

EN TORNO A LA NOCIÓN DE GRUPO DE SOCIEDADES Y SU  
DELIMITACIÓN EN EL ÁMBITO ESPAÑOL Y EUROPEO

AROUND THE CONCEPT OF COMPANIES GROUP AND THEIR  
LIMITS IN SPANISH AND EUROPEAN LEVEL

*Rev. boliv. de derecho* n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 76-97



Pablo  
GIRGADO  
PERANDONES

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 30 de diciembre de 2013  
**ARTÍCULO APROBADO:** 14 de febrero de 2014

**RESUMEN:** El ordenamiento español y comunitario carecen de una regulación específica para los grupos de sociedades. Al igual ocurre con la noción de grupo, si bien es cierto que, habitualmente, se reconoce el papel central que cumple la normativa sobre consolidación de cuentas y, en el caso, español, la referencia al art. 42 del Código de comercio. En el trabajo, se analiza críticamente los elementos que componen la noción de grupo, destacando, especialmente, la función esencial que desempeña la dirección unitaria en la determinación de la existencia de un grupo de sociedades.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho español y europeo de sociedades, grupos de sociedades, noción.

**ABSTRACT:** The Spanish legislation and of the European Union they lack a specific regulation for the groups of companies. It happens to the equal one with the group notion, although it is true that, usually, there is recognized the central role that represents the regulation on account consolidation and, in the Spanish case, the article 42 of the Code of commerce. In this article, the author analyses critically the elements that compose the group notion, emphasizing, especially, the essential function that redeems the unitary direction in the determination of the existence of a group of societies.

**KEY WORDS:** Spanish and EU company law, groups of companies, concept.

**SUMARIO:** I. La importancia de precisar la noción de grupo de sociedades.- II. Los elementos delimitadores de la noción de grupo.- 1. La pluralidad de sujetos que lo integran y la ausencia de personalidad jurídica.- 2. El medio o instrumento empleado como nexo de unión.- 3.- La dirección unitaria.- III. La noción de grupo en la legislación vigente española.- 1. El control como opción legislativa.- 2. La formulación en las Propuestas de Código de Sociedades Mercantiles (PCSM) y de Código Mercantil (PCM).- IV. La existencia de una noción de grupo en el ámbito de la Unión Europea.- V. Perspectivas de futuro.

## I. LA IMPORTANCIA DE PRECISAR LA NOCIÓN DE GRUPO DE SOCIEDADES

Es lugar común en los estudios sobre los grupos de sociedades poner de manifiesto la ausencia de una regulación específica y suficiente para atender a esta realidad empresarial<sup>1</sup>. Sin entrar a valorar las consecuencias del abandono legislativo, sí es frecuente la concurrencia de referencias dispersas sobre los grupos en varios sectores del ordenamiento -no sólo societario, sino también tributario, contable, bursátil, concursal, entre otros- en las que suele destacar el intento de dar una noción del mismo<sup>2</sup>. Sin embargo, la noción o, mejor dicho, la técnica de delimitación empleada en cada caso por el legislador ofrece diversas cuestiones que es preciso analizar (a continuación).

Antes de entrar en dicha valoración, conviene resaltar la importancia sustancial que desempeña la delimitación de una noción de grupo<sup>3</sup>. Así, la noción nos permite distinguir el fenómeno del grupo respecto de otras figuras afines e incluso respecto de aquellas situaciones en que aún no exista grupo, bien porque está en una fase formativa bien porque no sea la voluntad de los afectados. Igualmente, nos sirve para reconocer la diversidad de modos de articulación del grupo y, por ello, su

1 No obstante, cabe reconocer la regulación específica al fenómeno de los grupos de sociedades por algunos ordenamientos jurídicos nacionales. Entre otros, y por desempeñar un papel destacado, tanto doctrinal como judicialmente, cabe destacar al Derecho alemán, pionero en la materia [arts. 291-338 *Aktiengesetz* de 6.9.1965; hay traducción al español, con estudio preliminar por J. M. Embid Irujo. *Ley alemana de sociedades anónimas* Madrid (2010): Marcial Pons]; con una menor atención por el Derecho comparado, v. también las regulaciones brasileña (arts. 265-277 *Lei das sociedades por ações*, n° 6.404 de 15 de diciembre de 1976) y la portuguesa (arts. 481-508 *Código das Sociedades Comerciais*, aprobado por Decreto-Ley n° 262/86 de 2.9.1986).

2 Sobre esta diversidad en el caso español, v. nuestra monografía *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*. Granada (2001): Comares.

3 Embid Irujo, J. M. "Grupos de Sociedades", en AA.VV. *Introducción al derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria* (dir. J. M. Embid Irujo). Madrid (2013): Marcial Pons, 414.

### • Pablo Girgado Perandones

Profesor titular de Derecho mercantil en la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona, España). Autor de diversas monografías y artículos en revistas y obras colectivas españolas y extranjeras. Dirige el área de Derecho mercantil en la citada Universidad desde 2007 y un grupo de investigación en materia de seguros.

adecuación a las necesidades organizativas de la empresa en el entorno globalizado actual.

Por otro lado, la delimitación de una noción de grupo revela el interés del legislador por la figura y, simultáneamente, por la protección de los diversos intereses afectados en su manifestación en el mercado. En la concurrencia de esos intereses y en la delimitación que el propio legislador hace del fenómeno del grupo puede observarse -como iremos señalando- no sólo intereses ajenos o externos al propio grupo sino también la presencia de los intereses que lo integran. Todo ello es lo que en alguna ocasión hemos mencionado como legitimidad del grupo y, por tanto, de su interés<sup>4</sup>.

En la búsqueda de un concepto de grupo y, en general, de su naturaleza jurídica parece oportuno reconducir su estudio hacia lo que se conoce como "esencia funcional" del grupo, más proclive a ofrecernos una visión realista del mismo, en detrimento de su "esencia estructural" y de la búsqueda de una dimensión subjetiva, de la que -desde una perspectiva de personalidad jurídica- carece<sup>5</sup>. La importancia del elemento funcional para determinar la noción de grupo conecta con el análisis funcional -en lugar del estructural- de la empresa, implicando el grupo la necesidad de resaltar el primero sobre el segundo<sup>6</sup>.

Por otro lado, y antes de analizar los diversos elementos componentes del grupo de sociedades, conviene plantearse, al menos brevemente, una serie de cuestiones previas. Así, y desde una perspectiva de política jurídica, es necesario elegir entre las siguientes alternativas de una futura regulación:

1ª) entre una noción legal o no;

2ª) entre un concepto general para todo el ordenamiento o un concepto específico para cada rama jurídica;

3ª) entre una noción legislativa y detallada del grupo o establecer un mecanismo legislativo de presunciones (*iures et de iure, iuris tantum*).

Según la primera alternativa, hemos de elegir entre configurar una noción legal de grupo de sociedades o, por el contrario, dejar que tal misión sea asumida por la doctrina, con la colaboración de otros ámbitos como el judicial. En la primera

4 V. nuestro trabajo *La empresa de grupo*, cit., 259-271.

5 V. Embid Irujo, J. M., referencia en "Ante la regulación de los grupos de sociedades en España". *Revista de Derecho Mercantil (RD/M)* (2012). 284º, 33, citando a Maugeri, M. *Partecipazione sociale e attività di impresa*. Milán (2010): Giuffrè, 2010, 4.

6 Como indicaba el maestro B. Libonati -*Corso di diritto commerciale*. Milán (2009): Giuffrè, 165- en referencia a la relación entre el contrato de sociedad y el acto constitutivo, reconoce, refiriéndose a la sociedad unipersonal, que implica la necesidad de acentuar la reflexión sobre el perfil funcional del fenómeno asociativo, "... che poi governa, per le sue esigenze, lo stesso momento genético".

opción, cabe destacar el caso paradigmático del Derecho alemán (§ 18 AktG), cuya importancia es trascendental en dicho ordenamiento y en su aplicación —y extensión— por los tribunales<sup>7</sup>. Entre los ordenamientos correspondientes a la segunda, y que carecen de una regulación completa del fenómeno de los grupos, podemos reseñar el caso español, sin menoscabo de que la doctrina valore que algún precepto concreto cumple tal función [en concreto, el art. 42 del Código de Comercio, al que nos referiremos más adelante]<sup>8</sup>.

