

APROXIMACIÓN AL DERECHO DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES COMO DERECHO DE ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA POLICORPORATIVA: LA LEGITIMACIÓN ESTATUTARIA DE LA DIRECCIÓN UNITARIA COMO CLAVE DE LA LEGITIMIDAD DE LA FORMACIÓN DEL GRUPO DE SOCIEDADES

José Massaguer (*)

1. Introducción: concepto, notas características y elementos

El grupo de sociedades es una unidad económica que resulta de la articulación funcional de diversas empresas jurídicamente organizadas como sociedades independientes y autónomas a través de su común sometimiento a una dirección económica unitaria. Las notas características y definitorias del grupo de sociedades son la independencia y autonomía jurídica de las sociedades integrantes del grupo. La carencia de personalidad y capacidad jurídica de la unidad, así como, sobre todo, la articulación a través de la dirección económica unitaria ejercitada por la sociedad madre, matriz, dominante o cabeza de grupo.

Así concebido, el grupo de sociedades es un particular tipo de empresa, que se diferencia del tipo tradicional de empresa unitaria por su naturaleza policorporativa. La especialidad del grupo de sociedades como forma empresarial no es de orden económico, sino de orden jurídico: *la combinación de un sustrato empresarial único con una heterogeneidad subjetiva: hay una sola empresa en sentido socioeconómico distribuida entre diversas personas jurídicas -las sociedades del grupo- y vertebrada como unidad funcional por la dirección única llevada desde la sociedad dominante*. En el grupo de sociedades se dan cita, por un lado, una diversidad organizativa, en la medida en que la empresa se coloca en la esfera jurídica de distintos sujetos independientes, y, por otro, una unidad

(*) Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Pompeu Fabra.

funcional, en la medida en que el conjunto se comporta unitariamente como consecuencia de la dirección única llevada desde la sociedad dominante. La colocación de la empresa en la esfera jurídica de diversos sujetos, sin embargo, no impide hablar de empresa social ni que ésta deba ser unitariamente considerada por el derecho.⁴

Elementos del grupo de sociedades son, en lo esencial, dos: la vinculación intersocietaria y la dirección unitaria de las sociedades vinculadas.

De grupo de sociedades sólo se puede hablar en relación con un conjunto de sociedades vinculadas entre sí hasta formar una unidad empresarial en sentido socioeconómico.

De común, esta vinculación intersocietaria se establece a través de participaciones de capital, tenidas, directa o indirectamente, por la sociedad dominante en las sociedades dependientes, en cuyo caso el grupo posee una *estructura financiera*. Pero no siempre es así. La vinculación intersocietaria puede igualmente establecerse a través de la identidad de las personas que integran sus respectivos órganos de administración, en cuyo caso el grupo posee una *estructura personal*, o a través de un contrato por virtud del cual una sociedad ceda a otra, de una u otra forma, el poder de determinar la gestión de su empresa social, en cuyo caso el grupo posee una *estructura contractual*.

La mera vinculación entre unas sociedades y otras, muy en especial la vinculación financiera, sin embargo, no hace por sí un grupo de las sociedades vinculadas. Para ello es necesario que todas ellas sean sometidas a una dirección económica unitaria. Debe diferenciarse, pues, la situación de mera dependencia societaria, por un lado, de la situación de integración en un grupo de sociedades. El grupo de sociedades sólo existe en la medida en que la actuación de todas las sociedades vinculadas está coordinada desde la sociedad dominante. La coordinación de la actuación de las sociedades vinculadas, es, pues, la dirección unitaria, que se revela, consiguientemente, no sólo como nota característica del grupo, sino, muy en especial, como elementos constitucional del mismo. En este contexto, las participaciones de capital y lazos personales o contractuales son el sustrato sobre el que se encauza la dirección unitaria. La dirección unitaria consta esencialmente de medidas de planificación, organización y gestión empresarial. Entre las *medidas de planificación* figura la determinación de los fines del grupo de sociedades y de la estrategia empresarial a medio y largos plazos del grupo en su conjunto y de cada sociedad integrada en el mismo. Entre las *medidas de organización*, que tienden a crear la estructura necesaria para el desarrollo de la estrategia y el logro de los fines sentados por las medidas anteriores, figuran la política de financiación, la política de personal e incluso la estructuración del accionariado del grupo de sociedades, dando entrada a nuevos socios en las sociedades dominadas, así como,

a la vista de la normativa en vigor, también la política contable. Entre las *medidas de gestión empresarial* se sitúan medidas como la determinación de prioridades, distribución de recursos, realización de importantes inversiones, seguimiento de la actividad empresarial de las sociedades integradas en el grupo en relación con el cumplimiento de la estrategia marcada y con la obtención de administración de las sociedades dominadas para que corrijan la política inicialmente impuesta.

