

SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

José Miguel Embid Irujo (*)

Sumario

I. Concepto y caracteres del grupo. 1. Grupo de sociedades y concentración empresarial. 2. Los elementos del grupo de sociedades. 3 Dirección unificada sin relación de control: la posibilidad de los llamados grupos por coordinación. 4. Recapitulación: el grupo como nueva forma de empresa. II. La regulación jurídica del grupo. 1. Finalidades básicas y contenido. 2. El Derecho societario del grupo: ordenamientos y modelos de regulación. a) referencias legislativas. b) Modelos de regulación legislativa de los grupos. 3) Situación actual y perspectivas de la regulación jurídica de los grupos en derecho de sociedades. a) Preocupación creciente por las materias relativas a la formación y organización del grupo. b) Interacción en los grupos de otras formas jurídico-societarias distintas de la anónima. c) Protagonismo relevante de la jurisprudencia en la conformación del moderno derecho de grupos.

I. Propositiones correspondientes a la ponencia *Situación actual y perspectivas del derecho de los grupos de sociedades*

1. La importancia de los grupos de sociedades en la realidad económica no ha ido acompañada de un tratamiento jurídico equivalente, a pesar de ser, en la actualidad, la forma preferida para lograr la concentración de empresas.

2. En el grupo pueden distinguirse dos elementos: el control de una sociedad sobre otra u otras y la dirección económica unificada de la primera sobre las restantes. Sin esta última, propiamente, no hay grupo.

3. La dirección unificada puede tener una intensidad variable distinguiéndose, a tal efecto, entre grupos centralizados y grupos descentralizados. En estos últimos, la sociedad dependiente todavía conserva una cierta libertad empresarial.

4. Es discutible la existencia de grupos por coordinación, o grupos en los que la dirección unificada no se deriva del control societario. En cualquier caso, su

(*) Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Jaume I de Castellón (España).

campo adecuado parece ser el de la integración cooperativa.

5. La regulación del grupo desde la perspectiva del derecho de sociedades pretende dar legitimidad a la nueva empresa creada, colocando a su interés por encima de los intereses sociales de las sociedades del grupo. Como contrapartida, se protege a los socios minoritarios, acreedores y trabajadores de estas últimas. Tal planteamiento legislativo lo encontramos en el derecho alemán y en los ordenamientos brasileño y portugués.

6. La realidad legislativa confirma la prevalencia del llamado modelo contractual a la hora de regular el grupo, no obstante, el fracaso del derecho alemán en la práctica.

7. Actualmente, existe un marcado interés en analizar el proceso de formación del grupo, así como su organización interna. Asimismo, es objeto de estudio la existencia de grupos formados por sociedades limitadas y otros tipos de sociedades. De todos estos temas, como expresión de la evolución actual del derecho de grupos, se ocupa más la jurisprudencia que el legislador.

I. CONCEPTO Y CARACTERES DEL GRUPO

1. Grupo de sociedades y concentración empresarial

Para nadie es un secreto el significado relevante que los grupos de sociedades tienen en la vida económica de nuestro tiempo. Como expresión privilegiada de la concentración empresarial, los grupos, más que las empresas singulares, constituyen un factor de primer orden en la evolución y desarrollo de la actividad económica. Esta importancia creciente no va acompañada, sin embargo, de la regulación jurídica adecuada para afrontar debidamente los graves problemas plantados al ordenamiento por la formación y actividad de los grupos. Puede hablarse, por ello, de la existencia de un *profundo abismo* entre la realidad empresarial de los grupos y el derecho. No se salva esta distancia con las abundantes normas que, en los últimos años, aluden a nuestra figura en los diferentes ordenamientos jurídicos. Por regla general -y de ello es ejemplo singular el derecho español- suelen limitarse a considerar aspectos parciales de la compleja realidad de los grupos desde los objetivos propios de la perspectiva concreta atendida. Ello determina la coexistencia en el seno de un mismo ordenamiento de varias visiones de la misma figura -el grupo- que si, en ocasiones, no interfieren entre sí, las más de las veces distorsionan los perfiles de la institución.

