

Meritxell Brustenga García del Pino

**LA LEGITIMACIÓN DEL INTERÉS DEL GRUPO DE SOCIEDADES A
TRAVÉS DE LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES AL CONFLICTO DE
INTERESES INTRAGRUPO**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Dirigido por el Dr. Pablo Girgado Perandones

Grado en Derecho



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2015

ÍNDICE

ÍNDICE	3
ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO PRIMERO: EL CONCEPTO DE GRUPO DE SOCIEDADES.	11
1.1. Regulación de la Unión Europea vs. regulación nacional.....	11
1.2. El concepto y características del grupo de sociedades en la legislación española.....	15
1.3. Elementos definitorios del grupo de sociedades.	19
1.3.1. El control societario y las presunciones de control.	19
1.3.2. La unidad de dirección.	22
1.4. Modelos organizativos del grupo.	24
1.4.1. Grupos verticales y grupos horizontales.....	24
1.4.2. Grupos centralizados y grupos descentralizados.	26
1.5. Problemas derivados de la falta de definición de un concepto unitario de grupo de sociedades.	27
CAPÍTULO SEGUNDO: EL RECONOCIMIENTO Y CONTENIDO.....	29
DEL INTERES DEL GRUPO.	29
2.1. Reconocimiento legal de un ámbito de legitimidad del interés del grupo.	29
2.2. La gestión y el gobierno del grupo de sociedades.....	32
2.2.1. El traslado de facultades al órgano de administración de la matriz.	32
2.2.2. El contenido del poder de dirección.	34
2.2.3. El deber de dirección.....	36
2.3. Aproximaciones a la legitimación del interés del grupo y del poder de dirección en Derecho comparado.	37
CAPÍTULO TERCERO: LOS CONFLICTOS DE INTERERES INTRAGRUPO	41
3.1. El planteamiento del conflicto de intereses en el seno del grupo.....	41

3.1.1. El conflicto de intereses desde la perspectiva de la sociedad filial y de los socios de la misma.....	41
3.1.2. El conflicto de intereses desde la perspectiva de los administradores de la sociedad filial.	44
3.2. Posibles soluciones a los conflictos de intereses en el seno del grupo.	45
3.2.1. La legitimación de instrucciones aparentemente perjudiciales en interés del grupo a través de la doctrina de las ventajas compensatorias.	45
3.2.2. La adopción de medidas tuitivas para los intereses perjudicados ante un interés del grupo ilegítimo.....	50
3.2.3. El contrato de grupo como instrumento de autorregulación del grupo.	56
CONCLUSIONES	59
BIBLIOGRAFÍA.....	63
JURISPRUDENCIA CONSULTADA	65

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
ALCM	Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, de 30 de mayo de 2014.
AC	Actualidad Jurídica Aranzadi
AktG	<i>Aktiengesetz</i> , Ley Alemana de Sociedades Anónimas, de 6 de setiembre 1965.
apdo./apdos.	apartado/apartados
art./arts.	artículo/artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
<i>Cass. Crim.</i>	Sentencia de la <i>Cour de Cassation (Chambre criminelle)</i>
CC	Código Civil español, Real Decreto de 24 de julio de 1889, publicado en GACETA de 25 de julio de 1889.
CC. it.	Código Civil italiano
CCom	Código de Comercio, publicado por el Real Decreto de 22 de agosto de 1885, publicado en la GACETA, núm. 289, de 16 de octubre de 1885.
CCom. fr.	<i>Code de Commerce français</i>
CE	Constitución Española, publicada en el BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
CP	Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, publicada en BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995.
Dr./Dra.	Doctor/Doctora
ECFLR	<i>European Company and Financial Law Review</i>
FJ	Fundamento Jurídico
JUR	Jurisprudencia Aranzadi
LCoop	Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, publicada en el BOE núm. 170 de 17 de Julio de 1999.
LMV	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, publicada en BOE de 29 de Julio de 1988.
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, publicada en BOE núm. 161 de 03 de Julio de 2010.

op. cit.	<i>opere citato</i>
p./pp.	página/páginas
PCSM	Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, aprobada el 16 de mayo de 2002 por la Sección de Derecho mercantil del Ministerio de Justicia.
RBD	Revista boliviana de Derecho
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RIP	Revista Ius et Praxis
R.J.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado Mercantil
ss.	Siguientes
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TFUE	Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
UE	Unión Europea
v.	Véase
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

Un elemento decisivo en la elección de la línea de investigación sobre el Derecho de grupos de sociedades, en el marco de la asignatura “Trabajo de Fin de Grado”, fue la observación del desentendimiento, o si se prefiere, la desatención del legislador por una figura en primera línea de nuestra realidad empresarial actual.

En la economía moderna en la que la organización de actividades industriales y comerciales se ha complicado y especializado, los grupos de sociedades se han convertido en los principales operadores del mercado. Presentan múltiples beneficios en comparación a sociedades independientes: diversificación y especialización de las actividades, dotando de personalidad jurídica a diferentes unidades de producción con la correspondiente limitación del riesgo, una potencia financiera más importante, flexibilización de la organización, capacidad de realizar economías de escala, organizando el grupo a través de sociedades nacionales o regionales que operen en economías nacionales o regionales y de conquistar nuevos mercados, etc. Este modelo empresarial permite una organización empresarial más sofisticada, más flexible y adaptable a los cambios del mercado.

El grupo no se caracteriza únicamente por su concentración económica, porque éste se puede conseguir por otras formas como la fusión. Su característica es la racionalización de la estructura empresarial. Se configura como una empresa policorporativa cuya base es la cooperación entre sus miembros según una política común y su finalidad es el desarrollo económico del conjunto de todos sus miembros.

El objeto de este trabajo es el estudio del encaje de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, dado que las ventajas económicas y empresariales que ofrece esta figura crean severos problemas desde el punto de vista jurídico, al contrariar algunos de los principios básicos que sustentan el Derecho societario. El conflicto de intereses entre los diferentes sujetos que integran el grupo es un aspecto central de la problemática jurídica

del grupo de sociedades. La pertenencia de una sociedad al grupo de sociedades significa que esta sociedad tiene un accionista persona jurídica y que ésta dispone de un poder suficientemente importante, o mayoritario, para determinar las decisiones de los órganos sociales. Esto tiene implicaciones en el ámbito jurídico que impiden o dificultan el acoplamiento de esta figura a nuestra normativa.

Nuestra forma de proceder será, en primer lugar, intentar aproximarnos a una definición del objeto del Derecho de grupos como base para el desarrollo de nuestro estudio. Nos preguntaremos desde qué instancia se debería regular el fenómeno del grupo, es decir, desde las instituciones de la Unión Europea o desde los Parlamentos nacionales, atendiendo a la utilidad de este modelo organizativo para las empresas transnacionales y el carácter nacional de las sociedades que forman el grupo. Aspiramos a extraer una definición del grupo de sociedades a partir de la normativa vigente, que es escasa y dispersa. Como veremos, es una tarea más ardua de lo que parece, de forma que también nos preocuparemos por establecer sus posibles elementos definidores y en delimitar el perímetro del grupo a partir de ellos. Asimismo, estudiaremos los diferentes modelos organizativos, e intentaremos dilucidar los posibles problemas jurídicos que implicaría no llegar a fijar un concepto unitario de grupo de sociedades.

En el segundo capítulo, es preciso comprobar el encaje de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, verificando si la legislación vigente la legitima expresamente, o si es posible llegar a legitimar el grupo de sociedades implícitamente. En esta parte de nuestro trabajo, no se trata de analizar si nuestro Derecho admite la existencia del grupo o permite constituir un grupo (eso es objeto de la primera parte de la investigación), sino de averiguar si la concentración de una serie de facultades en el órgano al que se le atribuye la dirección unitaria y el ejercicio del poder de dirección por el mismo, es decir el motivo de la existencia del grupo, están plenamente legitimados, legitimados de forma limitada, o directamente prohibidos. Estudiaremos un fenómeno propio de los grupos, el traslado de facultades de gobierno, dirección y gestión de las sociedades filiales hacia el órgano de administración de la sociedad matriz, produciéndose un vaciamiento de competencias de los órganos sociales de las filiales y también de las Junta de accionistas de la matriz, y la consiguiente concentración de las facultades concretas en ese órgano que constituyen el contenido del poder de dirección. Nos interrogaremos sobre el carácter facultativo u obligatorio del ejercicio del poder de dirección, es decir, si es un poder que se puede ejercitar si se cree oportuno o si es un

deber que ha de ser ejercido. Por último, observaremos diferentes formas de legitimar el poder de dirección en el derecho comparado.

En el tercer y último capítulo, nuestro propósito será formular el planteamiento del conflicto de intereses como especialidad del fenómeno del grupo y como elemento central de la problemática jurídica que este fenómeno presenta. Analizaremos la colisión de intereses y la inadecuación de la respuesta que ofrece el Derecho societario. Demostraremos que valorar el conflicto de intereses a través de una previa legitimación del interés del grupo es la forma de superar los problemas jurídicos que provoca el grupo, y por último estudiaremos diferentes posibilidades de dar solución al conflicto de intereses legitimando simultáneamente el interés del grupo.

CAPÍTULO PRIMERO: EL CONCEPTO DE GRUPO DE SOCIEDADES.

1.1. Regulación de la Unión Europea vs. regulación nacional.

La figura del grupo es una realidad que no se ha dado únicamente en España, responde a un proceso de adaptación a las necesidades empresariales, pudiéndose articular de múltiples formas. En un mundo globalizado en el que el grupo muchas veces conlleva un carácter transfronterizo, no es absurdo preguntarnos si existe una preocupación por regular este fenómeno desde una perspectiva internacional o comunitaria.

A nivel comunitario, se intentó aprobar una regulación en la misma línea que la Ley alemana de sociedades por acciones *Aktiengesetz* (en adelante AktG) de 1965, regulando el grupo como una figura propia del derecho de sociedades¹, y, al no tener éxito, los esfuerzos se dirigieron a conseguir una regulación específica. Tras numerosos fracasos, hoy en día no se aspira a elaborar un régimen completo de los grupos de sociedades, puesto que la Novena Directiva sobre empresas asociadas, es decir, sobre derecho de grupos, ni tan solo se encuentra en fase de propuesta. No existe como tal una noción de grupo de sociedades a nivel europeo, a pesar de la propuesta del *Forum Europaeum* de determinar la existencia de un grupo por la mera situación de control, olvidando por completo la unidad de dirección como elemento distintivo del grupo a causa de las dificultades probatorias de la existencia de un poder de dirección. Es un criterio acorde con el utilizado para determinar el perímetro de consolidación de un grupo al que hace referencia la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de

¹ EMBID IRUJO, J. M., “Una propuesta de regulación legal de los grupos de sociedades en el Ordenamiento Jurídico Español”, en FUENTES NAHARRO, M. y M., NAVARRO LÉRIDA, M. S. (Coord.) *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España*, Cizur Menor, 2011, tomo II, pp. 413-445, p. 419.

junio de 1983, relativa a cuentas consolidadas, criterio que excluye de este concepto a los grupos por coordinación².

Desde la Unión Europea no se pretende elaborar una regulación sistemática. Tanto el Informe Winter (2002) como el Plan de Acción de la Unión Europea en materia de Derecho de sociedades de 2003 y de 2012 postulan por la regulación de algunos temas concretos, como la transparencia del gobierno corporativo, el derecho de información de los inversores sobre las estructuras del grupo, el régimen de consolidación de cuentas, la protección de acreedores y accionistas de las filiales, mecanismos que permitan el reconocimiento del interés del grupo³. Se ha asumido que la regulación de los grupos es necesaria a este nivel, no se ha llegado a aprobar normas concretas, a excepción de la Directiva 83/349/CEE sobre contabilidad.

La paralización del proceso de construcción de un derecho europeo de grupos responde a la falta de deseo de armonizar la regulación de los grupos, generalizado en los Estados miembros⁴. El desacuerdo se extiende al hecho que se recurra a directivas europeas como instrumento jurídico para regular estas cuestiones, debido a las transposiciones tardías e inadecuadas de las mismas y además a las consecuencias de dicha transposición: la obstaculización de la iniciativa legislativa de los Estados miembros que impediría la evolución del Derecho sociedades a nivel nacional⁵.

² GIRGADO PERANDONES, P., “En torno a la noción de grupo de sociedades y su delimitación en el ámbito español y europeo”, *RBD*, nº 18, 2014, pp. 76-97, pp. 93-94.

³ *Ibidem* p. 95.

⁴ Comúnmente, existe la expresión “la Europa a dos velocidades” que tradicionalmente se ha empleado para visualizar la dicotomía entre Estados miembros que desean una integración mayor a todos los niveles incluso en, mientras que otros abogan por una mayor autonomía nacional respecto a cuestiones estratégicas o que implican un cambio importante que aleja a un Estado miembro de su tradición.

⁵ Al fin y al cabo, es sumamente importante que el derecho se adapte a la realidad social, para evitar problemas de aplicación del mismo y una falta de seguridad jurídica. Es necesaria una regulación de las sociedades y de los grupos que se adapte al mercado en los que éstos operan. “La Europa a dos velocidades” también hace referencia al diferente evolución de la economía de los Estados miembros, en la UE no todos los países evolucionan de la misma forma ni a la misma velocidad. ¿Realmente, una cuestión como la regulación de los grupos de sociedades debería llevarse a cabo de forma general o abstracta sin tener en cuenta las particularidades intrínsecas de cada mercado nacional? ¿Existe una solución aplicable a todas las economías nacionales? “La adaptación de nuestro Derecho al Derecho comunitario nos impone algunas “servidumbres”, muy relevantes en esta materia por la influencia de las

Frente a este *impasse*, los legisladores nacionales han intentado aportar soluciones a los problemas creados por el funcionamiento del grupo por iniciativa propia, ante la incierta posibilidad de que se llegue a adoptar una normativa comunitaria sobre esta materia⁶. Por otra parte, el TJCE reconoce que “al contrario que las personas físicas, las sociedades son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico, y, en el estado actual del Derecho comunitario [se mantiene esta situación desde que se dictó la sentencia en 1988], en virtud de un ordenamiento jurídico nacional. Sólo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y su funcionamiento”⁷. Si ésto es así a nivel de las sociedades individualmente consideradas, con más razón será válido el mismo argumento respecto a los grupos de sociedades, un supuesto más complejo, en lo que se refiere a su constitución y funcionamiento.

Evidentemente, esta iniciativa de los Estados Miembros, que en un principio es un remedio para garantizar un mínimo de seguridad jurídica, es también una dificultad para lograr aprobar una regulación comunitaria en el futuro⁸. Por tanto, llegamos a la conclusión de que el derecho de grupos combinará dos fuentes reguladoras: la del

directivas comunitarias que, en lo que se refiere a la tipología social, como en tantas otras cuestiones, no siempre sigue, claro está, los pasos de nuestra tradición. Pero aun así, y no sé si por ser así, queda un amplio margen para el debate acerca del camino que debemos andar para que las sociedades de capital cumplan del mejor modo posible su función en el ejercicio de las actividades empresariales”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Presentación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A (Dir.) *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica*, Madrid, 1992, p. 15.

⁶ STJUE (Sala Novena), de 20 junio 2013 (TJCE 2013\171), Caso Impacto Azul. El Tribunal reconoce la competencia a los Estados miembros para legislar en materia de grupos de sociedades, puesto que no existe armonización a escala comunitaria respecto a esta materia. Por esta razón, Portugal es competente para determinar el Derecho aplicable a una deuda de una sociedad vinculada, cuestión controvertida en este caso. El Derecho portugués admite la responsabilidad solidaria de la matriz frente a los acreedores de sus filiales únicamente cuando la sociedad matriz tenga su domicilio social en Portugal (art. 481 del Código de Sociedades Mercantiles portugués), esto no es contrario al Derecho de la UE, ni restringe la libertad de establecimiento prevista en el art. 49 TFUE. Por tanto, se admite la conformidad al Derecho de la UE de la normativa nacional que excluya de la aplicación del principio de responsabilidad solidaria de las sociedades matrices frente a los acreedores de sus filiales a las sociedades matrices que tengan su domicilio social en el territorio de otro Estado miembro (apdos. 35 a 39 de la sentencia).

