1978, pág. 487), quien enfáticamente advierte que una vez adquirido el control "imperla (en la sociedad dependiente) la paz del cementerio".

se espera conseguir no sólo facilidades para la concentración empresarial, sino también la tutela de los múltiples intereses afectados.

Algunos rastros de esta tendencia pueden percibirse en el ámbito del Derecho comunitario. En este sentido, la Directiva 88/627/CEE, de 12 de diciembre de 1988, sobre las informaciones que se deben publicar con motivo de la adquisición y enajenación de participaciones significativas en sociedades que cotizan en Bolsa, constituye un ejemplo de lo que venimos diciendo. En la misma línea se encuentra el proyecto de Directiva sobre ofertas públicas de adquisición de acciones (OPA), publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades* de 14 de marzo de 1989.

c) *Protagonismo relevante de la jurisprudencia en la conformación del moderno Derecho de grupos*

La ausencia de normas legales en relación a los nuevos problemas esbozados en materia de grupos ha dado lugar, básicamente, a la intervención decisiva de los tribunales, configurando progresivamente un nuevo Derecho de grupos. El fenómeno es especialmente perceptible en Alemania, país en el que se está produciendo una interesante polémica no sólo sobre el contenido específico de los fallos dictados, sino también en relación a las características y posibles límites de esta creación judicial del Derecho (*richterliche Rechtsfortbildung*). No obstante, la calidad técnico-jurídica de muchas de las sentencias y la congruencia de las soluciones establecidas con los supuestos de hecho enjuiciados, parece conveniente no renunciar en el Derecho de grupos a la *seguridad jurídica* derivada de la regulación legislativa, en favor de la hipotética *justicia material* conseguida con el protagonismo jurisprudencial aludido (13).

III. LA SITUACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. EN EL DERECHO COMÚN DE SOCIEDADES

Tradicionalmente, el Derecho español de sociedades ha ignorado las repercusiones jurídicas de la constitución y del funcionamiento de los grupos. Por regla general, las normas básicas de este sector del ordena-

(13) Sobre los problemas de la evolución del derecho de grupos, cfr. EMMERICH, V.; SONNENSCHNIG, J.: *Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH und Personengesellschaften*, 3.^a ed., München, 1989, *passim*.

miento —singularmente, la Ley de Sociedades Anónimas— se han conectado al supuesto de la sociedad-isla, independiente, en teoría, desde el punto de vista económico y desvinculada, en apariencia, de otros fines que no sean la defensa y promoción de su propio *interés social*. Ello no quiere decir que el legislador español haya ignorado por completo la existencia de procesos de agregación societaria ajenos, cuando menos parcialmente, al modelo establecido por la ley. De ello es prueba el originario artículo 149 de la Ley de Sociedades Anónimas, que reconocía expresamente la posibilidad de uniones de sociedades que no traían consigo "alteración de su personalidad jurídica". Bien es verdad que este reconocimiento se hacía a los solos efectos de excluir la aplicación de las normas sobre fusión de sociedades a tales uniones, sin prever el necesario régimen jurídico al respecto.

No todas las formas de uniones de sociedades permanecen al margen de las previsiones del legislador español. En particular, nuestro ordenamiento presta atención al fenómeno de la *cooperación intersocietaria* mediante las *leyes de asociaciones y uniones de empresas y de régimen fiscal de las agrupaciones y uniones temporales de empresas*, de 28 de diciembre de 1963 y de 26 de mayo de 1982, respectivamente. Una y otra ley se preocupan más de los aspectos fiscales de la cuestión que de su ordenación jurídico-societaria. A la hora de caracterizar jurídicamente la naturaleza de los diversos entes creados en las leyes citadas, se ha acudido a la figura del *grupo por coordinación* (14). Este planteamiento, no obstante su buena orientación, origina algunos problemas a la vista de la indefinición del régimen de tal grupo, perceptible tanto en el Derecho alemán, donde son primeramente aludidos, como en los proyectos comunitarios de regulación de los grupos. En este plano de cooperación intersocietaria hay que aludir, últimamente, a la llamada *agrupación europea de interés económico*, cuya regulación legal es, entre nosotros inexcusable una vez entrado en vigor el Reglamento comunitario que la crea. Una vez concluido el reciente proceso electoral, deberá tramitarse ante el Parlamento el correspondiente proyecto de ley que, en principio, no tiene por qué apartarse de las líneas generales del que, en su día, se envió al Congreso de los Diputados y que, con motivo de su disolución, caducó (15).