Como es bien sabido, frente a la técnica más tradicional de la fusión, que trae consigo inevitablemente la extinción de las sociedades que se fusionan, el grupo

de sociedades se caracteriza por lograr la concentración empresarial sin perjuicio del mantenimiento de la autonomía jurídica de las sociedades integradas en él. Puede hablarse, así, de una forma de concentración en la *pluralidad*, que da lugar al surgimiento de una nueva empresa articulada mediante la agrupación de varias sociedades mercantiles.

2. Los elementos del grupo de sociedades

Pero, al margen, de estos aspectos introductorios, conviene reparar en lo que sea propiamente el grupo. Tal reflexión suele hacerse, en la generalidad de la doctrina, desde la perspectiva del derecho de sociedades, por ser personas jurídicas de esta naturaleza de los elementos integrantes del grupo. Por ello, cuando se aborda la cuestión con este planteamiento, se aspira a ofrecer una construcción general del grupo, una tipificación global de validez completa para todo el ordenamiento. Como acabamos de ver, esta actitud -basada, esencialmente, en el planteamiento del derecho alemán-, no se corresponde con la más reciente política legislativa en la materia. En cualquier caso, podemos comenzar afirmando que se habla de grupo para describir el conjunto de sociedades con personalidad jurídica propia que aparecen sometidas a la dirección económica unificada de otra sociedad o empresa. Dicho sometimiento se ha posible, por lo general, mediante la obtención del control de una o varias sociedades (dependientes) por otra (dominante) gracias a diversas técnicas jurídicas. Podemos hablar, al respecto, de la adquisición sucesiva de títulos en el mercado, si se trata de sociedades cotizadas en Bolsa, de la suscripción de un aumento de capital en la medida necesaria, etcétera. Cabe destacar, no obstante, la utilidad de la oferta pública de adquisición de acción (O.P.A.) como instrumento idóneo de obtención del control. Se trata de una técnica bien conocida en la actual realidad jurídica y cuya regulación aspira a lograr la necesaria igualdad de trato entre todos los socios de la sociedad destinataria de la oferta, así como la más completa información del proceso económico realizado⁽¹⁾.

Junto a la dominación o control de una sociedad sobre otra u otras, con la que aquélla penetra en la organización de la persona jurídica, hay otro elemento, más bien de carácter empresarial, típico de los grupos de sociedades. Se trata, como ya se ha advertido, de la dirección económica unificada que ejerce la sociedad dominante sobre las restantes sociedades del grupo. Encontramos, así, el elemento individualizador de nuestra figura, ya que si la sociedad dominante se limitara a

(1) Sobre la O.P.A., en general, vid., J. Zurita, *La oferta pública de adquisición de acciones* (O.P.A.), Madrid, 1980. Tiene interés, dentro del ámbito español, el volumen colectivo *La O.P.A. del Banco de Bilbao. Documentos y dictámenes jurídicos*, Madrid, 1987.