2. Los grupos de sociedades ante el Derecho Mercantil en materia de sociedades. El ordenamiento jurídico no ha sido ajeno a la importancia de los grupos como fenómeno económico-social ni a los múltiples problemas que arroja, algunos de los cuales han sido regulados mediante normas positivas.

Así, ha nacido un conjunto normativo que la doctrina ha aglutinado y sistematizado bajo la denominación de derecho de los grupos de sociedades, en el que se dan cita normas procedentes de diversos sectores del derecho mercantil, principalmente Derecho de sociedades, Derecho del mercado de valores, Derecho de defensa de la competencia, pero también Derecho bancario, Derecho de defensa del consumidor o Derecho concursal.

La creación del grupo de sociedades implica la integración de diversas sociedades independientes en una unidad económica superior, o cuanto menos distinta, que formalmente respeta pero de hecho anula a la sociedad unitaria integrada en el grupo como forma de organización jurídica de la empresa. *Un derecho que disciplina el régimen jurídico de sociedades autónomas e independientes, tanto jurídica como económicamente, no puede, sin más, ser apto para hacer frente a la tensión implícita en el grupo de sociedades, donde convergen la unidad económica (planificación y comportamiento) del conjunto y la pluralidad jurídica de sus partes. Sin embargo, a pesar de su incuestionable expansión y consolidación en la vida para el derecho mercantil en materia de sociedades, excepción hecha de las normas en materia de consolidación de cuentas y sobre negocios sobre las propias acciones, donde se incluye la regulación de las participaciones recíprocas.*

3. Los problemas afrontados por la regulación de los grupos de sociedades en el derecho positivo en materia de sociedades mercantiles. El régimen jurídico-societario de los grupos de sociedades -y me refiero a hora a la regulación de los problemas específicos de los grupos en los derechos alemán, portugués y brasileño, así como en los trabajos preparatorios en la CEE -ha tomado principalmente a la *sociedad dominada como punto de referencia de los diferentes conflictos que hace surgir el grupo de sociedades, dando cabida a un entramado normativo destinado a proteger los intereses de la sociedad dominada, de sus socios minoritarios- los*

socios externos al grupo- y de sus acreedores ante los perjuicios que para cada uno de ellos pudiera deparar la dirección unitaria ejercida desde la sociedad dominante.

Esta aproximación al fenómeno del grupo de sociedades es, sin embargo, insuficiente. *La formación y funcionamiento del grupo de sociedades* desencadena una profunda modificación en el estado de los intereses en juego. Por un lado, es verdad, *perjudica la individualidad organizativa y patrimonial de la sociedad dominada y, con ello, a ésta, a sus socios y a sus acreedores*. Pero, por otro lado, *da lugar al nacimiento de una nueva empresa* que rompe la tradicional igualdad entre unidad jurídica y unidad económica. Este fenómeno de pluralidad jurídica y unidad económica, sin embargo, no es tanto una solución como un problema de organización jurídica. Problema vinculado a éste es la legitimidad jurídico-societaria de la formación del grupo de sociedades desde el punto de vista de la sociedad dominante.

4. La formación del grupo de sociedades como alteración del orden constitucional de la sociedad dominante y de la posición jurídica de sus socios. La formación del grupo de sociedades desdibuja el orden patrimonial y político de la sociedad dominante. Con la creación del grupo de sociedades se rompe, en primera instancia, el equilibrio *constitucional* de la sociedad dominante: las funciones y competencias de la junta general se diluyen y caen en manos del órgano de administración, y, en segunda instancia, y como consecuencia de ello, se amenazan los derechos políticos y económicos de sus socios. El ejercicio del derecho de voto correspondiente a las participaciones sociales detentadas por la sociedad dominante pone en manos de su órgano de administración funciones y competencias que, de no existir el grupo, corresponderían a la junta general -*ad. ex.* la elección de los administradores; los incrementos o reducciones de capital y otras modificaciones estatutarias como el cambio de objeto social; las fusiones, escisiones y transformaciones; la emisión de obligaciones...- o incluso a los accionistas a título individual -*ad. ex.* el ejercicio del derecho de suscripción preferente en los incrementos de capital de las sociedades dominadas. Consecuencia de lo dicho es tanto una *modificación del modelo de organización jurídica de la empresa social inicialmente escogido por los socios como, por otro lado, una reducción, siquiera potencial, del contenido jurídico de la condición de socio*. A ello debe añadirse: los socios de la sociedad convertida en cabecera de un grupo se ven expuestos también a los *riesgos de la explotación empresarial llevada a cabo en las sociedades dominadas*, y ello según un esquema de competencias que sustituye el originario.