De las uniones de sociedades se ocupa, en fin, la reciente *Ley General*

(14) En este sentido, SACRISTÁN, M.: "El grupo de estructura paritaria: Caracterización y problemas", *RDM*, 165-166, 1982, pág. 378.

(15) Sobre la agrupación, *vid.* entre nosotros, SACRISTÁN, M.: "La agrupación europea de interés económico (antecedentes y caracterización)", en AA.VV., *La reforma del Derecho español*, cit., págs. 811 y sigs.; PAU, A.: "La agrupación europea de interés económico: Naturaleza, función y régimen", *RCDI*, 587, 1988, págs. 1181 y sigs.; MASSAGUER, J.: "La agrupación europea de interés económico (AEIE). Notas en torno al Reglamento (CEE) núm. 2137/85", *Noticias CEE*, 43-44, 1988, págs. 23 y sigs., con abundante bibliografía en todos estos trabajos.

de Cooperativas de 2 de abril de 1987. Sus artículos 148 y 149 regulan, respectivamente, "las cooperativas de segundo y ulterior grado" y "otras formas de colaboración económica". En ellos se establecen algunos criterios sobre las uniones de cooperativas entre sí, y también de estas últimas con sociedades o personas jurídicas no mutualistas. La propia ley deja abiertos, no obstante, numerosos problemas e interrogantes que deberán ser cubiertos a la vista de la importancia práctica de la cuestión.

Una vez reformado el Derecho de sociedades de capital en nuestro país, mediante la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, la situación de los grupos en nuestro ordenamiento no ha sufrido demasiados cambios, si nos limitamos a lo que se podría denominar su régimen "material". Es muy significativa, en cambio, la regulación de la *contabilidad de los grupos de sociedades* que la reforma ha situado en el marco del Código de Comercio (artículos 42-49), siguiendo así el ejemplo del Derecho alemán en la materia (16). Se trata, en todo caso, de un conjunto de normas de adopción obligada como consecuencia de la incorporación a nuestro Derecho, mediante la citada ley, de las Directivas vigentes en la Comunidad en materia de sociedades. Entre ellas se encuentra la Directiva 83/349/CEE, de 13 de junio, que regula, como es bien sabido, la consolidación de las cuentas de las uniones de sociedades y, en particular, de los grupos. No se han incorporado, en cambio, las normas contenidas en las Directivas en proyecto, entre las que se encuentra la relativa al tratamiento de los aspectos propiamente societarios de los grupos. La dificultad técnica de su regulación, así como los complejos intereses allí implicados hacen difícil la pronta conclusión de los trabajos relativos a tal Directiva (17).

Sin perjuicio de la opción general de política jurídica adoptada por el legislador español en materia de grupos, hay que reseñar, no obstante, la existencia de ciertos preceptos en la reforma legislativa que, inducidos por las Directivas comunitarias o independientes de ellas, reflejan aspectos concretos del tratamiento de las uniones de sociedades y de los grupos. Así, hay que referirse, en primer lugar, al relieve otorgado al *control* de una sociedad sobre otra u otras en el marco de la regulación de los *negocios sobre las propias acciones*. Frente al modelo plasmado en la Ley de 1951 (art. 47), que se limitaba a prohibir la adquisición de las acciones

(16) Al respecto, GROSSFELD, B.: "Bilanzrecht für Juristen. Das Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19.12.1985", *NJW*, 39, 1986, págs. 954 y sigs.

(17) Para seguir el curso de la reforma, BELTRAN, E.: "Hacia un nuevo Derecho de sociedades anónimas. Del anteproyecto de Ley de la Comisión General de Codificación al proyecto del Gobierno", *RDBB*, 30, 1988, págs. 329 y sigs.

propias de la sociedad emisora (18), la reforma legislativa española, siguiendo lo dispuesto en la segunda Directiva, extiende el tratamiento jurídico de los negocios sobre las propias acciones a los referidos a las *acciones de la sociedad dominante* de la sociedad que los concluye. Así puede apreciarse en la adquisición originaria (art. 74), en la derivativa (art. 75), aceptación en garantía (art. 80) y asistencia financiera para la adquisición (art. 81) de acciones de la sociedad dominante (19). El concepto de sociedad dominante se remite por el artículo 87 a lo dispuesto a los efectos de la consolidación contable en el artículo 42.1.º del Código de Comercio (20). Este concepto es operativo, igualmente, en el plano de las *participaciones recíprocas* cuyo régimen general (arts. 82-84) se declara inaplicable a las "establecidas entre una sociedad filial y su sociedad dominante" (art. 85).