gozar de las prerrogativas derivadas de su participación mayoritaria en el capital, seguiríamos estando en el marco del derecho común de sociedades. A lo más, convendría reforzar algunas técnicas de este último para evitar la alteración del funcionamiento ordinario de la sociedad con arreglo al derecho vigente. Entrando ya en el significado de la dirección económica unificada, hay que su condición de elemento propiamente empresarial, resultado de la pérdida de independencia económica de las sociedades del grupo. Ello significa que una serie de competencias necesarias para decidir sobre los sectores o ámbitos integrantes de la actividad de la empresa -expresión de su independencia económica- han sido cedidos a la sociedad dominante del grupo. Conviene determinar, entonces, el contenido mínimo de competencias empresariales cuyo ejercicio permite hablar de verdadera dirección unificada. Suele haber acuerdo en entender, a tal efecto, decisivas las competencias en materia de financiación y de personal. Ello, naturalmente, sin perjuicio de que, en el caso concreto, la sociedad dominante pueda asumir competencia en otras áreas de la actividad empresarial, como ventas, comercialización producción, etcétera. Este hecho, en cuanto tal, será relevante en el plano de la estructura específica del grupo, dando origen a la sugestiva distinción entre grupos centralizados y descentralizados. En los primeros, la sociedad dominante ejerce una amplia dirección unificada sobre las restantes sociedades del grupo, con inclusión de las materias a que acabamos de hacer referencia. En tal caso, las sociedades dominadas no disponen, apenas, de libertad de decisión empresarial, y, sin perjuicio de su personalidad jurídica, no pasan de ser un esquema organizativo formal sin contenido económico alguno. Cuando hablamos, en cambio, de grupos descentralizados, nos referimos a aquella situación en la que la dirección unificada tiene un ámbito más reducido, dejando a las sociedades dependientes una esfera variable de comportamiento empresarial autónomo ⁽²⁾. Esta distinción, difícil de concretar en el plano normativo, debería tener consecuencias en la formulación del régimen legal de los grupos. Así, por ejemplo, un efecto que suele conectarse a ellos con fines de tutela de los acreedores -el *levantamiento del velo* de la personalidad jurídica de la sociedad dependiente- encontraría más sentido respecto de un grupo centralizado que en relación a otro descentralizado. En cualquier caso, la distinción esbozada no suele traer consigo efectos jurídicos concretos en los ordenamientos que regulan los grupos, circunstancia que, en nuestro criterio, debería ser reconsiderada.

(2) Cfr. Embid Irujo, J.M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, 1987, ps. 42-44.

3. Dirección unificada sin relación de control: la posibilidad de los llamados grupos por coordinación

Por influencia de la legislación alemana, se suele distinguir, al estudiar la ordenación interna de los grupos de sociedades, entre grupos por subordinación -de los que nos hemos ocupado hasta ahora- y grupos por coordinación. Estos últimos, también llamados grupos de estructura paritaria, se caracterizarían por hacer compatible la existencia de nuestra institución con la independencia económica de sus sociedades integrantes. En este caso, la dirección unificada no provendría de la situación de control sino, más bien, del acuerdo paritario y libre de las sociedades agrupadas. A juicio de numerosos autores, la misma noción identificadora del grupo por coordinación resulta contradictoria y, conforme a ello, tal forma de vinculación entre sociedades debería situarse en el terreno de la simple cooperación empresarial. Aunque este criterio parece acertado, no debe desconocerse la utilidad de nuestra figura para favorecer la integración de aquellas sociedades -como las cooperativas- que, por su propia naturaleza, hacen inviable el control basado en la participación mayoritaria en el capital ⁽³⁾.

4. Recapitulación: el grupo como nueva forma de empresa

En las líneas precedentes hemos intentado esbozar las características básicas del grupo desde la perspectiva de su realidad económica. Hemos podido apreciar, así, que la simple posesión del control societario no da lugar a la integración empresarial de la sociedad dominante con la dependiente. Se hace preciso, por ello, el ejercicio de la dirección unificada a fin de dar luz a una nueva unidad empresarial -el grupo- por debajo de la diversidad de formas jurídicas. Aunque no podamos hablar de un nuevo sujeto de derecho, ya que el grupo carece de personalidad jurídica, sí cabe hablar de una entidad económica nueva con su propio interés, no identificable necesariamente con el particular de las sociedades integradas en ella. Por tanto, el grupo representa una forma de concentración empresarial en la que, a diferencia de la fusión, no hay identidad plena entre sujeto jurídico y entidad económica. Como hemos visto, la existencia de una empresa unificada se nos muestra escindida, en el plano jurídico, en una serie diversa de sujetos que, formalmente, mantiene incólume su capacidad de obrar. Por ello mismo, la formación y funcionamiento de los grupos en la práctica comercial modifica los