Previamente, no podemos dejar de reseñar, junto a la atención legal al fenómeno de los grupos de sociedades, existe planteamientos que valoran como suficiente un tratamiento judicial<sup>9</sup>. Asimismo, en caso de que se elija la regulación de los grupos de sociedades como alternativa más idónea, también se puede analizar qué es mejor si una regulación minuciosa —rules— o simplemente el establecimiento de unos principios a seguir por los operadores económicos interpretables por los tribunales de justicia —standards—<sup>10</sup>. Criterio este último que parece recoger como orientación europea tanto el *Informe Winter* como el *Plan de Acción*, al que prestaremos atención más adelante<sup>11</sup>.

En cuanto a la segunda cuestión, el ordenamiento jurídico español no presenta una noción única de grupo para todo el ordenamiento jurídico sino que varía según el sector objeto de su atención, empleando habitualmente para ello un criterio cerrado conforme a la expresión: “a los efectos de la presente ley”<sup>12</sup>. No obstante, el propio legislador y la doctrina así lo ha reconocido ha optado por reconocer al art. 42 Cdc tal función [anteriormente se había planteado también ese papel en el art. 4 de la Ley del Mercado de Valores (LMV)]<sup>13</sup>.

Conforme a la tercera cuestión, se puede dar una noción o se puede optar, como hace nuestro ordenamiento por recurrir a una serie de presunciones en que

7 Sobre el mismo, v. por todos Emmerich, V. “§ 18 AktG”, en Emmerich, V.; Habersack, M. *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*. 6ª ed. Munich (2010): C. H. Beck, 64-80.

8 V. *infra* capítulo III. I.

9 En este sentido, poniendo la atención a este *Derecho judicial de los grupos*, ya se manifestaba hace tiempo M. Lutter. *Forum internationale* (1983). I, núm. 1 [citado por Hopt, K. J. “Derecho de grupos de sociedades: la perspectiva europea”, en Hopt, K. J. *Estudios de Derecho de sociedades y del mercado de valores*. Madrid (2010): Marcial Pons, 239, nota 55]. Más reciente, la posición favorable de Rossi, G. “Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere”, en AA.VV. *I gruppi di società*, vol. II. Milán (1996): Giuffrè, 17.

10 Sobre esta cuestión, desde la perspectiva de la eficiencia de uno y otro mecanismo, v. Denozza, F. “Rules vs. standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni virtuali”, *Giurisprudenza Commerciale* (2000). 3º, 327-338.

11 V. *infra* capítulo IV. Más, en detalle, Embid Irujo, J. M. “Ante la regulación de los grupos”, cit., 61-63.

12 Este recurso se puede ver, entre otros, en los arts. 4 Ley del Mercado de Valores (LMV), art. 42 Cdc (antes de su modificación en el año 2003), art. 78 Ley del Impuesto de Sociedades y en el reciente art. 18 LSC.

13 Especialmente, v. Rojo Fernández-Río, A. “Los grupos de sociedades en el Derecho español”, en AA.VV. *I gruppi di società*, vol. I. Milán (1996): Giuffrè, 470, quien, mas adelante, resalta la preferencia del Código de Comercio como “ley general mercantil” (*ibidem*, pág. 472, nota 32). Al respecto, v. Duque Domínguez, J. F. “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español”, en AA.VV. *Libro Homenaje al profesor F. Sánchez Calero*, vol. V. Madrid (2002): Mc Graw Hill, 5303-5322.

se entiende que exista grupo de sociedades. El juego de las presunciones puede referenciarse a la existencia o no del grupo, o bien a la concurrencia o no de uno de sus elementos. Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, se recurre a las presunciones de control en una serie de supuestos determinados (así, destacan los derechos de voto o la facultad de nombrar a los miembros del órgano de administración).

Sobre estos temas trataremos, a continuación, tanto desde la perspectiva del legislador español como del comunitario.

## II. LOS ELEMENTOS DELIMITADORES DE LA NOCIÓN DE GRUPO

El fenómeno de los grupos es una realidad dinámica con un proceso continuado de cambio y de adaptación a las necesidades empresariales<sup>14</sup>. No obstante, el grupo de sociedades presenta una serie de elementos que lo caracterizan, sin menoscabo de que éstos se puedan presentar de forma diversa. Por ello, analizaremos brevemente tales elementos y sus características más relevantes<sup>15</sup>:

### I. La pluralidad de sujetos que lo integran y la ausencia de personalidad jurídica

La unidad en la pluralidad de sujetos con personalidad jurídica caracteriza al grupo de sociedades (*elemento subjetivo*)<sup>16</sup>. Dentro de la pluralidad de sujetos, las sociedades de capital han representado un papel predominante entre los elementos subjetivos que lo componen y como forma, normalmente, preferida por los operadores económicos. Sin embargo, el grupo no está limitado únicamente a tales supuestos; así, es frecuente su recurso en el ámbito de las sociedades de base mutualista (especialmente, las cooperativas), y, actualmente, despierta un gran interés por los especialistas la participación de formas no asociativas para integrar un grupo de sociedades (en concreto, el papel que pueden desempeñar las fundaciones)<sup>17</sup>. Esta pluralidad revela, una vez más, el carácter de empresa multiforme que tienen el grupo y que caracteriza su éxito en su elección como forma empresarial preferida por la mayoría de los operadores económicos.

14 Sobre la visión dinámica del grupo de sociedades, v. por todos Embid Irujo, J. M. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios: la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y de grupo*. Madrid (1987): Ministerio de Justicia-Centro de Publicaciones, 27.

15 Sobre esta cuestión, v. nuestro trabajo *La empresa de grupo*, cit., 140-144.

16 Sobre la cuestión, v. el trabajo de Bälz, U., "Einheit und Vielheit im Konzern", en AA. VV. *Festschrift für Ludwig Raiser*. Tübinga (1974): J.C.B. Mohr, 287-338, y de Teubner, G., "Unitas Multiplex". *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)* (1991), 189-217.

17 En este tema, v. Embid Irujo, J. M.: "La inserción de una fundación en un grupo de empresas: problemas jurídicos". *RDM* (2010), 278, 1373-1399; del mismo autor, "Grupos y derecho de fundaciones", en AA. VV. *Os grupos de sociedades. Organização e exercício da empresa* (dir. D. B. Gomes de Araujo y VV. J. Warde Jr.). São Paulo (2012): Saraiva, 369-392.

## 2. El medio o instrumento empleado como nexo de unión

El medio o instrumento empleado como nexo de unión para conseguir dicho fin (*elemento objetivo o instrumental*) puede aparecer revestido de diversa naturaleza jurídica (real, obligacional o personal)<sup>18</sup>, tanto de forma individual como conjunta. Se trata de instrumentos conducentes a la obtención de una dirección unitaria por la matriz del grupo, procedentes de diversos ámbitos, desde el acuerdo de voluntades entre las partes a la adquisición del control de una sociedad por otras, pasando por la concurrencia en una misma persona del cargo de dirección en varias sociedades jurídicamente independientes.

Los instrumentos de naturaleza contractual se articulan a través de la conclusión de un contrato de grupo, que ofrece dos posibilidades: en la primera, la toma de decisiones se adopta de forma coordinada entre todos los firmantes del contrato (grupo por coordinación); en la segunda, los miembros del grupo se someten a las decisiones de una de ellas que asume el papel de sociedad dominante y cabeza del grupo (grupos por subordinación)<sup>19</sup>. Esta segunda opción está presente en los países que han regulado específicamente el grupo de sociedades (como los ya mencionados, Alemania, Brasil, Portugal), pero es discutible su admisibilidad en los países que carecen de una regulación específica<sup>20</sup>. En este sentido, parece difícil admitir que una sociedad se someta a las decisiones a adoptar por otra sin que exista mecanismos jurídicos específicos que lo reconozcan y que, simultáneamente, establezcan medidas tuitivas de los diversos intereses afectados por la pérdida de autonomía<sup>21</sup>.

