

# *Los grupos de sociedades: el Derecho Español en el contexto europeo*<sup>\*1</sup>

Marcos Sacristán Represa  
Catedrático de Dcho. Mercantil  
Universidad de Valladolid  
España

## I.- INTRODUCCIÓN.

1.- Reflexionar y escribir en este momento sobre un tema relativo a la empresa y al mercado exige adoptar una perspectiva supranacional. Hacerlo desde el punto de vista del Derecho, cuyo componente cultural y la necesidad de no perder pie en el propio Ordenamiento Jurídico dota a la reflexión de especial complejidad, no dispensa de adoptar esa perspectiva. Esto implica moverse con el cuidado que exige la comparación jurídica en el contexto de la cual y por razón de la materia adquiere especial importancia la utilización de elementos del razonamiento económico.<sup>2</sup> Cuando se trabaja con el pie forzado de la inclusión del propio Estado en un espacio de integración económica, con su necesario armazón de carácter jurídico, es preciso tener en cuenta tanto los objetivos de esa unión, como los instrumentos jurídicos, establecidos para conseguirlos. Cuando se hace desde España es preciso, pues, tomar en consideración de manera fundamental el contexto de la Unión Europea (UE) en todas sus vertientes. En la medida en que el fenómeno de la integración económica tiene manifestaciones fuera del ámbito europeo lo que en él sucede puede resultar ilustrativo para otros que, como el MERCOSUR, progresan con sus propios instrumentos y ritmo hacia la configuración de un mercado común que requiere, entre otras cosas un cierto grado de armonización del régimen sobre las formas de empresa.

Aquellas exigencias se dan, además, y de una manera muy especial, en el tema de los grupos de sociedades o grupos de empresas. De un lado porque, pese a lo reducido del Derecho de cuño eurocomunitario elaborado e incorporado a los ordenamientos de los Estados Miembros (EE MM), la vocación internacional de la gran empresa, de la que el grupo es una de sus expresiones más características<sup>3</sup>, lo muestra como una de las vías preferentes para consolidar el mercado - común, interior, o único - propio de del espacio económico europeo que, en primera instancia, pretende la UE y en buena medi-

da ha logrado. Por otro, porque el reconocimiento del fracaso de viejas propuestas de unificación del Derecho en esta materia, lejos de llevar a una renuncia de ese propósito, acaba de generar un relanzamiento de la propuesta armonizadora, ciertamente sobre bases distintas a las que servían de apoyo al primer intento y con un menor contenido; tanto las líneas generales como los objetivos concretos se recogen en el documento recientemente publicado por el Forum Europaeum (en adelante DFE)<sup>4</sup>. Finalmente, porque el núcleo del Derecho español sobre grupos, en concreto el de carácter societario, al que me referiré preferentemente, lo constituye un conjunto de normas promulgadas en aplicación del Derecho de la UE, es decir, es el resultado de adaptar nuestro derecho de sociedades a las directivas comunitarias aprobadas en esta materia.<sup>5</sup>

2.- No cabe duda de que entre los temas abiertos en el actual Derecho de sociedades y, más ampliamente en Derecho de la empresa en general,<sup>6</sup> figura, como uno de los de mayor entidad, por lo que cabe deducir de su evolución en los últimos años, también de mayor dificultad y, en estos momentos - puede añadirse -, de más urgente tratamiento, el relativo al fenómeno de los grupos<sup>7</sup>.

2.1.- Cualquiera que sea la amplitud que se de a la noción de grupo - grupo de empresas, especialmente de estructura societaria y fundamental, pero no exclusivamente, de sociedades de capital- lo cierto es que la actividad empresarial, tanto la que se desarrolla en el ámbito de los Estados, como especialmente la que tiene carácter transfronterizo, dimensión "global" o universal, está protagonizada por organizaciones empresariales cuya estructura es la que suele identificarse con la propia del grupo. General Motors, Shell, Bayer o Siemens, no son sino algunos ejemplos especialmente significativos en el plano más amplio de las relaciones económicas de carácter supranacional<sup>8</sup>. Es cierto que esta afirmación debe matizarse, en el sentido de que este modo de constituir grandes empresas, a partir de otras pre-existentes, es decir mediante la concentración, no

ha desplazado al método más antiguo y mejor conocido por el Derecho de sociedades, la fusión, como muestra la práctica internacional y concretamente la europea. No obstante la flexibilidad de articulación que el grupo proporciona a la gran empresa da lugar a que incluso las empresas que recurren a ese procedimiento y, por tanto, las resultantes de esas fusiones, se articulen internamente en forma de grupos.

La propia noción grupo, si es que puede hoy hablarse de una noción jurídica de ese fenómeno,<sup>9</sup> es discutida, de modo que su determinación es aún hoy una cuestión previa que tiene planteada la elaboración del régimen jurídico del mismo, tanto en términos generales, como en el campo jurídico-societario. Estimo, sin embargo, que puede afirmarse la existencia, al menos, de una imagen comúnmente aceptada del grupo, que evocan una buena parte de las nociones ampliamente aceptadas y esencialmente coincidentes en lo que se refiere a los rasgos generales de esa estructura, pese a sus diferencias en aspectos más concretos. Como expresión de aquella referencia común pueden valer los términos en que el grupo se define en el DFE, conforme al cual se considera grupo de empresas a "la unión de varias sociedades jurídicamente autónomas, en la mayor parte de los casos por vía de participación en el capital, para lograr una unidad empresarial de carácter funcional"<sup>10</sup>.

2.2.- De la dificultad para establecer un régimen sistemático y más o menos completo del grupo es testimonio, en primer lugar, la compleja y no plenamente satisfactoria puesta en práctica de aquellas regulaciones que, como la alemana, han tratado de proporcionar un régimen de esas características desde la perspectiva societaria y con preferencia desde la de las grandes sociedades, las sociedades por acciones. No resulta más satisfactorio el resultado obtenido en aquellos países, la mayoría dentro y fuera de la UE, como es el caso de España, que han ido ocupándose de aspectos parciales de su régimen, previa renuncia, deliberada en general<sup>11</sup>, a adoptar una regulación de aquellas características. En conjunto, la observación de los resultados de la evolución de este sector del Derecho de los EE MM de la UE arroja un resultado pobre en lo que se refiere a la armonización realizada hasta el momento, como luego veremos y no demasiado satisfactorio en la consideración individualizada de lo conseguido por cada uno de esos Estados.

2.3.- Sobre esa base, la necesidad y la urgencia de abordar la tarea de dotar a la regulación contenida en los diversos derechos nacionales de un mínimo de elementos, así como de hacerlo precisamente desde la perspectiva de dotar de unidad básica a las normas que han de operar en el tráfico entre los EE, especialmente aquellos que son miembros de una comunidad regional, es algo, desde mi punto de vis-

ta, difícilmente rebatible, aunque no unánimemente admitido. Si es cierto que los grupos se mueven en un espacio sin fronteras, si lo es, igualmente, que este hecho no solo es prácticamente irreversible sino económicamente positivo, enjuiciado desde los criterios que hoy dominan el panorama económico y jurídico, será preciso proceder a ese tipo de regulación del fenómeno. Una regulación tendente a posibilitar su desarrollo, evitando sus consecuencias negativas, derivadas fundamentalmente de los abusos a los que toda concentración de poder, como por definición se produce en el grupo, es consustancial. Ello implica el establecimiento de controles externos e internos desde el propio momento de su constitución, de las correspondientes cautela en cada momento del proceso en los diversos niveles en que ese desarrollo se está produciendo y en los que esas consecuencias se manifiestan.

De los diversos planos en los que cabe considerar los problemas jurídicos que la constitución y el desarrollo de los grupos: el de cada Estado, el de la integración regional y el "global"<sup>12</sup>, resulta claro que, tanto por dificultad de operar en todos ellos como las posibilidades reales de actuación, lleva a operar de modo inmediato en los dos primeros de una forma coordinada<sup>13</sup>.

2.4.- Para esta forma de argumentar ofrece una buena base el DFE sobre los grupos, al que se viene haciendo referencia, lo que exigirá una consideración de conjunto del mismo, cosa que se hará más adelante, una vez situado el documento en su contexto, el de la evolución del Derecho comunitario en la materia.

Precisamente la publicación del documento y lo bien orientado, en general, de sus sugerencias ofrece la oportunidad de volver a reflexionar sobre el tema de los grupos con perspectivas de futuro en cuanto se refiere a la armonización de los derechos de los EE MM de la UE. El papel que otorga a las dos partes en presencia - el "legislador" comunitario y los legisladores de los EE MM- permite pensar que la reflexión puede ser también útil para el ámbito del MERCOSUR, así como a los singulares Estados, dentro o fuera de una unión económica regional<sup>14</sup>.

## II.- PANORAMA DEL DERECHO DE LOS EE MM.

### A. - *El Derecho de sociedades.*

1.- Las primeras etapas de desarrollo del Derecho de grupos en Europa, con centro en el Derecho de sociedades, se hallan protagonizadas por la literatura y el Ordenamiento alemanes. Parte la primera de un amplio y pormenorizado estudio jurídicoeconómico de las manifestaciones de la concentración en sentido amplio, en los EE UU y en el viejo continente, en el que, por supuesto, las aportaciones de

la doctrina alemana deben ser contempladas y valoradas en el conjunto de la literatura americana y europea de la época. Por lo que aquí interesa, surge en esa literatura la figura del Konzern. El Derecho extraerá las conclusiones oportunas, especialmente en relación con las sociedades por acciones, a partir de la reforma de la ley reguladora de las mismas en los años treinta del siglo que acaba.<sup>15</sup> Aquella denominación pasará a ser la más popular del grupo en el ámbito germánico.

Esta precedencia por parte del Derecho alemán le llevará a promulgar la primera regulación amplia y coherente del Derecho de grupos hecha desde la perspectiva societaria, con una cierta pretensión de centralidad en todo el ámbito jurídico, en la Ley de sociedades por acciones de 1965 (AktG 65), que pese a su singularidad<sup>16</sup> llega a adquirir, incluso tras la comprobación de sus debilidades, una gran influencia sobre el Derecho de los países del entorno durante más de dos décadas.

Si bien es cierto que ese influjo resulta decreciente y que el DFE contiene lo que podría denominarse el certificado de defunción del mismo como modelo para una futura armonización europea, existen razones para tener muy en cuenta la solución alemana, en su estado actual y en las futuras e inevitables correcciones. Una de ellas es la importancia que sigue teniendo desde el punto de vista constructivo, por la solidez de su sistema, y por lo que en otros derechos se ha recibido de soluciones a problemas concretos, que pueden extraerse del sistema y adaptarse a otros (1.1.) Otra es la recepción del propio sistema en otros ordenamientos con más o menos variantes de detalle (1.2.)

1.1.- A la hora de medir la influencia que el Derecho alemán ha tenido en los países que no han aceptado, incluso que han rechazado consciente y razonadamente su sistema, es conveniente tener en cuenta lo que, en líneas generales, se acepta y se rechaza del mismo.

1.1.1.- Lo que con el tiempo se muestra como más singular, la definición legal del grupo<sup>17</sup>, en su doble vertiente de delimitación del supuesto de hecho y la que llamaremos legalización del grupo, pertenece a lo que menos ha trascendido de la construcción alemana. Sin embargo tanto por el valor actual de algunos aspectos de la definición, en especial el elemento central, la "dirección unitaria"<sup>18</sup>, como por la coherencia del sistema establecido merecen estos aspectos, estrechamente vinculados entre sí, una consideración especial.