En el plano específico del control societario, que no debe identificarse mecánicamente con la situación de grupo, hay que señalar la ausencia de regulación de los instrumentos que hacen posible su obtención en la nueva Ley de Sociedades Anónimas. La cuestión, sin embargo, aparece contemplada en otros sectores de nuestro ordenamiento en relación a sociedades que cotizan en Bolsa. Debe destacarse, a este respecto, el tratamiento que de la oferta pública de adquisición de acciones (OPA) efectúa el Real Decreto de 25 de enero de 1984, así como las normas que

(18) Al respecto, VELASCO SAN PEDRO, L.: *La adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones*, Valladolid, 1985, *passim*.

(19) Sobre las cuestiones planteadas por las normas citadas en el texto, vid. PAZ-ARES, C: "Negocios sobre las propias acciones", en AA.VV., *La reforma del Derecho español*, cit., págs. 498 y sigs.; ZURITA, J.: "La adquisición por la sociedad de sus propias acciones", en ROJO, J. (director), *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 123 y sigs. Recientemente, VELASCO SAN PEDRO, J.: "Uniones de empresas y tutela del capital social", *JD*, 6, 1989, págs. 19-30.

(20) Con arreglo a este precepto, "toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, en la forma prevista en este Código y en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre con relación a ésta en alguno de los casos siguientes:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que se deban formular las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo."

a la misma dedica la reciente Ley del Mercado de Valores (arts. 60-61). El desarrollo de estas últimas, condicionado inevitablemente por las normas comunitarias, traerá consigo la modificación o derogación de aquél.

Del *grupo* propiamente dicho se habla en otros sectores del nuevo régimen de la sociedad anónima. Así, aparece frecuentemente aludido en los preceptos relativos a la *contabilidad societaria*, y, en concreto, con ocasión del desglose de las diferentes partidas que integran el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias. Todas estas menciones (arts. 176, 177, 180 y 189) se efectúan sin que se precise cuál es el concepto de grupo utilizado, ya sea con carácter general; ya con carácter específico a los efectos exclusivos del régimen contable. La misma omisión se advierte en otro precepto, ajeno esta vez a la contabilidad. Se trata del artículo 105, 2.º, que permite *limitar el número máximo de votos a emitir en la Junta general* por las "sociedades pertenecientes a un mismo grupo". El artículo, sin precedentes que lo justifiquen en las Directivas comunitarias, parece haberse dictado con el deseo de favorecer la defensa de las sociedades frente a adquisiciones no deseadas de su control. Al margen de la mayor o menor pertinencia de su adopción, ampliando lo dispuesto en el originario artículo 38, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas (21), no puede considerarse positivo el silencio del legislador a la hora de definir lo que debe entenderse por "grupo" en el precepto que venimos examinando. Como en el caso de las normas contables más arriba reseñadas, esta omisión obligará a los operadores económicos a buscar en el ordenamiento jurídico español el concepto de grupo más adecuado a los fines que ahora nos ocupan. Dada la relatividad de las diferentes nociones de grupo existentes en nuestro Derecho, así como las diferencias, no excesivas, que entre ellas se observan, urge homogeneizar el significado del grupo de sociedades en el ámbito del ordenamiento español a los efectos de conseguir una concepción unitaria y operativa del mismo.

2. LA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS FUERA DEL DERECHO COMÚN DE SOCIEDADES

Si prescindimos del sector del Derecho tributario, en cuyo campo es posible observar una cierta tradición en el tratamiento legislativo de los

(21) Son muy escasas las referencias a tal precepto en la doctrina española. *Vid.*, no obstante, GARRIGUES, J.; URÍA, R.: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.ª ed., vol. I, Madrid, 1976. En el marco del Derecho alemán, cuya experiencia parece influir en nuestro país, es oportuno citar el artículo 134, 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas de 6 de septiembre de 1965 (*vid.* mi traducción de la Ley en *DJ* 55, 1987, pág. 684), y el trabajo de IMMENGA, U.: "Zur Zulässigkeit einer nachträglichen Stimmrechtsbeschränkung", *Die AG*, 11, 1976, págs. 293-295.

grupos, debemos concentrar nuestra atención en la reciente Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (22), en cuyo artículo 4 se contiene un concepto específico de grupo. El citado precepto indica expresamente lo que sigue:

"A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de los demás.