Respecto de los grupos paritarios o por coordinación, tampoco cabe eludir la discusión sobre su consideración como grupo<sup>22</sup>. La ausencia de un control de una sociedad sobre otras, la autonomía de decisión que conservan las sociedades que lo integran, representan factores de riesgo para el mantenimiento de la “unidad de decisión”. No obstante, la dirección unitaria queda, en nuestra opinión, firmemente asentada sobre el contrato de constitución de grupo que han firmado todos sus componentes, sin perjuicio de que sea sobre la base de un principio de igualdad y no de dominación como en los grupos jerárquicos. Sin menoscabo de la atención

18 Antunes, J.A.E. *Os grupos de sociedades*. 2ª ed. Coimbra (2003): Almedina, 49-68.

19 Al respecto, conviene distinguir cuándo el acuerdo implica el nacimiento de una relación de dominio o cuándo supone un modo de “legalizar” una situación preexistente de control respecto de las demás entidades que integran el grupo. En el caso alemán, la regulación jurídica de los grupos tenía por objeto poner de manifiesto esta realidad empresarial previa.

20 Sobre el debate sobre su admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, v. Embid Irujo, J. M. *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*. Granada (2003): Comares, en especial el capítulo titulado “La construcción jurídica del grupo: el contrato de constitución del grupo en el Derecho español”, 51-100.

21 Sobre la cuestión, v. más en detalle nuestro trabajo *La empresa de grupo*, cit., 167-179.

22 Entre nosotros, v. en contra de su admisibilidad Massaguer, J. “La estructura interna de los grupos de sociedades (aspectos jurídico-societarios)”. *RDM* (1989). 192º, 281-282. A favor, Embid Irujo, J. M. *Introducción al Derecho de grupos*, cit., 59.

a otras figuras, por su interés destaca el papel que pueden desempeñar en sede de cooperativas dos instrumentos: uno es el de las llamadas cooperativas de segundo grado como mecanismo de integración –desde la perspectiva coordinadora- de diversas sociedades cooperativas<sup>23</sup>. Y el otro es el llamado *grupo cooperativo*, que el legislador español atiende en el art. 78.l LCoop, aportando una noción más completa de grupo –como tendremos ocasión de analizar más adelante-, pues nos trae a colación, como elemento determinante de la existencia de grupo, la “unidad de decisión” que ejerce una de las sociedades, cabeza del grupo.

Otro de los instrumentos empleados para la integración en un grupo son los de naturaleza real, en concreto se refiere a la adquisición de participaciones en otra sociedad. Se trata del supuesto más frecuente y preferido por los operadores económicos, especialmente en los grupos por subordinación –e integrado por sociedades de capital), porque permite eludir los inconvenientes y dificultades que presentan los otros instrumentos mencionados. Así, esta *herramienta* jurídica representa el paradigma de articulación de los grupos jerárquicos<sup>24</sup>.

Los vínculos de naturaleza real se perfilan, en la mayoría de los casos, a través de la participación de una sociedad en otra hasta alcanzar una posición de dominio. Sin embargo, la adquisición de tal dominio interesa desde la perspectiva de los derechos políticos más que de los económicos. En tal sentido, el dominio se puede obtener por diversos mecanismos, en los que no es tan relevante la titularidad de una posición jurídica en la sociedad como el control sobre la propia sociedad. Y, a partir de este concepto de control<sup>25</sup> –diferente a la noción de dominio, pero interrelacionadas por la misma finalidad: asumir el poder de una sociedad-, se construye el instrumento necesario sobre el que se ejerce la dirección unitaria en los llamados grupos fácticos. Es la insuficiencia al intentar alcanzar una noción jurídica de dominio y las dificultades para comprender dentro de ella los diversos mecanismos necesarios de una posición predominante en otra sociedad, los que explican el recurso a conceptos procedentes del mundo económico como lo es el control como criterio de delimitación de los grupos fácticos<sup>26</sup>.

El caso paradigmático del recurso a la noción de “control” en la delimitación del grupo de sociedades se encuentra en la contabilidad de sociedades donde desempeña un papel clave. La exigencia de una mayor transparencia en la contabilidad

23 En el ordenamiento español, v. art. 77 Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (en adelante, LCoop). Sobre el tema, en la doctrina, v. Alfonso, R. *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*. Valencia (2000): Tirant lo Blanch.

24 Duque, J. F. “Concepto y significado institucional de los grupos de empresas”, en AA.VV. *Libro-Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, T. III. Madrid (1976): Colegio Notarial, 532-533.

25 El concepto de control es económico y de difícil delimitación jurídica. No obstante, desempeña una función muy práctica a la hora de determinar las situaciones en que una sociedad es dirigida desde otra. Para una visión completa del citado precepto, v. en Derecho comparado el trabajo de M. Lamandini. *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*. Milán (1995): Giuffrè.

26 V. Girgado, P. *La empresa de grupo*, cit., 185-192.



de las sociedades que integran un grupo conduce al establecimiento de un régimen de consolidación global. Con tal fin, las directivas comunitarias recurren al control como elemento delimitador del perímetro de consolidación. Así, lo hace nuestro legislador que, a través del art. 42 Cdc determina que existe un grupo de sociedades "... cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras".

A continuación, la nueva dificultad con la que se enfrenta el legislador deriva de la necesidad de determinar que se entiende por "control". La complejidad que implica tal búsqueda explica que se prefiera adoptar recurrir a un sistema de presunciones. La adopción de tal medida supone –cabe reconocerlo– una mayor seguridad. Así, en el caso español, se presume que existe control cuando una sociedad –calificada como dominante–, se encuentre en relación con otra sociedad –calificada como dependiente– en alguna de los siguientes supuestos (art. 42.I Cdc):

- la posesión de la mayoría de los derechos de voto.
- la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- la disposición, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- la designación con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores<sup>27</sup>.

Como se observa en los supuestos señalados por el legislador español se da cabida no sólo a las vías de naturaleza real, sino también a los de naturaleza obligacional o personal<sup>28</sup>. Además, el legislador no opta por dar una noción sino que prefiere fijar una serie de supuestos presuntivos de su existencia; es decir, se puede considerar que el control no se plantea como concepto sino como tipo<sup>29</sup>. Esta respuesta a la incapacidad de alcanzar una noción unitaria del acusado polimorfismo

27 En este último apartado, el legislador vuelve a recurrir al sistema de presunciones, de manera que entiende que tal circunstancia –el nombramiento de los administradores– concurre cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.

28 Como se desprende de una atenta lectura, se pone término a un proceso, inicialmente planteado como adquisición del dominio (de naturaleza real), y que en la redacción legislativa ya no es tan importante la titularidad de las acciones o participaciones, sino el ejercicio de los derechos de voto en la Junta General y la capacidad de decisión en el órgano de administración (derecho a nombrar administradores, administradores coincidentes en varias sociedades, *interlocking directorates*); en definitiva, lo importante es la adquisición del control. Más, en detalle, sobre la delimitación del concepto de control en el legislador español v. nuestro trabajo *La empresa de grupo*, cit., 186-199.

29 Más en detalle sobre esta cuestión, v. el trabajo de M. Lamandini. *Il controllo*, cit.,

del grupo, y, de tal modo, analizar el control desde una perspectiva tipológica, plantea algunas cuestiones que es conveniente poner de manifiesto.

Por un lado, el legislador determina que tal presunción funciona de forma absoluta –“... se presumirá que existe control”- haciendo equivalente, en los supuestos mencionados, el control efectivo con el potencial. Por otro, el legislador incurre en la equiparación entre control y grupo, siendo indiferente que el primero sea efectivo o potencial. Así, el precepto señala que existe un grupo “cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras” sociedades (art. 42.1 2º párr. Cdc).