Inicialmente esa misma distinción se va a convertir en una de las señas de identidad del modelo germánico frente al que, va a tratar de configurarse alternativamente. Definido el grupo en torno a la dirección unitaria, esa legalización, es decir el reconocimiento pleno del grupo, en concreto, de la facultad de la sociedad cabeza del grupo para impar-

tir directrices u órdenes al resto de las sociedades que lo integran, exige una condición más, la realización de algún concreto contrato de entre los de una categoría especial, la denominada de "los contratos de empresa". Celebrado éste se reconoce el interés del grupo como jurídicamente protegido. A falta del mismo y del consiguiente reconocimiento y protección del interés del grupo y de la facultad de impartir órdenes por la empresa cabeza del grupo, la situación de dominación/dependencia, la predominantemente reconocida como apta para que se emitan directrices por la empresa dominante, tiene su régimen especial que, por vía de control, tiende a dificultar tanto la ejecución de aquellas órdenes, como la efectiva obtención del interés del grupo

En su aplicación, estas normas darán lugar a una dicotomía fundamental, con dos formas de tratamiento de lo que doctrinalmente se denomina grupo en un sentido amplio, más o menos coincidente con la noción recogida más atrás, pero con la nota básica de la dirección unitaria. a). De un lado está el supuesto en que se produce la legalización del grupo, mediante la celebración del oportuno contrato que otorga plena eficacia a la dirección unitaria. Este contrato tiene un contenido legalmente determinado, a través del cual se establece el modo de componer los intereses en presencia, junto al del grupo, los de socios minoritarios y acreedores, fundamentalmente. Como contrato "de empresa" el que tiene la virtualidad de legalizar el grupo deben respetar requisitos especiales de Derecho societario, entre ellos el de ser aprobado por el órgano de participación de los socios, por ser un acto que escapa de la mera gestión<sup>19</sup>, y permite un amplio ejercicio de aquel poder, admitiendo incluso la obligación de las sociedades dominadas de cumplir con las directrices emanadas de la dominante, aunque con ello el propio interés sea postergado. b). De otro, está el que se acabará denominando "grupo fáctico"<sup>20</sup>, grupo no legalizado, constituido de hecho por el ejercicio de del poder de dar instrucciones sobre la base de un efectivo dominio de una empresa sobre una o varias sociedades. Los textos que se refieren a esa situación pretenden dificultar la consolidación de una dirección unitaria lo hacen de manera que pretende ser realista y flexible, no prohibiendo la impartición de aquellas directrices, sino estableciendo la obligación de una compensación gradual de los daños causados por esas órdenes.

Se pensó que de este modo, complementario de los estímulos que suponían el reconocimiento del interés del grupo, cumplidas las condiciones de legalización, se había encontrado una fórmula para conseguir que, de manera fundamentalmente voluntaria, las situaciones de grupo salieran a la luz y se autodisciplinaran. El hecho de que este sistema no llegue a conseguir los resultados esperados,

generalizándose la situación de los "grupos de hecho" hizo que esta solución fuera perdiendo prestigio y resultase mayoritariamente rechazada. El hecho, además, de que fuese una solución propia de un concreto EE MM - resultado exclusivo de su propia experiencia y planteamiento - dificultaba ya de entrada su capacidad de expansión. Su complejidad, de ningún modo reflejada en la síntesis parcial realizada, fue otro elemento digno de tenerse en cuenta a la hora de explicar ese rechazo<sup>21</sup>.

1.1.2.- Ello no obstante, debe recordarse que tanto en lo que toca a la selección y delimitación de los intereses dignos de protección, lo que es tanto como decir los fines del Derecho societario de grupos<sup>22</sup>, como en las líneas generales de la protección de los mismos, de consecución de un equilibrio entre los del grupo y los que entran en conflicto con él; la aportación del derecho alemán ha sido decisiva y ha concitado un acuerdo amplio en los diversos EE MM de la UE y fuera de ella.

En materia de protección de intereses forman parte de aquella aportación, aparte la conveniencia de reconocer en algunos supuestos - y por tanto de proteger - el interés del grupo, como empresa de nuevo cuño, dando relieve en el plano jurídico a la unidad generada desde el punto de vista económico, la protección del modo adecuado de los intereses tradicionalmente tutelados por el Derecho de sociedades, los de los socios, especialmente los minoritarios, calificados en este contexto de "externos", ajenos a la dirección del grupo y los de los acreedores, fundamentalmente los de las sociedades sometidas a la dominación o control de la empresa dominante, madre, o cabeza del grupo, sin olvidar los de los trabajadores.

Los supuesto en que el primero de esos intereses debe ser reconocido, y protegido -legalización- dependerá del modelo elegido para el reconocimiento del grupo. En orden a que todos y cada uno pueda serlo son necesarias adaptaciones del deber de documentación y contabilidad del empresario, cuya típica manifestación es la de elaborar y publicar cuentas del grupo, consolidadas, así como documentos complementarios de las mismas, que amplíen su capacidad informativa. Para la protección de los intereses de los socios externos al grupo se ofrecen soluciones alternativas que van del reconocimiento del derecho de separación al de la participación en la sociedad dominante. Para los de los acreedores, las alternativas se mueven entre la comunicación de la responsabilidad a las empresas del grupo o el aseguramiento de la suficiencia patrimonial de las sociedades dominadas o filiales, por diversas vías, pasando por el estableciendo medidas especiales de carácter concursal.

Aunque, como digo, estas ideas pueden considerarse hoy patrimonio de la doctrina europea, no así de su legislación, que no obstante va introduciendo

fragmentariamente en uno u otro Ordenamiento soluciones inspiradas en aquellas<sup>23</sup>, se sigue discutiendo, en particular en el plano societario, si son suficientes las medidas del tradicional derecho de sociedades<sup>24</sup>, o si por el contrario son necesarias medidas especiales, como las mencionadas, para el caso en el que la sociedad esté incorporada a un grupo. Esta opinión hoy puede considerarse dominante, sin que ello impida reconocer las dificultades para llegar a una pacífica solución del modo de conseguirlo<sup>25</sup>.

1.2.- Finalmente conviene recordar que el modelo es seguido por países que tienen presencia tanto en el ámbito de la UE, es el caso de Portugal,<sup>26</sup> como en el de MERCOSUR, Brasil,<sup>27</sup> e incluso en el de países hoy fuera del marco de esos fenómenos de integración económica, pero que pueden ingresar en un futuro más o menos próximo<sup>28</sup>.

Ello obliga a seguir teniendo presente a la hora de armonizar esos ordenamientos lo que son sus peculiaridades. Entre estas no cabe olvidar en el plano del concepto del grupo. El reconocimiento del grupo por coordinación<sup>29</sup>. Razones para ello son las huellas de la figura que se aprecian, tanto en el plano nacional como en el comunitario. Por un lado están aquellas que derivan de la utilización de estructuras inspiradas en él, aunque no configuradoras de un grupo en sentido estricto.<sup>30</sup> Por otro, la aparición en el tratamiento del propio grupo de subordinación de ciertas ideas vinculadas a lo que a mi juicio es esencial en la figura de la coordinación: la compatibilidad entre el ejercicio de la dirección unitaria y una cierta idea de participación de todas las sociedades integradas en la organización de la política empresarial común, que, especialmente acusada, por supuesto en el grupo de coordinación, no es ajena, no debe serlo al grupo de subordinación, como a mi juicio, trasluce alguna aportación reciente de la jurisprudencia, en especial la francesa, a la que presta especial atención el DFE<sup>31</sup>.

Finalmente conviene tener en cuenta, como aportación del Derecho alemán de grupos la figura de la incorporación ("Eingliederung"), que surge del reconocimiento a la sociedad (dominante cuya participación en la dominada o filial es de orden tan elevado que la de los socios minoritarios es prácticamente irrelevante) de la facultad de excluir a estos mediante una compensación adecuada. La aparición en otros ordenamientos de soluciones semejantes en supuestos en que la presencia de socios minoritarios en las sociedades dominadas no tiene interés para lo dominante y solamente cabe apreciar riesgos para éstos inclina al DFE a reconocer ésta como una pieza propia del derecho societario de grupos<sup>32</sup>.

2.- Frente a la solución alemana, lo que se perfila en un primer momento en el Derecho francés, como alternativa, en un nivel de generalidad seme-

jante, es un sistema de tipificación, legitimación, o reconocimiento del grupo, a partir de una relación, generalmente denominada de control, de la sociedad madre o cabeza de grupo sobre las restantes, establecida con criterios no muy diferentes a los que en el derecho alemán emplea para determinar la existencia de la dominación, desde una perspectiva, dependencia desde la otra.

Se contraponen así a un sistema calificado como "contractual", el alemán, un sistema "orgánico", que, de entrada, simplifica el modo de abordar al tratamiento legal, ya que renuncia a imponer la condición de la celebración de un contrato para el reconocimiento del interés del grupo y la consiguiente imposición de un régimen protector de los intereses contrapuestos de socios externos y acreedores. Lo que en el derecho alemán es la legalización del grupo, viene a producirse aquí automáticamente, por el simple hecho de detectarse la existencia de un grupo, al concurrir en supuesto de hecho las notas que lo definen. Estas son la existencia de la relación de dominación/dependencia y el efectivo ejercicio del poder de dominación o control. La sustitución de la noción de dirección unitaria por la de control no supone solamente una opción terminológica, sino la exclusión del grupo de coordinación. Pese a que el sistema orgánico no llegó a tener manifestación legislativa alguna, tuvo presencia en el plano del derecho proyectado, no solo en Francia<sup>33</sup>, su país de origen, sino también en otros países, como España,<sup>34</sup> e incluso en la normativa comunitaria, donde dejó su huella de forma preponderante en el proyecto de Reglamento de Sociedad anónima europea (SE) y como alternativa en el primer intento de armonización comunitaria a través de la proyectada 9ª Directiva en materia de sociedades<sup>35</sup>.

3.- La interrupción del proceso que en los años sesenta y setenta parecía llevar con relativa rapidez a la constitución de un derecho europeo de grupos, sobre la base alternativa del modelo contractual o el modelo institucional en cuanto a la legalización del grupo y con referencia común a un conjunto homogéneo de normas protectoras de los intereses que resultan fundamentalmente afectados, lleva consigo una relativa paralización del proceso de configuración de un derecho sistemático y homogéneo sobre los grupos desde la perspectiva societaria en el ámbito de los diversos EE.MM., con el consiguiente desenvolvimiento de enfoques diferentes, de carácter nacional e internacional, siempre manifiesto en aspectos concretos, que dan lugar a desarrollos parciales.

El distanciamiento no llega, sin embargo, a ser muy grande, dado que el progreso de la armonización del derecho de sociedades mantiene, al menos, un contexto muy similar y, al incidir en parcelas más o menos propias de los grupos, opera una armonización parcial en este campo.

3.1.- Entre las aportaciones peculiares de alguno de los restantes EE.MM. de la NE cobra especial relieve, tanto por sus propios méritos, como, sobre todo, por la importancia que le otorga el DFE de la jurisprudencia francesa, mencionada más atrás, que aplicando la denominada doctrina Rozenblum a la legalización del grupo, para reconocer y proteger el interés del grupo; para reconocer efectividad a lo que el Derecho alemán denomina la dirección unitaria del grupo y otros el control, para permitir, en consecuencia, que la empresa madre o cabeza del grupo imponga sacrificios a las sociedades dominadas o filiales, les cause algún perjuicio, exige una serie de condiciones, que pueden resumirse en las tres siguientes: La existencia de una sólida estructura del grupo, el desarrollo de una política de grupo, que implique la coordinación y desarrollo de las actividades de cada sociedad del grupo, y finalmente el establecimiento de un sistema de compensación entre las cargas y las ventajas que experimente cada sociedad del grupo, por el hecho de pertenecer al mismo<sup>36</sup>.

3.2.- En el curso del desarrollo de otros enfoques propios de algunos ordenamientos, o novedosos, con especial arraigo en distintos EE.MM., conviene dejar constancia del que puede dar origen a una nueva dicotomía en el modo de abordar jurídicamente el fenómeno de los grupos de sociedades, distinta a la apuntada entre una concepción contractual y otra orgánica del Derecho societario de grupos, que tenían en común pese a la denominación de la primera, un claro predominio del Derecho imperativo. Esta es la que contraponen soluciones de este último carácter a la que cabe imputar en parte las disfunciones que se aprecian en el derecho alemán a otras inspiradas en una concepción más flexible del derecho de sociedades<sup>37</sup>, del Derecho privado en su conjunto, que llega del mundo anglosajón y que se desarrolla con especial vigor dentro del ámbito de las grandes sociedades en las propuestas del "Corporate Governance"<sup>38</sup>. Hasta el momento, sus manifestaciones en relación con los grupos se producen en el ámbito del derecho del mercado de valores, y las mismas no son muy numerosas, aunque ciertamente de importancia.<sup>39</sup>

#### *B.- Panorama de su desarrollo en otros sectores del Ordenamiento.*

Como se ha advertido el fenómeno de los grupos es recibido en otros sectores del Ordenamiento jurídico, con anticipación, incluso, al derecho de sociedades. En alguno de ellos el desarrollo se produce con rapidez y llega a adquirir una entidad de la que carece el de sociedades. Ese desarrollo se produce de manera desigual en unos sectores y otros en los diversos países y con criterios que, siendo los propios de cada uno de los sectores, no llevan a resultados idénticos. Este hecho genera en cada Derecho

nacional una fragmentación interna que en muchas ocasiones lleva a manejar nociones diferentes de grupo, lo que produce un problema complementario, como veremos con cierto detenimiento al hablar del Derecho español.