Se entenderá, en todo caso, que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concurra algunas 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 acuerdo 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 apartados 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 o a través de otras personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras entidades por ella dominadas.¹

La norma transcrita deroga formalmente el artículo 4, 5.º, de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 26 de diciembre de 1984, en el que contenía, como es sabido, un concepto de grupo eficaz en el ámbito específico de la citada Ley, y, posteriormente, en el sector de las sociedades de capital-riesgo, reguladas en el Real Decreto-ley de 14 de marzo de 1986 (23). En cambio, no se deroga expresamente el artículo correspondiente de la Ley de Fondo de Pensiones de 8 de junio de 1987, que, siguiendo literalmente lo dispuesto en la legislación de instituciones de inversión colectiva, había establecido su correspondiente concepto de grupo. Las diferencias existentes entre este último y el recogido en la Ley del Mercado de Valores, así como razones de economía y coordinación legislativas, obligan a plantearse el alcance de la cláusula general derogatoria contenida en la citada Ley; es decir, si debe entenderse vigente exclusivamente el concepto de grupo contenido en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, sobre la base del criterio de la *lex posterior*, o

(22) Sobre el tratamiento jurídico del Mercado de Valores, *vid.* BERCOVITZ, A.: "El Derecho del mercado de capitales", *RDBB*, 29, 1988, págs. 67 y sigs.

(23) Cfr. mi trabajo "Aproximación al significado jurídico de las sociedades y fondos de capital-riesgo", *RDBB*, 22, 1986, págs. 375 y sigs.

si más bien la vigencia de esta última norma excluye la del correspondiente precepto de la legislación sobre fondos de pensiones, admitiendo con ello el argumento de la *lex specialis*.

De la lectura del artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores cabe deducir que la "unidad de decisión", que identifica específicamente a todo grupo, se realiza meramente con el control de una "entidad" sobre las "decisiones" de otra u otras. Tal reducción del concepto de grupo parece injustificada, al menos desde una perspectiva jurídico-societaria. En este plano, de acuerdo con la experiencia del Derecho comparado en la materia, el control de una sociedad sobre otra u otras no justifica la sustitución de los principios del Derecho común de sociedades por otros que permitan el sometimiento del interés social de la dominada con respecto al de la dominante; para ello hace falta, como es bien sabido, la realización de una auténtica *integración* empresarial, posible, sin duda, por la existencia previa de una situación de control, pero en forma alguna identificable con ella.

El grupo no es, en consecuencia, un *momento fronterizo del Derecho común de sociedades*, que encuentra su tratamiento jurídico adecuado en la intensificación de los principios básicos de aquél, sino más bien una *nueva forma de empresa* para cuya regulación legal resultan inadecuados o insuficientes los preceptos del ordenamiento societario vigente.

Sorprende un tanto la utilización del término "entidades", en el precepto que nos ocupa, a la hora de caracterizar lo que sea el grupo y de fijar cuándo se da una situación de control. Es más, los tres supuestos que dan lugar a esta última parecen casos claros de dominación o control de una sociedad sobre otra u otras. Diríase que el legislador ha pretendido ampliar el campo de aplicación del concepto de grupo mediante la utilización del término "entidad", más genérico, pero también más vago que el de sociedad, sin que haya podido prescindir de los supuestos de dominación societaria a la hora de caracterizar el control de una "entidad" sobre otra u otras. Por otro lado, la vaguedad del término empleado dificulta considerablemente la aplicación del precepto en cuestión. La propia ley no nos proporciona criterios adecuados para averiguar lo que sea una "entidad", expresión utilizada a lo largo de la misma para designar a instituciones heterogéneas (ver, por ejemplo, el art. 84).

Por lo demás, la tipificación del grupo en la Ley del Mercado de Valores no trae consigo demasiadas consecuencias a lo largo de su articulado. Fuera de algún precepto (así, el art. 68, 4.º) que alude a él expresamente, a efectos del cómputo de participaciones en el capital de las sociedades y agencias de valores, la ley parece desconocer la virtualidad del reconocimiento legal de la figura del grupo.