⁷ STJCE (Pleno) de 27 de setiembre de 1988, apdo. 19, Caso The Queen contra H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue (TJCE 1989\55).

⁸ EMBID IRUJO, J. M., “Una propuesta...” op. cit., p.418.

legislador nacional y la del legislador comunitario. Cuestión distinta son los problemas derivados de la situación en la que diferentes sociedades que componen un grupo están sujetas a legislaciones diferentes, las multinacionales, asunto de dificultad considerable que sobrepasa el objeto de nuestro estudio.

A nivel de los Estados Miembros de la Unión Europea, pocos países disponen de una regulación suficientemente satisfactoria en materia de grupos. La AktG de 1965 ha sido pionera en Europa, por lo que el modelo alemán ha sido implantado en otros ordenamientos jurídicos⁹, siguiendo más o menos este modelo con el fin de configurar un régimen autónomo aplicable a los grupos. En el resto de ordenamientos jurídicos, no existe una regulación ni una definición legal del grupo como tal, existe sin embargo una regulación dispersa relativa a las incidencias del grupo en derecho tributario, derecho del trabajo, derecho de la competencia, derecho concursal, regulación del mercado de valores, etc¹⁰. Esto sucede en España, en Francia¹¹ y en la mayoría de países europeos. El problema que dilucidamos, al optar por esta segunda política legislativa, es que la abundancia de normas jurídicas no conlleva necesariamente una regulación material

⁹ Esta influencia se ha concretizado en el Código portugués de sociedades comerciales de 1986, en el ordenamiento jurídico de Hungría (1988), Eslovenia (1993), Albania (2008), e incluso fuera de Europa en Brasil (1976) y en Turquía (2012), v. CONAC, P. H. “Director’s Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level”, *ECFLR*, nº 2, vol. 10, 2013, pp.194-226, p.200.

¹⁰ VIANDIER, A., “Les opérations à l’intérieur du groupe”, en AA. VV., *I gruppi di società*, Milán, 1996, vol. 3, pp. 2333-2374, pp. 2333-2334.

¹¹ En derecho societario francés no existe una definición legal de grupo, pero la obtenemos indirectamente a partir de la definición de control, que se introdujo en Ley de 24 de julio de 1966 sobre sociedades comerciales, disposiciones que actualmente están recogidas en el Código de Comercio francés. Se trata de disposiciones de orden contable, sobre el régimen de acciones y participaciones propias, etc. que no dejan de ser cuestiones relacionadas con el grupo, sin abordar directamente la figura del grupo como tal. También se hace referencia a la figura del grupo desde otros sectores del ordenamiento jurídico francés que son la consecuencia de la transposición de directivas europeas cuya finalidad es la fiscalidad, la contabilidad o el derecho del trabajo. No manifiestan la intención de querer estructurar un régimen jurídico para los grupos de sociedades desde el Derecho de sociedades. Parece ser que se deja la tarea a los tribunales de establecer soluciones para conciliar el principio de autonomía jurídica de las sociedades del grupo con la subordinación económica de las mismas. v. GUYON, Y. “Le droit des groupes de sociétés (Droit français)”, en AA. VV., *I gruppi di società*, Milán, 1996, vol. 1, pp. 195-216, p. 199.

homogénea ni seguridad jurídica suficiente en lo que respecta a la actuación del grupo en el mercado. Algunos autores opinan que la mejor opción es una “regulación genérica de los grupos que consolide su legitimidad en todo el ordenamiento jurídico, y a la vez, permita unificar su tratamiento alrededor de una serie de criterios y valoraciones comunes”¹² que no es incompatible con normas específicas en otros sectores del ordenamiento jurídico.

1.2. El concepto y características del grupo de sociedades en la legislación española.

El legislador español no se ha decantado por definir y delimitar el concepto de grupo de sociedades, no obstante esta figura se encuentra presente en la legislación española de forma dispersa¹³. Observamos que los arts. 4 de la Ley de Mercado de Valores (LMV) y 18 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) nos remiten al artículo 42 del Código de Comercio (CCom) para determinar en qué supuestos existe un grupo de sociedades, sin dotar de contenido a su concepto. Este precepto sólo se ha limitado a establecer en qué supuestos hay obligación de consolidar las cuentas¹⁴, pero en la medida que diversos preceptos del ordenamiento hacen una remisión al art. 42 CCom para referirse al concepto de grupo, parece que éste determina las hipótesis de grupos de sociedades. Aún así, la doctrina se ha esmerado en establecer los elementos característicos de esta figura.

En primer lugar, se trata de una unidad empresarial, de un conjunto de sujetos de derecho, cada uno de los cuales mantiene su personalidad jurídica propia¹⁵, su patrimonio y sus intereses propios (elemento subjetivo). Formalmente, el grupo no es un

¹² EMBID IRUJO, J. M., “Una propuesta...” op. cit., p.419.

¹³ Existen disposiciones dispersas en el ordenamiento jurídico que hacen referencia a cuestiones muy concretas en las que se establece una especificidad cuando intervenga un grupo, respecto el régimen aplicable a las sociedades-isla, como los arts. 107.1, 143, 150, 158, 162.2, 188.3, LSC, art. 78 LCoop.

¹⁴ MOYA BALLESTER, J. “Los grupos de Sociedades y la Protección de los Acreedores”, RDS, nº 38, 2012, pp. 307-323, p. 308.

¹⁵ En esto se distingue la figura de la sucursal, que no tiene personalidad jurídica, de una sociedad integrante de un grupo que, en cambio, goza de personalidad jurídica. Convertir el grupo en una macro-persona jurídica no tendría sentido alguno, porque la elección de estructurar una empresa a través de un grupo de sociedades debe ser respetado al igual que la elección de estructurarla a través de una sociedad con distintas sucursales o una sociedad dividida en diferentes departamentos.

sujeto de derecho como tal¹⁶, su formación no conlleva la extinción de la personalidad jurídica de los sujetos que lo componen simultáneamente al nacimiento de un nuevo sujeto de derecho¹⁷. “El grupo en cuanto tal no tiene personalidad ni capacidad jurídica, sí la poseen las diversas sociedades que lo configuran y que ostentan independencia y autonomía jurídica, aunque se vertebran en el grupo”¹⁸. Por tanto, no existen “acreedores del grupo”, cada sociedad tendrá sus propios acreedores, por lo que tampoco puede hablarse de “concurso de acreedores del grupo” ni de “patrimonio del grupo”¹⁹. Podemos advertir la relevancia de estas afirmaciones respecto a la determinación de responsabilidad frente a terceros ajenos al grupo.

Esto nos lleva a la aptitud para formar parte del grupo. Los sujetos que lo integran suelen ser sociedades mercantiles, tanto anónimas como limitadas, pero no existe una prohibición que impida la integración de otras personas jurídicas, o incluso personas físicas. Sin embargo, la doctrina destaca las dificultades que ciertos sujetos suscitan a la hora de adecuar sus rasgos tipológicos a la estructura del grupo, algunos autores descartan la idoneidad de algunas de ellas, como las sociedades cooperativas o las fundaciones, para formar parte del grupo. No creemos que una solución tan restrictiva sea adecuada, puede que lo mejor sea ponderar esta idoneidad en función de la posición que un sujeto concreto tiene en el grupo, y no evaluarla de forma abstracta.

¹⁶ La carencia de personalidad jurídica de los grupos está ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia aunque no tenga previsión legal expresa. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 lo prevé en su artículo 291-1.2.

¹⁷ EMBID IRUJO, J. M., “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La *corporate governance*”, *Ekonomiaz*, nº 68, 2º cuatrimestre, 2008, pp. 84-101, p. 86; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, Valencia, 2010, vol. II, p. 1.842-1.843.

¹⁸ SAP Zaragoza (Sección 5ª), nº 643/2012, de 11 de diciembre, F.J. 5º. (AC\2013\426).

¹⁹ STS (Sala de lo Civil), nº 429/2014, de 17 de julio (RJ 2014\4081). “Cada una de las sociedades integradas en el grupo de sociedades tiene una personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un “patrimonio de grupo”, ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo” (FJ. 4º).

Las fundaciones se caracterizan por la dirección de sus fines a un interés general, la ley no permite excepciones ni restricciones sobre este punto²⁰. Desde el momento en que forma parte del grupo, queda sometida al interés del grupo, por lo que si ejerce la posición de sociedad dominada deberá ejecutar las instrucciones que reciba aunque se alejen del interés fundacional, y si ejerce la posición de sociedad dominante puede que no se vea afectada de esta manera. Damos el avance siguiente: el interés del grupo no es sinónimo de interés de la matriz, por lo que aún estando en la cabeza del grupo, es posible que la fundación llegue a realizar actos que no persigan el interés fundacional, lo que contrariaría a nuestra legislación.

Sucede algo parecido respecto a la articulación de las sociedades cooperativas en el grupo. Su signo distintivo es su configuración de acuerdo con los principios cooperativos formulados por la Alianza Cooperativa Internacional (art. 1 LCoop). En el caso que una cooperativa mantuviese la posición de dominada en un grupo, debería ejecutar las instrucciones recibidas de la matriz, colisionando con el principio de gestión democrática por parte de los asociados, y el principio de autonomía e independencia, puesto que la gestión sería ejercida por la matriz. Si se posicionase en la cabeza del grupo, ejerciendo la dirección unitaria, posiblemente no llegaría a producirse un conflicto entre el interés del grupo y el interés de la sociedad cooperativa, aunque no existe ninguna garantía. Con estas consideraciones en mente, se dota de sentido la conclusión del profesor EMBID IRUJO que la forma de integración empresarial más adecuada para las cooperativas es a través de un grupo por coordinación²¹. Aún así, el art. 78 LCoop prevé expresamente el “grupo cooperativo” integrado por cooperativas una de las cuales está facultada para impartir instrucciones vinculantes a las demás ejerciendo la posición de cabeza del grupo, pero para no vulnerar los principios

²⁰ Nuestro ordenamiento reconoce que la singularidad de la figura de la fundación es la adecuación de sus finalidades al interés social (art. 34.1 CE), además prohíbe expresamente la constitución de fundaciones cuyos fines no persigan un interés general, tanto en la legislación estatal (art. 3.3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), como en la legislación autonómica (art. 331-1 del Código civil de Cataluña). Para más información sobre el encaje de la fundación en el grupo de sociedades, v. EMBID IRUJO, J. M., “Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)”, *ADF*, núm. 2, 2010, pp. 16 y ss.

²¹ EMBID IRUJO, J. M.; “Grupos de sociedades”, en EMBID IRUJO, J. M. (Coord.), *Introducción al derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, Madrid, 2013., pp. 413-433, pp. 422.

democráticos, es imprescindible que una cooperativa esté de acuerdo en incorporarse al grupo y que ésta voluntad se manifieste conforme a sus normas propias de funcionamiento. El precepto no hace referencia alguna a la tipología del grupo, por lo que FERNANDEZ DE LA GÁNDARA entiende que se extiende tanto a grupos de coordinación como de subordinación²².

Sobre este punto, nuestra conclusión es que, estadísticamente, predominan los grupos formados por sociedades de capital, pero no significa que personas jurídicas de otro tipo no puedan adaptarse a unos fines y necesidades empresariales concretos²³.

El segundo elemento es la dirección económica unificada (elemento finalista) que ejerce el grupo. Las personas jurídicas que integran el grupo están sometidas a una política empresarial común que puede afectar a varios aspectos de su actividad, por lo que modula su autonomía en función del grado de centralización de esta dirección unitaria. Este elemento es esencial para apreciar la existencia del grupo. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Sevilla consideró que la existencia de relaciones comerciales o financieras fluidas e importantes entre diversas sociedades no es suficiente para deducir la pertenencia a un grupo de sociedades, puesto que la autonomía de gestión de las sociedades no es incompatible con relaciones fluidas con otras sociedades²⁴. Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Asturias valoró que el mero hecho de compartir domicilio social y administrador único no es suficiente para demostrar la pertenencia de varias sociedades al mismo grupo, puesto que la utilización del mismo domicilio es una práctica habitual²⁵.

La dirección unitaria es algo cualitativamente distinto, se trata de una coordinación en la gestión de todas las sociedades que forman el grupo, no sólo acuerdos puntuales entre ellas que pueden producirse en el seno de una relación comercial para perseguir cada una su propio interés social. Sin lugar a dudas, lo que caracteriza al grupo es esta unidad

²² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho...*, op. cit. p.1857.

²³ Razón por la cual el profesor EMBID IRUJO sostiene que es más conveniente aprobar una regulación básica de los grupos de sociedades que sirva de referencia para el resto de ramas del ordenamiento jurídico y que esta no tenga en cuenta las particularidades de cada tipo social que sea susceptible de integrarse en el grupo, v. EMBID IRUJO, J. M., “Una propuesta...” op. cit., p.420-421; EMBID IRUJO, J. M.; “Grupos...”, op. cit., pp. 421-423.

²⁴ SAP Sevilla (Sección 5ª), nº 298/2011, de 20 de junio, FJ. 3º (JUR 2011\373014).

²⁵ SAP Asturias (Sección 6ª), nº 6/2004, de 12 de enero, FJ. 4º (AC 2004\331).

en la pluralidad, la “contradicción entre una situación de derecho (independencia de las sociedades) y una situación de hecho (convergencia de los objetivos y centralización del poder de decisión)”²⁶. Más adelante, analizaremos la dirección unitaria como presupuesto para la existencia del grupo y como elemento definidor del mismo, además de determinar cuál es su alcance y contenido.

En tercer lugar, el grupo necesita un instrumento que una los diversos sujetos integrantes del grupo entre sí (elemento objetivo o instrumental). Este nexo puede tener naturaleza real, contractual o personal y tiene que estar destinado a conseguir la unidad de dirección. Tanto el segundo como el tercer elemento nos permiten reconocer que los grupos se pueden articular de diversos modos. Esta flexibilidad es parte del atractivo de esta figura para los que recurren a ella y, al mismo tiempo, es una manifestación de la dificultad a la que se enfrentan los profesionales del derecho en su estudio.

1.3. Elementos definitorios del grupo de sociedades.

En este apartado, nos interesaremos por la política legislativa escogida para determinar la existencia de un grupo. ¿Se identifica la existencia del grupo con una situación de control de una sociedad frente a las demás que integran el grupo, o con la existencia de una unidad de dirección con la consiguiente limitación de la autonomía económica de las sociedades integrantes?

1.3.1. El control societario y las presunciones de control.

La legislación española vigente, en concreto el artículo 42 del CCom dispone de forma inequívoca que el elemento delimitador de la existencia de un grupo es el criterio del control societario²⁷, es decir, cuando una sociedad ostente, de forma directa o indirecta,

²⁶ GUYON, “Le droit des groupes...”, p.195 (original en Francés).

²⁷ El supuesto de control societario tiene una relevancia jurídica que va más allá de permitir presumir el ejercicio de una dirección unitaria, y a partir de allí, permitir presumir la existencia de un grupo de sociedades, pero sólo analizaremos este aspecto para el desarrollo de nuestro trabajo. A modo de ejemplo, otra consecuencia que genera es la obligación de consolidar las cuentas para las sociedades sujetas al derecho nacional de los Estados miembros, fruto de la transposición de la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, sobre cuentas consolidadas de las sociedades

el control de otra u otras sociedades. Parece que nuestro ordenamiento jurídico para referirse a la figura del grupo distingue una “sociedad dominante” y una o varias “sociedades dominadas”, de forma que, para la identificación del grupo, es necesario el control, es decir, el poder de una sociedad sobre otras, pero no se exige que se ejercite la dirección económica o empresarial. No obstante, la relación de control debe ser idónea para la configuración de la unidad de dirección puesto que no debemos olvidar el elemento finalista del grupo de sociedades. Por otra parte, el control tiene que tener carácter estable, debe mantenerse en el tiempo, y tener carácter general, que no se limite a actos concretos.