5. La legitimación jurídico-societaria de la formación del grupo de sociedades. Tan sustancial alteración del orden interno de la sociedad dominante exige especial legitimación a través de la autorización en estatutos de dirección unitaria

del grupo por parte del órgano de administración. Dado que la formación del grupo depende del ejercicio de la dirección unitaria, encauzada a través de participaciones financieras o de vínculos personales o contractuales, la legitimación de la toma de participaciones o de establecimiento de vínculos personales, sino que debe ser la legitimación de la dirección unitaria. La dirección unitaria comprende, de hecho, actuaciones que quedan fuera del marco de competencia gerenciales del órgano de administración: hay actos que, en sentido técnico, son actos de administración que legalmente se han atribuido a la Junta general, como muy en particular son las que toca al nombramiento de los administradores, a la determinación de los resultados de la empresa social, a la financiación externa e interna y a la estructuración accionaria del grupo. Su realización sólo puede ser acometida por el órgano de administración si cuenta con autorización suficiente para ello.

la singularidad de la dirección unitaria, y una consideración de la realidad práctica, ha llevado a sostener que la dirección unitaria es actividad empresarial, constitutiva por sí del objeto social de la sociedad dominante, exclusivo en las dominantes financieras o concurrente en las dominantes industriales. En consecuencia, incluida como la dirección unitaria de un grupo como actividad constitutiva del objeto social, formación del grupo mediante ejercicio de la dirección unitaria estaría perfectamente legitimada. De otro modo, la asunción y ejercicio de la dirección unitaria y, con ella, la formación del grupo de sociedades, constituiría una modificación fáctica del objeto social de la sociedad dominantes, con vulneración del procedimiento y garantías establecidas al efecto.

No es, sin embargo, correcta esta postura: la dirección unitaria no es una actividad empresarial por sí misma considerada, sino solo una fase o momento de la actividad constitutiva del objeto social de las sociedades dominadas: la coordinación de la política de financiación, de personal, de producción, de comercialización... del grupo tiene por fin último el desenvolvimiento de las actividades constitutivas de los objetos sociales de las dominadas.

Sentado que la dirección unitaria sólo es una fase de la actividad constitutiva del objeto social de las sociedades dominadas y no una actividad sustantiva por sí misma, era preciso reconocer que implica tanto como explotación de una actividad empresarial a través de otra sociedad. De ahí que el objeto social de la sociedad dominante debe ser idéntico o estar vinculado por relaciones de auxiliariedad o complementariedad con el objeto de las sociedades dominadas, de forma que la clase de actividad propia de éstas quede amparada por el objeto social de la primera.

Adquiridas unas participaciones en otra sociedad, cuyo objeto no coincide con el de la adquirente, el efectivo ejercicio de la dirección unitaria debe esperar, primeramente, a la coordinación de los objetos sociales, mediante la modificación del de la dominante.

Un posible mecanismo de legitimación podría ser la previsión estatutaria, contenida en la cláusula relativa al objeto social, de desarrollo indirecto de las actividades integrantes del objeto social mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades con objeto análogo o similar (art. 117.4 RRM). El precepto, desde luego, no proporciona un argumento definitivo en favor de la legitimación de la formación de grupos de sociedades, abierta como queda una importante cuestión: la correspondencia de su significado económico y contenido con el ejercicio indirecto mediante participaciones. La previsión estatutaria que ordena el art. 117.4 RRM sólo previene un ejercicio indirecto mediante la *titularidad*. Como es obvio, la dirección unitaria como elemento formativo del grupo de sociedades se sitúa en un plano diverso a la mera titularidad es, por ello mismo, una noción estática. Con todo, aunque no sea una solución del todo satisfactoria desde un punto de vista de técnica jurídica, desde luego puede aceptarse que una previsión estatutaria de este tipo conlleva implícitamente la previsión de la formación del grupo y, con ella, la legitimación de la dirección unitaria.