Desde la perspectiva del grupo, parece más correcto reconocer el carácter relativo de tales presunciones de control, facilitando la posibilidad de ser rebatidas<sup>30</sup>. En realidad, el control sólo sirve para constatar la existencia de un dominio, de la facultad de un sujeto sobre otro; en cambio, en el grupo preside una dirección unitaria que se apoya en otra función como la de organización –dirección-empresarial conforme a un plan. Esta solución legislativa y la consiguiente crítica que formulamos no se reduce a nuestro ordenamiento, sino que también tiene lugar en otros ordenamientos nacionales de la Unión europea<sup>31</sup>.

Como se desprende de una atenta lectura, se pone término a un proceso, inicialmente planteado como adquisición del dominio (de naturaleza real), y que en la redacción legislativa ya no es tan importante la titularidad de las acciones o participaciones, sino el ejercicio de los derechos de voto en la Junta General y la capacidad de decisión en el órgano de administración (derecho a nombrar administradores, administradores coincidentes en varias sociedades, *interlocking directorates*); en definitiva, lo importante es la adquisición del control.

### 3. La dirección unitaria

La unidad de dirección o dirección económica unificada (*elemento finalista*) se trata de un concepto de enorme dificultad de incorporación a una norma positiva<sup>32</sup>. Como antes hemos indicado, esta dificultad explica la formulación –en el caso español- del art. 42 Cdc y su apelación al control como instrumento de delimitación y al juego de presunciones. La dirección unitaria se presenta como

30 En idéntico sentido, Embid Irujo, J. M. “Grupos de sociedades”, cit., 418-419.

31 Como en el caso italiano, al que nos referiremos más adelante en el último epígrafe, también se formulan críticas a esta equiparación automática entre grupo y control. Entre muchos, v. Montalenti, P. “I gruppi di società”, en AA.VV. *Le società per azioni*. Milán (2010): CEDAM, 1034. El control no implica necesariamente grupo sino que puede derivarse de otras circunstancias, y ello le hace aplicable determinada normativa (entre otras, la contable con respecto a la consolidación). Para reconocer que nos encontramos ante un grupo es preciso otro elemento, “*l’attività di direzione e coordinamento di società*”. Su concurrencia implica la aplicación de un régimen específico, el del grupo, que en el Derecho italiano se sustancia en el art. 2497 CCivile. Otra cuestión es que la existencia del control pueda servir para presumir la existencia de aquella actividad de dirección y coordinación.

32 Embid, J. M. “Ante la regulación de los grupos”, cit., 284.

elemento operativo y aglutinante del grupo y -como se reconoce por la mayoría de la doctrina- asume la consideración de elemento decisivo en la configuración de un grupo de sociedades<sup>33</sup>. Su alcance es muy diverso y ofrece una amalgama amplia de resultados, que nos permite comprender dentro de él diversas situaciones que van desde el grupo jerárquico o subordinado al coordinado u horizontal, así como la diversidad de grados: desde un grupo altamente centralizado a uno plenamente descentralizado.

En cuanto al contenido de la dirección unitaria, con frecuencia, se alude a la necesidad de un núcleo básico en la unidad de dirección que, al menos, habría de contemplar la financiación de todo el grupo y la existencia de una política común de personal<sup>34</sup>. La incorporación a este núcleo básico de otros parámetros empresariales no afecta al reconocimiento del grupo, sino al mayor o menor margen de autonomía de las sociedades que lo integran. Este diferente grado de autonomía tiene su plasmación en la antes mencionada clasificación entre grupos centralizados y descentralizados. En tal caso, el mayor o menor grado de libertad puede repercutir sobre el alcance de la responsabilidad de la matriz por las actuaciones de sus filiales.

### III. LA NOCIÓN DE GRUPO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE ESPAÑOLA

#### I. El control como opción legislativa

La ausencia de un régimen jurídico completo de los grupos de sociedades impide que se pueda afirmar, *stricto sensu*, la existencia de un concepto legal de grupo de sociedades. No obstante, sí es cierto que la mayoría de las normas que se refieren al grupo –y de forma destacada el art. 18 de la Ley de Sociedades de Capital LSC- se remite al art. 42 Cdc para delimitar que se ha de entender por grupo de sociedades<sup>35</sup>. En tal sentido, en la doctrina se ha reconocido la función integradora que desempeña tal precepto como consecuencia de la frecuencia de tales remisiones, especialmente si tenemos en cuenta referencias como la del art. 4 LMV, que, hasta su modificación, se había presentado como alternativa<sup>36</sup>. Así, cuando

33 No obstante, en contra de tal significado de la dirección unitaria, v. Manóvil, R. M. *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*. Buenos Aires (1998): Abeledo-Perrot, 418.

34 Embid, J. M. "Ante la regulación de los grupos", cit., 284.

35 En algunas ocasiones, el legislador hace una remisión expresa al art. 42 Cdc; en otras, recurre a la expresión "A los efectos de esta ley, se entiende por grupo ...". En nuestra opinión, el uso –y abuso- de esta última técnica legislativa nos parece ciertamente discutible.

36 Como es sabido, este cambio legislativo afectó a la noción doctrinal del grupo de sociedades, que se basaba en la dirección económica unificada como patrón determinante de la existencia de un grupo, lo que implicaba un ámbito operativo más limitado, ya que dejaba al margen las situaciones en que el control se presentaba como una mera facultad (el ejemplo paradigmático era el art. 4 LMV, antes de su reforma legislativa). Por ello, la redacción del art. 42 Cdc en la reforma de 2003 se calificó como "unificación de conceptos" en materia de grupos, v. Embid Irujo, J. M. "Los grupos de sociedades en Derecho comunitario y en Derecho español", en AA. VV. *Derecho de grupos de sociedades* (coord. A. Morles y I. De Valera). Caracas (2005): Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 380.

algún precepto contempla la figura de los grupos se remite al art. 42 Cdc a los efectos de delimitar su significado<sup>37</sup>.

Por otro lado, no deja de llamar la atención que el art. 42 Cdc haya sido objeto de diversas reformas, que conviene brevemente mencionar. A finales de 2003<sup>38</sup>, la reforma del art. 42 Cdc supuso un cambio relevante en el planteamiento doctrinal sobre el concepto de grupo, pues cambió el criterio anterior que fijaba el control como criterio determinante de la existencia del grupo. La reforma, con una mejor conceptualización del grupo, se fundamenta en el reconocimiento como elemento clave de la dirección económica unificada, es decir, la “unidad de decisión”<sup>39</sup>.

Sin menoscabo del significado positivo que este cambio supuso en la conceptualización del grupo de sociedades, no se puede olvidar el ámbito de aplicación del citado precepto, que no es otro que la determinación del perímetro de consolidación de cuentas<sup>40</sup>. El citado precepto imponía al grupo –en concreto, a la sociedad dominante- la obligación de consolidación de cuentas y del informe de gestión, aparte de la obligación de cada sociedad de rendir cuentas.

No obstante, este criterio varía de nuevo en 2007, en la redacción actualmente vigente. En esta ocasión, y aunque no había un mandato específico del legislador comunitario, se aprovecha la reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (Ley 6/2007, de 4 de julio) para dar una nueva redacción al precepto<sup>41</sup>. En esta ocasión, y siguiendo la orientación de Propuesta como la antes mencionada del *Forum Europaeum*, se recupera el criterio del control como

- 
- 37 El citado precepto procede de las Directivas comunitarias sobre consolidación de cuentas anuales, cuya función de información pretendía que no sólo se limitara a la empresa *individual* sino también la empresa *de grupo*, pero no como una suma de las empresas que lo integran sino como una unidad. En este sentido, el criterio de delimitación del grupo no se centró en la “dirección unitaria” –como ocurre en los países que regulan el grupo, caso alemán- sino desde la situación de “control” –concepto procedente del Derecho inglés. Sin menoscabo, de tal opción, se reconocía a los países miembros un “derecho de opción” para aplicar este criterio a otras situaciones como la de la dirección unitaria (criterio seguido en el Derecho alemán y que, inicialmente, también adoptó el legislador español).
- 38 La citada reforma –Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social- sirve para incorporar al ordenamiento español la Directiva 2001/65, de 27 de septiembre y el Reglamento n° 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de julio de 2002, relativo a la aplicación de las normas internacionales de contabilidad [NIC/ NIIF]. Sobre la reforma desde la perspectiva de los grupos, v. Embid Irujo, J. M. “Una propuestas para la regulación de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español”, en AA. VV. *La modernización del Derecho español de sociedades de sociedades de capital*, T. II. Cizur Menor (2011): Aranzadi, 429.
- 39 La redacción del art. 42.1, entonces vigente, indicaba en su segundo párrafo que: “Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión”; posteriormente, el precepto detallaba una serie de supuesto en que se presumía dicha unidad.
- 40 Como indica Duque Domínguez, J. F. “El concepto de grupo”, cit., 5312, cumple “una función de *información* para los accionistas, para los *acreedores* y para los *terceros en general*”.
- 41 Para un análisis detallado de la reforma del art. 42 Cdc, v. Embid Irujo, J. M. “Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español. *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)* (2008). 30°, 19.

elemento delimitador de la existencia de un grupo, marginando el de la unidad de dirección.