La asunción del control por una sociedad conlleva necesariamente la subordinación económica de las demás que integren el grupo. La relación de control que une una sociedad dominante o matriz a otras sociedades dominadas o filiales sólo tiene razón de ser en los grupos por subordinación. De modo que la existencia del control sólo se predica de los grupos jerárquicos. En este sentido, el art. 42 CCom impone la obligación de consolidar cuentas únicamente a los grupos por subordinación que tengan una sociedad dominante que tome las decisiones económicas comunes, fruto de una situación de dominio.

El legislador ha establecido un sistema de presunciones para determinar cuando existe ese control: cuando una sociedad posea la mayoría de derechos de voto, cuando pueda disponer de ellos en virtud de acuerdos celebrados con terceros, o cuando tenga facultad para nombrar o destituir a la mayoría de miembros del órgano de administración. También se admiten los supuestos en que el control se produzca a través de una sociedad intermedia controlada por la matriz, como ya hemos dicho, el control de la matriz puede ser indirecto. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 (en adelante ALCM) añade dos supuestos más: en primer lugar, el empleo de la marca del grupo, es decir, cuando una sociedad utilice la marca u otros signos distintivos del grupo estará sujeta a una relación de control, y, en segundo lugar, la declaración de pertenencia de una sociedad al grupo, por escrito o a través de campañas publicitarias (art. 291-3 ALCM).

de capitales. También implica la aplicación de un régimen específico para la adquisición de participaciones de la sociedad dominante por las sociedades dependientes (arts. 134 a 158 LSC, 2.359 bis CC. it., etc.)

El concepto de control para determinar la existencia de un grupo de sociedades no es ajeno al derecho comparado. En derecho alemán, de forma similar al derecho español, se distingue entre sociedad dominante y sociedad subsidiaria, según el criterio de posesión de la mayoría de los derechos de voto o posibilidad de ejercer la mayoría de derechos de voto de la subsidiaria por la dominante²⁸. Otro ejemplo clásico es la fórmula “cuando una sociedad posea la mayoría del capital social de otra sociedad, la segunda será considerada (...) como filial de la primera” (original en francés)²⁹. A *contrario*, la primera será considerada como matriz, como “société-mère”. Se trata de un control sobre el capital social en derecho francés, es decir, un control de carácter económico sobre otra sociedad, cuando en derecho español se trata de un control de derechos políticos de la sociedad³⁰. Además, en ambos casos también se recurre a presunciones de control para determinar la existencia del grupo de forma indirecta, describiendo diversas hipótesis de control político de la filial³¹. Por tanto, el derecho francés considera como grupo tanto cuando el control sea de carácter político como económico.

Las hipótesis que reconoce el derecho alemán son la detentación de la mayoría de acciones y la posibilidad de ejercer un control de las filiales por parte de la dominante, sin más especificaciones. El CCom. fr. recoge más supuestos: la detentación de la

²⁸ § 16 AktG: Subsidiaries and Parent Enterprises. (1) “If the majority of shares in a legally separate enterprise are held by another enterprise or if another enterprise is entitled to the majority of the voting rights (majority holding), such enterprise shall constitute a subsidiary and the other enterprise shall constitute its parent enterprise.” (traducción de AktG al inglés por la editorial Norton Rose, *Stock Corporation Act*).

²⁹ “Lorsqu’une société possède plus de la moitié du capital d’une autre société, la seconde est considérée, pour l’application du présent chapitre, comme filiale de la première.” (art. L 233-1 CCom. fr.)

³⁰ El concepto de control en dos ordenamientos jurídicos distintos, en relación a una misma situación, puede dar lugar a calificarla como una situación de control en un Estado, pero en otro no. En el caso de que el elemento definitorio del grupo sea el control político, no se tomaran en cuenta las acciones sin voto para determinar calificar una situación de control, pero en cambio, si se tomarán en cuenta en caso que el elemento definitorio del grupo sea el control económico de la sociedad. Además, G. GUIZZI apunta que disponer de “la mayoría absoluta de los votos ejercitables en junta (...) no coincide necesariamente con el supuesto de que la participación sea equivalente a la mayoría absoluta del capital social, (...) el usufructo y prenda de acciones puede no estar ligada a la titularidad de la participación” v. GUIZZI, G., “Participaciones cualificadas y grupos de sociedades” en ABRIANI, N., (Dir) *Derecho italiano de sociedades (Manual breve)*, Valencia, 2008, p. 421.

³¹ Art. L 233-3 CCom. fr. y §§ 17-18 AktG.

mayoría de derechos de voto *de facto*, formalmente a través de la posesión de la mayoría de acciones o participaciones sociales o a través de un pacto con otros socios, el poder de nombrar o destituir la mayoría de los miembros de los órganos de administración, de dirección o supervisión de la sociedad, también cuando aún no disponiendo directa o indirectamente la mayoría de los derechos de voto, si se disponga de más del 40% y que ningún otro socio ostente un porcentaje mayor³². Por su parte, el Derecho italiano describe el concepto de control por su carácter político (art. 2.359 CC. it) y no solo prevé la hipótesis de disponibilidad de la mayoría absoluta de derechos de voto en Junta General, sino también el supuesto de una participación mayoritaria, pudiendo ser inferior al 50% de derechos de voto ejercitables, siempre que conlleve la posibilidad de determinar el desarrollo de la actividad de la sociedad participada.

Esta técnica legislativa³³ revela la voluntad de delimitar el alcance o el perímetro de un grupo de sociedades por las relaciones de control entre las sociedades vinculadas, incluyendo en el concepto de control la posibilidad de que éste sea indirecto en los ordenamientos jurídicos a los que nos hemos referido, sin reconocer al grupo como una unidad.

1.3.2. La unidad de dirección.

Sin embargo esta primera política legislativa podría no ser suficientemente satisfactoria, al no ser de aplicación las medidas previstas para los grupos de sociedades a aquellos grupos cuya base no es una relación de control, dejando sin protección a socios externos, acreedores y terceros perjudicados por la actuación de los grupos por

³² Vemos que en esta última hipótesis, no se alcanza la mayoría estrictamente hablando, pero al concurrir otras circunstancias, igualmente se considera que existe un control. Es importante diferenciar la situación de control, es decir, de una influencia dominante, y la situación de participación en la que la influencia es notable. La participación tiene su propia relevancia jurídica.

³³ “El mecanismo presuntivo – que implica que de un hecho cierto se infiera en otro ignorado - (...) el control constituye un hecho que hay que demostrar en concreto y que hay que probar demostrando que, a través de la participación, o de los vínculos contractuales particulares de la sociedad (...) se ejercita una influencia determinante sobre la actividad de la sociedad”, v. GUIZZI, G., “Participaciones...”, op. cit., p. 424.

coordinación³⁴. La legislación vigente deja al margen el criterio de la unidad de dirección, en cambio la versión del artículo 42 CCom según la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social establecía como elemento central de la noción de grupo la unidad de dirección. El problema de establecer un elemento definitorio de la noción de grupo es que podrían excluirse supuestos tanto en un caso como en el otro, por esa razón el ALCM admite ambos criterios en plano de igualdad, de forma alternativa (291-2 y 291-4)³⁵.

En este caso, ya no es relevante la existencia de control para determinar la existencia del grupo, el elemento delimitador es la existencia de “un poder de dirección unitario y común” (291-4). El ALCM positiviza lo que ya admite el derecho español en la medida que, como estudiaremos más adelante, reconoce la legitimidad de los grupos y de su interés. La doctrina ha construido el concepto de grupo de sociedades en base a este elemento, puesto que una situación de control solamente es un indicio que nos puede llevar a presumir la formación de un grupo, pero en ningún caso se puede identificar el grupo con una situación de dominio. No olvidemos que las presunciones admiten prueba en contrario, no siempre que nos encontremos ante un supuesto de control societario estaremos frente un grupo de sociedades. La jurisprudencia señala que los grupos de sociedades se caracterizan “por la existencia de un poder unitario de decisión sobre un conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de

³⁴ Para el profesor EMBID IRUJO, la opción de política legislativa reduccionista basada en el control debe ser superada, siendo necesaria la regulación de los grupos horizontales, pero considera que la AktG de 1965, en un principio, no los incluyó en el régimen de los grupos ni tampoco estableció un régimen específico para ellos, entendiendo que no existían las necesidades de tutela a diferencia del caso de los grupos jerárquicos donde los abusos se pueden producir con mayor facilidad. Puede que el legislador español haya seguido la misma línea, influenciado por el derecho alemán, v. EMBID IRUJO, J. M., “Una propuesta...” op. cit., p. 422.

³⁵ En la actualidad, parece que el derecho alemán también prevé de forma alternativa el concepto de grupo según el criterio de control (§§ 16 y 17 AktG) y según el de dirección unitaria (§ 18 AktG). Es más, recoge una tercera posibilidad acumulando ambos elementos (§ 18.1 AktG), al mismo tiempo que dispone que no es necesario la concurrencia de una situación de control para poder determinar la existencia del grupo, ya que los miembros del grupo pueden adoptar una política conjunta de forma coordinada, teniendo todas un ámbito de toma de decisiones (§ 18.2 AktG).

ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario)”³⁶.

Al aceptar este elemento como delimitador del grupo de sociedades, obtenemos una noción amplia de grupo, en el que esta forma de organización empresarial puede darse tanto si existe una situación de control como si no existe. En este sentido, serán parte del grupo aquellas personas jurídicas que desde la perspectiva económica mantienen una relación de integración económica. No podemos hablar de dependencia económica que sólo se predicaría de los grupos por subordinación, sometidos a una relación de control, porque también se incluye dentro de la noción de grupo aquellos que no se basan en una relación de control, sino en el sometimiento a una dirección económica conjunta.

1.4. Modelos organizativos del grupo.

La doctrina ha establecido múltiples clasificaciones de grupos de sociedades en función de si para su creación han sido adoptados los mecanismos jurídicos para tal efecto (grupos de derecho/grupos fácticos), en función de la naturaleza de las relaciones que originan la unidad de dirección del grupo (grupos dominicales/grupos contractuales/grupos personales), entre otros. Sólo abordaremos la diferenciación entre grupos verticales y grupos horizontales por un lado, y la diferenciación entre grupos centralizados o descentralizados por otro, ya que presentan más interés para las cuestiones a tratar en nuestra exposición.

1.4.1. Grupos verticales y grupos horizontales.

Si analizamos la configuración del grupo desde el punto de vista del vínculo que une los sujetos que lo componen, podremos hacer la distinción entre grupos verticales y grupos horizontales, en función de su ordenación interna. Lo que diferencia a unos y otros es la previa existencia de una situación de control o la falta de ella en el modo de constituirse la dirección unitaria.

³⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 628/2005, de 29 de julio (RJ 2005\6561).

Los grupos verticales, también denominados grupos jerárquicos o por subordinación, se basan en una relación de control de una sociedad sobre las demás. Parte de la doctrina considera que “la vinculación jerárquica entre sus elementos integrantes sería el elemento que permitiría explicar la existencia misma del derecho de grupos, sobre todo mediante la presencia de normas (de tutela) que salvaran la desigualdad derivada del poder de control de una entidad sobre otra u otras”³⁷, de modo que únicamente se legitimaría la existencia de los grupos verticales, los grupos que se basan en una relación de jerarquía/subordinación. Tradicionalmente, el funcionamiento de grupos que se constituyen según esta modalidad ha provocado mayores desequilibrios en los legítimos intereses de acreedores y también de los socios de las sociedades que integran el grupo, por lo que una de las prioridades del legislador ha sido la de dotar de un régimen jurídico aplicable a esta modalidad de grupos para intentar contrarrestar tales desajustes.

Pero hay grupos en los cuales las sociedades integrantes se relacionan entre sí en un plano de igualdad, son los grupos horizontales, también denominados grupos paritarios o por coordinación. El resultado es el mismo, el ejercicio de una dirección unitaria, pero éste no es consecuencia de una situación de control sino de un previo acuerdo de las entidades que libremente deciden integrarse. El ejemplo típico de grupos paritarios es el grupo cooperativo. A pesar de esta relación de igualdad, también hay una sociedad que se sitúa en la cabeza del grupo que tiene derecho a impartir instrucciones que son de obligado cumplimiento (art. 78.1 y 2 LCoop). “No son instrucciones impuestas [como en el caso anterior] sino convenidas”³⁸.

La distinción de las dos modalidades flexibiliza la integración de las entidades al grupo, permitiendo que algunas entidades que, por sus características propias como las fundaciones o las cooperativas, tienen un difícil encaje dentro de los grupos jerárquicos. El problema surge sobre todo cuando éstas se convierten en sociedades dominadas al modificarse ciertos aspectos orgánicos que la Ley impone a las mismas por su tipología. Por tanto, no se puede negar la idoneidad para formar parte de un grupo de un tipo de entidad, sino que habrá que valorar su acoplamiento en el caso concreto³⁹.

³⁷ EMBID IRUJO, J. M., “Una propuesta...” op. cit., p.421.

³⁸ ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid, 2004, p. 230.

³⁹ v. *supra* apdo. 1.2. del cap. 1º.

1.4.2. Grupos centralizados y grupos descentralizados.

Una nueva distinción se dilucida en función de la forma de organización empresarial del grupo, y en especial, en la distribución de las facultades que configuran la unidad de dirección, en otras palabras, en el alcance de la dirección unitaria. Es posible que las decisiones se tomen exclusivamente en el seno de la sociedad matriz y que sean ejecutadas por las filiales, pero existe la posibilidad que las sociedades sometidas a la unidad de decisión también tengan un espacio para participar en la toma de decisiones. En el primer caso estaremos frente a un grupo centralizado, concentrando las facultades de la unidad de decisión en la sociedad matriz, y en el segundo caso, nos encontraremos frente a un grupo descentralizado.

Esto tiene una incidencia directa en la autonomía de las sociedades sometidas a la unidad de dirección o la falta de ella. Cuanto mayor sea el grado de centralización, menor será la autonomía económica de las filiales. En los grupos centralizados, en casos extremos, las entidades pueden llegar a actuar como meros departamentos de una empresa sin autonomía económica propia, aunque formalmente exista pluralidad de personas jurídicas en el seno del grupo. No obstante, aunque el grupo opte por una política común fuertemente centralizada, existen unos límites porque el grupo es una pluralidad de personas jurídicamente independientes. El grupo ha de respetar la autonomía jurídica de las sociedades que lo integran por lo que las sociedades filiales deben tener estructuras tan completas como si fuesen sociedades no integradas en un grupo, y es necesario que sus órganos sociales estén plenamente operativos, tienen que funcionar en condiciones normales y ejercer las atribuciones otorgadas por la Ley, porque las sociedades filiales tienen todos los atributos propios de una sociedad⁴⁰.

El grado de centralización o de descentralización afecta la cuestión de la responsabilidad frente a terceros. En la medida que las filiales solo ejecutan las decisiones de la matriz, es importante preguntarnos cuál es el alcance de la

⁴⁰ La sociedad filial tiene una nacionalidad y una sede que no tienen porqué corresponder a la de su matriz, un interés social diferenciado y autónomo, sus propios órganos de gobierno y de administración, sus propios representantes, es titular de derechos y obligaciones que sólo pueden ser ejercidos por ella y que son consecuencia de sus relaciones con terceros y su operación en el mercado, consecuentemente una responsabilidad autónoma a la de la matriz, etc.

responsabilidad de la matriz en relación a las actuaciones de las filiales ejecutadas bajo sus órdenes. En cambio, la pregunta, en el caso de los grupos descentralizados, es si la responsabilidad de la matriz debería extenderse a este supuesto, teniendo en cuenta que una sociedad integrante del grupo puede actuar de forma autónoma y tomar ciertas decisiones.