Algunas huellas del grupo, entendido en un sentido muy amplio, pueden encontrarse en las referencias a la adquisición de títulos por "persona interpuesta" [arts. 53, 63 y 66, *d*]); concepto que, en nuestra opinión, debe buscarse en el marco de la reforma de la legislación de sociedades de capital (art. 88 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989).

Para concluir este apartado, y fuera ya de la legislación del Mercado de Valores, conviene aludir a la utilización de la expresión "grupo de empresas" por la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. En concreto, la referencia se contiene en el artículo 10, 2.º, que define, en el marco de la defensa de los consumidores, las condiciones generales de los contratos. El "grupo de empresas" figura como uno de los autores posibles de tales condiciones, utilizadas luego en los contratos que el mismo realice (*sic*).

No ofrece la ley elemento alguno que permita delimitar, a los efectos de su aplicación, las características del "grupo de empresas". Ello ha permitido a algún sector de la doctrina (24) encuadrar bajo tal denominación no sólo los grupos de sociedades, en sentido estricto, sino también "cualquier colectividad de empresas —como las organizaciones y agrupaciones empresariales— de las que, desde un punto de vista jurídico, no quepa predicar el carácter de 'grupo de empresas' en su estricto significado técnico-jurídico" (25). Esta interpretación no encuentra base aparente en el texto de la ley; su adopción parece responder, aunque no se diga expresamente, a la finalidad —de política jurídica— de incluir en el ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales, a instituciones tan significativas en su redacción como son las agrupaciones y organizaciones empresariales.

Sin embargo, esta interpretación correctora del significado de la norma viene a subsumir dentro de una terminología unitaria dos realidades del todo heterogéneas; por un lado, el grupo simboliza una nueva forma de empresa; resultado de la dominación de una sociedad sobre otra u otras y, además, del ejercicio por aquélla de una dirección económica única sobre el conjunto de sociedades dominadas; de otro lado, la organización empresarial —como aquí se entiende— expresa meramente el estado de colaboración de varias empresas —generalmente de un mismo

(24) Así, GARCÍA-CRUCES, J. A.: "Contratación bancaria y consumo", *RDBB*, 30, 1988, pág. 282. Aludé meramente a la cuestión LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A.: "Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español", *RGLJ*, 95, 1987, pág. 628. En general, sobre los problemas interpretativos de la Ley, BERCOVITZ, A.; BERCOVITZ, R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.

(25) GARCÍA-CRUCES, J. A.: "Contratación bancaria", *cit.*; pág. 282.

sector económico— para la realización de actividades comunes que, por regla general, no pueden ser consideradas como empresariales. Es cierto, indudablemente, que la ley de los consumidores utiliza muchas expresiones sin la debida precisión jurídica, lo que permite, obviamente, el correspondiente ajuste interpretativo doctrinal. En el caso que nos ocupa, sin embargo, la corrección sugerida conduce a colocar en un mismo terreno dos realidades diferentes, que se distinguen no sólo por su peculiar estructura y actividad, sino también por el relieve que en el terreno de la legislación sobre consumo se atribuye al grupo de empresas en sentido estricto: servir como "centro de imputación de la actividad económica y sus resultados" (26), lo que difícilmente puede predicarse de las organizaciones y agrupaciones empresariales.

La ya referida falta de rigor jurídico, perceptible en la Ley de consumidores, se manifiesta, igualmente, en el tema que nos ocupa al afirmar el artículo 10, 2, que las condiciones generales redactadas por el grupo de empresas son utilizadas en "todos los contratos que... éste celebre". Se interprete como se interprete la expresión "grupo de empresas", resulta a todas luces erróneo entender que el "grupo" contrate directamente con terceros. Refiriéndonos concretamente al grupo, en sentido estricto, la fase transcrita supondría reconocerle personalidad jurídica propia, lo que es generalmente negado tanto por las normas que lo regulan como por la doctrina que lo estudia.

3. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN LA JURISPRUDENCIA, EN PARTICULAR, EL PROBLEMA DE LAS SOCIEDADES TOTAL O PARCIALMENTE DOMINADAS

Al margen de lo reseñado en el apartado anterior, el relieve más significativo de los grupos entre nosotros no se manifiestan 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.

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 Código Civil—, sino, al contrario, la declaración de que estamos en presencia de una laguna de nuestro ordenamiento jurídico.

(26) GARCÍA-CRUCES, J. A.: "Contratación bancaria", cit., pág. 282, nota 60.