1.- El Derecho fiscal, o financiero y tributario, cuyo papel tiene en relación con los grupos, así como con otros fenómenos un papel fundamental, en la medida que el reconocimiento de la unidad empresarial del grupo se conecta con una más racional y en general menor carga impositiva<sup>40</sup> merece en el plano de los Estados una primera mención. En la medida en que ese reconocimiento lleva a la integración, a sus efectos, de los resultados de los diversos miembros, en general sociedades del grupo, es preciso recurrir a la consolidación de cuentas, que en otro contexto, el de Derecho mercantil, adquiere una importancia especial en el ámbito de la publicidad del Grupo. La relación entre ambas formas de consolidación puede plantear problemas similares a los que tradicionalmente se plantean en el ámbito de la contabilidad propia de ambos sectores del Ordenamiento, lo que sirve de referencia para poner de relieve las diferencias de enfoque entre ambas a la hora de ocuparse de este fenómeno, y puede repercutir incluso en el concepto que cada una maneje. Por otra parte la diversidad del tratamiento de esta materia en los distintos EE MM. exige una coordinación que, encuadrada en el conjunto de la armonización fiscal, es uno de los actuales retos de la UE, en el camino de la conclusión del mercado único<sup>41</sup>

2.- El Derecho del trabajo es uno de los que se han mostrado más activo a la hora de enfrentar los concretos problemas que a la protección de los trabajadores plantea el grupo, que en este terreno adquiere su transcendencia como grupo de empresarios o empresas, con independencia de la forma jurídica que la titularidad de las mismas adopte. En sus inicios, a semejanza de lo que sucede en el Derecho de sociedades, la técnica jurisprudencia del "levantamiento del velo", ofrece una solución a los problemas propios del mismo en tanto fragua un Derecho legislado.

En relación con éste, desde el punto de vista del Derecho individual del trabajo la determinación del empresario responsable de las relaciones jurídicas con un determinado trabajador o grupo de ellos - el empresario que los contrató o el titular de la empresa madre, cabeza del grupo, o de otra empresa integrada en el mismo - es el problema fundamental a la hora de imputar la responsabilidad derivada del contrato. Desde el punto de vista colectivo se trata de determinar el sistema de información de carácter empresarial que deben recibir los trabajadores, en general a través de sus órganos de participación en la empresa, así como la composición y competencias de los mismos en relación con todo el grupo,

considerado como empresa, fundamentalmente pues, con la sociedad o empresa cabeza del mismo. En el desarrollo de este último aspecto podemos percibir también dos modelos relativamente diferenciados. La cogestión alemana, por un lado, y el desarrollo en Francia de un amplio derecho laboral de grupos que tiene su sede en el Code du Travail muestran caminos propios correspondientes a un mayor o menor reconocimiento jurídico de la empresa como comunidad de trabajo. Como veremos es en este plano donde con mayor firmeza se ha iniciado ya el proceso de armonización en el ámbito de la UE<sup>42</sup>

3.- Entre los sectores del Ordenamiento de configuración más reciente, el de la competencia está llamado a desempeñar un papel relevante en el desarrollo y control de la formación de grupos. La inclusión en la concentración de empresas, al lado de las fusiones en sentido propio, de otras formas de concentración entre las que se abren paso los grupos, abre una vía de control externo de carácter preventivo de los mismos, desde la peculiar óptica de este sector del Derecho.<sup>43</sup>

No obstante, antes de que tanto en el plano nacional como en el comunitario hubiera adquirido pleno desarrollo el control de la concentración, el grupo planteaba ya problemas en relación con alguna de las prácticas prohibidas cuya tipificación se va extendiendo en los ordenamientos europeos según un modelo que comparten inicialmente el Ordenamiento alemán y el europeo. Se trata en concreto de las denominadas prácticas concertadas o colusorias, prohibidas tanto en el derecho alemán<sup>44</sup> (art. 1 y ss. GWBG), como en el comunitario (art. 85 TR) y más tarde en el español (art. 1º LRPRC). El objeto de discusión es la exclusión de esa prohibición en el caso de que las prácticas en cuestión, basadas en convenios o acuerdos restrictivos de la competencia sean realizadas por empresas del mismo grupo. La exclusión es una lógica consecuencia del reconocimiento del grupo como empresa, en una óptica especialmente afin la que es propia del derecho de sociedades, así como de una tendencia muy propia del pensamiento alemán, que en algún momento hizo de Alemania el país de los "Kartell".

Nace así en este país la construcción del denominado "privilegio del grupo", que encuentra resistencia en algún sector de la propia doctrina, afin a planteamientos jurídico afianzados en los EE UU y que no encuentra demasiado eco en la jurisprudencia comunitaria, preocupada por distanciarse en su aplicación del Derecho comunitario de las tendencias particulares de los EE MM<sup>45</sup>, pero que es lógicamente consecuente con la consideración del grupo como empresa, del reconocimiento del interés del grupo, lo que, a otros efectos operará en el derecho de sociedades, previo el trámite de la llamada legalización del grupo.

4.- Finalmente es preciso prestar atención a los aspectos relevantes del grupo desde la perspectiva del moderno Derecho del mercado de valores, en el supuesto más frecuente del constituido por medio de adquisición de participaciones que aseguran el control de una o varias sociedades por parte de la empresa cabeza del grupo. En este ámbito, en estrecha conexión con concretos aspectos del derecho de sociedades de capital, adquieren especial importancia aspectos de régimen como el relativo a las ofertas de adquisición de participaciones (OPA), en cuanto medio de adquisición del control de una sociedad, en el que deben insertarse medidas de protección de los intereses afectados, singularmente de los socios externos<sup>46</sup>

### III.- EN EL DERECHO COMUNITARIO.

#### A.- *Perspectiva histórica.*

1.- La preocupación por el tema de los grupos se manifiesta pronto en el ámbito comunitario. Pese a que propiamente se suscita en razón de la progresiva ampliación de la presencia de los mismos en el ámbito del mercado único que va constituyéndose, tanto en el ritmo con el que se manifiesta esa preocupación como en su incidencia en los distintos sectores del Ordenamiento a que afecta, cabe apreciar la influencia de la política y el derecho alemanes. También, ciertamente, en las líneas de tratamiento, si bien en la configuración de éstas, sobre todo en alguno, como el de la competencia, se percibe la influencia angloamericana, por influencia directa de los EE UU, antes aún de que se produzca la entrada del Reino Unido en la entonces CEE. En otros, como el de sociedades, la compensación de la influencia alemana se verá contrarrestada, como hemos visto, por la resistencia poco a poco generalizada, partiendo de la posición francesa, a aceptar un modelo ciertamente peculiar.

2.- A diferencia de lo que se ha sugerido en el ámbito de los EE MM, y aparecerá claro al hablar en concreto del español, no será el sector del Derecho tributario el que en este caso sirva de apoyo o avanzada para la regulación de los grupos. Por el contrario, es este sector, no solo en relación con los grupos, sino con carácter general, uno de los más resistentes a la armonización, por razones en buena medida obvias, derivadas de su vinculación con la idea de soberanía en materia económica, en último caso como recurso para intervenir en esa materia desde la óptica de los intereses de cada EE MM. Aunque conseguida la moneda única, las primeras razones pierden peso, las segundas se mantienen en pie. Al mismo tiempo, adquieren peso las que apoyan la armonización con el fin de evitar conductas desleales, desde el punto de la vista de la competencia, por parte de los Estados. Las dificultades

para proseguir la armonización por la vía tradicional, acentuadas por el afianzamiento del principio de subsidiariedad después de la reforma de los Tratados comunitarios (TUE) acordada en Amsterdam el 17 de junio de 1997 hacen que se busquen vías nuevas hacia la unificación entre las que se impone del Código de conducta<sup>47</sup>.

3.- Las primeras muestras de aquella preocupación se producen, en el ámbito de la CEE<sup>48</sup> ya en los años sesenta, en el campo de la competencia, concretamente en los documentos relativos a la concentración en el Mercado Común<sup>49</sup>, aspecto éste que no había sido abordado inicialmente de forma específica en la regulación de la competencia contenido en el Tratado de Roma (TR), pero que habían merecido ya la atención, sobre todo de doctrina y jurisprudencia en Alemania, a partir de la promulgación de la ley sobre prácticas restrictivas de la competencia (GWBG) de 1957. De ese mismo ámbito proceden las escasas repercusiones que en el ámbito comunitario tiene la discusión en relación con el denominado privilegio del grupo, a la que se ha hecho anterior referencia. La publicación del Reglamento que introduce en el derecho comunitario el régimen de la concentración, como materia sometida a control<sup>50</sup>, abrirá la puerta al más amplio tratamiento de los grupos desde esta perspectiva. Al margen de las modificaciones experimentadas por ese reglamento, se anuncian modificaciones en la concepción del tema, que probablemente transformarán en medida importante este sector en su conjunto<sup>51</sup>

4.- En el campo jurícolaboral, la regulación del aspecto colectivo va a apuntar en las normas relativas el derecho de sociedades, en forma de participación de los trabajadores o control de los mismos sobre la gestión societaria, como extensión de la cogestión según el modelo alemán. Este planteamiento fracasa en el caso de la sociedad aislada, como lo muestra la suerte de la 5ª Directiva<sup>52</sup> y no llega a tener en proyección en el derecho de grupos<sup>53</sup>. En la vía alternativa constituye un paso importante en el camino de la armonización comunitaria en este aspecto del Derecho laboral la aprobación y posterior ampliación al área anglosajona de la UE de la Directiva sobre el comité de empresa europeo<sup>54</sup>. Prescindiendo de su interés específico, conviene ahora destacar que delimita la noción de grupo en torno a la relación dominación dependencia y que contiene una noción de sociedad dominante que presenta coincidencias con la que se maneja en el ámbito del derecho de sociedades europeo, sin dejar de presentar alguna particularidad de interés.

De acuerdo con él, se entiende por grupo de empresas "un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas" (art. 2 .1. b), entendiéndose por empresa que ejerce el control, "la empresa que pueda ejercer una

influencia dominante en otra empresa (empresa controlada), por ejemplo por motivos de propiedad, participación financiera o estatutos. Se presumirá, salvo prueba en contrario que una empresa puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando dicha empresa, directa o indirectamente, a) Posca la mayoría del capital suscrito de la empresa, o b) disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por la empresa, o c) pueda nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, de dirección o de control de la empresa" (Art. 4º, 1 y 2.). Patentes las coincidencias, por lo que luego se verá, resulta de interés la técnica de definición de la sociedad dominante, en cuanto se parte de una noción general, la que implica la posibilidad de ejercicio de influencia dominante, de la que la casuística recogida al final del último precepto transcrito no son sino supuestos en los que se presume la existencia de la misma.

## *B.- El Derecho de sociedades.*

### *1.- Planteamiento.*

La labor unificadora, fundamentalmente armonizadora, del derecho de sociedades y dentro de él de el de grupos, como exigencia de la configuración del mercado interior, tiene hoy su base específica en el art. 54. 3 g del TUE, conforme al cual el objeto de la misma es asegurar una protección mínima y homogénea a los acreedores y socios minoritarios en los ordenamientos de los EE MM, por obvias razones de justicia e igualdad de condiciones en la actuación de las sociedades en todo el ámbito de aquel mercado, condiciones ambas de eficacia de funcionamiento del mismo.

Como acaba de recordarse en el proceso de realización de ese objetivo deben distinguirse dos etapas. Una primera en la que tiene preferencia la armonización de singulares aspectos del régimen de las sociedades, especialmente las de capitales, fundamentalmente consideradas como sociedades aisladas, es decir gestoras de una empresa en la que coinciden los límites económico y jurídico de la misma. Esto no excluye considerar la existencia de vínculos, fundamentalmente establecidos mediante la adquisición de participaciones de una sociedad en otra. Por ese camino se integran también proyectos de Directiva referidas a los grupos. A éstas se dedicará, lógicamente particular atención, incluso en el caso de no ser finalmente adoptadas, como sucede en el caso de la 9ª Directiva, concebida como general en el tema de grupos. Se hará en el contexto del conjunto de las dedicadas al Derecho de sociedades, a fin de conservar la perspectiva general. A esa etapa pertenece también el primer proyecto de Reglamento sobre una forma de sociedad anónima específicamente comunitaria, la sociedad anónima europea (SE), de 13 de mayo de 1975, que contem-

plaba también la regulación de los grupos en los que participase esta peculiar forma de sociedad por acciones de ámbito comunitario, de la que se puede prescindir, por no contener en sus última versión referencia al tema de grupos y por no formar parte de aquel conjunto<sup>55</sup>.