1.5. Problemas derivados de la falta de definición de un concepto unitario de grupo de sociedades.

Tradicionalmente la doctrina mayoritaria argumenta que sólo se puede regular el grupo de sociedades desde la perspectiva del derecho de sociedades, puesto que constituye la *sedes materiae* de la regulación orgánica de los grupos⁴¹. Es la política legislativa a la que ha optado el derecho alemán, en §18 AktG. Sin embargo, la mayoría de ordenamientos han optado por regular el fenómeno del grupo desde diferentes ramas del derecho, desde una perspectiva funcional, teniendo como resultado una pluralidad de conceptos de grupo de sociedades, utilizando habitualmente la expresión “a efectos de la presente Ley”. En esta segunda opción, se construye una definición del concepto en función de la finalidad de cada rama del derecho y la voluntad del legislador según pretenda que tenga un ámbito de aplicación amplio o restringido, de manera que el perímetro del grupo variará en función de la rama del derecho o incluso de la aplicación de una norma específica⁴². Por una parte, esta realidad responde a la finalidad de la

⁴¹ EMBID IRUJO, J. M., “Una propuesta...” op. cit., p.419.

⁴² A modo de ilustración, v. STSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), nº 218/2013, de 13 de diciembre (JUR 2014/28430): “El grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil” (STS de 3 de noviembre de 2005), (...) No deben confundirse las nociones laboral y mercantil de “grupo de empresas”. Mientras que el grupo de empresas mercantil encuentra su regulación legal en el Código de Comercio, (...) el grupo de empresas laboral no aparece ni definido ni regulado en el ET, más allá de ciertas referencias puntuales en él, resultando ser una creación jurisprudencial, con el objetivo de imponer una responsabilidad solidaria a todas las empresas del grupo. (...) [En] otras normas laborales, (...) por ejemplo, la Ley 10/1997, de 24 de abril (RCL 1997, 1006), de Derechos de Información y Consulta de Trabajadores en Empresas de Dimensión Comunitaria se define el grupo de empresas como “el formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas” (art. 3.1.3 °). (...) La finalidad última de constatar la presencia de un grupo de empresas laboral se encuentra en permitir la extensión de responsabilidad (laboral) a todas las empresas del grupo. (...) no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al

regulación de un aspecto concreto del grupo, y por otra a la dificultad de estructurar un concepto transversal del grupo de sociedades. Esto revela la relatividad del concepto de grupo de sociedades.

En este capítulo hemos puesto en relieve las dificultades de delimitar en términos jurídicos el fenómeno del grupo, incluso en derecho de sociedades existen dos formas de concebir la existencia del grupo, según una relación de control-dependencia o según la existencia de una dirección unitaria. El perímetro del grupo es diferente en un concepto y en otro, sin embargo parece que ambos conceptos parecen alcanzar el conjunto de los modos de organizar el grupo.

La falta de una definición legal que corresponda a la realidad del grupo acusa los obstáculos de establecer un régimen global de derecho de grupos, no por falta de intención del legislador, sino por la dificultad de determinar el objeto de regulación. Inevitablemente, la aprobación de un régimen jurídico conlleva importantes carencias intrínsecas y trae como consecuencia grandes problemas en la práctica jurídica ante la inadecuación a la realidad de los grupos. Tiene sentido preguntarse si es oportuno un régimen jurídico aplicable al grupo tal y como lo hemos planteado, pero aparentemente es mejor disponer de él, aunque inadecuado, debido a la real necesidad de regulación de la figura del grupo de sociedades.

mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más. (...) La existencia de un "grupo de empresas familiar" exige, en suma, que quede plenamente acreditado que los trabajadores, aunque formalmente pertenecientes a una de las empresas del grupo, eran en realidad trabajadores del grupo de empresas -no se exige que exista un único *dominus negotii* o mandante, ya que puede existir una pluralidad de ellos-, "resultando ser la empresa agrupada una mera ficción jurídica, que se interpone entre la dirección o las distintas empresas del grupo y los trabajadores" (STSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 20 de julio de 2010 [rec. núm. 841/2010])”

CAPÍTULO SEGUNDO: EL RECONOCIMIENTO Y CONTENIDO DEL INTERES DEL GRUPO.

2.1. Reconocimiento legal de un ámbito de legitimidad del interés del grupo.

A pesar de la falta de definición legal explícita, las referencias a la figura del grupo, esparcidas en diferentes sectores del ordenamiento jurídico español, deben ser interpretadas a la luz del principio constitucional de libertad de empresa (art. 38 CE), lo que nos lleva a deducir que los grupos de sociedades se encuentran reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Anteriormente hicimos énfasis en la dirección unitaria como presupuesto necesario del grupo para su existencia⁴³, es decir, en unas directrices comunes que rigen la actividad de los sujetos que forman parte del grupo. Es aquí donde surgen las dificultades porque, si bien la figura del grupo está reconocida en derecho español, la persecución del interés del grupo no lo está de forma expresa⁴⁴, y además parece entrar en contradicción con los principios básicos del derecho de sociedades español, por lo que una legitimidad implícita del interés del grupo no está del todo claro.

Sucede lo mismo respecto al interés social, no tiene previsión legal en nuestro derecho positivo, pero la doctrina lo ha reconocido de forma manifiesta. La idea de que cada sociedad debe perseguir su propio interés se desprende del régimen de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad de los administradores⁴⁵, instrumentos tuitivos del interés social. El órgano de administración debe someterse al interés social en todas

⁴³ v. *supra* apdo. 1.2. del cap. 1º.

⁴⁴ Las experiencias francesa e italiana han compartido la misma preocupación por legitimar *data lege* el interés del grupo de sociedades ante el silencio del legislador acerca de su prohibición o su permisón de la persecución de este interés ajeno al interés social. Ambos ordenamientos jurídicos han llegado a legitimarlo por vía jurisprudencial, salvando las dificultades impuestas por una preeminencia clara del interés social sobre cualquier otro en el ámbito del derecho societario.

⁴⁵ FUENTES NAHARRO, M. “Conflicto de intereses en grupos de sociedades: reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007”, *RDS*, nº 30, 2008, pp.401-419, p. 412.

las decisiones y actos de gestión que realice, por lo que se pueden producir conflictos entre el interés social y el interés del grupo cuando ambos sean incompatibles. De aquí la importancia de determinar, primeramente, la conformidad o disconformidad del interés del grupo al derecho español, y, en segundo lugar, determinar cuál de estos intereses prima sobre el otro para averiguar cuál de ellos supone un límite para el otro.

Sin embargo, en el ámbito de las sociedades cooperativas encontramos una alusión a la facultad de impartir instrucciones. El redactado del art. 78 LCoop es revelador: textualmente reconoce que hay una “entidad cabeza del grupo”, que ésta “ejercita facultades o emite instrucciones”, que esas instrucciones son “de obligado cumplimiento para [las entidades] agrupadas”, y que de esta forma “se produce una unidad de decisión” cuyo contenido son las facultades mencionadas. No creemos poder afirmar que constituya un reconocimiento expreso aplicable con carácter general a los grupos de sociedades, pero nos permitimos admitir que es una base para reconocer que la persecución de un interés extrasocial por parte de las sociedades filiales no está expresamente prohibida, y que éste precepto podría ser aplicado analógicamente para cualquier tipo de grupo por lo que respecta a la legitimidad del interés del grupo.

El problema es que, al no haber un régimen jurídico de los grupos de sociedades, debemos dar una respuesta jurídica en base al derecho societario que sólo prevé una defensa del interés de la sociedad que actúa de forma independiente (sociedad-isla) cuando éste queda subordinado al interés de grupos de accionistas como consecuencia del ejercicio de una situación de dominio. Aquí no se tiene en cuenta la realidad del grupo en la que la sociedad queda integrada en una organización empresarial cuya dirección unitaria establece el interés común del grupo al que debe someterse la actuación de las sociedades del grupo. El interés del grupo “define el funcionamiento de la empresa policorporativa en la que la sociedad se encuentra integrada”⁴⁶.

Si aplicásemos la solución que ofrece el derecho de sociedades, la dirección unitaria se ejercería muy dificultosamente, sólo sería legítima si no tuviese efectos negativos para el interés de ninguno de sus miembros. Por ejemplo, si las decisiones tomadas por la dirección unitaria perjudicasen el interés de cualquier sociedad del grupo serían declaradas ilegítimas, y en consecuencia, dichos acuerdos serían declarados nulos de pleno derecho. Con este ejemplo, observamos que se impondría un gran obstáculo para

⁴⁶ FUENTES NAHARRO, M., *RDS*, nº 30, 2008, p.411.

la gestión del grupo en su conjunto. No tiene sentido alguno que nuestro ordenamiento admita la existencia de los grupos, y al mismo tiempo constriña severamente la gestión y gobierno de los mismos, debido al régimen de conflicto de intereses que no se adapta a esta figura ni a las nuevas necesidades empresariales. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, parece ser que la legitimación de la dirección unitaria sólo se acepta en la medida que la “integración de una sociedad en un grupo [es] beneficiosa para la misma, en el sentido de favorecer su actuación concurrencial, la agrupación de esfuerzos, la organización de medios la planificación de objetivos comunes o coordinados que, como regla general, aquel generan”⁴⁷. Realmente, la mayoría de las veces el interés del grupo englobará el interés social de forma que ambos irán en la misma dirección y perseguirán los mismos objetivos. En esas situaciones, ¿por qué razón la persecución del interés del grupo debería ser ilegítima o debería prohibirse?

Llegamos a la conclusión paradójica en la que, teóricamente, el grupo como agrupación empresarial está legitimado por el legislador, no obstante, su elemento definidor, la dirección unitaria orientada a la consecución del interés propio del grupo, un interés autónomo del interés social de los sujetos que integran el grupo, aparentemente no tiene legitimación ni expresa ni implícita en derecho español⁴⁸. El grupo parece estar legitimado por diversidad de normas de derecho español que hacen alusión a esta figura, y la situación paradójica proviene del hecho que el legislador no le ha dotado de instrumentos necesarios para su correcto desarrollo. Nosotros preferimos una conclusión más optimista, es decir, puede que, en base a los argumentos anteriores, sólo se legitime implícitamente una noción muy estrecha de interés del grupo.

⁴⁷ STS nº 400/2007, (Sala de lo Civil), de 12 de abril de 2007 (R.J. 2007/2410). La cita corresponde al FJ. 9º, en el que se establece que en caso de conflicto de interés social y el interés del grupo, la sociedad, estando sometida a una situación de control, no puede sacrificarse el interés social en beneficio del interés del grupo. Esta sentencia antepone el interés social al interés del grupo, considerando que el interés de un grupo de accionistas que controla la sociedad (interés de accionistas del grupo) no se identifica con el interés social, pero además, después de una valoración, considera que el acuerdo impugnado en este caso es perjudicial para el interés común de los socios de la filial (interés social). Se desestima el recurso de casación aunque la Sala reconoce que el Consejo de administración de la sociedad matriz tenía atribuida estatutariamente la facultad de cesar al director general de la filial, por lo que tenía capacidad para tomar tal decisión (FJ. 7º).

⁴⁸ FUENTES NAHARRO, M., *RDS*, nº 30, 2008, p.414.

No obstante, se han producido diferentes propuestas legislativas para reconocer positivamente el interés del grupo, concretamente en el art. 594 PCSM y el art. 291-9 ALCM. Como reforma notable, en ambos casos, se propuso reconocer que el interés del grupo también pudiese ocasionar perjuicios a la sociedad, legitimando de esta manera un concepto amplio de interés del grupo.

2.2. La gestión y el gobierno del grupo de sociedades

2.2.1. El traslado de facultades al órgano de administración de la matriz.

Una cuestión clave en la regulación de los grupos es el reconocimiento de la facultad de impartir instrucciones a la entidad que ejerce la dirección unitaria y que éstas deban ser obedecidas por las demás sociedades del grupo⁴⁹. “Sólo si la sociedad matriz está investida de un poder de control sobre las demás sociedades filiales del grupo será posible asegurar la coordinación de sus actividades de acuerdo a una estrategia o interés común, necesario para garantizar la estabilidad y la supervivencia de la empresa policorporativa en su conjunto. Si tal poder no existe, tampoco la gestión unificada”⁵⁰. Aunque en la legislación vigente no esté previsto, tanto el artículo 594 PCSM como el artículo 291-9 ALCM reconocen esta facultad a la sociedad matriz, siempre que las instrucciones que imparta se amparen en el interés del grupo.

Bien es cierto que la legislación vigente no prevé con carácter general una “facultad para impartir instrucciones”, pero si atribuye al Consejo de Administración de las sociedades cotizadas la determinación de la política de gobierno corporativo del grupo, su organización y su funcionamiento junto a la definición de la estructura del grupo de sociedades del que la sociedad cotizada sea entidad dominante, entre otras (art. 529 ter LSC)⁵¹. Es más, el título del artículo manifiesta que tales facultades son exclusivas porque son indelegables. Es una disposición que afecta exclusivamente a las cotizadas,

⁴⁹ EMBID IRUJO, J. M., “Una propuesta...” op. cit., p.437.

⁵⁰ ANTUNES, J. E., “El gobierno corporativo de los grupos: problemas actuales y propuestas alternativas”, en FUENTES NAHARRO, M. y NAVARRO LÉRIDA, M. S. (Coord.) *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España*, Cizur Menor, 2011, tomo II, pp. 379-411, p. 392.

⁵¹ La incorporación de este precepto ha sido introducido por el apdo. 41 del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre), vigente a partir de 1 enero 2015.

no obstante su condición de cotizadas es circunstancial, por lo que no hay objeción alguna para que se atribuya esta facultad a sociedades dominantes no cotizadas, ya que tradicionalmente se ha atribuido el ejercicio de la dirección unitaria al Consejo de Administración de la sociedad matriz.

En la sociedad dominante, se produce la erosión de las competencias de la Junta General que son trasladadas al órgano de administración de la sociedad dominante. Este último acumula una mayor concentración de facultades que cualquier órgano de administración en el contexto de una sociedad-isla. Formalmente, la LSC atribuye una serie de competencias a los accionistas que son exclusivas⁵², pero *de facto* la Junta no puede ejercerlas, porque muchas de ellas afectan a la política unitaria del grupo, con ciertos matices, porque se atribuye a la Junta General la facultad de transferir a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas (art. 511 bis LSC), con la última reforma de la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de mejora del gobierno corporativo. Este fenómeno también se produce en las sociedades dominadas, respecto a las competencias de la Junta General, como del órgano de administración, al estar este último obligado a ejecutar las instrucciones que recibe del órgano de administración de la matriz.

Un ejemplo es la facultad de anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a los socios a través de un acuerdo de la Junta de general (art. 162 LSC). Las sociedades pertenecientes al mismo grupo también pueden disfrutar de esta asistencia, pero si éstas son las destinatarias de la misma, no es necesario que la decisión se tome mediante un acuerdo de la Junta. Por tanto, si es la sociedad dominante la que ha de prestar ayuda financiera, será su órgano de administración el que tome la decisión. En cambio, si es una sociedad dominada que ha de prestar ayuda a cualquier otra sociedad perteneciente al grupo, será el órgano de administración de la sociedad dominante que, en interés del grupo, imparta una instrucción a los administradores de la filial para que ejecuten esta decisión, como si la tomaran ellos últimos, porque formalmente son ellos quienes llevan la gestión de la sociedad filial.

⁵² El art. 160 LSC atribuye una serie de competencias a la junta general como la aprobación de cuentas anuales, el nombramiento y separación de administradores, liquidadores y auditores, la modificación de estatutos sociales, el aumento y la reducción de capital, operaciones de modificación estructural, la disolución de la sociedad, entre otras, siendo posible ampliar este catálogo por vía estatutaria.

En definitiva, es un traslado de competencias a diferentes niveles a favor del órgano de administración de la sociedad que se sitúa en la cabeza del grupo. Cobra sentido afirmar que el grupo no se caracteriza únicamente por su concentración económica, sino por una racionalización de la estructura y la organización empresarial.

2.2.2. El contenido del poder de dirección.

Para poder hablar de dirección unitaria es necesario un nivel mínimo de concentración de poder de dirección en la sociedad matriz⁵³, dado que las sociedades se vertebran en el grupo a través de la dirección unitaria ejercida por la sociedad dominante⁵⁴. La doctrina estima que se deben centralizar ciertas decisiones, de lo contrario sería impensable considerar la existencia del grupo. El profesor ANTUNES hace la distinción entre decisiones de carácter estratégico y decisiones de carácter operativo⁵⁵.