Recientemente, el legislador no sólo no ha rectificado esta “revisión” del grupo sino que parece confirmarla con la nueva LSC, conforme a la cual, se considera que, a los efectos de esta ley, existe grupo de sociedades cuando concurre alguno de los supuestos establecidos en el art. 42 Cdc (art. 18 LSC).

Sin menoscabo de este paso atrás que implica la orientación del legislador en el art. 42 Cdc, nos parece aún más discutible la técnica legislativa empleada en la redacción del art. 18 LSC<sup>42</sup>. Al respecto, no se comprende cómo se puede establecer un único capítulo con sólo un precepto, que, en lugar de formular la noción de grupo de sociedades, se remite para su delimitación conceptual a la normativa jurídico-contable contemplada en el Código de Comercio<sup>43</sup>. En cualquier caso, la noción de grupos de sociedades no puede desentenderse de la unidad de decisión como criterio determinante. En este sentido, las declaraciones de los arts. 42 Cdc y 18 LSC sólo indican cuándo “existe” un grupo de sociedades, pero no qué es un grupo de sociedades. Cuestión que ni el mismo legislador tiene clara, como demuestra la presencia de la “unidad de decisión” en otros preceptos como en las normativas de sociedades cooperativas y concursal o incluso en el propio régimen contable de la LSC al exigir en la Memoria que se indique el grupo al que pertenezca la sociedad (v. art. 260.1.13ª LSC, indicación decimotercera)<sup>44</sup>. En este último precepto, en referencia al contenido de la Memoria de las cuentas anuales, se entremezcla –aparentemente para diferenciarla, pero con un resultado confuso- la existencia de control y la unidad de dirección.

Por todo ello, y a falta de una normativa propia y específica sobre grupos, entendemos que parece más oportuno dejar en espera la cuestión acerca del concepto legal más apropiado. Pues el riesgo de una búsqueda “frenética” -un deseo comprensible, pero prescindible- de un concepto legal de grupo nos puede llevar a desatender el alcance –normalmente, sectorial- que realmente persigue el precepto elegido, como de hecho ha ocurrido en los últimos cambios legislativos.

Además, la opción legislativa por asumir el control como elemento necesario para la existencia de un grupo de sociedades deja al margen todos aquellos en los que, sobre la base de la unidad de dirección, desarrollan su actividad en el mercado

42 Como indica Fernández de la Gándara, L. “Disposiciones generales (Título I, artículos 1 a 18)”. *RdS* (2011). 36, se trata de “... una escueta caracterización conceptual”.

43 No obstante, Fernández de la Gándara, L. “Disposiciones”, cit., 63, valora positivamente esta medida de política legislativa, aun reconociendo la renuncia del legislador a regular y a resolver las complejas situaciones que el grupo plantea, por ello se justificaría esa “escueta caracterización conceptual”. En nuestra opinión, el carácter de la norma como texto refundido explicaría, únicamente, la opción del legislador por no aportar una noción del grupo.

44 Como acertadamente pone de manifiesto, si bien en referencia a la normativa anterior conforme a la reforma de la Ley 16/2007, Embid Irujo, J. M. “Un paso adelante y varios atrás”, cit., 28-29.

sin recurrir al empleo de la subordinación. Este planteamiento “reduccionista”<sup>45</sup>, por tanto, olvida a los grupos paritarios o por coordinación, de indudable relevancia en el tráfico, y cuya atención no ha desmerecido en otros ordenamientos como el alemán (v. § 18 AktG).

En cambio, en sede de cooperativas y aunque limitado a este ámbito, el legislador nos ofrece un precepto más completo -art. 78 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas- de una gran relevancia, ya que, en nuestra opinión ofrece una noción más completa del grupo de sociedades<sup>46</sup>. Su indudable valor descansa en que pone el acento en el significado de la dirección unitaria como elemento nuclear del grupo y en el que permite conjugarse tanto los grupos jerárquicos como los paritarios. Es en el modo de alcanzar esa unidad de dirección donde radica entre una y otra modalidad de grupo.

## 2. La formulación en las Propuestas de Código de Sociedades Mercantiles (PCSM) y de Código Mercantil (PCM)

Al igual que en el ordenamiento europeo, en España no han faltado intentos por lograr una regulación completa de los grupos desde la perspectiva del Derecho de sociedades. Uno de ellos tuvo lugar con ocasión del Anteproyecto de LSA de 1979, que pretendía incorporar las Directivas europeas en materia de sociedades a nuestro ordenamiento<sup>47</sup>. El régimen jurídico sobre grupos contenido en dicho Anteproyecto estaba inspirado en la versión de la entonces propuesta de Reglamento sobre la sociedad anónima europea, que, como es sabido, se enmarcaba dentro del modelo orgánico –y no el contractual típico del derecho alemán- de grupo. Sin embargo, el citado Anteproyecto se abandonó –al igual que la citada propuesta comunitaria- sin que la posterior incorporación de las mencionadas Directivas como acervo comunitario al Derecho español de sociedades en el año 1989 se aprovechara para incorporar una regulación específica sobre grupos.

A pesar de las diversas reformas posteriores que ha sufrido nuestro Derecho de sociedades, no es hasta la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles en 2002, que se presta de nuevo atención –y de forma completa- al fenómeno de los grupos de sociedades. En esta ocasión, la Propuesta pretendía integrar en un único texto normativo toda la normativa existente sobre sociedades mercantiles, hasta entonces dispersa, introduciendo cuestiones nuevas como la relativa a los grupos. El objetivo perseguido descansaba en un intento por dar coherencia al Derecho español de

45 Así, Embid Irujo, J. M. “Ante la regulación de los grupos”, cit., 38.

46 Resaltando la importancia de este precepto, v. Arriba Fernández, M. L. de. *Derecho de grupos de sociedades*. 2ª ed. Cizur menor (2009): Civitas, 205-207. Sobre el fenómeno de los grupos de cooperativas, v. Embid Irujo, J. M. *Concentración de empresas y Derecho de cooperativas*. Murcia (1991): Publicaciones Universidad de Murcia; Alfonso Sánchez, R. *La integración cooperativa y sus técnicas de realización*, cit.

47 Sobre el mismo, v. Embid Irujo, J. M. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., 173 ss.; Martínez Machuca, P. *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*. Bolonia (1999): Studia Albornotiana, 167.

sociedades, siendo el caso de los grupos uno de los temas objeto de atención, lo que supone que, finalmente, esta materia alcance la tan ansiada dimensión legislativa. No obstante, la citada Propuesta no ha sido concretada en norma alguna, sino que el legislador ha preferido otras reformas más específicas y puntuales, referidas a los deberes de los administradores en el desempeño de su cargo en la sociedad o al régimen contable<sup>48</sup>.