(3) Con cierto detalle sobre la cuestión, vid., Embid Irujo, J.M., *Concentración de empresas y derecho de cooperativas*, Murcia, 1991, p. 51 y ss..

presupuestos de aplicación del derecho común de sociedades -de sociedades anónimas, en particular-, en el que se parte, como es sabido, de la correspondencia plena entre empresa y titular jurídico. Dicha modificación plantea una serie diversa de problemas al ordenamiento jurídico que se concretan, en lo esencial, en la necesidad de hacer compatible la existencia del grupo, como la nueva unidad empresarial, con la tutela de intereses dignos de protección (socios, acreedores y trabajadores de las sociedades integradas en el grupo). Podemos hablar, por ello, de la formación de un interés propio del grupo coexistente con los intereses individuales de las sociedades que lo componen. Las tensiones entre ellos y la preeminencia, en su caso, del primero, van a constituir, en consecuencia, el punto de partida básico de toda política legislativa en torno al grupo desde la perspectiva del derecho de sociedades ⁽⁴⁾.

II. La regulación jurídica del grupo

1. Finalidades básicas y contenido

La intensidad de los problemas planteados por los grupos, así como su presencia relevante en el sistema económico de nuestro tiempo, aconsejan su tratamiento legislativo tanto en derecho de sociedades como en los diferentes sectores del ordenamiento afectados por su actividad. Aunque aquél no ha sido pionero en la regulación de los grupos -tal *honor* corresponde, como es sabido, al derecho tributario ⁽⁵⁾-, sí que constituye la sede natural, de su régimen. Es en el derecho de sociedades donde debe plantearse y resolverse el conflicto básico que los grupos hacen surgir: la existencia misma del interés del grupo, como medida propia del comportamiento de la nueva empresa articulada, y su relación con los intereses individuales de las sociedades integradas en ello. La resolución de este conflicto en beneficio, presumiblemente, del grupo puede acarrear perjuicios para todos aquellos cuya posición jurídica se conecta a la defensa del interés social de la sociedad dependiente (sus socios -en particular, los minoritarios-, acreedores y trabajadores).

(4) Al respecto, Duque Domínguez, J., *Los problemas generales planteados por los grupos, con especial referencia al derecho mercantil*, en AA.VV., *Grupos de sociedades. Su adaptación a las normas de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1987, ps. 20-21. Últimamente, algunos autores ponen de manifiesto que no existe oposición necesaria entre interés del grupo e interés de las sociedades dominadas, pudiéndose llegar a una considerable congruencia de ambos (cfr. P. Hommelhoff/D. Kleindiek, *Takeover-Richtlinie und europäisches konzernrecht*, Die Ag 3/1990, ps. 109-110).

(5) Respecto del derecho español, cfr. R. Calvo Ortega, *Aspectos tributarios de las operaciones vinculadas y de los grupos de sociedades*, en AA.VV., *Grupos de sociedades. Su adaptación a las normas*, cit., p. 99 y ss..

En teoría, cabría imaginar dos actitudes extremas a la hora de resolver el conflicto expuesto anteriormente: negar la legitimidad de la estructura del grupo, como consecuencia de los perjuicios reseñados, o, al contrario, afirmar la necesidad del grupo, como estructura empresarial resultante de los procesos de concentración económica existentes en el mercado. A la hora de afrontar, en concreto, esta cuestión, los ordenamientos que se han pronunciado adoptan una posición similar. Podríamos hablar, por ello, de un tratamiento mixto conforme al cual se parte de la legitimidad de la estructura del grupo se da carta de naturaleza a la defensa y promoción de su propio interés, por encima incluso de los correspondientes a las sociedades del grupo. Pero, en contrapartida, se arbitran medidas de protección para todos aquellos que puedan ser afectados por la primacía del interés del grupo. Finalmente, y para mejorar la información económica sobre el grupo, se impone la formulación de estados financieros de carácter conjunto, sin perjuicio del mantenimiento de las cuentas específicas de cada sociedad ⁽⁶⁾. A la vista de lo expuesto, se aprecia que el ordenamiento jurídico parte de un criterio de transacción en el tema que nos ocupa. Se reconoce el papel relevante de los grupos en la estructura empresarial de nuestro tiempo, pero, a la vez, se imponen una serie de cargas a cambio de la supremacía de su interés. Admitir incondicionalmente la legitimidad de la empresa de grupo conduciría a postergar otros intereses dignos de protección y, en consecuencia, a abaratar los procesos de concentración empresarial sin fundamento alguno.

