

COMISION IV.1:
CONCENTRACION. REORGANIZACION. Grupos, Control
(dominación): relaciones y efectos. Responsabilidad.

RELATOR INTERNACIONAL: *Prof. Dr. José Miguel Embid Irujo*

INTERVENCIÓN DE APERTURA

1. Una de las cuestiones más relevantes en el Derecho actual de sociedades es la relativa al tratamiento de los vínculos o uniones que, con diferente intensidad y naturaleza, se establecen entre sociedades diferentes. Como es bien sabido, tales vínculos dan lugar al surgimiento de entidades al servicio de la cooperación o concentración empresarial, que plantean al Derecho una rica problemática sólo parcial y fragmentariamente atendida hasta la fecha por los ordenamientos más representativos.

Aunque todas las sociedades tipificadas jurídicamente son susceptibles de integrarse en estructuras organizativas amplias, son las de naturaleza capitalista (sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada) las protagonistas principales de estos procesos de agregación societaria. Como es obvio, tales supuestos alteran significativamente el tipo normativo de sociedad prefigurado por el legislador; de la sociedad isla, con personalidad jurídica propia y autonomía económica, se pasa a la sociedad vinculada a otra u otras, como ejemplo más relevante de la realidad negocial de nuestro tiempo. Los diferentes grados y técnicas de vinculación intersocietaria, con incidencia diversa en la libertad de decisión empresarial de la sociedad, abren una problemática jurídica específica que distorsiona la aplicación de una buena parte de las normas del Derecho de sociedades vigente.

2. Entre otros temas, el estudio de los vínculos intersocietarios plantea necesariamente la determinación de su intensidad y duración. Al hilo de estos dos extremos, se ha articulado la distinción entre concentración y cooperación empresarial: en aquélla, por regla general, se percibe una mayor integración y centralización del poder en la empresa, con vocación de permanencia; la cooperación, en cambio, alude a vínculos más laxos y, habitualmente, de duración más reducida. Conviene, no obstante, hacer alguna precisión más detenida al respecto.

Cuando se habla de cooperación empresarial se describe una fórmula de colaboración que no altera la independencia económica de las sociedades vinculadas. Ya se realice a través de la creación de una persona jurídica

independiente, o sin ella, el estado de cooperación empresarial no produce modificaciones significativas en la libertad de mercado de las sociedades, ni, por lo tanto, dificulta o distorsiona la aplicación de las normas generales del Derecho de sociedades. En cambio, cuando aludimos a la concentración empresarial estamos refiriéndonos a un proceso de modificación sustancial del poder de decisión económica de las sociedades concentradas. Ya suponga desaparición de la personalidad jurídica de éstas (caso de la fusión), o sin ella (supuesto de los grupos), o, finalmente, concorra alguna técnica distinta (la escisión, por ejemplo), la concentración da lugar al surgimiento de una nueva empresa como resultado de los vínculos establecidos entre distintas sociedades. En este caso parece precisa la adopción de normas específicas a fin de regular, desde criterios de justicia y de tutela de los intereses en presencia, los diferentes procesos de concentración de empresas.

La distinción esbozada puede considerarse válida, meramente, a efectos expositivos o sistemáticos; pero, desde luego, no aspira a conseguir un grado pleno de exactitud científica. Ello se debe, ante todo, a la pluralidad y complejidad de supuestos de hecho que, en el plano de las vinculaciones intersocietarias, se dan en la realidad comercial. Además, alguna de tales situaciones no puede ser adscrita, en puridad, a ninguna de las dos categorías utilizadas; el caso de los llamados, por influencia alemana, grupos por coordinación, constituye, quizá, el ejemplo más claro de lo que venimos diciendo. Por otro lado, la imprecisión en cuanto al contenido de los dos conceptos empleados es, tal vez, mayor cuando nos referimos a la "cooperación"; su uso en el lenguaje jurídico ordinario es ya una constante y parece responder al deseo de contraponer los fenómenos en ella cobijados a los distintos casos de concentración, como si de categorías plenamente antagónicas se tratara.