La Exposición de Motivos de la LSC anunciaba la elaboración de un Código de Sociedades Mercantiles (v. Exposición de Motivos LSC) que, sin embargo, no se ha llevado a cabo. Al contrario, se ha presentado una Propuesta de Código Mercantil, que dedica el Libro segundo a las sociedades mercantiles, y, en dicha sede, un capítulo –en su título IX- a los grupos de sociedades. A continuación, analizaremos el significado del grupo en la PSCM, y, *a posteriori*, el régimen contemplado en la reciente PCM.

En la PSCM destaca la agrupación bajo un mismo epígrafe –*De las uniones de sociedades*– del fenómeno de los grupos de sociedades (arts. 590-622), las agrupaciones de interés económico (arts. 623-635) y las uniones temporales de empresa (arts. 636-642). El legislador, no obstante, no ha reglado una serie de presupuestos comunes a todas estas figuras sobre la base de las diferencias significativas que las separan. En el caso de los grupos, la materia se divide en cinco capítulos (concepto de grupo, relaciones entre las sociedades del grupo, socios externos, responsabilidad en los grupos de sociedades, consolidación de cuentas).

La noción de grupo contenida en el art. 590 de la Propuesta<sup>49</sup> parece, en principio, lo suficientemente amplia, comprendiendo tanto los grupos jerárquicos como los paritarios. Sin embargo, las expresiones “poder de dirección”, “sociedad dominante” o “sociedad dominada” dificultan su extensión a estos últimos; además, las referencias de otros preceptos parecen confirmar esta conclusión<sup>50</sup>. Asimismo, resalta el carácter restrictivo que implica el empleo del término “sociedad”, pues

48 En concreto, en la Ley 26/2003, de 17 de julio, modifica la LMV y la LSA con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. En concreto, afecta al deber de diligencia del administrador (art. 127 LSA y nuevos arts. 127 bis, ter y quáter) y al régimen de responsabilidad de los administradores (art. 133 LSA). Al respecto, v. Sánchez Calero, F. *Los administradores en las sociedades de capital*. Madrid (2005): Aranzadi; Latorre Chiner, N. “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”. *RDM* (2004). 253°, 853-900. Por otro lado, algunos de los aspectos relativos a los grupos contenidos en la PSCM se contemplan en forma de *recomendaciones* (*soft law*) en el reciente Código de Conducta para las sociedades cotizadas elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

49 Art. 590.- “Existe un grupo de sociedades cuando una sociedad está sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resultan sometidas al poder de dirección de una misma persona natural o jurídica o de varias personas que actúan sistemáticamente en concierto”.

50 Así, por ejemplo, en el art. 593 PSCM, conforme al cual a los administradores de la sociedad dominada se les impone un deber de inscribir la integración de su sociedad en el asiento correspondiente del Registro Mercantil, así como, en su caso, su separación y las circunstancias en que ésta se produzca. A continuación, el Registrador lo comunicará al Registro de la sociedad dominante, que procederá a la misma operación. Al respecto, v. Embid Irujo, J. M. “Trends and Realities in the Law of Corporate Groups”. *European Business Organisation Review (EBOR)* (2005). 6°, 86.

impide la opción de que el grupo se presente integrado por otras personas jurídicas de naturaleza no societaria.

En cambio, la PCM, que regula los grupos de sociedades en el Título IX, capítulo primero, aporta una noción de grupo de sociedades presidida por el poder de dirección como “elemento nuclear” (v. Exposición de Motivos, III-105 y III-106), al objeto de dar cabida no sólo a los grupos por subordinación sino también a los paritarios. Como se reconoce en la propia Exposición de Motivos se varía el criterio seguido en la antes referida reforma de 2007 del Cdc, en concreto respecto al art. 42 y la consolidación contable. Así, el art. 291-I expresa que existe grupo, por un lado, “cuando una sociedad esté sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades estén sometidas al poder de dirección unitario de una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese poder de dirección” (*letra a*); por otro, “cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo un poder de dirección unitario y común” (*letra b*).

En la Propuesta de Código Mercantil (PCM)<sup>51</sup> se reconoce la “delicada tarea” que implica establecer un concepto de grupo de sociedades y reorienta el elemento nuclear de la existencia de un grupo de sociedades del control al poder de dirección (v. Exposición de Motivos III-1005 a III-1110). Este recurso le sirve para aglutinar bajo el mismo -de ahí su carácter nuclear antes mencionado- tanto a los grupos por subordinación como los grupos por coordinación. En los primeros, existe grupo -como indica el art. 291-I.1 PCM (*Noción de grupo*)- cuando una sociedad esté sometida al poder de dirección de otra, independiente de cual sea el elemento instrumental para alcanzarlo (*letra a*)<sup>52</sup>. En los segundos, el poder de dirección “unitario y común” sirve como paraguas bajo el que actúan varias sociedades independientes de forma coordinada (*letra b*). Criterio aparte es el elemento común en el grupo, también mencionado, de la carencia de personalidad jurídica, que ostentan las propias sociedades que lo integran (art. 291-I.2).

De gran importancia es la separación conceptual entre el control y el poder de dirección, en el sentido que hemos expresado más arriba, pues el control cumple una función distinta. Así, y empleando los mismos términos que el art. 29-I.1.a), el control es el fundamento –entendido como instrumento para alcanzarlo- del poder de dirección (en los grupos por subordinación), pero no del grupo<sup>53</sup>.

51 Elaborada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia (2013).

52 Desde el punto de vista de los sujetos integrantes del grupo, cabe indicar en los grupos por subordinación que el poder de dirección puede estar atribuido a una sociedad, a otra persona jurídica o a una persona natural. En cambio, en los grupos paritarios, sólo reconoce la existencia de la coordinación excluyendo la posibilidad de establecer tales vínculos con otra persona jurídica. Situación que puede ser poco frecuente, pero no por ello imposible.

53 En este sentido ya nos manifestábamos en *La empresa de grupo*, cit., 194-196, y –recientemente- en “El régimen legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español y sus propuestas de reforma”, en AA.VV. *Os grupos de sociedades* (dir. Gomes de Araujo, D. B.; Warde, W. J. J. R.), cit., 76.



Además, el legislador entiende que sólo con la existencia de un poder de dirección concurren las circunstancias que justifican la aplicación del régimen específico de los grupos (en concreto, la PCM indica las reglas de publicidad, responsabilidad, régimen de garantías y protección de socios externos). En realidad, para los otros supuestos ya disponemos de las normas correspondientes del Derecho societario. Es la peculiaridad de la concurrencia de una dirección unitaria lo que explica una atención específica al grupo, a partir del reconocimiento de su legitimidad como forma de organización de una actividad empresarial.

Por otro lado, se acepta, con importantes matices que comentamos a continuación, el significado de control procedente de la legislación contable, pero que sólo tiene sentido a los efectos de ésta, pero no se puede de ello deducir inevitablemente la existencia de un grupo y por ello la necesidad de una normativa específica. Así, la PCM establece un doble sistema de presunciones. Por un lado, presume que el poder de dirección, salvo prueba en contrario, se ejercer por quien controle a una o varias sociedades (art. 291-3). Por otro, presume *iuris et de iure* la situación de control en una serie de supuestos, que nos recuerda –con ciertas salvedades– a los indicados en el art. 42 Cdc vigente (291-4)<sup>54</sup>.

Por último, llama la atención que la PCM introduce una presunción *iuris tantum* de control, novedosa en nuestro ordenamiento. En concreto, presume que existe una situación de control "... a) cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo. b) Cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la pertenencia de la misma al grupo" (art. 291-4.2 PCM).

#### IV. LA EXISTENCIA DE UNA NOCIÓN DE GRUPO EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

A nivel europeo también se puede hablar de la existencia de un Derecho europeo de grupos y ello a pesar de la ausencia de una regulación específica y el fracaso conocido de los intentos por conseguirla<sup>55</sup>. No obstante, se reconoce su

54 En concreto, se refiere a los siguientes supuestos: "a) Cuando posea o pueda ejercer de forma directa, indirecta o en virtud de acuerdos con terceros, la mayoría de los derechos de voto en la junta o asamblea de una sociedad. b) Cuando tenga la facultad de nombrar o de cesar a la mayoría de los miembros del órgano de administración o, en su caso, del órgano de vigilancia. c) Cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dependiente sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dependiente por ésta. A los derechos de voto de la sociedad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la sociedad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona".