El actual art. 529 ter LSC sigue la línea que había establecido la doctrina respecto a decisiones de carácter estratégico que consisten en el establecimiento de una política empresarial global del grupo⁵⁶ que conlleva necesariamente el establecimiento de la estructura del grupo, eligiendo el modelo de estructura de gestión, la determinación de

⁵³ El profesor ANTUNES considera que existen dos aproximaciones metodológicas para llegar a conocer en qué consiste el poder de dirección. La primera forma directa y positiva, la seguida por la literatura económica, trata de averiguar el contenido concreto del poder de dirección, es decir, las facultades que se atribuyen a la unidad de dirección, y cuál es el contenido mínimo de centralización para la existencia del grupo de sociedades. La segunda forma es negativa e indirecta, a la que recurre la literatura jurídica, consistente en preguntarse cuál es el nivel máximo de centralización del poder de dirección en la sociedad matriz para la existencia del grupo y establecer los límites del poder de dirección. Desde nuestro punto de vista, opinamos que para una delimitación más completa del concepto de poder de dirección sería adecuado estudiar esta cuestión desde ambas perspectivas.

⁵⁴ SAP Zaragoza (Sección 5ª), nº 643/2012, de 11 de diciembre (AC\2013\426).

⁵⁵ ANTUNES, “El gobierno...”, op. cit. p. 393.

⁵⁶ “El carácter global de la política empresarial seguida por los integrantes del grupo, es el criterio básico constitutivo para la existencia de un grupo (...) Esto se caracteriza por una coordinación entre las actividades de las filiales y de la sociedad matriz según una plantificación definida previamente, y por un intercambio de activos”, v. ANTUNES, “El gobierno...”, op. cit. p. 393, citando a BOLZE, C. *Groupes de sociétés et le Droit de la Concurrence dans la Communauté Économique Européenne (étude comparative)*, dirigida por René Roblot. Tesis doctoral inédita. Université de Lorraine, Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion, Nancy, 1979, p. 78.

objetivos generales del grupo, la distribución de competencias de gestión empresarial en diferentes áreas, y un intercambio de recursos. También puede considerarse como decisión estratégica “la aprobación de la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia de la sociedad y su grupo” (art. 529 ter g. LSC), en definitiva, aquellas que se refieran a las vías de actuación del grupo para lograr los objetivos previamente definidos.

En cuanto a las decisiones de carácter operativo, éstas afectan a la gestión de las filiales y pueden tener un impacto patrimonial y financiero sobre el grupo, especialmente decisiones sobre la distribución de los recursos del grupo, como los compromisos de aportación periódica de recursos a los que hace referencia el art. 78.2.c LCoop. También puede afectar a decisiones sobre las necesidades del grupo y las medidas para cubrirlas, sobre políticas de dividendos y reservas, entre otros, e incluso la existencia de una política común de personal⁵⁷.

El ejercicio de estas facultades tiene que ampararse en la consecución del interés del grupo, pero además figura como límite la Ley y los estatutos de la sociedad dominada⁵⁸. No podemos concebir que el interés del grupo sirva de justificación de actos contrarios a la Ley. También será un límite los deberes de los administradores sociales que están expresamente recogidos por la legislación societaria. Además, el ejercicio de la dirección unitaria tampoco puede justificar la comisión de cualquier ilícito previsto por nuestra legislación penal, incluso los delitos societarios del capítulo XIII del título XIII del libro II del Código Penal (arts. 290-297 CP) que atañen especialmente a actuaciones que se producen en el seno de la sociedad y a la gestión de las mismas, como la imposición de acuerdos societarios lesivos (Art. 292 CP), administración desleal (art. 295 CP), entre otros.

Por último, el gobierno del grupo también comprende la supervisión o vigilancia del mismo, es necesario comprobar si las sociedades pertenecientes al grupo se ajustan a los

⁵⁷ EMBID IRUJO, J. M., “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España”, *RDM*, 2012, nº 284º, p. 284.

⁵⁸ EMBID IRUJO, J. M., “Una propuesta...” op. cit., p.437.

objetivos establecidos por la política común del grupo. Del mismo modo que la sociedad matriz puede decidir dar un margen a las sociedades subordinadas para que puedan tomar sus propias decisiones, dentro de los límites permitidos por la política del grupo, es posible que la matriz supervise más o menos intensamente el cumplimiento de las instrucciones impartidas a las sociedades filiales, en función del grado de centralización de la gestión del grupo y del contenido concreto del poder de dirección. Aunque se trata de un poder distinto al poder de dirección, ANTUNES llega a llamarlo “gemelo”⁵⁹ al primero, son paralelos, y el titular de ambos es el órgano de administración de la sociedad dominante.

Esta función implica, por una parte la adopción y desarrollo de un marco organizativo para asegurar la consecución de los objetivos del grupo, destacando la “eficacia de las operaciones, la fiabilidad de la información financiera, el cumplimiento de leyes y reglamentaciones”⁶⁰, pero al mismo tiempo es necesario hacer un control de los riesgos a los que está sometido el grupo de sociedades, instaurando procedimientos para identificarlos, evaluar y controlar su impacto, y establecer estrategias para afrontarlos, y de este modo no hacer peligrar el logro de sus objetivos del grupo.

2.2.3. El deber de dirección

También se plantea la cuestión de si el ejercicio del poder de dirección es una facultad, es decir, si su ejercicio es opcional, o si se trata de un deber del órgano que tiene atribuida la dirección unitaria. La relevancia de la cuestión se debe a que al hablar de deber, hablamos de obligación y por tanto de responsabilidad que conlleva su incumplimiento.

El profesor ANTUNES propone el ejemplo de una sociedad *holding* que posea la totalidad o la mayoría de acciones o participaciones de las sociedades filiales para valorar si la matriz puede ejercer el control de las demás sociedades integrantes del grupo, y por tanto el poder de dirección, a través del ejercicio de los derechos políticos conferidos por la propiedad de las acciones o participaciones de las filiales, o si el Consejo de Administración tiene el deber de ejercer ese poder de dirección y llevar la

⁵⁹ ANTUNES, “El gobierno...”, op. cit. p. 404.

⁶⁰ *Ibídem*, p. 407.

gestión de las filiales obligatoriamente⁶¹. Si se tratase de un deber, surgiría responsabilidad de los administradores en caso que no guardasen la diligencia debida al actuar, como en caso de negligencia ante la inactividad. En cambio, si fuese una simple facultad, “cualquier decisión que se adoptara en el sentido de no ejercitar ese poder de dirección no determinaría, en línea de principio, una violación de sus obligaciones legales ni tampoco, en consecuencia, podrían los administradores ser responsables por ese hecho”⁶².

Cabe subrayar que no existe una respuesta única. El profesor ANTUNES reconoce que al convertirse una sociedad en matriz de un grupo, los derechos y deberes del órgano de administración sufren una modificación, textualmente “transformándose en multidimensionales”⁶³. Por una parte, parece indiscutible que surge la obligación de la matriz de dirigir el conjunto del grupo, y es probable que los administradores ejerzan un control y una vigilancia sobre los asuntos de las filiales para evitar cargas o pasivos imprevistos. Por otra parte, en Derecho español, como en derecho comparado, existe la distinción entre control y dirección unitaria. El profesor ANTUNES se decanta por interpretar que el deber de dirección no se identifica con el deber de dar instrucciones a los órganos de administración de las filiales, y que la matriz podrá decidir si ejercer el poder de dirección sobre las filiales y en qué grado, es decir, en éste segundo caso, si prefiere llevar a cabo una dirección del grupo extremadamente centralizada o dar margen de autonomía a los órganos de administración de las sociedades filiales.

2.3. Aproximaciones a la legitimación del interés del grupo y del poder de dirección en Derecho comparado.

El planteamiento que hemos expuesto en los últimos epígrafes, desde la perspectiva del Derecho español, no es el único existente, y además, tampoco es suficientemente satisfactorio para resolver los problemas derivados de la existencia del interés del grupo. Proponemos un ejercicio interesante, el de observar otras formas de reconocer el interés del grupo que han adoptado ordenamientos de nuestro alrededor, que sin duda

⁶¹ ANTUNES, “El gobierno...”, op. cit. p. 401.

⁶² *Ibidem*, p. 401.

⁶³ *Ibidem*, p. 402.

constituyen un *brainstorming* para nuestro legislador con el fin de aumentar la seguridad jurídica en Derecho español en lo que atañe esta cuestión.

El Derecho alemán reconoce explícitamente el interés del grupo. El § 308 AktG legitima el poder de dirección: por una parte concede a la sociedad matriz el derecho a impartir instrucciones a las sociedades filiales en caso de los grupos contractuales⁶⁴, y por el otro, establece la obligación de cumplir esas instrucciones, cuando se amparen en pro del interés del grupo. La sociedad dominante debe compensar los daños y perjuicios anuales ocasionados a las filiales por el ejercicio del poder de dirección. En cambio, en el caso de los grupos de hecho, no se reconoce el derecho de la matriz a impartir instrucciones, pero puede ejercer la dirección unitaria sobre las subsidiarias si se compensan los daños causados al patrimonio de la filial, de forma similar al primer supuesto⁶⁵. En la práctica, el resultado es el mismo en ambos casos.

El legislador italiano también ha preferido reconocer expresamente la existencia de la figura del grupo, la legitimidad de la subordinación de sociedades subsidiarias y la del ejercicio de la dirección unitaria por la sociedad matriz en interés del grupo (Art. 2.497 CC. it.). La legislación italiana también prevé la obligación de responder por los perjuicios causados en ejercicio de la dirección unitaria. Esta responsabilidad de la sociedad matriz nacerá únicamente cuando el resultado del ejercicio del poder de dirección sea un daño para alguna de las sociedades del grupo, siempre que el daño no haya sido eliminado por actuaciones encaminadas a esa finalidad, adoptando una solución en la misma línea que el derecho alemán en 2003 con la positivización del interés del grupo⁶⁶. Antes de esa fecha, el ordenamiento jurídico italiano se enfrentaba a los problemas que hemos abordado desde la perspectiva del derecho español en relación a la necesidad de una legitimación implícita del interés del grupo.

El ordenamiento jurídico francés no recoge el concepto de interés del grupo ni reconoce el poder de dirección. La jurisprudencia francesa ha construido la “doctrina Rozenblum” a partir de la sentencia de la *Cour de Cassation* de 4 de febrero de 1985, para

⁶⁴ CONAC, P. H., *ECFLR*, nº 2, vol. 10, 2013, p.199.

⁶⁵ §§ 302 de la AktG (grupos contractuales o *Vertragskonzern*) y 311 de la AktG (grupos de hecho o *Faktischer Konzern*).

⁶⁶ v. FUENTES NAHARRO, M., *RDS*, nº 30, 2008, p.413; y EMBID IRUJO, J. M., “Una propuesta...” op. cit., p.438.

legitimar, bajo circunstancias estrictas, decisiones de los administradores de las filiales que no sólo no se amparan en el interés social, sino que además lo perjudican en beneficio del interés del grupo. Si se cumplen esos requisitos, los administradores no cometerán una infracción del deber de lealtad ni incluso ilícitos penales en el ámbito societario, por tanto, la “doctrina Rozenblum” exceptúa el régimen de deberes de los administradores, exonerándolos de responsabilidad cuando temporalmente hagan primar el interés del grupo sobre el interés de la sociedad que administran⁶⁷. Esta doctrina que reconoce implícitamente el interés del grupo ha inspirado la construcción de la teoría *vantaggi compensativi* por la jurisprudencia italiana en la misma línea directiva, antes de ser positivizada en el C.C. it.

El Derecho británico tampoco prevé una regulación específica aplicable a los grupos. Aún así, los administradores de las sociedades filiales pueden tener en cuenta el interés del grupo en la toma de decisiones, con el fin de alcanzar un beneficio para el conjunto de miembros que integran el grupo. Los administradores incurren personalmente en responsabilidad en el caso que una decisión sea perjudicial para el grupo o para los acreedores. Por esta razón, los administradores de las filiales de por sí, preferirán perseguir el interés social, y el interés de los acreedores de la sociedad filial, en vez de perseguir el interés del grupo⁶⁸. Por tanto, el Derecho del Reino Unido reconoce el interés del grupo, en el sentido de dar un margen de autonomía para poder tomar decisiones en interés del grupo a nivel de los órganos de administración de las filiales, en vez de una facultad de la matriz para impartir instrucciones a las sociedades filiales.

A la luz de estos ejemplos, y a la de la dificultad para estructurar un régimen jurídico aplicable al grupo de sociedades, entendemos el dilema en el que se encuentra el legislador español. ¿Sería conveniente legitimar un concepto restrictivo de interés del grupo, y llegar a prohibir o denegar el ejercicio del poder de dirección cuando éste sea abusivo o cuando exista tal peligro? ¿O la mejor solución es reconocer un concepto de interés del grupo amplio que facilite el gobierno del grupo y permita la persecución de los intereses del conjunto de sociedades integrantes, al mismo tiempo que se establecen medidas para proteger los intereses perjudicados?

⁶⁷ GUYON, “Le droit des groupes...”, op. cit., p. 208.

⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Bruselas, 2011, p. 63-64.

CAPÍTULO TERCERO: LOS CONFLICTOS DE INTERERES INTRAGRUPO

3.1. El planteamiento del conflicto de intereses en el seno del grupo.

La verdadera dificultad de reconocer plenamente el interés del grupo en nuestro ordenamiento jurídico consiste hasta ahora en una imposibilidad por parte de nuestro legislador de configurar algún mecanismo que permita superar una defensa incondicional del interés social ante un conflicto de intereses entre el interés del grupo y el interés social, y permita al mismo tiempo dotar de un cierto margen de actuación a la dirección unitaria, un margen juzgado suficientemente satisfactorio para alcanzar los objetivos del grupo. Nuestra intención no es buscar una legitimación a un interés del grupo que dote al órgano que ejerce la dirección unitaria de poderes absolutos que no tengan consideración alguna por el interés social ni los diferentes intereses que confluyen en las sociedades pertenecientes al grupo (trabajadores, socios, acreedores, etc.).

Analizar por qué y de qué forma colisionan estos intereses nos parece la mejor manera de entender los obstáculos a los que se enfrenta el legislador y también aproximarnos a situaciones propias del fenómeno del grupo de sociedades. Si existe alguna forma de legitimar la persecución del interés del grupo es encontrando alguna solución al conflicto de intereses que se producen en las relaciones en el interior del grupo.

3.1.1. El conflicto de intereses desde la perspectiva de la sociedad filial y de los socios de la misma.

Generalmente, la pertenencia a un grupo de sociedades genera una serie de beneficios a nivel orgánico, empresarial y fiscal, permitiendo unificar la gestión de las sociedades integrantes, optimizar la distribución de los gastos, diversificar las actividades económicas y limitando los riesgos derivados de dichas actividades. Ésta es la razón del

éxito de la figura del grupo de sociedades. No obstante, desde la perspectiva jurídica, señalamos anteriormente que existía una contradicción entre una situación de derecho (pluralidad de personas jurídicas independientes) y una situación de hecho (un conjunto sometido a la dirección unitaria). Esta misma contradicción se encuentra a nivel del interés perseguido, es decir, del criterio de actuación o los objetivos a alcanzar de cada una de las sociedades pertenecientes al grupo, y por otro lado los del conjunto del grupo. Teniendo en cuenta la primera idea, es muy probable que, en la medida que la pertenencia al grupo es beneficiosa para una sociedad participada, el interés de la sociedad irá en la misma dirección que el interés del grupo, confundiéndose e identificándose⁶⁹. Pero esto no es sistemático, es posible que para alcanzar el interés del grupo se tenga que sacrificar el interés de alguna de las sociedades integrantes del grupo. Surge el problema del conflicto de intereses en el seno del grupo de sociedades.

El problema del conflicto de intereses no es que en los órganos de las sociedades pertenecientes al grupo existan otros intereses distintos al interés social⁷⁰, sino que se tome otro criterio distinto al interés social como referencia a la hora de tomar las decisiones en el seno de los órganos sociales, en el caso de los grupos, que se tome en cuenta intereses externos a la sociedad individualmente considerada, cuando se ejerce el poder de dirección desde la sociedad matriz. Desde el momento en que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como legítimos ambos intereses, es imprescindible

⁶⁹ “Los grupos no se constituyen para dañar las sociedades en él integradas, es más, éstas suelen encontrar a través de su integración en el grupo el mejor camino para la defensa y promoción de su interés”, en FUENTES NAHARRO, M., *RDS*, nº 30, 2008, p. 404.