3. En este Congreso, los temas de estudios quedan limitados a la concentración de empresas y, dentro de esta rúbrica, a una modalidad específica de la misma como son los grupos de sociedades. Excluimos, por ello, al importante fenómeno de la fusión que, mejor regulado, por lo general, en el Derecho comparado, pertenece plenamente también al temario de la concentración de empresas. Conviene advertir, en todo caso, que la perspectiva de estudio a adoptar es la típica del Derecho de sociedades que, en esencia, se limita a analizar los procesos de formación de los grupos, su organización interna, y la tutela de los intereses afectados por ellos. No ignoramos, sin embargo, que sobre esta materia convergen otros sectores del Derecho igualmente orientados, desde su propia perspectiva, al estudio de la empresa. Me estoy refiriendo, en concreto, al Derecho fiscal -adelantado casi siempre al Derecho mercantil en fijar el perfil de las instituciones-, y al el Derecho del trabajo. En el ámbito del

primero, el grupo suele recibir un tratamiento favorable ya que se somete a tributación únicamente a la unidad empresarial formada -identificada con el grupo- que subyace a las diferentes sociedades que la forman. En el Derecho del Trabajo, en cambio, el grupo suele verse como una estructura empresarial de repercusiones negativas en el plano de los derechos reconocidos, legal o colectivamente, a los trabajadores. Ello ha determinado que, en ocasiones, la jurisprudencia lleve el tratamiento unitario del grupo hasta el extremo de hacer responsables a todas las sociedades integradas en él de las deudas laborales de una de ellas.

Dentro de esta delimitación de sectores jurídicos a los que afecta la figura que pretendemos analizar, me referiré brevemente al significado de la cuestión en el llamado Derecho de la competencia. Como es sabido, en los países con sistema de economía de mercado, la defensa de la competencia ante las acciones tendentes a limitarla, eliminarla o hacerla desleal adquiere carácter de valor constitucional, junto a otros intereses igualmente protegidos con los que puede concurrir (defensa del consumidor, protección del medio ambiente, etc.). Por definición, todo proceso tendente a formar un grupo, en cuanto técnica de concentración de empresas, supone una limitación de la competencia en su sentido más inmediato. No obstante, hay restricciones a la libertad de competencia producidas por la concentración de empresas que, analizadas en su conjunto, son más beneficiosas para el mercado que la defensa a ultranza de aquélla. Esta idea, hoy generalizada en la ciencia económica, se ha convertido en un criterio de política jurídica en el Derecho comparado que está produciendo, como resultado, normas orientadas a controlar el grado de concentración empresarial y no a prohibirla. Un ejemplo revelador y reciente es el Reglamento de 21 de diciembre de 1989 sobre control de las concentraciones de empresas en el ámbito del Mercado Común. Dicho texto se refiere a las fusiones y a los procesos de toma de control -es decir, a los grupos- como los instrumentos específicos para hacer posible la formación de grandes unidades empresariales en Europa. Sólo cuando se alcanza una muy elevada dimensión económica con tales técnicas de unión de sociedades, queda sometida necesariamente a control la concentración de empresas lograda. Corresponde a la Comisión de las Comunidades dictaminar sobre la validez o invalidez del proceso realizado, a cuyo resultado se llega tras un exhaustivo análisis del caso concreto. Es oportuno indicar que hasta la fecha la Comisión ha considerado conformes con los objetivos del Mercado Común los supuestos de concentración de empresas controlados, no obstante la gran dimensión económica de alguno de ellos (el caso Daimler-Messerschmitt).