55 Hopt, K. J. "Derecho de grupos", cit., 230-232; Grundmann, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*. 2ª ed. Munich (2011); C. H. Beck; Emmerich, V.; Sonnenschein, V.; Habersack, M., *Konzernrecht*. 10ª ed., Munich (2013); C. H. Beck, 21-24; Embid Irujo, J. M. "Pautas para el tratamiento de los grupos de sociedades en el marco de la Unión

presencia en diversas normativas en las que se atiende a la figura de los grupos; entre otros, con ocasión de la regulación de la *Sociedad Anónima Europea* (SAE), del régimen de consolidación de las cuentas anuales, o en el de la supervisión de los operadores financieros.

Por otro lado, y al igual que en el Derecho europeo de sociedades, la atención al fenómeno de los grupos ha pasado por varias fases en su desarrollo<sup>56</sup>. Dejando al margen los intentos de una Directiva sobre la materia (citar), conviene hacer referencia, en primer lugar, a la atención prestada por el *Forum Europaeum* de *Derecho de grupos*.

En el *Forum Europaeum*, se propone un concepto de grupo caracterizado por la mera existencia de una situación de control, dejando de lado la dirección unitaria, como criterio determinante de la existencia de un grupo<sup>57</sup>. En tal sentido, el planteamiento está en consonancia con las directivas comunitarias sobre cuál es el perímetro de consolidación de un grupo (nos referimos, citar a la reformada Directiva 83/349/CE). Desde este planteamiento, como ya hemos indicado, queda al margen de estudio los llamados grupos paritarios por coordinación<sup>58</sup>. Esta opción la justifican los promotores del *Forum Europaeum* por razones eminentemente prácticas, en concreto las dificultades para determinar la existencia de un poder de dirección<sup>59</sup>.

Sin embargo, esta postura favorable al control como criterio único delimitador del grupo queda desvirtuada cuando, más adelante, la misma Propuesta del *Forum* atiende a otras cuestiones referentes al grupo y en las que pretende que el grupo en que concurra determinadas circunstancias pueda tener consecuencias jurídicas. Así, ocurre en un tema tan importante en sede de grupo como el de los presupuestos necesarios para la aceptación del interés del grupo y su tutela. Sirve de base para

---

europa". *Noticias de la Unión Europea (Not. UE)* (2006), 252º, 57-74.

- 56 Hopt, K.J. "Derecho de grupos", cit., 228-232. El profesor alemán describe las cuatro fases por las que ha pasado el grupo de sociedades a nivel comunitario, resaltando su evolución pareja con la societaria (ello no viene a ser más que un ejemplo del significado de *sedes naturae* que éste desempeña respecto al fenómeno de los grupos). Desde la aprobación legislativa de la Ley alemana de sociedades anónimas (1965) con un intento de regulación *orgánica*, pasando por los intentos de reforma y las regulaciones especiales, las diversas propuestas del *Forum Europaeum* y del *Action Group*, hasta una situación actual en que no está prevista una actuación específica del fenómeno, sino se plantea una discusión sobre las diversas teorías (otro término) que podrían orientar la evolución futura de los grupos (conviene recordar que el artículo es de 2007). Actualmente, la crisis económica ha supuesto, aparentemente, una paralización de la regulación, pero también refleja las consecuencias de una orientación contraria a su regulación.
- 57 La versión española del texto (*Por un Derecho de grupos de sociedades para Europa*), está publicada en la RDM (1999). 232º, 445 y ss.
- 58 El *Forum* no pretende una ordenación sistemática del fenómeno de los grupos, sino abordar los temas que, en su opinión, resultan más conflictivos. Sobre el tema, v. Embid Irujo, J. M. *Introducción al Derecho de grupos*, cit., 226, quien pone de manifiesto esta falta de sistematicidad, reflejada, por lo que nos interesa, en el concepto de grupo, tratado de diferente forma, dependiendo del sector donde nos encontremos. Pero ello no implica una crítica negativa a su tratamiento, sino avanza el papel que desempeña en una futura regulación de grupos, en cuanto aborda desde una perspectiva comprensiva de las diferentes sensibilidades legislativas nacionales y, al mismo tiempo, de la realidad empresarial europea.
- 59 Entre nosotros, v. Embid Irujo, J. M. *Introducción al Derecho de grupos*, cit., 227-228.

su fundamento la doctrina emanada del caso *Rozenblum* en la *Cour de Cassation* francesa (1991)<sup>60</sup> del interés del grupo (en conexión con la conocida doctrina *Rozenblum*). En tal caso, se puede deducir que la noción de grupo va más allá del control para situarse dentro de lo que es la dirección unitaria. Idéntico resultado tiene lugar con ocasión de la declaración unilateral del grupo, que, como es sabido, representa el sustitutivo al contrato de dominio. Este cambio obedece a un intento por mejorar su acogida por tradiciones jurídicas diferentes, como la francesa, con el fin de superar las dudas que suscitaba la orientación alemana y, de este modo, lograr un mayor atractivo de la regulación de los grupos en los países comunitarios.

En realidad da la impresión de que el legislador hace equiparar el grupo al control cuando el primero se englobaría dentro de lo que es un grupo simple. En cambio, cuando el grupo tiene una alta centralización, una *cuilificación*, ya nos encontraríamos con la dirección unitaria y las consecuencias que se deriva de su existencia conforme indica el *Forum*, en concreto las referencias antes vistas de la doctrina *Rozenblum* y de la declaración del grupo. En mi opinión, creo que sería más acertado cambiar la sistemática. No sería tan importante iniciar describiendo el grupo, sino más bien, iniciar con el control. Luego indicar que cuando el control implique una unidad de dirección es cuando podemos hablar de grupo.

En otro orden, no creo que sea propiamente un supuesto de control el de *interlocking directorates*, creo más bien que se trata de un supuesto de grupo cualificado, en el que –como se ha indicado en la doctrina<sup>61</sup>– se pretende *reforzar* el contro de una sociedad sobre otra.

En líneas generales, esta orientación participa del planteamiento en materia de grupos que postula, *a posteriori*, la propuesta del conocido *Informe Winter* (2002) y con el *Plan de Acción de la Unión Europea en materia de Derecho de sociedades* (2003), actualmente existente<sup>62,63</sup>. Ambas propuestas no postulaban una regulación de los grupos sino que consideraban que bastaba con tratar algunas medidas específicas relativas a la figura de los grupos. En concreto, una de ellas se corresponde con la transparencia en el seno de los grupos y la reforma del régimen de cuentas consolidadas. De ahí deriva el posterior cambio del legislador español respecto del perímetro de consolidación del grupo y, por extensión, de su noción (2007).

60 V. bibliografía citada. En concreto M. Lutter y F. Guyon, citados por J. M. Embid Irujo. *Introducción al Derecho de grupos*, cit., 228, nota 65.

61 J. M. Embid. *Introducción al Derecho de grupos*, cit., 233.

62 Al respecto, v. Garrido García, J. M. "El informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea", *RdS* (2003), 20º, 111; y Embid Irujo, J. M. "Los grupos de sociedades en Derecho comunitario", cit., 36; Hopt, K. J. "Derecho de grupos de sociedades", cit., 230.

63 Grundmann, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit.

Más recientemente, se ha preocupado por la reforma de la materia el conocido como *Grupo de reflexión sobre el futuro del Derecho europeo de sociedades*<sup>64</sup>. En materia de grupos, tampoco se mostró favorable a su regulación, ni prestó atención a la noción de grupo, sino que su orientación en la materia se sustancia en recomendar el reconocimiento del interés del grupo, porque, de tal modo, se consigue mantener y mejorar la flexibilidad de la dirección del grupo<sup>65</sup>. A través de esta vía, se puede hablar de la existencia –al menos, implícita- de un derecho-deber de la matriz a dirigir el grupo<sup>66</sup>. Asimismo, los administradores de las filiales gozan de una mayor seguridad a la hora de ejecutar determinadas operaciones que proceden de instrucciones de la matriz. En contrapartida, sería conveniente establecer mecanismos de protección de los “stakeholders” de la filial a fin de que no se vean perjudicados por la adopción de tales medidas<sup>67</sup>.