A grandes rasgos, las medidas de protección en favor de los socios minoritarios, acreedores y trabajadores, recogidas en los ordenamientos que regulan los grupos de sociedades, pueden sintetizarse como sigue. En favor de los primeros - también llamados socios externos- se establece la opción, una vez formado el grupo, de permanecer en la sociedad dependiente, percibiendo por ello una compensación anual en metálico, o de separarse de ella, recibiendo como indemnización una determinada suma en metálico o en valores (acciones, obligaciones simples o convertibles) preferentemente emitidos por la sociedad dominante. Con respecto a los acreedores, los sistemas de protección oscilan entre la asunción por la sociedad dominante de las pérdidas del ejercicio de la sociedad dependiente - como en el derecho alemán-, la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante por las deudas de la dependiente -o, finalmente, un sistema mixto que incluye las dos modalidades reseñadas- como en el Código de Sociedades portugués. Por último, en favor de los trabajadores se pretende el mantenimiento del contrato de trabajo y de las ventajas adquiridas en el marco de éste y/o de los

(6) En torno al régimen jurídico-material de los grupos, nos permitimos reenviar a nuestro trabajo *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., p. 28.

convenios colectivos, así como la representación laboral en un comité de empresa del grupo creado al efecto.

2. El derecho societario del grupo: ordenamientos y modelos de regulación

a) Referencias legislativas

Ha sido el derecho alemán, mediante la ley de sociedades por acciones de 1965 ⁽⁷⁾, el primero en establecer un régimen articulado de los grupos en el plano que ahora nos ocupa. Sus normas han constituido durante muchos años -y siguen constituyendo en la actualidad- el centro de atención de los estudiosos de la materia. Además, el texto legal citado ha sido la fuente inspiradora de los restantes ordenamientos que han intentado, consiguiéndolo o no, regular los grupos desde la perspectiva societaria. Entre los que sí han triunfado en este propósito hay que referirse al derecho brasileño, con su ley de sociedades anónimas, del 15 de diciembre de 1976, y al derecho portugués, mediante el todavía reciente Código de Sociedades Mercantiles, aprobado por decreto-ley del 2 de setiembre de 1986 ⁽⁸⁾. Al margen de los países que disponen las normas vigentes sobre la materia, debemos prestar atención especialmente al proceso de regulación de los grupos que se está llevando a cabo en la Comunidad Europea. Tal proceso ha tenido éxito en lo que se refiere, estrictamente, a los aspectos contables, merced a la apropiación de la directiva 83/349/C.E.E., del 13 de junio de 1983, reguladora de la consolidación de cuentas del grupo. En lo que afecta a los temas sustantivos de nuestra figura, se encuentra en tramitación la futura novena directiva, habiéndose divulgado hasta la fecha varias versiones del proyecto (la última lleva la nomenclatura III/1639/84).

b) Modelos de regulación legislativa de los grupos

En el plano de la regulación societaria del grupo que ahora nos ocupa, no encontramos diferencias fundamentales entre los ordenamientos jurídicos recién

(7) La literatura alemana sobre el derecho de grupos es, ciertamente, inabarcable. Es muy útil la consulta de V. Enmerich J., Sonnenschein, *Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH und Personengesellschaften*, 3ª ed., München, 1989. El texto de la ley alemana puede consultarse en español en nuestra traducción publicada en *Derecho europeo de sociedades anónimas*, Documentación jurídica, Nº 55, 1987, ps. 622-801.