La segunda es la que ahora se abre con el ensayo de un nuevo enfoque, que es el que propone el DFE y que, como veremos, trata de evitar una nueva dilación en el importante propósito de unificar el Derecho societario de los grupos de empresas, rompiendo en buena medida con los planteamientos que subyacían a la propuesta de 9ª Directiva en materia de Derecho de sociedades y que parte de los nuevos presupuestos que tanto en materia procedimental, codecisión entre el Parlamento y el Consejo en la elaboración de las normas comunitarias y material: principio de subsidiariedad, establecido en art. 5 del TUE en la versión de Maastricht, convertido en el 3 b, tras la reforma de Amsterdam.

### *2.- La armonización del Derecho societario de grupos.*

2.1.- Entre las directivas aprobadas en materia de sociedades<sup>56</sup>, al lado de la 7ª, que se ocupa de las cuentas, más precisamente, de los estados financieros del grupo, por tanto específicamente orientada a la regulación de la figura que aquí nos interesa, existen algunas otras que, sin referirse principal ni expresamente al grupo tiene repercusión sobre el derecho de grupos y más ampliamente sobre el de las empresas vinculadas, de acuerdo con la expresión tomada del Derecho alemán de sociedades, entre las que el grupo aparece como la expresión más acabada, más amplia e integrada de esas vinculaciones empresariales, pero que abarca otras, cuya consideración resulta precisa para dominar este fenómeno en toda su amplitud, comenzando por la adquisición de participaciones significativas. Fuera de este círculo conviene no olvidar otros fenómenos que presentan puntos de contacto, como la fusión, cuyas evidentes conexiones con los grupos han sido ya recordadas y la escisión, oportunidad para constituir un grupo a partir de una empresa unitaria, para aprovechar las ventajas que ofrece la más flexible estructura de empresa propia de los grupos.

2.2.- Entre las primeramente aludidas, cabe citar la segunda, en materia de capital, en la que, tras la modificación experimentada en 1992<sup>57</sup>, desde el punto de vista de las nociones de interés en este campo, se contienen referencias a la sociedad vinculada a otra (arts. 19.3. y 23.2.) y a la "influencia dominante", directa o indirecta (art. 24, a, 1º), dentro de la adquisición de las propias acciones, asimilándose a ésta la adquisición de acciones de la sociedad dominante.

La 3ª y la 6ª, integran el conjunto relativo a las modificaciones estructurales de las sociedades de capital a las que se refieren<sup>58</sup>. La 3ª Directiva<sup>59</sup> se ocupa de la fusión. La relación de la misma con los grupos deriva de constituir ambas formas de concentración empresarial, ciertamente diversas, pero que entrañan riesgos hasta cierto punto similares para accionistas y acreedores. En relación con la misma, la coincidencia en la necesidad de protección del socio, en primera instancia mediante una adecuada información en el momento previo a producirse la integración de las empresas -sociedades- concernidas, debe llevar a reflexionar sobre la conveniencia de articular en el caso de los grupos un sistema similar al que suele establecerse en el caso de la fusión, ensayado en el caso de adoptar un sistema de legalización del grupo similar al alemán, o si procede buscar vías alternativas, entre las que debe figurar la que transita por el ámbito del Derecho del mercado de valores.<sup>60</sup> La 6ª Directiva<sup>61</sup>, relativa a la escisión, cobra interés en cuanto esta operación es, en sí misma considerada, un medio para la constitución de grupos, por lo que conviene considerar la protección de los interesados desde esta perspectiva, reflexionando sobre la adecuación de la protección a aquellos intereses en su texto en relación con este resultado de la escisión<sup>62</sup>.

De las directivas que se ocupan de la elaboración, publicidad y control de las cuentas anuales, merecen mención aquí la 4ª, la 8ª<sup>63</sup>, en cuanto complementarias de la 7ª, a la que se hizo ya referencia y de la que por razones obvias me ocuparé con la brevedad que impone el trabajo en su conjunto. Respecto a ellas es preciso reconocer la importancia que tiene la concepción básica de la 4ª en la elaboración de las demás, y la de la 8ª en relación con la eficacia de las otras dos, ya que en ella se procede a armonizar el régimen de las condiciones y actuación de las personas y entidades que tienen encargado el control legal de uno y otro tipo de cuentas<sup>64</sup>.

La importancia de la 7ª Directiva<sup>65</sup> se debe, sobre todo, a que con ella se aborda por primera vez de modo directo en el espacio comunitario un aspecto del régimen de los grupos de sociedades y concretamente el de la elaboración y presentación de las cuentas del grupo y documentación complementaria, capital para atender al tema primario de la información sobre la situación patrimonial de la empresa del grupo. También adquiere especial interés porque, lógicamente, establece una noción de grupo, que, orientada a la delimitación del supuesto de hecho propio del aspecto jurídicocontable, debe limitar su alcance a este particular aspecto de los necesaria consideración al abordar su régimen, pero que, como veremos, aspira en este momento a convertirse en la noción central del derecho societario de grupos.

Se configura esa noción a partir de la de "sociedad matriz", cuya condición de matriz no aparece definida en términos generales en la misma, y que no resulta fácil definir a partir de la casuística con la que se delimita la noción del grupo, ya que en los diversos supuestos se utilizan conceptos como los de "influencia dominante", "control" e incluso "dirección unitaria" «. Los supuestos que integran esa casuística, en ocasiones matizados en cuanto a la determinación de cuándo están obligados los EE MM a someterlos al deber de consolidación, atienden al modo concreto en que la matriz dispone del poder sobre la filial que se considera debe concurrir para que exista grupo. Entre los modos directos de constitución de ese poder figuran los que veremos en otras normas comunitarias y por supuesto en el derecho de los EE MM, en aplicación de las mismas, en concreto, la posesión de la mayoría de votos de socio o asociado de la filial, el derecho a nombrar o revocar la mayoría de los miembros del órgano de administración de la misma, y "el derecho de ejercer una influencia dominante sobre una empresa (empresa filial)..., en virtud de la celebración de un contrato con ella o de una cláusula estatutaria de tal empresa" (arts. 1 y 2). El tipo de sociedad al que, en posición de matriz y filial, se dirigen las normas, sociedades por acciones (art. 4) y la necesidad de reunir determinados parámetros cuantitativos y cualitativos, a falta de los cuales se faculta a los EE MM a que excluyan la obligación de consolidar las cuentas (arts. 5 a 15), delimita negativamente, de forma bastante compleja, el ámbito de aplicación de la directiva, el perímetro de la consolidación, el del grupo a estos efectos.

La materialización de lo que, en definitiva, es el especial deber de documentación y contabilidad del empresario de grupo, de la que se ocupa a continuación la Directiva, aparece dividida en dos partes: los modos de establecimiento de las cuentas consolidadas (arts. 16 y 35) y del informe consolidado de gestión (art. 36), al que sigue un breve artículo, relativo al control de las cuentas consolidadas (art. 37), que tendrá su desarrollo en la siguiente directiva y otro, algo más amplio relativo a la publicidad. El texto se cierra con un capítulo relativamente amplio de disposiciones transitorias y finales, que, entre otros objetivos busca el de coordinar con ésta la 4ª Directiva que resulta parcialmente modificada.

De la 12ª<sup>67</sup>, que, con la finalidad de permitir la limitación de responsabilidad del empresario individual, admite, entre otras, la posibilidad de crear una sociedad de capital con un único accionista, bastará señalar que facilita la posibilidad de establecer filiales con el capital íntegramente poseído por otra sociedad o empresa, es decir configurar un grupo con esa particularidad y que el régimen, respetuoso con la limitación de responsabilidad, reduce las garantías de constitución y gestión de estas socieda-

des a medidas relativas a la forma y a la publicidad de la constitución y acuerdos, lo que deja abierta la necesidad de proceder a la resolución de otras cuestiones, como las de responsabilidad a partir de los que se establezca en tema de grupos<sup>68</sup>.

2.3.- De los proyectos, en curso o abandonados, merece aquí una referencia especial al relativo al régimen general de los grupos y una mención, más o menos extensa según su incidencia en el mismo, el resto de las directivas en materia de sociedades, destinadas a cerrar el proyecto de armonización de este sector del Ordenamiento de los EE MM.

2.3.1.- En efecto, pese a que, como se ha dicho, puede darse por abandonada, sigue mereciendo atención especial la proyectada 9ª Directiva<sup>69</sup>, que pretendió ser general en la materia y, de seguirse las orientaciones del DFE, dejaría de serlo, para pasar, probablemente, a recoger uno de los aspectos en los que se sugiere sea fragmentado su primitivo contenido, notablemente reducido. Ello fundamentalmente, porque, como muestra una consideración más detenida de ese contenido, hay en ella elementos que pueden servir de punto de partida para la futura regulación de aspectos que, armonizados o no, aún están faltos de una regulación adecuada en diversos EE MM de la UE, entre ellos España.

Respecto a su planteamiento conviene recordar que, frente a lo que sus primeros artículos hacen pensar, el art. 38 viene a dejar claro que el espíritu transaccional, propio de las directivas comunitarias, se manifiesta en esta de modo evidente e incluso excesivo. Tras recoger en aquellos el modelo "contractual", conveniente depurado, pero falto de alguna precisión importante - como la relativa a la a la noción de empresa, que no sociedad, en torno a la que se construye la figura del sujeto que opera como matriz o cabeza del grupo - el mencionado precepto permite la adopción de cualquier otro sistema, siempre que se introduzcan "garantía idénticas a las contenidas en los artículos 14 a 32", dedicados a la protección de los intereses especialmente dignos de tutela, concretamente los de los socios externos y acreedores sociales.

Fuera de estos últimos artículos es objeto de consideración otro de los intereses susceptibles de consideración separada, el de la sociedad dominada o dependiente, en el supuesto de falta de legalización contractual del grupo (arts. 6-12 PD), una situación que en su delimitación recuerda a la que en el Derecho alemán da origen al denominado "grupo de hecho", razón por la que, al tratarse de un supuesto determinado por aquel sistema, no se considera en el art. 38. Esa protección se configura también según el modelo alemán, y lleva aneja la responsabilidad de la empresa dominante por daño de la dominada, en los términos en que respondería un administrador de la misma - como administrador de hecho -; a su vez sus administradores responden

solidaria e ilimitadamente con la empresa (arts 9-12). . Particular atención se dedica a las medidas de información y control de la situación de la sociedad dominada, conducente a individualizar los eventuales perjuicios, sobre la base de la obligación de los administradores de ésta de redactar un informe especial cuyo contenido viene detalladamente establecido (arts. 7 y 8). Cualquiera que sea el régimen de legitimación que se adopte, incluido el propuesto por el DFE, parece adecuado recoger dentro o fuera del régimen armonizado un tratamiento de inspiración semejante en el caso de que una empresa se comporte como cabeza de un grupo no legalizado, llamesé al supuesto "grupo de hecho", grupo no legalizado, o situación de dependencia cualificada por la impartición de órdenes de una empresa sobre la dependiente o filial.

Dentro de los preceptos cuyas garantías deben respetarse en cualquier caso, en relación con el contrato que legitima el grupo, típicamente el de dominación, figuran los que se ocupan de la protección de los socios externos y de los acreedores. Especial atención merece la de los primeros (art. 14- 28); regulación más sintética se dedica al de los segundos (29 y 30). El principio sentado por la propuesta de Directiva de que las garantías establecidas en esos artículos, con independencia de la concreta articulación, son irrenunciables, ni es desmentido por los redactores del DEE ni, a mi juicio, sería admisible este desmentido. Todos esos preceptos, en cuanto concebidos para la armonización del Derecho europeo de grupos, pese a su nulo éxito en la formulación concreta que tiene en el texto proyectado, siguen siendo un material imprescindible para construir un Derecho unificado de grupos en cualquier mercado común<sup>70</sup>.