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 de abril de 1985 (Arz. 1994), el Tribunal Supremo (Sala Primera) 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 de enero de 1985 (*Rep. La Ley*, 1985, núm. 5499), 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 forman 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 Tribunal Supremo (Sala Primera) de 16 de diciembre de 1985 (Arz. 6442), que se ocupa de una de las llamadas *cartas de patrocinio*, es decir, de 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. (27). El Tribunal Supremo 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 afiliados, 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

(27) Vid. el comentario de tal sentencia hecho por LÓPEZ URIEL, S., *CCJC*, 1986, págs. 3317 y sigs. Con gran detalle sobre la cuestión, VALENZUELA, F.: "La 'seriedad' de las llamadas cartas de patrocinio", *RDM*, 185-186, 1987, págs. 347 y sigs.

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 eliminando, 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 "heterogeneidad 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 Tribunal Supremo (Sala Primera) de 28 de mayo de 1984 (Arz. 2800), 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 (28). Sobre la base de esta sentencia, entre otros criterios, el Tribunal Supremo 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 de noviembre de 1985 (29), 9 de julio de 1987 y 16 de julio de 1987, esta última referida a una sociedad cooperativa (30). En algunas ocasiones el Tribunal Supremo 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

(28) Vid. el comentario de PANTALEÓN PRIETO, A., *CCJC*, 1984, págs. 1711 y sigs.

(29) Al respecto, AURIOLAS, A.: "La sociedad anónima unipersonal en la reciente jurisprudencia", *RDM*, 179-180, 1986, págs. 185 y sigs.

(30) Cfr. el comentario de CAPILLA RONCERO, F., *CCJC*, 1987, págs. 4825-4827.

verse la Sentencia de 24 de septiembre de 1987. En una sentencia todavía más reciente, de 25 de enero de 1988, el Tribunal Supremo procedió a levantar el velo de la personalidad jurídica a los efectos de la resolución de un contrato de arrendamiento, sirviéndole de supuesto de hecho la situación de mero control de una sociedad —arrendataria de un local de negocio— por otra. Más recientemente pueden verse las Sentencias de 5 de octubre y 20 de diciembre de 1988.

Los fallos que acabamos de reseñar han recibido, por regla general, una valoración crítica en la doctrina (31). 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 (32).

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 (33).

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

(31) Vid. la bibliografía citada en las notas anteriores y BISBAL, J.: "La sociedad anónima unipersonal", en ROJO, A. (director), *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 89-90 y 102. Vid. últimamente J. BOQUERÁ: *La concentración de acciones en un solo socio en las sociedades anónimas*, Madrid, 1990.

(32) BISBAL, J.: "La sociedad anónima unipersonal", cit., pág. 103.

(33) FRANCESCHELLI, V.; LEHMANN, M.: "Superamento della personalità giuridica e società collegate: Sviluppi di Diritto continentale", en AA.VV., *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, 1987, págs. 103 y sigs.

consecuencia del control que sobre la sociedad ejerza 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. (34).

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 de enero de 1988— 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 solido 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 de noviembre de 1985 y de 9 de julio de 1987), pero también para resolver, como ya se advirtió, el contrato de arrendamiento de una sociedad participada mayoritariamente por otra (Sentencia de 25 de enero de 1988), para impugnar la validez de una transmisión fiduciaria de acciones (Sentencia de 24 de septiembre de 1987), 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 de mayo de 1984).

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, desplazándola de su campo "natural" de aplicación, en el que, como hemos visto, debe 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

(34) FRANCESCHELLI, V.; LEHMANN, M.: "Superamento della personalità", cit., págs. 104-108. Sobre la situación en Estados Unidos, PARDOLESI, R.: *Veil piercing e Analisi Economico del Diritto: L'esperienza statunitense*, págs. 137 y sigs.

la *responsabilidad del accionista único* por las deudas de su sociedad han sido algunos de los preceptos eliminados de la versión definitiva de la Ley de Sociedades Anónimas. 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 (35). El segundo precepto, sin embargo, había sido objeto de críticas diversas, debidas no sólo a la idea de principios subyacente, sino también a la deficiente configuración técnica de la responsabilidad del accionista único (36).

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Murcia

(35) ALONSO UREBA, A.: "La sociedad unipersonal", en AA.VV., *La reforma del Derecho español*, cit., págs. 244-246.

(36) BISBAL, J.: "La sociedad anónima unipersonal", cit., págs. 93 y sigs.