(8) No abunda la bibliografía sobre el régimen de los grupos en los ordenamientos brasileño y portugués. Respecto del primero más analizado por la doctrina, vid., Comparato, F.K., *Die Konzerne im neuen brasilianischen Aktiengesetz*, ZGR, 1979, p. 595 y ss.; del mismo autor, puede consultarse también *O poder de controle na sociedade anônima*; Irujo, *El derecho de los grupos de sociedades en Brasil. Su significado y repercusión en el ordenamiento jurídico español*, RDMIEF, Nº 71, 1988, p. 5 y ss., y la bibliografía citada en ella.

mencionados a la hora de fijar, propiamente, el régimen específico del grupo, es decir las normas de protección de socios externos, acreedores y trabajadores. Otro tanto se puede decir -y más intensamente en lo que atañe a los países europeos- respecto de los preceptos ordenadores de la contabilidad del grupo. La única diferencia importante entre los textos legislativos -ya en vigor, ya en proyecto- reside en la forma de delimitar el supuesto de hecho del grupo a efectos de la aplicación del régimen jurídico previsto. En este punto se contraponen dos sistemas o modelos de regulación: el llamado modelo orgánico y el contractual. Para el primero de ellos, la aplicación del régimen del grupo se conecta meramente a su existencia, determinada, como es sabido, por el control de una sociedad sobre otra junto con el ejercicio de la dirección unificada por la primera. Para el modelo contractual, en cambio, dicha aplicación viene condicionada no por la mera existencia del grupo, en sentido económico, sino por la conclusión entre las sociedades que lo integran de un negocio jurídico específico, denominado en las fuentes legislativas *contrato de dominación*.¹ Se trata de un contrato de naturaleza organizativa que permite establecer las bases de funcionamiento de la agrupación empresarial formada y, a pesar de su denominación de contrato, nada tiene que ver con los negocios bilaterales de intercambio de prestaciones.

El modelo orgánico no ha encontrado hasta la fecha aplicación, por lo que se refiere a la disciplina jurídico-societaria del grupo. Podría encontrarse en una versión del reglamento de sociedad anónima europea anterior a la últimamente divulgada (1989); las normas sobre grupos establecidas entonces limitaban su aplicación, por lo demás, a aquellos casos en los que la sociedad dominante o la dependiente tuvieran la forma de anónima europea. Tal modelo de regulación ha recibido críticas acerbas sobre la base del automatismo con el que se aplica la disciplina establecida al efecto. Ello supone, siguiendo el argumento de los detractores del modelo, encorsetar en exceso la libertad económica de los sujetos del mercado. De tal modo, se viene a marginar la conexión, ciertamente indiscutible, que en el planteamiento orgánico se establece entre la realidad concreta del grupo y su disciplina jurídica. Sin perjuicio de estas reflexiones, conviene tener en cuenta que en otros sectores del ordenamiento, en cambio, la existencia del grupo, en sentido económico, o la situación de simple control sirven para desencadenar específicas consecuencias jurídicas. En cierto sentido, esta idea vendría a dar la razón a contracorriente a quienes patrocinaron, a la hora de regular el grupo desde la perspectiva societaria, la validez del modelo orgánico.

Por su parte, el modelo contractual ha sido recogido en el ordenamiento alemán y, a imitación de éste, en las leyes brasileña y portuguesa antes citadas. Si bien puede decirse, en teoría, que es más respetuoso con la voluntad de los operadores económicos, al facilitar la constitución autónoma del grupo, la aplica-

ción de las normas alemanas y, en menor medida, de las brasileñas, ha venido a demostrar la escasa vigencia práctica de las previsiones legislativas. En tales países, los grupos económicos se han alejado de las vías que, para su regular organización y para la tutela de los intereses por ellos afectados, había fijado el legislador ⁽⁹⁾.