Con idéntico objetivo de insistir en el valor de este texto como material de trabajo en orden a la futura construcción de un Derecho societario de grupos en el ámbito de un área de integración, que cuenta con elementos del sistema de inspiración germánica, conviene hacer referencia, por un lado a la presencia en el mismo de preceptos que delinean la figura del grupo de coordinación (arts. 40 y 41 PD), sobre bases similares y con idénticas carencias que las apreciables en el ordenamiento de origen<sup>71</sup>, por otro a la inclusión de un supuesto similar a la "incorporación", antes mencionada, que anuncia lo que será la postura del DFE en relación con esta figura, incluso en la rúbrica que se da a los artículos que se ocupan de ella (arts 33- 37 PD), "la declaración unilateral que establece el grupo de estructura subordinada"<sup>72</sup>

2.3.2.- De los restantes proyectos, me limitare a dejar constancia de la incertidumbre que gravita incluso sobre la suerte de los proyectos en curso, incluso de los que no han estado aquejados de problemas de la gravedad de los que afectaron al pro-

yecto de 5ª Directiva<sup>73</sup> y a hacer una breve referencia a lo que aquí más interesa de la proyectada 13ª Directiva<sup>74</sup>, ambas en materia de Derecho de sociedades, junto a la que conviene mencionar, además, la propuesta de 10ª Directiva<sup>75</sup> en materia de actividad transfronteriza. Dicha incertidumbre es debida, sobre todo, a la incidencia del principio de subsidiariedad, consagrado el que incorpora múltiples referencias al mismo. Las dudas en cuanto a su alcance parecen despejarse en la práctica por la sustitución en buena medida de una armonización "centralizada" del Derecho Privado en general, del de sociedades en particular, por otra llamada "armonización competitiva", derivada de la capacidad de atracción que tenga el Ordenamiento del EE MM que proporcione la solución más adecuada en relación con un problema. Es la actitud que refleja el DFE en esta materia, como tratará de mostrarse más adelante y que venía ya anunciado por trabajos doctrinales, en especial en la doctrina alemana referente al Derecho de sociedades<sup>76</sup>. De forma más concreta los cambios experimentados por el procedimiento de elaboración de las normas, al introducirse el de codecisión del Parlamento está introduciendo algún retraso en la tramitación de las directivas en proyecto<sup>77</sup>.

El especial interés de la 13ª Directiva en materia de Derecho de sociedades, relativa a la oferta pública de adquisición de acciones, radica en el hecho de que, por afectar al proceso de constitución de grupos, concretamente los que se configuran a través de la adquisición de participaciones de una sociedad en el capital de otra, se convierte en sede adecuada para la protección de los socios minoritarios. En la última versión del texto de que tengo constancia, la propuesta modificada de la misma, se mantiene e incluso se perfecciona el sistema de protección de estos accionistas, en torno al ofrecimiento de compra de las acciones de éstos, en condiciones básicas establecidas por la Directiva que ha de ser desarrolladas por los EE MM (arts. 3 y 10 PMD)

2.4.- El resultado de la armonización realizada hasta el momento ofrece, pues, la imagen fragmentario, que como se ha indicado es propia de aquellos ordenamientos de los EE MM que no siguieron el ejemplo alemán. El contenido del apartado anterior sirve, por tanto, para hacerse una idea más amplia de lo que constituye el núcleo del Derecho societario de grupos en esos estados, que se ha constituido en torno a la aplicación del mandato contenido en las directivas adoptadas, bien mediante adaptación del preexistente, bien mediante la creación, siguiendo esas pautas del destinado a llenar un vacío legal. Es el caso del Derecho español, del que me ocuparé más adelante, con la brevedad que permite y a la que obliga esta visión del Derecho comunitario, al que el español responde, desde luego en líneas generales, pero también en sus detalles. Ello hará

que ese análisis se oriente a considerar las posibilidades de desarrollo futuro, de acuerdo con las líneas trazadas y propuestas formuladas para el Derecho comunitario por el DFE, que ahora paso a analizar

### *C.- Perspectiva de futuro.*

#### *1.- Planteamiento.*

1.1.- Desde el punto de vista más amplio, correspondería analizar, o al menos tomar en consideración, todas aquellas propuestas de carácter general relativas al futuro del Derecho de grupos, que afectan a todos y cada uno de los diversos sectores del Ordenamiento que se ocupa de ellos y que, pese a su relativa independencia, es necesario considerar en sus múltiples relaciones, para obtener una visión completa del tratamiento jurídico de los grupos. Buena parte de los mismos son al menos mencionados en el DFE, que, sin embargo, se centra en el aspecto societario y solo dedica atención a algunas cuestiones propios de sectores muy próximos. Siguiendo sus pasos, por razones de economía y seguridad, me centraré en los aspectos societarios y en los de otros campos o sectores del Ordenamiento, fundamentalmente los relativos al Derecho del mercado de valores y al concursal, en cuanto completan la protección de los intereses tutelados fundamentalmente por el de sociedades, respectivamente el de los accionistas externos y acreedores, protección que constituye uno de los fines fundamentales del Derecho de grupos desde la perspectiva societaria<sup>78</sup>.

1.2.- Delimitado así el campo de trabajo, los textos normativos comunitarios, aprobados o en proyecto, que deben ser fundamentalmente objeto de consideración, a efectos de ser modificados y completados, son la 7ª y las propuesta de 13ª directiva, sobre ofertas públicas de adquisición<sup>79</sup>, si se adopta el punto de vista de los redactores del DFE.

1.3.- En una primera aproximación a ese texto y en cuanto a su enfoque es preciso advertir de su novedad, respecto del anterior, del que es resultado la mencionada propuesta de 9ª Directiva, en diversos aspectos. Uno de ellos, aludido más atrás, es la urgencia de armonizar en alguna medida el derecho de grupos en la UE, como exigencia de la unidad del mercado, poniendo el acento, antes que en la premura de las soluciones, en la de iniciar la reflexión y el debate para encontrarlas, a la vista de la disparidad del tratamiento legal y de la diversidad de las opiniones a cerca de cómo proseguir - o no hacerlo<sup>80</sup>- en este empeño legislativo.

En segundo lugar, no menos importante, como se indicaba antes se parte, para delimitar el campo en el que debe moverse la armonización en sentido propio, la procedente de las autoridades comunitarias -"centralizada"-, del denominado principio de subsidiariedad, que viene afianzándose en el dere-

cho comunitario desde el Tratado de Maastricht, y que el DFE hace suyo como pie forzado para proseguir en la tarea, con el recorte que, ajuicio de los autores impone en este campo, y que otorga un papel un papel preponderante a la actuación de los EE MM<sup>81</sup>. Este nuevo planteamiento, discutible en su concreción, se recoge en la afirmación conforme a la cual en este aspecto procede una armonización que no sea ni "mínima ni máxima sino meramente la correcta"<sup>82</sup>. En lo que puede tener de más positivo conviene destacar la mayor facilidad con la que pueden utilizarse como referencia por parte de otras comunidades de Estados igualmente interesadas en configurar un mercado común, que disponen de un menor grado de integración institucional y en las que la renuncia a parcelas de soberanía estatal representa un mayor obstáculo para proseguir en ese camino.

Un tercer aspecto es el relativo a la importancia que se da al efecto de la regulación de los grupos en "la correcta dirección del grupo"<sup>83</sup>, por encima de otros modos de proteger los intereses afectados, pero sin descartar éstos. Pudiera pensarse que este modo de subraya el interés de la dirección del grupo en la regulación del mismo por razones de seguridad y eficacia, tiene algo de coyuntural y oportunista, en la medida en que enlaza con lo que es hoy una preocupación preponderante en el enfoque de los temas de empresa por parte de la corriente de pensamiento que acentúa la importancia del mercado y la incidencia de él en el "buen gobierno" de las sociedades,<sup>84</sup> Estimo sin embargo que, dejando a un lado el hecho de que aquí no hay expresa renuncia a la regulación por los medios tradicionales, ese enfoque es correcto y que la incorporación del recurso a los códigos de conducta, mucho más en la escasa medida en que lo prevé, resulta adecuada en la medida en que no suponga una renuncia definitiva a la Ley.

En cuarto lugar, no debe olvidarse la expresa voluntad que refleja el documento "de evitar la preponderancia consciente o inconsciente de un país o incluso de un modelo nacional"<sup>85</sup>. Ello puede llevar consigo un menor grado de cohesión interna en el modelo resultante y, consiguientemente, en el resultado de la armonización. En la práctica y dada la solución un tanto salomónica de la propuesta previa de 9ª Directiva en materia de sociedades, el resultado no parece que pueda ser más discutible, desde esa perspectiva, que el que se hubiera conseguido con su publicación. Por otro lado, salvada la coherencia mínima exigible, ello puede abrir el camino a una más fácil y rápida aceptación de un mínimo de armonización, debilitando las reservas a admitir fórmulas demasiado próximas al enfoque de un determinado E M. Así es de esperar, en primer lugar porque, las divergencias existentes en las concepciones de política jurídica de los EE MM, reflejadas en los

dos modelos -"contractual" y "orgánico" - son realmente escasas, aunque referidas a algún punto crucial, como es el modo de legalizar la existencia del grupo.<sup>86</sup>

Finalmente hay que hacer referencia, en otro plano distinto, a la renuncia a utilizar un único texto para introducir la reforma, sustituido por una pluralidad de ellas, directivas e incluso alguna mera Recomendación, de acuerdo con la idea de que no resulta aconsejable en este momento, ni en el plano comunitario ni en el de los EE MM, proceder a una codificación de la materia. Esta idea de descodificación, que viene a sancionar positivamente, en el plano formal, el carácter fragmentario del derecho unificado de grupos, facilita la incardinación en este nuevo paso hacia la armonización aspectos no propiamente societarios como los arriba mencionados de derecho del mercado de valores y concursal.

En cuanto al análisis de los temas concretos objeto de armonización, en opinión de los redactores del DFE y a las propuestas al respecto, los aspectos fundamentales exigen una mención separada, a la que se procede a continuación.

## 2.- *Noción del grupo: aspectos terminológicos y conceptuales.*

El primero de esos aspectos que debe considerarse es el relativo a la noción de grupo que es, como se ha recordado, uno de los problemas fundamentales que todavía hoy plantea la elaboración de un Derecho general o concretamente societario de grupos, por la diversidad en el número relativamente elevado de las mismas que se aprecia al comparar los distintos Ordenamientos nacionales e incluso los diversos sectores del Ordenamiento Jurídico de un Estado, por no mencionar el panorama mucho más diversificado que ofrece la doctrina.

Es probable que esa diversidad parezca mayor que la que realmente exista en virtud de la diversidad de términos que se emplean en la definición en ocasiones con un contenido similar. Pero también es cierto que un mismo término puede ser utilizado con significados parcialmente diferente. De ahí la conveniencia de enfrentarse previamente con el problema terminológico.

2.1.- Así lo hace el DFE que se ocupa en primer lugar de fijar el término con el que designar el fenómeno en su conjunto. Frente a denominaciones alternativas a la de grupo (group, groupe<sup>87</sup>) - Konzern, affiliated corporations, etc.- elige aquella por ser la que con mayor facilidad evoca y con más frecuencia se utiliza para designar la concreta unión de empresas a que queremos referirnos. Se trata de aquella unión de máxima intensidad en el plano económico, apta en algún sentido para integrar una sola empresa de estructura peculiar, una de cuyas particularidades es precisamente que trata de compatibilizar la autonomía jurídica de una pluralidad

de figuras, generalmente societarias, aptas cada una para individualizar a una empresa en sentido económico, con la unidad económica, articulada mediante instrumentos diversos, fundamentalmente la toma de participaciones y que trata de convertirse en empresarial a través del ejercicio por un centro de poder, en general una sociedad dominante, del control o dirección unitaria. De este modo se construye la noción de grupo de que parte el DFE y que se transcribió más atrás. Fuera de estos rasgos comúnmente aceptados, pero en sí mismos susceptibles de diferente consideración a la hora establecer concretas consecuencias de régimen, incluso en el campo societario, el contenido de la noción resulta abierto. Es preciso, pues proseguir en la determinación terminológica y de contenido de la noción.