⁷⁰ Respecto al interés social, sucede un fenómeno parecido al del interés del grupo, no hay una definición legal que delimite su contenido y alcance, por lo que también existen problemas de identificación del interés social. “En torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una «institución-corporación», en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social”, citando la STS (Sala de lo Civil), de 19 de febrero de 1991, FJ. 2º, (RJ. 1991/1512). Para más información, v. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *RDM*, nº 249, 2002, pp. 1653-1725, en concreto, el capítulo “La improcedencia de una definición legal del interés social”.

determinar cuál de ellos debe primar sobre el otro para resolver los conflictos de intereses en el seno del grupo.

Una parte de la doctrina y de la jurisprudencia propone aplicar el mismo tratamiento a este conflicto de intereses que al conflicto entre mayorías y minorías en la junta de accionistas, puesto que en ambos casos hay una situación de dominio societario. Nuestro ordenamiento defiende el interés social cuando exista una subordinación del interés social a un interés externo. Se identificaría el supuesto cuando este interés externo sea el interés de un socio mayoritario y cuando sea el interés del grupo, aplicándose la misma solución, la primacía del interés social. Como el Derecho español no recoge el supuesto de conflicto entre interés social e interés del grupo, la doctrina ha incluido el interés del grupo en este concepto tan amplio de interés externo a la sociedad o interés del socio mayoritario.

Pongamos como ejemplo la STS nº 400/2007, (Sala de lo Civil), de 12 de abril de 2007 (R.J. 2007/2410). La valoración del conflicto entre el interés social y el interés del grupo se equipara a la de “un conflicto entre intereses de los socios que controlaban el grupo con [el interés social] y un sacrificio de éstos en beneficio de aquellos” (FJ. 9º). Como comentario de la sentencia, la Dra. FUENTES NAHARRO añade que “a esta conclusión llega sin añadir reflexión adicional alguna que otorgue relevancia al hecho de que aquel sacrificio pueda resultar o no beneficioso para el interés del grupo; antes al contrario, parece abordar la valoración del conflicto entre ambos intereses como si se tratase de una mera colisión entre dos grupos de accionistas existentes en la sociedad”⁷¹. No existe preocupación por diferenciar ambos supuestos, respetando escrupulosamente la literalidad del derecho de sociedades. De ser ésta la solución al conflicto de intereses en el seno del grupo, el gobierno y la gestión del grupo de sociedades, ya de por sí suficientemente complejos, tendrían obstáculos que los haría prácticamente imposibles en ciertas ocasiones.

La crítica de la Dra. FUENTES de esta solución es que ambos supuestos no se pueden identificar, por lo que no se puede llegar a la misma solución directamente y sin hacer matices. Considera que para valorar este conflicto de intereses se tendría que partir de la legitimación del interés del grupo “y valorar ese conflicto de intereses en función de ese marco de legitimidad, lo que permitiría, en definitiva que el grupo pueda conducirse de

⁷¹ FUENTES NAHARRO, M., *RDS*, nº 30, 2008, p.409.

un modo especial y distinto frente a las reglas comunes del derecho societario”⁷². En definitiva, las normas de derecho societario no se ajustan a las necesidades propias de los grupos de sociedades, de ahí la importancia de articular un régimen jurídico especial para esta figura.

3.1.2. El conflicto de intereses desde la perspectiva de los administradores de la sociedad filial.

Es obvio que esta colisión de intereses también se manifestará a nivel de los órganos de administración de las sociedades sometidas a la dirección unitaria. Por una parte, si el interés del grupo y la facultad de impartir instrucciones por parte de los órganos de administración de la sociedad matriz están legitimados por nuestro ordenamiento, surge para los administradores de las sociedades filiales la obligación, dimanante de la dependencia frente a la matriz, de obedecer esas órdenes impartidas (interés del grupo). Pero al mismo tiempo, también existe el deber de fidelidad de los administradores a la sociedad que gestionan (interés social), deber legal reconocido expresamente por nuestro Derecho societario⁷³. Al carecer de legislación que haga referencia a esta cuestión, es difícil saber qué interés ha de perseguir un administrador cuando se encuentra en esta situación, en la medida que la obligación de cumplir las órdenes de la matriz está legitimada implícitamente y que la defensa del interés social, que emana de la legislación societaria, no puede aplicarse directamente por analogía en este caso al no haber identidad de supuesto de hecho.

Pero, ¿y si un administrador de una filial pudiese negarse a ejecutar un mandato de este tipo cuando sepa que lesiona el interés social? Nuestro ordenamiento no hace alusión alguna, pero el derecho alemán prevé la facultad de negarse a ejecutar las instrucciones

⁷² *Ibídem*, p. 412.

⁷³ Con carácter general, “los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario” (art. 225.1 LSC), “(...) con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad” (art. 227.1 LSC), “El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo” (art. 230.1 LSC). Además el art. 228 LSC establece un catálogo de conductas para delimitar el contenido de este deber de lealtad.

de la matriz en ciertas circunstancias, respecto a los grupos contractuales (§ 308 AktG): la norma general es que las instrucciones de la matriz deben ser ejecutadas, pero existe la excepción en la que pueden rechazarlas cuando no persigan de forma manifiesta los intereses de la matriz o del conjunto del grupo⁷⁴, pero no se extiende al caso en que lesione el interés social.

Para un administrador esta situación le resulta extremadamente gravosa. Si no ejecuta las instrucciones impuestas por la dirección unitaria es posible que le destituyan de su cargo, en la medida que estadísticamente los grupos más habituales son los fácticos donde la situación de control deriva de la mayoría o la totalidad de los derechos de voto de una sociedad participada, por lo que podría tomarse tal decisión en la junta de accionistas de la sociedad participada. Si, en cambio, incumple con su deber de lealtad, desatendiendo el interés social, el administrador incurre en responsabilidad (art. 227.2 LSC). Así lo ha determinado nuestra jurisprudencia, “el interés del grupo puede explicar la decisión y ejecución del acuerdo o acto lesivo para la sociedad dominada o sometida, pero no exonera por principio a los administradores de ésta, que han de actuar siempre con lealtad a los intereses de esa sociedad, evitando su perjuicio en provecho de otras sociedades o terceros que formalmente cuentan con personalidad jurídica independiente, propia y diferenciada”⁷⁵.

3.2. Posibles soluciones a los conflictos de intereses en el seno del grupo.

3.2.1. La legitimación de instrucciones aparentemente perjudiciales en interés del grupo a través de la doctrina de las ventajas compensatorias.

Para la Dra. FUENTES NAHARRO, la única opción posible, distinta a la reforma legislativa, es buscar “el efecto legitimador [del interés del grupo] (...) aplicando en este contexto un principio básico de justicia material, cual el de compensar o contrarrestar de forma adecuada las desventajas que la consecución del interés del grupo haya podido causar a alguno de sus miembros”⁷⁶, por parte de la jurisprudencia⁷⁷, inspirándose de la jurisprudencia francesa e italiana.

⁷⁴ CONAC, P. H., *ECFLR*, nº 2, vol. 10, 2013, p.223.

⁷⁵ SAP Barcelona (Sección 15ª) nº 264/2013, de 21 de junio, FJ. 7º (AC\2013\426).

⁷⁶ FUENTES NAHARRO, M., *RDS*, nº 30, 2008, p.414.

En Francia, la primera vez que se consagró la noción de interés del grupo fue en la sentencia de *la Chambre pénale de la Cour de Cassation* de 4 de febrero de 1985, también denominado *arrêt Rozenblum*, en el marco de un concurso de acreedores entre distintas sociedades con objeto social muy dispares, pero todas ellas pertenecían y eran administradas por la misma persona, el Sr. Rozenblum. El Sr. Rozenblum desvió el patrimonio de una sociedad hacia otra que era insolvente, y por ello fue acusado de un delito de administración desleal en un procedimiento penal. La novedad que aporta la sentencia es que la existencia del grupo de sociedades se toma en cuenta para admitir que los administradores, que aparentemente hayan cometido una infracción, no sean sancionados en la medida que la política del grupo justifica esa acción. Esto es posible siempre que se cumplan ciertas condiciones para que el ejercicio de la dirección unitaria no sea abusivo⁷⁸. Son tres presupuestos cumulativos.

La primera condición es que la decisión perjudicial sea en beneficio del interés del grupo, y por tanto, es necesario que las sociedades pertenezcan al mismo grupo. El ordenamiento jurídico francés no contempla una definición del concepto de grupo de sociedades al igual que el español, sin embargo la *Cour de Cassation*, en esta misma sentencia, determinó que una de las características de los grupos es un interés económico, social o financiero común, a través de una política elaborada por el conjunto del grupo. El hecho que una sola persona ostente los derechos políticos de diferentes sociedades no es suficiente para admitir la existencia del grupo, por lo que la *Cour de Cassation* no consideró una relación suficiente entre las diferentes sociedades pertenecientes al Sr. Rozenblum como para admitir que el conjunto de ellas constituía un grupo de sociedades, debido a la ausencia de una política coherente del grupo⁷⁹.

⁷⁷ SAP Asturias (Sección 1ª), nº 114/2014, de 31 de marzo, FJ. 3º (AC\2014\601), SJM Oviedo nº 3/2014, de 13 de enero, FJ. 1º (AC\2014\420), SJM de Vigo, de 19 de julio de 2013, FJ. 5º, (AC\2013\1821).

⁷⁸ Cass. Crim. 4 février 1985 : “Pour échapper aux prévisions des articles 425 et 437 de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contre partie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des divers sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge : que tel n'étant pas le cas en l'espèce, les moyens réunis doivent être écartés”.

⁷⁹ VIANDIER, A., “Les opérations ...”, op. cit., p.2366.

La segunda condición es que exista una contraprestación efectiva para la sociedad que sufre el perjuicio de forma que se respete un cierto equilibrio en las relaciones de las sociedades. Se trata de hacer un balance entre “las ventajas y las desventajas que derivan de la integración de las filiales en el perímetro del grupo que compense con el fin de que cada filial pueda razonablemente esperar en una perspectiva a largo plazo que las desventajas se verán compensadas por las ventajas de pertenecer al grupo”⁸⁰. En el caso Rozenblum no se apreció tal reciprocidad. Así mismo, el art. 2.497 CC. It. excluye el carácter injusto del beneficio si la sociedad filial es compensada con ventajas efectivamente conseguidas o previsibles derivadas de la pertenencia al grupo. “Razona la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 24 de Agosto de 2004 que la ventaja compensatoria no puede tener lugar en términos meramente hipotéticos ni deducirse sin más de la mera pertenencia al grupo, incumbiendo a quien demanda demostrar la existencia de un comportamiento del administrador que lesione el patrimonio del ente y por ello contrario a su obligación de perseguir el específico interés social, y al administrador, si es el caso, los beneficios indirectos y su idoneidad para compensar eficazmente los efectos inmediatamente negativos de la operación”⁸¹.

La tercera condición es que no impida cumplir las obligaciones de la sociedad que resulta perjudicada frente a terceros⁸², no puede exceder sus posibilidades financieras de la sociedad que soporta la carga. En el caso Rozenblum tampoco se cumplía este presupuesto, las sociedades perjudicadas tuvieron que recurrir a préstamos bancarios para obtener fondos que enseguida remitía a otras sociedades del grupo⁸³.

En España, el ALCM propone un intento de positivizar la doctrina de las ventajas compensatorias admitiendo que las instrucciones dirigidas a los administradores de las sociedades dependientes puedan ser perjudiciales, pero en ningún caso pueden poner en riesgo la solvencia de la sociedad (art. 291-9 ALCM). La existencia del perjuicio se determinará en función del conjunto de las ventajas y desventajas que tenga para la sociedad dependiente la pertenencia al grupo (art. 291-10 ALCM), y si se determinase un daño efectivo será necesario compensar a la sociedad perjudicada en el plazo máximo de un año a contar de la fecha de la instrucción perjudicial (art. 291-11

⁸⁰ ANTUNES, “El gobierno...”, op. cit., p. 397.

⁸¹ SJM Oviedo nº 3/2014, de 13 de enero (FJ. 1º),

⁸² FUENTES NAHARRO, M., RDS, nº 30, 2008, p.417.

⁸³ VIANDIER, A., “Les opérations ...”, p.2367.

ALCM). Las Cortes Generales deberán pronunciarse sobre la aprobación del régimen contenido en este anteproyecto de ley.

Mientras tanto, la jurisprudencia española aplica la doctrina de las ventajas compensatorias amparándose tanto en la construcción jurisprudencial francesa como en la italiana, salvando dos impedimentos de nuestro ordenamiento. En primer lugar, el art. 1.686 CC establece la prohibición de la *compensatio lucri cum damno*, esto es la compensación del daño causado a la sociedad con los beneficios generados al socio. La doctrina salva esta traba diferenciando el “daño” y la “desventaja”⁸⁴. La desventaja de pertenecer al grupo es un daño potencial, en este caso la sociedad queda a la espera de recibir una ventaja derivada de la pertenencia al grupo como contraprestación⁸⁵. Solamente se convertirá en un daño si la desventaja no es compensada adecuadamente, y a partir de aquí nacerá la obligación de indemnizar por daños y perjuicios. La función de la ventaja es reequilibrar la situación de la sociedad que se encuentra en una situación desventajosa en beneficio del interés del grupo, no se trata de reparar las consecuencias provocadas por un hecho lesivo. El objetivo es hacer un balance entre las ventajas y las desventajas con el fin de que el patrimonio social no sufra variaciones significativas. El mayor problema será probar y cuantificar los efectos patrimoniales derivados del ejercicio del poder de dirección y demostrar cuando se ha compensado adecuadamente las desventajas sufridas por una sociedad perteneciente al grupo⁸⁶.

El segundo obstáculo es el deber de lealtad del administrador, por los motivos que explicamos anteriormente, razón por la que nace el conflicto de intereses en el seno del

⁸⁴ FUENTES NAHARRO, M., *RDS*, nº 30, 2008, p.416.

⁸⁵ La mera pertenencia de una filial al grupo genera una serie de ventajas que no son consecuencia de una acción positiva o instrucción de la matriz, como disfrutar del prestigio del grupo o de la notoriedad de alguna de sus marcas, una mejor comercialización de los productos de la filial, mejores condiciones de financiación externa, entre otras. v. ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho...*, op. cit., pp. 370-372. Sin embargo, la autora sostiene que, para poder hablar de compensación en este contexto, los beneficios anteriores no tienen carácter compensatorio, es necesario compensar las desventajas a través de instrucciones de la sociedad matriz favorables a la filial que se encuentra en una situación desventajosa como consecuencia del ejercicio de la dirección unitaria, por ejemplo el aporte de recursos financieros por la matriz o el acceso a la celebración de determinados contratos beneficiosos, es decir a través de una conducta activa y consciente, y por tanto, voluntaria de la matriz v. ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho...*, op. cit., pp. 423-424.

⁸⁶ ANTUNES, “El gobierno...”, op. cit., p. 399.

grupo. Esta contradicción se disuelve con la reinterpretación del concepto de interés social de una sociedad perteneciente a un grupo, desde una perspectiva más amplia, que debe ser entendido como un interés que necesita estar coordinado con el interés global del grupo. En la práctica, “los administradores estarán legitimados para condicionar o posponer la realización del interés particular de su sociedad sin renunciar por ello a la consecución final del mismo, ya que quedarían a la espera de una contraprestación o compensación adecuada”⁸⁷. En definitiva, se supera disociando temporalmente la noción de interés social.