El hasta ahora último paso en las propuestas de reforma del Derecho de grupos se incardina en el Plan de Acción 2012<sup>68</sup>. Conforme al cual, la Comisión considera que es un tema complejo y que, a pesar de las solicitudes recibidas a fin de ofrecer un marco jurídico completo de los grupos, conviene actuar con cautela. Por tal motivo, decide que, entre las diversas iniciativas propuestas en este nuevo Plan de Acción, la regulación de los grupos quede postergada *sine die*. En cambio, sí reconoce la posibilidad de actuaciones puntuales en el marco de los grupos de sociedades, señalando su fecha de actuación<sup>69</sup>. En concreto, se muestra favorable, por un lado, a que se le exija a los grupos de sociedades una mejora de la transparencia, debiendo ofrecer a los inversores una información más completa de las estructuras de grupo. Por otro lado, y de gran importancia, la Comisión propone que, a nivel de la Unión europea, se establezcan mecanismos que permitan el reconocimiento del interés de grupo, y, en consecuencia, entendemos, su legitimidad<sup>70</sup>.

64 El “Grupo de Reflexión”, por iniciativa de la Comisión Europea, elaboró un informe sobre el Derecho de sociedades y su futuro. Uno de los apartados a los que prestó atención es el de los grupos de sociedades (ap.IX). Latorre, N. “Reflexiones sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo: Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law”. *RDM* (2011). 281, 163-182 (en especial, 178-182).

65 Latorre, N. “Reflexiones”, cit., 178.

66 Sobre la temática del deber de dirección, v. el trabajo de Hommelhoff, P. *Die Konzernleitungspflicht. Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts*. Colonia et al. (1982); Heymanns. Sobre esta cuestión, v. nuestro trabajo *La empresa de grupo*, cit., 360-381.

67 Sobre el significado que esta derecho-deber tiene respecto del fenómeno del gobierno corporativo, v. Chiappetta, F./Tombari, U. “Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law”. *ECFR* (2011). 3º, 261-274.

68 Comisión europea (COM, 2012, 740 al final), 12.12.2012. El documento se titula “Plan de Acción: Derecho europeo de sociedades y gobierno corporativo. Un marco legal moderno para accionistas más comprometidos y para compañías sostenibles” (en adelante, emplearemos sólo *Plan de Acción-2012*).

69 Actuaciones que programa para el presente año 2014.

70 Sobre el tema, v. Sánchez-Calero Guilarte, J. “El nuevo Plan de Acción de la Comisión europea en materia de Derecho de sociedades y gobierno corporativo”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)* (2013). 130º, 321-322. Sobre el tema desde una perspectiva comparada v. Conac, P-H. “Director’s Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level”. *ECFR* (2013). 2º, 194-226.

Finalmente, cabe prestar atención al Derecho italiano de sociedades, pues ha sido objeto de una reforma muy significativa, con especial interés en la materia de los grupos. En concreto, nos referimos a la nueva redacción del capítulo IX en el Título V (*De la sociedad*) del *Codice civile* italiano, dedicado a la *Direzione e coordinamento de la società* (arts. 2497-2497 septies), e introducida por el *decreto legislativo* del 17 de enero de 2003<sup>71</sup>. Desde la perspectiva de nuestro estudio, el legislador italiano, aun reconociendo que el grupo es el objeto de la disciplina, no se interesa por la noción de grupo, ni tampoco en su reforma. La razón de tal modo de proceder reside –según se indica<sup>72</sup>– en su falta de oportunidad, motivada en un doble sentido:

1º) por un lado, la diversidad de nociones existentes se dedican a resolver problemas específicos del sector al que van destinadas, es decir, son funcionales;

2º) por otro, la constante evolución de la realidad económica implica que la noción dada se convierta en inadecuada en un plazo breve de tiempo.

Así, la reforma del *Codice civile* italiano resalta que el problema jurídico más perentorio de los grupos de sociedades es el relativo a la responsabilidad de la dominante frente a las filiales y a los acreedores. En función de este *leit* motiv de su reforma, no interesa definir qué es un grupo sino prefiere sentar las bases de la disciplina sobre el ejercicio de una actividad de dirección y coordinación de una sociedad por otro sujeto (*attività di direzione e coordinamento*)<sup>73</sup>. Y esta *attività* –como indica la doctrina italiana<sup>74</sup>– carece de diferencias relevantes respecto del concepto de dirección unitaria, al que se puede equiparar:

En conclusión, podemos destacar que el planteamiento regulatorio europeo en materia de grupos se aleja de su atención legislativa y prefiere orientarse –como hemos visto anteriormente– por el establecimiento de recomendaciones –*standards*–, de seguimiento voluntario, en lugar de la fijación de reglas –*rules*– que han de cumplir los operadores económicos<sup>75</sup>. Esta renuncia a legislar afecta decisivamente al concepto de grupo, que se mantiene en un segundo plano, quedando reservado a su interés en la doctrina, mientras que se prefiere acudir a su equiparación con el fenómeno del control, más sencillo y sin las complejidades derivadas de delimitar el alcance de la dirección unitaria.

71 En general, sobre el Derecho de los grupo en Italia, v. Tombari, U. *Diritto dei gruppi di imprese*, Milán (2010): Giuffrè; y Montalenti, P. “I gruppi di società”, cit., 1031-1068.

72 Tombari, U. *Diritto*, cit., 6, siguiendo la *Relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario*, en AA.VV. *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali* (dir. M. Vietti, F. Auletta, G. Lo Cascio, U. Tombari, A. Zoppini) Milán (2006): Giuffrè, 257.

73 Sobre este último ema, v. más en detalle en Valzer, A. *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*. Turin (Giappichelli): 2011.

74 Montalenti, P. “I gruppi di società”, cit., 1038, más en detalle en 1039-1041.

75 Sobre la cuestión, más en detalle v. el trabajo de Denozza, F. “Rules vs. Standards”, cit., 327-338.

## V. PERSPECTIVAS DE FUTURO

A pesar de las diversas vicisitudes y dificultades que suscita la atención legislativa de un fenómeno tan complejo como el de los grupos de sociedades, cabe destacar -a la vista de lo expuesto- la continuidad, aunque lenta, del proceso regulatorio, iniciado ya hace tiempo.

Por un lado, y desde la perspectiva española, la continuidad en la situación de dispersión legislativa parece haber llegado a un punto en que, a través de diversas propuestas, se recoge una postura favorable a una regulación completa. En este proceso, la noción del grupo ha oscilado entre la opción del control como elemento determinante y la que postula la dirección unitaria como fundamento integrador de todo el grupo. Las últimas propuestas, según hemos indicado, inclinan la balanza sobre esta segunda opción, combinándola con un juego de presunciones de la situación de control. En cualquier caso, aún queda esperar a que el legislador dé el paso definitivo hacia su regulación, ya sea en un nuevo Código mercantil o en un Código de sociedades mercantiles.

Por otro lado, y desde la perspectiva de la Unión europea, las propuestas contempladas en el Plan de Acción 2011 se muestran cautas -un modo más diplomático de oponerse a ella- ante una posible regulación europea de los grupos, lo que implica la postergación *sine die* de una atención completa a tal fenómeno empresarial. No obstante, como se deduce del propio Plan de Acción citado, el grupo no deja de ser objeto de interés si bien con una atención más puntual a determinados asuntos, en concreto, con respecto al reconocimiento del interés del grupo y, además, a una mejora en la transparencia de su estructura grupal a los inversores. En cualquier caso, la legitimidad del grupo queda fuera de duda para el legislador europeo y su proyecto se orienta en establecer mecanismos que mejoren su funcionamiento y su transparencia en el mercado.