2.2.- El término grupo, generalizado en la doctrina, es menos frecuente en la legislación de los EE MM de la UE, centrándose en la de aquellos que siguen el modelo alemán. Fuera de ese círculo, las referencias legales al grupo, en el momento de regular aspectos que se consideran propios del mismo son, con frecuencia, indirectas. La más extendida es la que se hace a la relación dominación dependencia existente entre las empresas que lo forman, a efectos por ejemplo, de que la sociedad dominante presente cuentas consolidadas, de acuerdo con lo que establece la séptima directiva en materia de sociedades. A la noción, en torno a la que se configura esa relación, se denomina en ocasiones "dominio", en otras, "control". El DFE desciende, sin demasiada necesidad a mi juicio, a optar por uno u otro término, pronunciándose por el de control, como más extendido en los derechos de los EE MM, y asumido por la séptima directiva y en ese sentido con un contenido fijado legalmente en los distintos EE MM que evita, a juicio de los redactores del DFE, la indeterminación de los términos "dominio" o "dirección unitaria"<sup>88</sup>

Personalmente entiendo que la noción más adecuada es la de dirección unitaria, en cuanto referida y evocadora de la unidad económica de la peculiar forma de empresa a la que se trata de dotar de régimen específico. La indeterminación derivada de su carácter fundamentalmente económico, de tratar de ser superada por el Derecho, en aras de la seguridad jurídica. Pero debe hacerlo del modo que lo permita la atención a las circunstancias económicas que debe tener en cuenta. Un modo razonable de hacerlo es el de ir estableciendo manifestaciones típicas de esa dirección unitaria, como son las contenidas en la séptima directiva, que, desde esta perspectiva no deben considerarse como enumeración cerrada, para evitar su distanciamiento de una realidad compleja y cambiante. Será la jurisprudencia, ayudada por la doctrina, la que deba concretar, partiendo del catálogo legal abierto, supuestos que merecen trata-

miento similar, en principio, para cada aspecto dentro del campo societario.

Algo semejante, entiendo, es lo que hace la jurisprudencia en el derecho francés cuando, en un enfoque diferente de un mismo núcleo temático, el de la determinación del supuesto de hecho del grupo, establece una serie de requisitos no reconocidos legalmente para reconocer jurídicamente a la sociedad dominante el ejercicio de dirección - unitaria de las empresas del grupo incluso con perjuicio para algunas de las que forman parte de él.

En apoyo de esta argumentación debe insistirse en que, en el caso concreto de la séptima directiva, si se impone un deber contable al grupo en la persona de la sociedad dominante es porque se estima que es la que establece la política de una empresa - empresa que forman todas las sociedades integradas en un ideal perímetro de consolidación- y que precisamente la de la empresa es una realidad económica que hasta ahora no tiene una noción jurídica generalmente aceptada, entre otras cosas porque la aparición de nuevas manifestaciones, como el grupo, obligan a corregir las referencias jurídicas y a volver a las económicas,

Por último la noción de dirección unitaria, frente a las de control y dominio deja abierta la posibilidad de incluir en la noción de grupo uniones de empresas basadas en relaciones de coordinación, que no niegan la mayor importancia práctica y especial necesidad de régimen de los de subordinación o de estructura jerárquica, de modo semejante a como la referencia a la adquisición de participaciones como medio habitual de constitución del grupo no debe excluir la utilización del contrato, ni incluso la unión de carácter personal como medios de llegar a ese resultado, aunque sean menos frecuentes e incluso menos aptos para plantear los típicos conflictos de intereses propios del grupo. Sobre la conveniencia de no negar radicalmente la posibilidad de grupos de coordinación volveremos al hablar del derecho español.

2.3.- Para cerrar este apartado y como paso previo al siguiente conviene añadir las siguientes consideraciones. La noción de grupo que recoge el DFE no parece tener la pretensión de ser una noción directamente operativa en el plano jurídico. De hecho se ocupa en dos lugares diferentes de la condición o condiciones necesarias para que en una estructura intersocietaria de esas características reconozca el Derecho la consecuencia fundamental desde el punto de vista jurídicoempresarial: la posibilidad de ejercitar la dirección unitaria, la impartición de directrices de cumplimiento obligatorio por las sociedades del grupo, vinculada a la necesidad de respeto por el o los órganos que la ejercen de las normas que establecen el equilibrio entre el interés del grupo, así reconocido y el resto de los tutelados por el derecho de sociedades.

Surge así la diferenciación entre el aspecto de la noción o concepto del grupo y de las condiciones para su legalización. Esta distinción pertenece al esquema de pensamiento del derecho alemán, en el que, como se ha dicho gráficamente<sup>99</sup> el legislador no recibe de modo directo la noción económica de grupo, sino que a la misma, de algún modo subyacente, añade un elemento para que opere como noción jurídica, la necesidad de celebración de un contrato, sin la cual el ejercicio de la dirección unitaria, unida a la subordinación -, los dos elementos de la noción económica de grupo, mejor, de grupo por subordinación- se añade un elemento jurídico, que traslada la noción a ese plano: la necesidad de celebrar un contrato. En el modelo orgánico, por el contrario, la técnica variaría, de modo que la noción económica se adaptaría a la jurídica con lo que los dos aspectos de noción y condiciones de legalización se confundirían.

En la práctica, dado que el modelo orgánico no llega a tener plasmación normativa en el país de origen del mismo, Francia, que falta en el al igual que en la mayoría de los EE MM de la UE, una noción legal de grupo aplicable a todo el campo jurídicocietario, así como una noción de grupo que conecte a sus notas la legalización del mismo en los términos varias veces aludidos, la jurisprudencia ha venido a reproducir el esquema de pensamiento alemán, con la diferencia de que en lugar de recurrir a un solo elemento y de naturaleza jurídica, lo que hace es recurrir a una pluralidad de requisitos, que, desde mi punto de vista lo que hacen es descomponer analíticamente, dar un contenido unitario, pero flexible, a la dirección unitaria del derecho alemán.

### 3.- La legalización del grupo

3.1.- En estrecha conexión, pues, con el concepto de grupo se halla la cuestión de las condiciones en las que tiene reconocimiento el interés del grupo, su legalización, término que utiliza el propio DFE, si bien curiosamente no lo generaliza y evita utilizarlo cuando se ocupa de la que, a la vista del texto cabe calificar como vía o procedimiento general para proceder a la misma (Cap. IV) sino cuando, complementariamente viene a reconocer una vía alternativa y secundaria, (Cap. VII) inspirada en el contrato de empresa del Derecho alemán.<sup>90</sup>

La necesidad de proceder a este reconocimiento, a la legalización del grupo, responde a la idea, angular en un Derecho de grupos no meramente represivo, de que el reconocimiento del grupo, en la medida en que no se considera simplemente como una anomalía, debe tener alguna consecuencia más que la protección de los intereses lesionados real o potencialmente por el hecho de constituirse el grupo. Si se reconoce su existencia, como una manifestación de la empresa, resultante de un peculiar proceso de concentración, alternativo a la fusión, el

resultado - el grupo- debe ser protegido en el ámbito jurídico societario, por razones similares a las que llevan a proteger a la sociedad resultante de la fusión, el reconocimiento de un interés empresarial, con tutela, adecuada al diferente contexto jurídico, de los intereses puestos en riesgo. Desconocer la necesidad de proteger el interés del grupo, mediante una defensa a ultranza de los intereses de las sociedades integradas, equivalente a una prohibición del grupo, o, confiar el equilibrio de los intereses a una aplicación extensiva de las normas que rigen en la sociedad aislada supone desatender las exigencias jurídicas planteadas por la realidad del grupo y, en definitiva, facilitar el abuso por exceso o defecto de intervención. Que el exceso pueda, además, crear una falsa imagen de control del fenómeno o bien impedir el desarrollo de una tendencia "natural" del desarrollo empresarial es algo que probablemente se de en medida similar y consiguientemente sea en este momento tan negativo como la abstención del Derecho ante el fenómeno.

Esta cuestión es abordada por el DFE - con una valoración similar a la que acaba de hacerse- en dos capítulos diferentes, como antes se ha puesto de relieve introduciendo dos procedimientos diferentes y de distinto significado, que conviene considerar de manera separada. Por primera vez y de modo fundamental en su capítulo IV, que lleva la rúbrica de la "Correcta gestión del grupo", Ahora bien, si esta es la regla general, el DFE contempla una vía especial o excepcional que es la contemplada en el cap. VIII, la denominada "declaración unilateral de grupo", cuya referencia explícita en él son los contratos de empresa reconocidos en el derecho alemán y los que siguen su modelo. Ni el carácter secundario ni la localización en el documento le priva del valor que debe reconocerse a la fórmula y por ello se introduce en el lugar sistemático que le corresponde.

3.1.1. - El procedimiento general de legalización del grupo aparece tratado en el cap. IV, bajo la rúbrica de "La correcta dirección del grupo". expresión que resultaría equívoca en el contexto en que aparece, si no fuera porque es expresiva de lo que fundamentalmente debe pedirse al grupo, para proceder en el supuesto general a la legalización del mismo, según la opinión de los redactores del DFE, inspirándose en la jurisprudencia francesa.

Partiendo del rechazo al modelo contractual parecería que no habría razón para distinguir entre la noción de grupo y su legalización, que ésta vendría a ser automática, tras la toma de constancia de la concurrencia de las notas del concepto legal en un supuesto de la práctica. Parece, sin embargo que desde el punto de vista técnico la solución no es tan fácil. En el propio ámbito del Derecho francés, al que sigue mirando como fuente de una solución alternativa a la del modelo anteriormente citado,

resulta que la noción de control en sí misma no resulta suficiente para el reconocimiento y protección del interés del grupo. Probablemente si partimos de la noción de dirección unitaria la cuestión resulte más clara. En definitiva se trata de saber cuando existe esa dirección unitaria. No otra cosa es lo que hace la jurisprudencia francesa cuando señala, recogiendo la "doctrina Rozenblum" a la que se ha hecho referencia antes<sup>91</sup> Lo que desde una noción como la de control parece un algo más, resulta desde la de dirección unitaria el resultado de concretar su idea central. Claramente resulta de la consideración de las dos primeras notas a las que condiciona esa jurisprudencia la legalización, en términos del propio DFE: Una sólida estructura de grupo y una política coherente de grupo. Tampoco está alejada de esa idea la tercera nota, que adquiere una especial resonancia jurídica, el equilibrio interno entre cargas y ventajas<sup>92</sup>. Es más, muy probablemente al tratar de concretar el alcance de alguna de esas notas, especialmente la segunda, será preciso recuperar las aportaciones doctrinales alemanas en torno a que sectores de la actividad empresarial habrá que atender para entender que existe una dirección unitaria y no simplemente una elaboración unitaria de aspectos de la actividad que no permitan considerar la existencia de una empresa.

Ello lleva a reafirmar la noción de dirección unitaria como noción central, desde el punto de vista metodológico, en cuanto implica una investigación propiamente económico-empresarial y desde el punto de vista jurídico a efectos de aclarar aspectos de valoración del grupo desde la perspectiva concurrencial<sup>93</sup>.

3.1.2.- Dicho esto, y adelantando el juicio a una más completa descripción del contenido de la propuesta del DFE estimo que la posibilidad de aceptar esta doctrina como común y convertirla en normas objeto de una directiva no viene gravemente obstaculizada por el contexto del resto de los EE MM de la UE. Formalmente puede venir favorecida por el hecho de que en la mayoría de esos países la noción del grupo se construye, según pretende generalizar el DFE, sobre la noción de control, pero eso me parece irrelevante, o solo relevante en la medida que la adopción de esta solución puede a medio plazo favorecer la sustitución de la noción de control por la de dirección unitaria.

3.1.3.- Para completar esa visión de conjunto de la propuesta del DFE, que se concreta en un breve conjunto de normas apto para dar cuerpo a una Directiva inspirada, como todas las que sugiere, en el principio de subsidiariedad, conviene llamar la atención sobre el modo en que se concreta la tercera de las condiciones más arriba contempladas, según la cual se exige que "los administradores acepten razonablemente la posibilidad de compensar los perjuicios (especialmente las oportunidades

de negocio), con otro tipo de ventajas en el plazo de tiempo previsto". El texto exige, además, la necesidad de que su concurrencia se acredite documentalmente y añade el reconocimiento del derecho de una minoría cualificada a solicitar de los tribunales un control especial del grupo, al que me referiré en el apartado siguiente. Así mismo prevé el DFE que el derecho comunitario señale el modo en que los administradores de cada sociedad justifique su comportamiento, para resultar exento de responsabilidad.

El resto de la regulación, incluidas las normas de protección de los socios, en caso de que "las sociedades integrantes del grupo desarrollen una política favorable a los intereses de este último sin cumplir con los requisitos establecidos" se dejan en manos de los EE MM, con algunas orientaciones a cerca del modo de hacerlo, centradas fundamentalmente en el caso de que la sociedad perjudicada sea una sociedad unipersonal<sup>94</sup>.

Supuesta la viabilidad de principio de la propuesta, a la hora de realizar una crítica de urgencia de su normas es preciso tener en cuenta en primer lugar que la protección de los socios externos no se contrae a la que resulta del texto, que habrá de establecerse por los EE MM, los cuales cuentan con una doctrina acorde en los aspectos fundamentales, sino que es preciso integrarla con lo que más adelante se establece en relación con la adquisición del dominio de una sociedad por medio de una OPA, sobre el reconocimiento del derecho de separación, objeto de tratamiento en dos capítulos posteriores del DFE, así como a lo que inmediatamente se indica en relación con la declaración unilateral del grupo. Iguales consideraciones hay que hacer respecto de la protección de los acreedores, en relación con los cuales conviene tener en cuenta lo que luego se dirá a propósito de los aspectos concursales.