Hay, pues, en la actualidad una situación de cierta perplejidad en torno al problema crucial de delimitar el supuesto de hecho (normativo) del grupo, al menos por lo que se refiere a su régimen en derecho de sociedades. No queda claro el camino que debe recorrer el legislador al respecto, si bien en las últimas versiones del proyecto de directiva comunitaria -texto decisivo, en caso de que se apruebe, para los países miembros de la Comunidad Europea- parece acentuarse la importancia del modelo contractual. Se trata, en todo caso, de un planteamiento matizado, ya que, junto al carácter provisional del texto reseñado, hay que destacar la presencia en él de normas reguladoras de los grupos existentes sin contrato de dominación (llamados, habitualmente, *grupos fácticos*).

3. Situación actual y perspectivas de la regulación jurídica de los grupos en derechos de sociedades

En los apartados anteriores hemos pretendido exponer lo que cabría denominar planteamiento *clásico* en torno a la regulación específicamente societaria -no obstante su vocación originaria de generalidad- de los grupos. En él podemos comprobar una actitud legislativa dirigida a reconocer la legitimidad de la empresa de grupo para disociar a continuación su tratamiento en el plano singular de las sociedades que lo integran. A la hora de fijar el contenido del régimen, se parte esencialmente de la sociedad dependiente y de los sectores de intereses a ella referidos. Si prescindimos, por tanto, del reconocimiento del interés del grupo y del poder de dirección que le es inherente, el derecho (societario) del grupo constituye, básicamente, un sistema de tutela, un ordenamiento protector. No obstante, este marco conceptual resulta en la actualidad insuficiente para acoger los múltiples problemas que la evolución más reciente de los grupos plantea al ordenamiento jurídico. Conviene advertir, en todo caso, que dichos problemas se contemplan desde un hecho de experiencia importante cual es el fracaso de la aplicación práctica de las normas alemanas sobre la materia. Como es sabido, tales preceptos constituyen referencia obligada en todo estudio sobre los grupos y han servido como modelo de inspiración de ulteriores regulaciones en otros ordenamientos. Conforme a lo expuesto, podemos sintetizar la evolución de nuestra materia en las tres cuestiones siguientes.

(9) Al respecto, Duque Domingue, J., *Los problemas generales*, cit., p. 47 y ss.

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

Como se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones, el derecho alemán de grupos se limitó a regular exclusivamente las cuestiones planteadas una vez constituido el grupo. Este planteamiento estático desconocía el relieve de las fases anteriores al ejercicio de la dirección unificada y que se han revelado en la experiencia como partes del proceso tendientes a su formación. Modernamente, sin embargo, se ha acentuado la conveniencia de que el derecho contemple el momento de obtención del control, como *punto arquimédico* de la formación del grupo ⁽¹⁰⁾. De la regulación jurídica de las técnicas y procesos que lo hacen posible se espera conseguir no sólo facilidades para la concentración empresarial sino la tutela de los múltiples interesados. Algunos rasgos de esta tendencia pueden percibirse ya en las normas brasileñas y portuguesas sobre grupos, que toman en consideración algunas de las técnicas, como la O.P.A., al servicio de la formación del grupo. Asimismo, el derecho comunitario europeo muestra un planteamiento similar al regular, de un lado, dicha institución mediante el correspondiente proyecto de directiva ⁽¹¹⁾, y al imponer, de otro, deberes específicos de información con motivo de la adquisición y enajenación de participaciones significativas en sociedades que cotizan en Bolsa (directiva 88/627/C.E.E., del 12 de diciembre de 1988).