La legitimidad del ejercicio de la dirección unitaria sigue dependiendo de que la sociedad filial no quede perjudicada por la consecución del interés del grupo, pero la novedad que incorpora la doctrina de las ventajas compensatorias es una valoración diferente sobre el respeto del interés social, valorando el perjuicio respecto al conjunto de relaciones de la sociedad filial, y no individualmente, como se ha hecho tradicionalmente. Se relativiza el concepto de daño y se flexibiliza el gobierno del grupo, manteniendo un equilibrio para no sacrificar ni el interés del grupo ni el interés social, garantizando una protección del interés social al exigir una adecuada compensación⁸⁸.

En conclusión, esta no es una respuesta sencilla porque no hace prevalecer ni el interés del grupo ni el interés social sistemáticamente, sino que será necesario hacer una ponderación en cada caso concreto para determinar si el ejercicio de la dirección unitaria es legítimo o abusivo. No cabe duda que es un instrumento que intenta proteger el interés y el patrimonio social, por lo que, en realidad, estas instrucciones dejan de ser perjudiciales. En todo caso, se ha hecho un gran avance en la medida que la teoría de las

⁸⁷ FUENTES NAHARRO, M., *RDS*, nº 30, 2008, p.416.

⁸⁸ SAP Barcelona (Sección 15ª) nº 264/2013, de 21 de junio (FJ. 7º), “un equilibrio razonable entre aquél (el interés del grupo) y éste (el interés social particular de cada sociedad integrante o sometida) que haga posible el funcionamiento eficiente de la unidad empresarial y a la vez impida el expolio de las sociedades dominadas y la postergación innecesaria de su interés social, en defensa de los socios externos minoritarios. Ese equilibrio (al que alude la sentencia al referirse a la compensación de los perjuicios ocasionados por directrices o decisiones en interés del grupo con los beneficios obtenidos por esta misma circunstancia) puede lograrse con la exigencia de una compensación adecuada como instrumento de superación del daño que las instrucciones de la dirección del grupo pueda causar a una sociedad del mismo. Se ha dicho por ello que las concretas operaciones que resultan perjudiciales para una sociedad del grupo deben examinarse en función del conjunto de relaciones entre las sociedades, del grupo”.

ventajas compensatorias se configura como un modo de legitimar el interés del grupo y al mismo tiempo como una solución proporcionada al conflicto de intereses.

3.2.2. La adopción de medidas tuitivas para los intereses perjudicados ante un interés del grupo ilegítimo.

Hasta ahora hemos discutido acerca de la legitimidad del interés del grupo, pero ¿qué ocurre cuando el interés del grupo es ilegítimo como consecuencia del ejercicio abusivo del poder de dirección? El desfase entre el Derecho de sociedades y la realidad del grupo provoca problemas para la definición del grupo y para la admisión de su legitimidad, como hemos analizado anteriormente, pero además causa carencias de protección a ciertos colectivos. La protección que el Derecho societario ofrece a socios externos y a los acreedores es suficientemente tuitiva en el marco de una sociedad-isla, pero no contempla supuestos en los que éstos quedan desamparados cuando interviene un grupo de sociedades, debido a los cambios en la organización y distribución competencial en los órganos sociales de las sociedades que integran el grupo⁸⁹.

Otra forma de legitimar el ejercicio del poder de dirección es adoptando medidas de protección de los intereses perjudicados por el funcionamiento del grupo que reequilibren la situación de estos sujetos y legitimen el interés del grupo. Son mecanismos para proteger el interés social frente al interés del grupo. No pretendemos hacer un estudio exhaustivo de todos ellos, puesto que cada uno de ellos implica una problemática que podría ser objeto de un estudio independiente. Analizaremos algunos de ellos para observar la función que estos instrumentos desempeñan en la legitimación del interés del grupo.

La legislación española no contempla ninguna medida específica cuando interviene el interés del grupo de sociedades, pero existen expectativas de incluirlas en el ordenamiento jurídico si llegase a aprobarse el ALCM. Su sección 3ª del capítulo I del título IX se denomina “del ejercicio del control y de la responsabilidad”. Es un hecho público que el ejercicio del control que sea apto para ejercer la dirección unitaria es susceptible de lesionar severamente el interés social de las sociedades sujetas a la dirección unitaria, especialmente en los grupos jerárquicos fuertemente centralizados,

⁸⁹ v. *supra* apdo. 2.2.1. del cap. 2º.

pero no únicamente. Del redactado de esta sección se desprenden obligaciones de indemnizar a la sociedad que ha sufrido un perjuicio debido al ejercicio de la dirección unitaria o a varios colectivos que representan el interés social y se han visto afectados por el interés del grupo, creando un régimen propio de extensión de responsabilidad a la sociedad matriz y del derecho de separación de los socios.

El art. 291-12 ALCM configura un régimen de responsabilidad solidaria de la sociedad matriz y de los administradores de la misma en caso de instrucciones perjudiciales impartidas a los administradores de la filial, siempre que las desventajas no hayan sido adecuadamente compensadas de acuerdo con la doctrina de las ventajas compensatoria. Se legitima activamente para ejercitar esta acción de responsabilidad a administradores y socios de la filial que actúen en defensa del interés social y a los acreedores en el caso de insuficiencia patrimonial de la filial. El art. 291-13 ALCM introduce el concepto de responsabilidad por apariencia. Consiste en extender la responsabilidad de las deudas de la sociedad dependiente a la sociedad matriz, con carácter subsidiario, cuando se genere la apariencia en el acreedor de que la matriz asume tal responsabilidad.

Se define el concepto de socio externo en el ámbito del grupo: se considera socio externo en la sociedad dominante aquel que no tenga participación directa o indirecta en el capital de la dominante (291-15 ALCM). Es importante analizar las implicaciones de esta definición: se excluye la protección de los socios de la sociedad dominante⁹⁰, aquellos cuyo interés principal es el mayor rendimiento de la matriz y no la persecución de los intereses del grupo, y sin embargo estos socios de la matriz se ven desposeídos de algunas facultades que *de facto* la Junta de accionistas no podrá ejercer por haber sido concentradas en el órgano de administración de la matriz por formar parte de la política común del grupo.

La forma de proteger a los socios externos que prevé el ALCM es otorgándoles un derecho de separación que podrán ejercer en el caso que una sociedad se integre en un

⁹⁰ Creemos deber hacer una crítica a este precepto del ALCM, porque los órganos sociales de la sociedad matriz también experimentan modificaciones a partir del momento que se integran en el grupo y se posicionan en su cabeza. La doctrina considera que la protección de las minorías del derecho de sociedades, “al margen de la participación en una u otra sociedad, sólo debe ser considerado socio externo – y necesitado, en consecuencia, de tutela- la persona ajena al núcleo de poder real, a la unidad de decisión” v. EMBID IRUJO, J. M., “Una propuesta...”, op. cit., p. 441. Consideramos necesaria una nueva interpretación del concepto de socio externo.

grupo de sociedades (art. 291-16 ALCM) y en el caso que la sociedad dependiente no haya sido adecuadamente compensada por instrucciones perjudiciales (art. 291-17 ALCM). Además, se establece la forma en que se deben reembolsar las acciones al socio que ejercita el derecho de separación para que pueda obtener el valor razonable.

Todos estos mecanismos son únicamente propuestas que no tienen validez, pero nos indican los colectivos perjudicados y las situaciones conflictivas. Hasta ahora, la doctrina y la jurisprudencia se han planteado aplicar de forma analógica ciertos mecanismos tuitivos del interés social en el marco de una sociedad-isla.

El quebrantamiento de la autonomía de las sociedades filiales en el plano patrimonial expone un riesgo para su patrimonio individual debido a las numerosas transferencias de diferente naturaleza, pero sobretodo de capitales, dentro del grupo, que pueden poner en peligro la solvencia de las filiales teniendo en cuenta que la filial ha perdido su capacidad de decisión en beneficio del interés del grupo. Sin duda, es necesario velar por los intereses de los acreedores de las filiales. Surge la cuestión de la posibilidad de comunicar la responsabilidad⁹¹ a quien tome las decisiones en lugar de la filial. En Derecho español, una comunicación generalizada a otras sociedades del grupo por la responsabilidad de operaciones realizadas con terceros no es aceptable, según el art. 78.6 LCoop.

No obstante, esta disposición en el ámbito de los grupos cooperativos basados sobre el modelo de grupo horizontal no contempla posibles abusos que el respeto formal por la personalidad jurídica de las filiales puede provocar para los acreedores en grupos organizados conforme al modelo de grupo vertical. La doctrina aplica de forma excepcional la doctrina del levantamiento del velo⁹², aunque también se aplica en otros

⁹¹ “La extensión de la responsabilidad trata de paliar los efectos adversos de la dualidad generada entre diversidad de personas jurídicas y unidad empresarial pudiera ocasionar”. v. MOYA BALLESTER, J., *RDS*, nº 38, 2012, p. 316.

⁹² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) nº 628/2013 de 28 octubre (RJ\2013\7442). “La norma general ha de ser respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley (Sentencias 796/2012, de 3 de enero de 2013 (RJ 2013, 1628) , y 326/2012, de 30 de mayo (RJ 2012, 6548)). Lo anterior no impide que, "excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de

supuestos distintos al grupo de sociedades. Con esta técnica, se pretende que determinadas conductas queden impunes y conocer al verdadero administrador de la sociedad filial para imputarle la responsabilidad por las instrucciones que haya tomado, es decir, para aplicar el régimen del administrador de hecho⁹³. Formalmente, la administración de la sociedad está atribuida al órgano de administración de la sociedad filial.

La autonomía de las sociedades pertenecientes al grupo también se ve afectada a nivel organizativo. Consideramos que los administradores de las sociedades sometidas a la dirección unitaria también necesitan una especial protección. El órgano de administración de la filial depende jerárquicamente del de la dominante por lo que su ámbito de decisión es limitado. Nos remitimos al apartado en el que hemos abordado la doctrina de las ventajas compensatorias porque ésta excluye de responsabilidad a los administradores de la filial por la ejecución de instrucciones impartidas por la matriz.

La sujeción de la sociedad dominada a una dirección externa puede inclinar a la sociedad dominante con participación mayoritaria a adoptar los acuerdos en Junta persiguiendo el interés del grupo en vez del interés social, y el órgano de administración de la filial puede verse compelido a ello. La eficacia de los mecanismos que ofrece el Derecho de sociedades para proteger a las minorías, como las acciones de impugnación de los acuerdos sociales y acciones de responsabilidad contra los administradores, puede verse afectada, por ejemplo alegando la existencia de medidas que compensan

personalidades, dirección externa y fraude o abuso- sea procedente el «levantamiento del velo» a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros" (Sentencia 718/2011, de 13 de octubre (RJ 2011, 7418) , con cita de la anterior Sentencia 670/2010, de 4 de noviembre (RJ 2010, 8868)) (...) la jurisprudencia insiste en que este remedio tiene carácter excepcional y por ello debe aplicarse de forma restrictiva (Sentencias 475/2008, de 26 de mayo (RJ 2008, 3172) , y 422/2011, de 7 de junio (RJ 2011, 4395))." (FJ. 10º)

⁹³ No basta con que la sociedad matriz tenga la facultad de impartir instrucciones obligatorias para la filial, es necesario que la matriz actúe como un administrador de hecho, administrando la filial sin haber sido formalmente nombrado como administrador. Se exigen los siguientes presupuestos: 1) que los actos de la sociedad matriz recaigan sobre materias reservadas a los administradores; 2) repetición de los actos; 3) que los actos del administrador sean independientes; y 4) el respaldo de la sociedad. Por tanto, si la filial actúa tomando sus propias decisiones, por ejemplo cuando pertenezca a un grupo descentralizado, y actúa de forma independiente a la matriz, no podrá considerarse que la sociedad matriz es administrador de hecho de la misma. v. MOYA BALLESTER, J., *RDS*, nº 38, 2012, p. 318.

adecuadamente a los socios externos, o por el desconocimiento de los acuerdos del órgano de administración que no deben ser notificados ni inscribirse en el Registro Mercantil, porque el órgano de administración de la sociedad dominada no ha adoptado la forma de consejo de administración, único supuesto en que se permite la impugnación de los acuerdos de los administradores (art. 251 LSC), o porque, aun teniendo esa forma, no se alcanza el umbral del 5 por ciento del capital social de legitimación para impugnar los acuerdos, entre otras razones. El ALCM no hace referencia al régimen de impugnación de los acuerdos sociales, por el momento no se espera ninguna mejora sobre este aspecto.

Hay un intento de construcción doctrinal de un derecho de separación⁹⁴ como mecanismo de protección de socios externos, por vía de la causa legal de separación consistente en una sustitución o modificación sustancial del objeto social (art. 346.1.a LSC), aunque también es posible establecer una causa estatutaria que prevea este supuesto. La modificación del objeto social se ampara en que el interés social también es parte del objeto social, de modo que, al integrarse en un grupo, la sociedad filial pasa a perseguir el interés del grupo⁹⁵. En el caso de la sociedad matriz, además del argumento anterior, podemos añadir que cuando se convierte en matriz a través del fenómeno de filialización, sigue teniendo su objeto social originario, pero en él se añade como nueva actividad la de gestionar las participaciones de las sociedades en las que tiene participaciones⁹⁶, aunque otra postura doctrinal es que solamente se produce un

⁹⁴ En el derecho comparado se reconoce expresamente este derecho de separación de los socios cuando la sociedad se integra en el grupo (§ 304 AktG, art. 2.497 quater CC. it., art. 499 del Código de Sociedades Comerciales portugués), o incluso el derecho de recibir una compensación si decide mantener su condición de socio (§ 305 AktG).

⁹⁵ “La doctrina se ha orientado a la construcción dogmática de un derecho de separación del derecho del socio externo de la sociedad filial, por la vía de equiparar la integración en el grupo de sociedades con la sustitución o modificación sustancial del objeto social, en cuanto esta última no sólo se da cuando se produce un cambio de la actividad empresarial de la sociedad (plano instrumental), sino también cuando se modifica el fin común que en ella se persigue (plano teleológico), que, en este caso, pasaría de ser el interés particular de la sociedad al interés del grupo.” v. VARA DE PAZ, N., “El derecho de separación del socio en caso de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Especial referencia al supuesto de adquisición de participaciones sociales y a los grupos de sociedades.” *RES*, nº 40, 2013, pp. 79-106, p. 104.

⁹⁶ “Hay una sustitución de la actividad y a la postre una sustitución del objeto, porque es distinta la posición del socio en la sociedad, al perder su poder, y por tanto cambiar las bases determinantes que

cambio en la forma de ejercer el objeto social y no una modificación sustancial en la actividad de la sociedad dominante. Es una cuestión controvertida, la doctrina no tiene una postura única y definida. En cualquier caso, no se pueden establecer reglas generales al respecto, habrá que comprobar en cada caso si efectivamente hay una modificación del objeto social para poder ser de aplicación el derecho de separación, si aceptásemos la postura que la integración al grupo puede llegar a modificar el objeto social.

Es posible aumentar el nivel de exigencia del deber de información. Es necesario que todos los colectivos que puedan verse afectados tengan conocimiento de la pertenencia al grupo de la sociedad de la que son trabajadores, socios externos, con la que van a contratar, etc. para que estos colectivos conozcan los riesgos que asumen al relacionarse con ella⁹⁷. El art. 291-6 ALCM prevé el deber de los administradores de la sociedad dominante de informar de la integración o separación de la sociedad dominada a los administradores de ésta última, para que éstos a su vez, informen de estas circunstancias a los socios en la primera junta que se celebre. También debe incluirse esta información en el informe de gestión.

Otros colectivos también se ven afectados por el fenómeno del grupo, como los trabajadores, y deben ser tratadas en su propio sector del ordenamiento jurídico.

Realmente es difícil aplicar la solución que el Derecho societario tiene prevista para las sociedades-isla, porque las circunstancias no son las mismas y el problema es más complejo. En todas estas situaciones es cuando aparece indiscutiblemente el desfase del Derecho societario respecto al fenómeno del grupo. Éstas son algunas de las situaciones a las que nuestro ordenamiento jurídico, como sistema jurídico completo, intenta dar solución *lege data*.

motivaron la entrada del socio en la sociedad.” v. VARA DE PAZ, N., “El derecho de separación del socio en caso de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Especial referencia al supuesto de adquisición de participaciones sociales y a los grupos de sociedades.” *RES*, nº 40, 2013, pp. 79-106, p. 102.