3.2.- Como procedimiento complementario considera oportuno el DFE el reconocimiento generalizado de lo que denomina, a semejanza de la propuesta de 9ª Directiva, la declaración unilateral de grupo. Este procedimiento, introducido de una manera que no quisiera denominar vergonzante, pero que si resulta extravagante, por su situación en el texto, opera la legalización en términos similares a como lo hace el anterior. Se detienen los autores en precisar como se protegen los intereses de socios minoritarios y acreedores de modo más detenido aún que en el apartado dedicado al procedimiento general, que resulta muy similar y que es, por otro lado transposición del establecido en relación con determinados contratos de empresa del derecho alemán y de los que siguen su modelo, especialmente de los contratos de dominación o de grupo<sup>95</sup>. Salvadas las distancias el procedimiento de aprobación de esta declaración en el plano societario es similar al previsto en esos ordenamientos para la validez del contrato de empresa. La minuciosidad

con la que se tratan aquí los aspectos conexos, fiscales y de cogestión, pone de relieve el interés con el que se hace esta propuesta, pese a lo dicho sobre el modo de inclusión.

Con la admisión de este procedimiento de legalización del grupo se consigue un doble objetivo, completar el panorama de las vías de consecución de ese objetivo y de dar cabida en el derecho comunitario resultante de la parcial unificación del derecho de grupos en la UE a soluciones adoptadas ya en algunos ordenamientos. En efecto, si se admite como vía para ello la declaración unilateral la sociedad dominante, con requisitos y consecuencias, en cuanto a la protección de intereses que, en términos generales, se han señalado más atrás, resulta lógico pensar que ese procedimiento contractual está reconocido, en cuanto contenido en el ámbito más amplio de la declaración unilateral.

En cuanto al juicio que merezca la sustitución, o, a mi juicio, la admisión junto al procedimiento contractual del de declaración unilateral, con las garantías establecidas en el DFE - acuerdos de junta de las sociedades, protección de los intereses, procedimiento de revocación- la sustitución del contrato, por una declaración unilateral, me parece perfectamente asumible, e incluso más acorde con la realidad, en la medida en que partimos de una situación en la que la voluntad de una de las partes, sociedad dominada, puede en la práctica ser modelada por la otra, que es dominante.

3.3.- En su conjunto estos dos capítulos muestran cómo los redactores del DFE han tratado de hacer algo semejante a lo que hacía la propuesta previa de 9ª Directiva en materia de sociedades: tratar de recoger lo más aceptable de las soluciones propuestas por Alemania en su legislación y Francia a través de su jurisprudencia. Sucede que ahora la nueva solución francesa se acoge como solución general y la alemana como complementaria, en una variante que elimina el instrumento formalmente contractual para convertirlo en la declaración unilateral. Ni el carácter secundario ni la localización en el documento le priva del valor que debe reconocerse a la fórmula y por ello se introduce en el lugar sistemático que le corresponde.

La viabilidad de la propuesta va a depender de la aceptación fuera de las fronteras del país de origen de una formulación procedente de uno de los EE MM de la UE. No obstante, las conexiones que esta propuesta tiene con el planteamiento propio del pensamiento alemán, que se han tratado de desvelar e incluso de acentuar, con la defensa de la que, a mi juicio sigue siendo la pieza angular de la noción de grupo, la dirección unitaria, defendiéndola incluso en el plano terminológico, pueden ser una garantía de que esta opción de los redactores del DFE permitirá avanzar en la configuración de un derecho europeo de grupos.

#### 4.- Publicidad.

4.1.- Bajo esta rúbrica se ocupa el DFE exclusivamente, de la elaboración y presentación de la documentación relativa a la consolidación contable (Cap. III DFE), aspecto que en efecto atañe a la publicidad, pero también al control del grupo y a la información de los diversos interesados en la existencia y la marcha del grupo. En ese sentido, me parece oportuno incluir a su lado lo que concierne al denominado "control especial" (Cap. V DFE). En ambos casos se trata de medidas de publicidad, que se articulan mediante la elaboración de documentos relativos a las relaciones entre las empresas del grupo, con referencia a documentos contables y fines de información, que permite el control del grupo. En cuanto medidas de control, en el primero de los apartados se trataría de las propias de un control ordinario y en el segundo, como dice el propio documento, de control especial, que procedería ante circunstancias especiales entre las que se hace presente la de protección de la minoría, llevando al ámbito de los grupos lo que en mayor o menor medida está presente en el ámbito de las sociedades aisladas.

4.2.- El contenido del primero de los capítulos mencionados, dado que se trata de un aspecto que ya goza de armonización en el plano de la UE, la reflexión de quienes han elaborado el documento se orienta a su reforma y mejora, a la vista de lo dicta la experiencia de la aplicación nacional del derecho armonizado, utilizando como referencia fundamental la insuficiencia de información que se aprecia en los grandes procesos de fusión, que afectan a grupos de empresas y que se negocian por sus cabezas.

En cuanto a la elaboración de las cuentas consolidadas, se parte de la necesidad de que las mismas reflejen con mayor claridad el estado patrimonial y financiero de cada una de las sociedades, incluida la dominante, para lo que se estima necesario una información específica que, sobre la base de la memoria, individualice con claridad los distintos núcleos de riesgo en el grupo, con especial atención a aquellos que tienen su origen en sociedades extranjeras. Especial atención se concede a la información de las sociedades del grupo distintas de la dominante, con particular mención de la que deben tener los administradores de las sociedades dominadas en relación con la dominante y al modo en que debe proporcionarse a sus accionistas. Entre las propuestas finales figure la de que se de acceso al grupo al Registro Mercantil. En su conjunto, se trata de llevar al ámbito comunitario soluciones que se han experimentado con éxito fundamentalmente en el derecho alemán, mejorando el régimen contenido en la 7ª Directiva, pero que se presenta también de forma más o menos diversa en otros ordenamientos y otros contextos, entre los que el DFE no mencio-

na, pero tiene para nosotros especial interés, lo que sucede en el Derecho español en el ámbito de las telecomunicaciones, a lo que luego se hará referencia.

4.3.- La propuesta referente al denominado control especial presenta características diferentes. Se trata en este caso de generalizar medidas que ya se aplican de manera diferente en distintos EE MM, entre ellos en los representantes de las tres grandes corrientes jurídicas que confluyen en la UE, Alemania, Inglaterra y Francia, buscando, mediante propuestas alternativas equivalentes, una solución generalmente aceptable, de la que se establece un contenido básico común, dejando su desarrollo al derecho de los EE MM, con una orientación general a cerca de ese desarrollo.

En una apretadísima síntesis, se trata de imponer una revisión de la documentación relativa al grupo o un derecho especial de información en interés de la minoría, cuyos concretos presupuestos, legitimados y articulación se deja en manos de los EE MM. Estos deben prever necesariamente la procedencia de dicho control: a iniciativa de una minoría de socios, establecida en función de la tenencia de participaciones en un porcentaje respecto del capital de la sociedad (5%) o de determinado valor nominal (5000. 000 ECUS) y previa aprobación judicial o de la Junta general. Las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación y de las posibles irregularidades detectadas, respecto de las que se sugieren determine responsabilidad de la dirección, que darían en manos de los EE MM.

4.4.- Considerando conjuntamente ambas propuestas, en una primera aproximación al mismo no cabe sino admitir su acierto, incluida en este caso la remisión de este segundo aspecto a los Estados, habida cuenta de la diferencia con la que ese control especial se configura en relación con las sociedades aislada de los diversos tipos, tal vez como un primer paso que deje en espera la posibilidad de una posterior armonización en sentido propio.

#### 5.- Especial protección de los socios minoritarios o externos.

5.1.- Al tema consagra especial atención el DFE en dos capítulos, VI y VII, en el que se contemplan dos situaciones diferentes del proceso de configuración de los grupos en los que se da o puede darse una situación de peligro para el interés de los socios y en los que, por razones diferentes, y con medios similares o diversos, los redactores del DFE entienden que el Ordenamiento comunitario debe ofrecer la oportunidad para corregirla, razón por la cual se ha agrupado el comentario a los mismos bajo la rúbrica elegida

La primera de las situaciones es aquella en la que se produce la adquisición de participaciones de una sociedad por otra como consecuencia de la cual la

sociedad adquirente de las acciones se sitúa en posición de dominio, en situación para ejercitar la dirección del grupo formado entre ella y la sociedad cuyas acciones son adquiridas. A esta dedica el DFE el primero de los capítulos mencionados para señalar ese como momento al que debe adelantarse la protección de los socios externos.<sup>66</sup> La segunda es aquella en la que la sociedad dominante llega a adquirir, por esa vía o por otra, un tan elevado porcentaje de las acciones de la dominada que el mantenimiento de una minoría tan insignificante es considerada solamente como factor de riesgo para los intereses de la misma, sin ventaja para la sociedad dominante digna de tutela<sup>67</sup>. Juega en ambos como mecanismos alternativos, por un lado con la oferta o adquisición obligatoria de las acciones de la minoría que se trata de tutelar y, por otro, con medidas equivalentes, entre las que destaca el derecho de separación de los socios minoritarios.

5.2.- En el primero se inclina por la vía de la Oferta pública de adquisición (OPA) de carácter obligatorio, ampliamente difundida en el Derecho de los EE MM. Estando en curso una Directiva sobre la materia, sus propuestas se orienta a darle el contenido deseado, sobre la base de un mínimo de elementos que en ella deben establecerse a modo de regulación marco que habrá de ser completada por el Derecho de los EE MM. En el mínimo obligatorio sería preciso establecer con mayor concreción que lo hace el Proyecto de Directiva sobre OPAs el porcentaje de acciones a partir del cual se establece la OPA obligatoria. En cuanto los principios que deben respetar los EE MM al desarrollar esa normativa, en opinión de los redactores del DFE pueden ser los recogidos en los arts. 5 a 9 de la Directiva proyectada. Se opta, pues, por una medida encuadrada en el Derecho del mercado de valores para adelantar la protección a los socios minoritarios, con exclusión o no de la actuación a posteriori por la vía propia de las sociedades.

5.3.- En el segundo caso por la posibilidad de que unilateralmente la sociedad dominante excluya a la minoría mediante el ofrecimiento de una compensación adecuada, sobre la base de lo que en otros ordenamientos es la figura de la "incorporación" de la sociedad dominada por la dominante, a que antes se había hecho referencia. Los redactores del DFE proponen al respecto la elaboración de una Directiva, también con carácter de norma-marco que obligue a los EE a reconocer el derecho de exclusión y un régimen elemental en el que se fijase, como en el caso anterior, el porcentaje de las acciones en manos de la sociedad dominante a partir del cual debía operar, así como los principios de régimen que deberían inspirar su desarrollo por los EE MM. En cuanto a la posibilidad de un complementario derecho de separación, se opta por el establecimiento de una recomendación europea, ante la

duda de la conveniencia de convertir su reconocimiento en norma de obligado cumplimiento.

#### 6.- Protección de los acreedores.

Así como la protección de los socios externos es objeto de una consideración especial desde la perspectiva del Derecho del mercado de valores, partiendo de lo que en buena medida es Derecho común en los diversos EE MM, en relación con la protección de los acreedores se toma como marco para completar la protección el Derecho concursal y como punto de referencia el Derecho inglés sobre responsabilidad de los administradores<sup>98</sup>

Utilizando términos muy semejantes a los del DFE, la idea central del instituto que se toma como modelo, el wrongful trading, es la de que cuando la empresa entra en crisis los administradores quedan sometidos a unos rigurosos deberes de conducta respecto de los acreedores sociales, para impedir que la situación de estos se deteriore con la evolución de la empresa, en virtud de los cuales la falta de la previsión exigible en el administrador se sanciona con su responsabilidad por los daños causados a los acreedores sociales en virtud de esa falta de previsión, de diligencia, en definitiva.