4. Dentro del Derecho de sociedades, el estudio de los grupos se ha solido hacer desde la perspectiva de la sociedad anónima, por ser este el tipo

habitualmente integrado en ellos, ya sea como sociedad dominante o dependiente. Esta afirmación es válida tanto para la legislación existente al respecto (singularmente, en el Derecho alemán y en el brasileño), como para la doctrina y jurisprudencia. No procede entrar ahora en el análisis de este criterio, si bien conviene advertir que la evolución más reciente del fenómeno de los grupos nos enseña el protagonismo creciente, en su ámbito, de la sociedad de responsabilidad limitada y, en mucha menor medida, de las sociedades personalistas. Caso aparte lo constituyen las sociedades cooperativas que, no obstante, muestran dentro del campo limitado del mutualismo -por lo general- un elevado grado de concentración empresarial.

Las referencias legislativas al grupo, limitadas durante mucho tiempo a la ley alemana de sociedades por acciones, parten, como presupuesto de regulación, de la existencia de un conflicto permanente entre el interés de la sociedad dominante -mejor sería decir del grupo- y el interés de la o las sociedades dominadas. No sorprenderá, por ello, que el limitado régimen societario del grupo, además de dar legitimidad a su interés, muestre una destacada preocupación por la tutela de socios, acreedores y trabajadores de las sociedades dependientes. En esta etapa -casi hasta nuestros días- el tratamiento legislativo del grupo consiste en la ordenación de algunas relaciones entre sociedad dominante y sociedad dependiente, con el añadido de exigir una contabilidad específica del grupo en su conjunto. Se marginan aspectos, como la formación y la organización del grupo, que, con posterioridad han alcanzado un notorio relieve en las reflexiones, y en los proyectos legislativos, referidos a nuestra institución.

5. En cualquier caso, las ideas anteriormente expuestas constituyen lo que podríamos denominar el planteamiento "clásico" del Derecho respecto de los grupos de sociedades. Es obvio, por supuesto, que nos hemos referido a aquellos ordenamientos jurídicos que establecieron normas específicas en el tema que nos ocupa. Tanto entonces como ahora, no suele ser frecuente en el panorama del Derecho comparado el tratamiento particularizado de los grupos. Sin embargo, sí pueden destacarse algunos criterios, con plasmación legal en bastantes casos, que revelan un cierto cambio en la política jurídica relativa a nuestra institución. De un lado, el escaso éxito que acompañó a las normas alemanas en la materia y la dificultad propia de comprender y regular adecuadamente un fenómeno tan variado, de otro, han conducido a una posición legislativa más pragmática. En este sentido, se presta atención ahora no tanto al resultado -el grupo, propiamente dicho- cuanto al proceso tendente a su formación. Muchas leyes sobre sociedades mercantiles -o, incluso, referidas a otros sectores del ordenamiento- se ocupan de regular el control de una sociedad sobre otra u otra y, en ocasiones, también las técnicas que hacen

posible su obtención. A veces se identifica el simple control con el grupo, si bien, como sabemos, el control por sí solo -sin dirección económica unificada- no permite hablar de la existencia de una auténtica empresa articulada en diferentes sociedades. No obstante, la dificultad de definir y precisar, en su caso, esta nota distintiva del grupo, en sentido económico, puede justificar la presunción legislativa que acabamos de mencionar.

Pero, al lado de esta realidad legislativa tan característica de nuestro tiempo, no puede desconocerse que los grupos, en sentido propio, siguen planteando problemas jurídicos que no pueden ser resueltos con las normas relativas al control societario. Dada la casi general inexistencia de preceptos específicos al respecto, está correspondiendo a los tribunales la difícil tarea de dar respuesta adecuada a tales problemas. Los límites de esta "creación judicial del Derecho" -pues se trata, propiamente, de tal fenómeno- no resultan claros y constituyen en la actualidad materia de discusión en numerosos países europeos, singularmente en Alemania.

Y con estas palabras voy a concluir mi intervención de apertura. He intentado dar unas pinceladas sobre la compleja realidad de la concentración de empresas, y de los grupos de sociedades en particular, con el objetivo de reflejar el marco del debate por lo que se refiere, en concreto, a los ordenamientos europeos actuales. Creo, no obstante, que los problemas son muy similares en todos los Estados y espero que las sesiones a desarrollar permitan dar luz a la difícil temática objeto de nuestro estudio.