⁹⁷ En Francia, se establecen obligaciones de información de pertenencia a un grupo. Esta condición debe comunicarse a socios, a los órganos de administración, incluso a entidades administrativas y/o gubernamentales externas (L 233-6 a 233-16 CCom. fr)

El denominador común de todos estos instrumentos, es que legitiman el interés del grupo, permiten actuaciones que lesionan el interés social y posibilitan la gestión y el funcionamiento del grupo.

3.2.3. El contrato de grupo como instrumento de autorregulación del grupo.

Como en otros ámbitos del derecho que no gozan de un régimen jurídico completo o que el legislador considera que no debe intervenir por cuestiones políticas, anima a los grupos que regulen su organización y funcionamiento interno ellos mismos, por vía contractual, a través del mecanismo de la autorregulación. Nuestro ordenamiento lo prevé para la constitución de grupos cooperativos (art. 78 LCoop), por lo que el contrato de grupo es plenamente legítimo en Derecho español, a la luz del principio de libertad contractual (art. 1.255 CC) que permite la celebración de contratos atípicos y la adaptación de contratos típicos a las necesidades empresariales concretas.

Entendemos que la función del contrato de grupo puede ser tanto la constitución de un grupo como una modificación orgánica de un grupo ya existente. En el primer caso una pluralidad de sociedades decide integrarse en un grupo, por ejemplo, para optimizar sus resultados u conseguir más fácilmente sus objetivos comunes, e incluirá una regulación de la organización y la estructura del grupo, así como la delimitación de las facultades que configuran el contenido de la dirección unitaria. En el segundo caso, el grupo existe previamente, pero hay una voluntad de modificar la organización del grupo a través de un contrato cuyo objeto sea la integración de otro miembro en el grupo o simplemente la realización de operaciones entre las sociedades participadas que impliquen una modificación de la organización de las sociedades.

Cuando hablamos de modificación en la organización de las sociedades que integran el grupo, nos referimos al fenómeno del traslado de facultades al órgano de administración de la matriz⁹⁸. Esa modificación alcanza las facultades de los órganos sociales, el fin social de la sociedad que se dirigirá hacia el interés del grupo, así como del objeto social. También se transforman las relaciones entre los socios entre sí y con la sociedad, al tener atribuidas una serie de facultades que han sido cedidas al órgano de administración de la matriz. En definitiva, se generan una serie de cambios que el

⁹⁸ v. *supra* apdo. 2.2.1. del cap. 2º.

Derecho societario desconoce por completo y que rompe todos los esquemas previstos por el legislador.

En sí, la autorregulación puede canalizarse por otro mecanismo distinto a un contrato mediante la modificación estatutaria de la sociedad matriz, tal y como dispone el art. 78.4 LCoop. Por esta razón ARRIBA FERNÁNDEZ considera que la naturaleza jurídica de los contratos de grupo “es la predicable de cualquier modificación estructural, en particular de las modificaciones estatutarias (...). Todo grupo de sociedades modifica los Estatutos de las sociedades partícipes, bien materialmente si la creación del grupo es contractual o fáctica, bien formalmente si el nacimiento del grupo se plasma en los estatutos sociales.”⁹⁹ EMBID IRUJO define el contrato de grupo como un “pacto jurídico entre las sociedades que lo integran, [que establece] las bases organizativas del mismo y [ha] de ser aprobado por sus diversos miembros, a través de un procedimiento similar al que se reconoce en los diversos ordenamientos jurídicos para alteraciones estructurales básicas de las sociedades (como pueden ser la fusión, la escisión, la transformación, etc.)”¹⁰⁰.

Lo interesante de esta opción es que permite configurar un poder de dirección adaptado a las necesidades empresariales concretas, permitiendo establecer el grado de centralización de la dirección unitaria que se desee, y, de esta forma, legitimar el ejercicio de la dirección unitaria mediante un mecanismo que está plenamente reconocido por nuestro Derecho. Es una vía para articular la organización y la estructura del grupo, que no está delimitada legalmente, a diferencia de las sociedades individualmente consideradas¹⁰¹, y aún así no afecta al dinamismo y flexibilidad del grupo, que es su mayor atractivo. También permite establecer medidas de tutela que compensen los perjuicios que el ejercicio de la dirección unitaria pueda causar. Cumple

⁹⁹ ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho...*, op. cit. p. 226.

¹⁰⁰ EMBID IRUJO, J. M., *Ekonomiaz*, nº 68, 2º cuatrimestre, 2008, pp. 84-101.

¹⁰¹ “El grupo es considerado, según un criterio ampliamente consolidado en la doctrina, como una realidad empresarial en funcionamiento desprovista de una precisa institucionalización jurídica. No sucede así con los tipos societarios, los cuales, al margen de su posible configuración derivada sobre la base de la libertad contractual, terminan por ser, inevitablemente, auténticas creaciones legislativas y su régimen se articula en torno a un *iter* vital claramente delimitado”. v. EMBID IRUJO, J.M., “Pautas de análisis y tratamiento de los conflictos de intereses en los grupos de sociedades”, en PACIELLO, A. (dir.), *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Napoles, 2011, pp. 191-244, p.. 212.

con estos dos objetivos resolviendo el conflicto de intereses de una forma más flexible que las anteriores soluciones.

CONCLUSIONES

Antes de finalizar, nos corresponde formular las conclusiones más relevantes de acuerdo con nuestro análisis:

1ª. Ponemos de manifiesto la relatividad del concepto de grupo de sociedades, construyendo diversas definiciones sectoriales en función de la finalidad de cada rama del derecho, regulando aspectos aislados y concretos del grupo, poniéndose de relieve la dificultad de estructurar un concepto transversal del grupo de sociedades. La falta de una definición legal que corresponda a la realidad del grupo acusa los obstáculos de establecer un régimen global de derecho de grupos, no por falta de intención del legislador, sino por la dificultad de determinar del objeto de regulación. En este contexto, tiene sentido preguntarse si es oportuno disponer de un régimen jurídico incoherente aplicable al grupo, a pesar de la real necesidad de regulación de la figura del grupo de sociedades.

2ª. Sin lugar a dudas, lo que caracteriza al grupo es esta unidad en la pluralidad, la “contradicción entre una situación de derecho (independencia de las sociedades) y una situación de hecho (convergencia de los objetivos y centralización del poder de decisión)”. Para comprender el fenómeno del grupo es imprescindible entender que la dirección unitaria es una política y unos objetivos empresariales comunes, y su ejercicio implica una coordinación en la gestión de todas las sociedades que forman el grupo. En consecuencia, para legitimar plenamente el grupo de sociedades, no basta con reconocer la licitud de su constitución, sino también el reconocimiento de su actividad en el tráfico jurídico, del ejercicio de la dirección unitaria por la sociedad que encabeza el grupo, y del interés que el grupo persigue.

3ª. El grupo parece estar legitimado por diversidad de normas de Derecho español que hacen alusión a esta figura, no obstante, su elemento definidor, la dirección unitaria orientada a la consecución del interés propio del grupo, aparentemente no tiene

legitimación en la legislación española. La situación paradójica proviene del hecho que el legislador no le ha dotado de instrumentos necesarios para su correcto desarrollo.

4ª. La pertenencia al grupo provoca un traslado de competencias atribuidas legalmente a los distintos órganos sociales en beneficio del órgano de administración de la sociedad que se sitúa en la cabeza del grupo, tanto a nivel de sociedades dominantes como de las dominadas. Este acumula una mayor concentración de facultades que cualquier órgano de administración en el contexto de una sociedad-isla, es el que ejercita el poder de dirección. Cobra sentido afirmar que el grupo no se caracteriza únicamente por su concentración económica, sino por una racionalización de la estructura y la organización empresarial. Esto provoca desequilibrios en los órganos sociales y dificulta o impide la aplicación de los mecanismos tradicionales de protección del interés social, por no tener en cuenta la realidad del fenómeno del grupo.

5ª. La verdadera dificultad de reconocer plenamente el interés del grupo en nuestro ordenamiento jurídico consiste hasta ahora en una imposibilidad por parte de nuestro legislador de configurar algún mecanismo que permita superar una defensa incondicional del interés social ante un conflicto de intereses entre el interés del grupo y el interés social, y permita al mismo tiempo dotar de un cierto margen de actuación a la dirección unitaria, un margen juzgado suficientemente satisfactorio para alcanzar los objetivos del grupo.

6ª. Es necesario partir de la legitimación del interés del grupo para valorar el conflicto de intereses que se produce en el seno del grupo porque el problema principal es que, en una situación de dominio societario, se tome otro criterio distinto al interés social como referencia a la hora de tomar las decisiones en el seno de los órganos sociales. En este caso, el criterio de actuación es el interés del grupo, un interés externo a la sociedad, pero también un interés legítimo en Derecho español. Una aplicación sin matices del Derecho societario no es deseable, porque defiende sin condiciones que un interés externo, en el contexto de un control societario en una sociedad aislada, no es legítimo como criterio de actuación de la sociedad. De ahí la necesidad de un régimen jurídico específico aplicable a los grupos, en vez de una aplicación analógica del derecho societario.

7ª. La doctrina de las ventajas compensatorias se configura como una posible vía de solución del conflicto de intereses intragrupo y de legitimación del interés del

grupo. La legitimidad del ejercicio de la dirección unitaria sigue dependiendo de que la sociedad filial no quede perjudicada por la consecución del interés del grupo, pero la novedad que incorpora la doctrina de las ventajas compensatorias es una valoración diferente sobre el respeto del interés social, valorando el perjuicio respecto al conjunto de relaciones de la sociedad filial, y no individualmente, como se ha hecho tradicionalmente. Se relativiza el concepto de daño y se flexibiliza el gobierno del grupo, manteniendo un equilibrio para no sacrificar ni el interés del grupo ni el interés social, garantizando una protección del interés social al exigir una adecuada compensación.

8ª. La adopción de medidas de protección de los intereses perjudicados por el funcionamiento del grupo es otra forma de reequilibrar la situación de estos sujetos perjudicados. Pueden ser mecanismos muy diversos que intenten corregir desequilibrios en situaciones y colectivos determinados. El denominador común de todos estos instrumentos, es que legitiman el interés del grupo, permiten actuaciones que en principio lesionan el interés social y posibilitan la gestión y el funcionamiento del grupo.

9ª. El contrato de grupo es una opción interesante que permite configurar un poder de dirección adaptado a las necesidades empresariales concretas, permitiendo establecer el grado de centralización de la dirección unitaria que se desee, y, de esta forma, legitimar el ejercicio de la dirección unitaria mediante un mecanismo que está plenamente reconocido por nuestro Derecho. Es una vía para articular la organización y la estructura del grupo, que no está delimitada legalmente, a diferencia de las sociedades individualmente consideradas, y sin afectar al dinamismo y flexibilidad del grupo, que es su mayor atractivo. También permite establecer medidas de tutela que compensen los perjuicios que el ejercicio de la dirección unitaria pueda causar. Cumple con estos dos objetivos resolviendo el conflicto de intereses de una forma más flexible que las anteriores soluciones.

10ª. No existe una única solución al conflicto de intereses, ni una sola forma de legitimar el grupo. Lo ideal es adoptar una serie de medidas que se complementen para permitir la flexibilidad propia del grupo y garanticen una protección a los sujetos perjudicados. A falta de regulación positiva suficientemente completa del grupo, sólo nos queda resaltar la importante labor de la jurisprudencia y de la doctrina para dar

soluciones *lege data* que nuestro derecho positivo no recoge, pero como ordenamiento jurídico completo, aspira a dar una solución para cada supuesto de hecho.

BIBLIOGRAFÍA

ANTUNES, J. E., “El gobierno corporativo de los grupos: problemas actuales y propuestas alternativas”, en FUENTES NAHARRO, M. y NAVARRO LÉRIDA, M. S. (Coord.) *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España*, Cizur Menor, 2011, tomo II, pp. 379-411.

ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L., *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid, 2004.

COMISIÓN EUROPEA, *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Bruselas, 2011.

CONAC, P. H. “Director’s Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level”, *European Company and Financial Law Review*, nº 2, vol. 10, 2013, pp. 194-226.

EMBED IRUJO, J. M., “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La *corporate governance*”, *Ekonomiaz*, nº 68, 2º cuatrimestre, 2008, pp. 84-101.

EMBED IRUJO, J. M.; “Grupos de sociedades”, en dir. EMBED IRUJO, J. M. (Dir), MARTÍ MOYA, V., y FERNANDO VILLALBA, M. L. (Coord.) *Introducción al derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, Madrid, 2013.

EMBED IRUJO, J. M. “Pasado, presente y futuro del derecho europeo de sociedades”, *RIP*, nº 1, 2013 pp. 303 – 328.

EMBED IRUJO, J.M., “Pautas de análisis y tratamiento de los conflictos de intereses en los grupos de sociedades”, en PACIELLO, A. (Dir.), *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Napoles, 2011, pp. 191-244.

EMBED IRUJO, J. M., “Una propuesta de regulación legal de los grupos de sociedades en el Ordenamiento Jurídico Español”, en FUENTES NAHARRO, M. y NAVARRO LÉRIDA, M. S. (Coord.) *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España*, Cizur Menor, 2011, tomo II, pp. 413-445.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, vol. II, Valencia, 2010.

FUENTES NAHARRO, M. “Conflicto de intereses en grupos de sociedades: reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007”, *RDS*, nº 30, 2008, pp.401-419.

GIRGADO PERANDONES, P., “En torno a la noción de grupo de sociedades y su delimitación en el ámbito español y europeo”, *Revista boliviana de Derecho*, nº 18, 2014, pp. 76-97.

GUYON, Y. “Le droit des groupes de sociétés (Droit français)”, en AA. VV., *I gruppi di società*, Milán, 1996, vol. 1, pp. 195-216.

GUIZZI, G., “Participaciones cualificadas y grupos de sociedades” en ABRIANI, N., (Dir), *Derecho italiano de sociedades (Manual breve)*, Valencia, 2008.

MOYA BALLESTER, J. “Los grupos de Sociedades y la Protección de los Acreedores”, *RDS*, nº 38, 2012, pp. 307-323

VIANDIER, A., “Les opérations à l’intérieur du groupe”, en AA. VV., *I gruppi di società*, vol. III, Milán, 1996, pp. 2333-2374.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Comunidad Europea/Unión Europea:

STJUE (Sala Novena), de 20 junio 2013, Caso Impacto Azul (TJCE 2013\171).

STJCE (Pleno) de 27 de setiembre de 1988. Caso The Queen contra H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue (TJCE 1989\55).

Francia:

Cass. Crim. de 4 de febrero de 1985 (*Arrêt Rozenblum*).

Italia:

Corte di Cassazione de 24 de Agosto de 2004.

España:

STS (Sala de lo Civil), nº 429/2014, de 17 de julio (RJ 2014\4081).

STS (Sala de lo Civil), nº 628/2013, de 28 octubre (RJ\2013\7442).

STS (Sala de lo Civil), nº 400/2007, de 12 de abril (RJ 2007\2410).

STS (Sala de lo Civil), nº 628/2005, de 29 de julio (RJ 2005\6561).

STS (Sala de lo Civil), de 19 de febrero de 1991 (RJ 1991\1512).

STSJ Galicia (Sala de lo Social), nº 218/2013, de 13 de diciembre (JUR 2014\28430).

SAP Asturias (Sección 1ª), nº 114/2014, de 31 de marzo (AC\2014\601).

SAP Asturias (Sección 6ª), nº 6/2004, de 12 de enero (AC 2004\331).

SAP Barcelona (Sección 15ª) nº 264/2013, de 21 de junio (AC\2013\1513).

SAP Sevilla (Sección 5ª), nº 298/2011, de 20 de junio (JUR 2011\373014).

SAP Zaragoza (Sección 5ª), nº 643/2012, de 11 de diciembre (AC\2013\426).

SJM Oviedo nº 3/2014, de 13 de enero (AC\2014\420).

SJM Vigo, de 19 de julio de 2013 (AC\2013\1821).