Asimismo, y conectado en parte con el tema anterior, se ha acentuado el interés por profundizar en el conocimiento y en el tratamiento legal de los problemas relativos a la organización del grupo. Sobre esta cuestión, como es sabido, es muy poco lo resuelto por el derecho positivo, limitado al reconocer el poder de dirección de la sociedad dominante y a establecer normas muy simples sobre la responsabilidad de los administradores. Queda por delimitar legalmente, no obstante, todo un conjunto de materias insertas en lo que algunos llaman ⁽¹²⁾ la estructura interna del grupo. Dentro de este término podemos incluir lo relativo a órganos del grupo, atribución de las tareas de gestión, poder de representación y, por supuesto, un más claro tratamiento de la responsabilidad de los administradores.

(10) La expresión corresponde a H. Wiedemann, *Das abfindungsrecht: ein gesellschaftsrechtlicher Interessenausgleich*, ZGR, 1978, p. 487, quien enfáticamente advierte que una vez adquirido el control *imperat* (en la sociedad dependiente) *la paz del cementerio*. Del mismo autor, vid., más recientemente, *Die Unternehmensgruppe im Privatrecht*, Tübingen, 1988.

(11) Sobre este texto cfr. Recalde Castells, A., *El derecho comunitario sobre O.P.As. (la propuesta de 13ª directiva en materia de derecho de sociedades)*, Derecho de los negocios, N° 6, 1991, p. 14 y ss..

(12) Cfr. Massaguer, J., *La estructura interna de los grupos de sociedades* (Aspectos jurídico-societarios), RDM, 1989, p. 281 y ss. y la amplia bibliografía citada.

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

De modo habitual, las normas vigentes o en proyecto reguladoras de los grupos, así como la doctrina, suelen tomar a la anónima como la forma *natural* de la sociedad integrante del grupo (ya sea como dependiente o como dominante). Dentro del campo de las sociedades mercantiles, los últimos años han puesto de relieve la frecuencia con que se pueden identificar grupos compuestos por sociedades de responsabilidad limitada y, en menor medida, por sociedades personalistas. Ante la inexistencia de normas legales, el régimen jurídico de tales grupos tiene que componerse, o bien por analogía del establecido para los grupos integrados por sociedades anónimas, o bien, en los casos en los que no proceda tal analogía, por adaptación de ciertos principios propios del tipo específico a la nueva realidad que supone el grupo.

Fuera del sector de las sociedades mercantiles, al menos por lo que a sus principios inspiradores se refiere, podemos mencionar la existencia de grupos de sociedades cooperativas, o, cuando menos, la presencia como sociedad dominante en un grupo mercantil de una cooperativa. Este último supuesto no altera, por lo que al poder de dirección se refiere, el funcionamiento ordinario del grupo por subordinación. En cambio, cuando aludimos a la agrupación exclusiva de sociedades cooperativas -de importancia progresiva en la práctica- su propia naturaleza pone condiciones al ejercicio de la dirección unificada. En tal sentido, hay que prescindir de la existencia de relaciones de control entre las sociedades integradas y poner como punto de reflexión la discutida figura del grupo por coordinación.

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

La ausencia de normas legales en relación a los nuevos problemas característicos del tema que nos ocupa ha determinado la intervención judicial, que ha pasado a ser así pieza decisiva en la configuración moderna del derecho de grupos. Tal hecho se percibe con especial intensidad en Alemania, país en el que se está produciendo una interesante polémica no sólo sobre el contenido específico de las sentencias dictadas, sino también en relación a las características y límites de esta creación judicial del derecho (*richterliche Rechtsfortbildung*). Sin perjuicio de la habitual calidad técnica de los fallos, así como de la congruencia de las soluciones establecidas con los supuestos de hecho enjuiciados, parece conveniente no renunciar en el derecho de grupos a la seguridad jurídica derivada de la regulación legislativa, en favor de la justicia material inherente a la intervención de los tribunales⁽¹³⁾.

(13) Sobre los problemas de la evolución del derecho de grupos, cfr. V. Emmerich J., Sonnenschein, *Konzernrecht*, cit., vid. también J.N. Druey, ed., *Das St. Galler Konzernrechtsgespräch. Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit*, Bern/Stuttgart, 1988.