La aplicación de esta doctrina al grupo se produce por intervención de la doctrina jurisprudencial que equipara a los administradores de la sociedad o empresa cabeza del grupo al administrador oculto o de hecho (shadow director). Las conexiones de esta construcción con la propia de los derechos continentales de Francia y Bélgica, con piezas similares como son la action du comblement du passif y la responsabilidad del dirigeant de fait, así como en otros derechos de los EE MM y las ventajas que encuentra los redactores del DFE en la solución inglesa<sup>99</sup>, les lleva a formular una propuesta, en realidad propuestas alternativas, como en la generalidad de los apartados del documento, con una principal, a la que se atiende en este breve resumen fundamentalmente, que recoge matizadamente la solución inglesa, cuidando de proteger tanto los intereses de la sociedad dominada, entendiendo por tal la que actúa no con arreglo a su propia política empresarial, sino conforme al los dictados de la dominante (unión cualificada), como, directamente los de sus acreedores en el momento en que se prevé la crisis.

De acuerdo con ella, el que llamaríamos presupuesto objetivo, de acuerdo con la terminología propia del Derecho concursal, la situación de crisis de la sociedad dominada se dibuja de modo amplio y flexible: el momento en que se desencadenan esos deberes de la sociedad dominante es aquel en el que dejan de existir "perspectivas razonables de evitar la disolución con sus propios medios". En ese momento debe la sociedad dominante proceder o bien al saneamiento de la dominada o a su ordenada liqui-

dación y en caso de no hacerlo responde por la compensación de las pérdidas que haya sufrido el conjunto de los acreedores. Supuesto que la situación de crisis de la dominada ha de encauzarse a través de la disolución o del procedimiento concursal que corresponda la responsabilidad será exigible por los liquidadores o administradores concursales.

## IV.- EL DERECHO ESPAÑOL.

### A.- Panorama de los diversos sectores del Ordenamiento.

#### 1.- Consideraciones generales.

Aunque la mirada va a seguir centrada en el Derecho societario, será preciso, al contemplar el Derecho español, hacer alguna referencia a las normas sobre los grupos contenidas en otros sectores del Ordenamiento, de interés para la tarea de definir y encauzar jurídicamente el fenómeno de los grupos. También en el Ordenamiento español el tratamiento de los grupos en alguno de ellos ha adquirido un desarrollo, a veces más abundante, en ocasiones previo, al producido en el Derecho de sociedades. Es el caso singularmente de los sectores del derecho financiero y tributario y laboral.

El primero tiene la condición de auténtica punta de lanza en este campo<sup>100</sup>, como en otros del derecho de la empresa<sup>101</sup>. Además encontramos en nuestro Ordenamiento, en un sentido amplio, manifestaciones de este tema en los sectores del Derecho de la competencia y del mercado de valores y, apenas, en el campo de los proyectos fallidos en el concursal. Todos los sectores, especialmente el societario, han ido produciendo una literatura, que, pendiente del desarrollo del tema en otros países, singularmente en Alemania e Italia, ha precedido al legislador, proponiendo soluciones que en la mayor parte de los temas se han hecho esperar<sup>102</sup>. La propia jurisprudencia ha servido de avanzada en algunos sectores, especialmente el jurídicolaboral, .

Fuera de esos sectores, a los que será preciso hacer una mención especial, conviene advertir que la figura del grupo no es desconocida en otros, desde el Derecho Privado común al Derecho administrativo económico. En el campo del Derecho privado común, más propiamente, en el Derecho contractual civil y mercantil, la mención del grupo, a veces de forma un tanto imprecisa o impropia, ha hecho su aparición progresivamente. De ámbito particularmente amplio y escasas consecuencias era la mención que al grupo se hacía en la primitiva redacción del art. 2.1. de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios que en la definición de las condiciones generales de la contratación mencionaba entre los proponentes, impropia-mente calificados de "redactores", junto a las

empresas a los grupos de empresas.<sup>103</sup> La falta de una definición del mismo y la ausencia de una regulación especial, privaban en buena medida de eficacia a esa referencia. Por otra parte entre las muchas deficiencias de esta noción, que obligaban a una interpretación ampliadora de su texto<sup>104</sup>, figuraba la de confundir el grupo en sentido estricto con uniones de empresas de más amplio espectro<sup>105</sup>, asociaciones profesionales de empresarios en particular, que si no llegan a invalidar la mención<sup>106</sup> la privan en buena medida del valor que podía tener. El que tenía realmente no desaparece por el hecho de que esa mención desaparezca como consecuencia de la reforma de la citada Ley experimentada por la publicación de la Ley de condiciones generales de la contratación<sup>107</sup>. En el campo económico administrativo la ordenación de los sectores clave para la economía (financiero, de electricidad, telecomunicaciones, etc, en proceso de liberalización, no dejan de ser objeto de esta regulación en momentos y distintos y con finalidades diferentes, que van desde la orientación e incluso imposición de la formación de grupos<sup>108</sup>, hasta el establecimiento de medidas de publicidad en sentido contrario y complementario a la consolidación<sup>109</sup>

## 2.- Derecho Financiero y Tributario.

La legislación, en sentido amplio, propia de este sector viene ocupándose desde tiempo atrás de las operaciones entre sociedades vinculadas en general y de los grupos de sociedades en concreto<sup>110</sup>. En relación con éstos se percibe a través de la evolución de la normativa tributaria cómo evolucionan éstos en la práctica española y probablemente cómo se prevé que lo haga a la vista de lo que sucede en los países próximos. Así, desde un muy limitado punto de vista, podemos ver cómo se van integrando en la noción nuevos tipos sociales al lado del contemplado inicialmente, la SA. En el marco de las sociedades de capitales, se producirá la incorporación de otros que, como la SRL y la comanditaria por acciones, cobran una especial importancia en las diversas manifestaciones de la actividad empresarial, sobre todo a raíz de las reformas que experimentan esos tipos sociales por razón y con ocasión de la incorporación de España a la UE y la adaptación de nuestro derecho societario a la directivas comunitarias en esta materia. En un campo distinto merece señalarse la atención prestada a los grupos de cooperativas.

2.- Desde un punto de vista más amplio, pero considerando solo el aspecto que aquí más interesa, los criterios que sirven para la determinación del supuesto de hecho, la noción de grupo, evolucionan en su conjunto, por motivos muy diversos que reflejan no solo el propósito de captar de forma más adecuada y completa la realidad de los grupos, sino

el mayor o menor interés por favorecer fiscalmente los grupos.

2.1.- Tomaremos como punto de partida uno relativamente próximo, el R. D - Ley nº 15, de 1967, de fecha 25 de febrero<sup>111</sup>. Este texto, atendiendo ya a una lícita aspiración de una unidad económica empresarial como la que representa el grupo desde el punto de vista económico, admite la posibilidad de que el impuesto de sociedades se calcule en relación con el conjunto de grupo, a partir de la consolidación de los balances y cuentas de resultados de las sociedades que lo integran, repartiéndose la deuda tributaria del grupo entre esas sociedades, en proporción a lo que hubiera sido la da cada una de ellas en caso de tributación separada.

La noción de grupo, a efectos de la declaración consolidada, se construye en torno a la relación de dominación dependencia. Lo constituyen el "conjunto de sociedades anónimas formado por una sociedad dominante y una o más sociedades dependientes, cualquiera que sea el tipo de actividad que ejerzan (art. 4.1.). Por sociedad dominante se entiende la residente en España que posea directa o indirectamente, más del 50% del capital de la(s) dependiente(s) y por sociedad dependiente, aquella residente en España o en el extranjero cuyo capital pertenezca en el citado porcentaje a la dominante (art. 4. 2 y 3.).

2.2.- En los años 80 se asistió a algunas reformas en este campo que inciden en la noción del grupo en el sentido de restringir su ámbito de aplicación. A través de la ley 18/82 de 26 de mayo de 1982, por un lado se eleva notablemente el porcentaje exigido para determinar la existencia de dominación y dependencia - hasta un mínimo del 90% del capital, lo que refleja probablemente una actitud de reserva ante el fenómeno de los grupos y, por otro se excluye de ese ámbito de aplicación a las sociedades residentes en el extranjero<sup>112</sup>. Así mismo se introducirá la previsión de una consolidación obligatoria, al lado de la voluntaria<sup>113</sup>.

2.3.- Un cambio de cierta entidad, antes anunciado y de sentido contrario a los que acaban de reseñarse, por tanto ampliador de la noción, se produce con la publicación de la Ley del impuesto de sociedades de 1995<sup>114</sup>. De acuerdo con ella, "Se entenderá por grupo sociedades el conjunto de sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones, residentes en territorio español formado por una sociedad dominante y todas las sociedades dependientes de la misma (art. 81.1).

Se mantiene el porcentaje de participación, directa o indirecta del 90% del capital para determinar la existencia de dominación, así como la exigencia de que esa participación, existente desde el primer día del periodo impositivo en que proceda aplicar el régimen especial y mantenida a todo lo largo del mismo, se haya dado en el año anterior. Así

mismo es necesario, entre otras cosas, que la sociedad dominante no sea dependiente de ninguna otra residente en territorio español. En cuanto a los supuestos de dominio indirecto se precisa .... (art. 83).

Desde el punto de vista del régimen, por lo que aquí puede importar más, conviene señalar que, en el caso de que efectivamente se aplique el régimen tributario especial, generalmente más beneficioso y más justo<sup>115</sup>, sin perjuicio de que el grupo sea el sujeto pasivo del impuesto (art. 79), las sociedades del grupo responden solidariamente de la deuda tributaria así como de las infracciones cometidas (art. 80)<sup>116</sup>.

### 3.- Derecho del Trabajo.

La jurisprudencia laboral, así como la doctrina sentada por las resoluciones administrativas de este carácter van a completar en un primer momento la tarea de establecer principios de régimen del derecho de grupos, con especial atención al establecimiento de la responsabilidad del mismo, desde la perspectiva propia de esta rama del Ordenamiento, en ausencia de una regulación específica, y partiendo de la conexión de esa responsabilidad a la figura de la empresa, o más bien del empresario.

Para hacerlo resulta precisa la determinación si no del concepto con el que hay que operar en este campo, si, al menos de alguna característica que prefigura una noción del mismo. En conjunto esa doctrina establecerá la prevalencia de la unidad que forman las diversas sociedades frente a la peculiar categoría de terceros que son los trabajadores<sup>117</sup>, sin preocuparse especialmente por establecer una noción rigurosa de grupo y mostrando en ocasiones una gran amplitud a la hora de valorar las conexiones entre las empresas a las que finalmente se considera responsables frente a los trabajadores<sup>118</sup>. Así sucede a efectos, en concreto, del cobro de los créditos salariales, así como otros de la relación individual de trabajo, como resulta de la consideración de numerosas sentencias de los tribunales de trabajo y resoluciones de los órganos administrativos laborales con diversa argumentación, en función del problema que se trata de resolver<sup>119</sup>. Así mismo se hace por aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica, que tiene aquí una más amplia aplicación que en otros sectores, el específicamente societario entre ellos, en el que tampoco faltan manifestaciones de este modo de proceder de los tribunales<sup>120</sup>.

En el ámbito del derecho colectivo, a falta también de normas al respecto, existe una jurisprudencia, menos extensa en la que, por ejemplo se admite la posibilidad de negociar convenios colectivos de grupo<sup>121</sup>. El posterior desarrollo normativo<sup>122</sup> ven-

drá completado por la incorporación de la Directiva comunitaria sobre el comité de empresa europeo<sup>123</sup>. Como se recordó más atrás la aplicación de esta Directiva, a parte las aportaciones que suponga en el campo específico del Derecho al que se orienta, proporciona una noción de grupo, que habrá de ser tenida en cuenta, en el conjunto del Derecho español de grupos, con las cautelas con que debe operarse en esta cuestión que serán puestas de manifiesto más adelante.

### 4.- El Derecho de la competencia.

4.1.- El Ordenamiento español se ocupa de la concentración de empresas desde este ángulo en un momento relativamente temprano. La Ley sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia de 20 de julio de 1963 (LRPRC) establecía ya alguna medida al respecto. No obstante, se limitaba fundamentalmente a la publicidad mediante Registro especial de las concentraciones de cierto relieve en el mercado nacional, de carácter parcial, por tanto. Publicada bajo la influencia de la ley alemana de 1957 y de la regulación comunitaria, el modo en que simplifica y flexibiliza el régimen de referencia hace que apenas pueda hablarse sobre el texto legal de un auténtico control<sup>124</sup>. Desde el punto de vista si no del concepto de grupo, si de la tipificación de alguna de sus eventuales manifestaciones en este terreno. Así, el art. 27. se refería, por un lado, a la "adquisición de participaciones de todo tipo" y, por otro, a ciertos contratos - "de cesión de explotación" y de dirección de explotación"-, aptos para transferir la dirección a otra empresa, que recuerdan a otros similares del derecho alemán de grupos.

4.2.- La publicación de la nueva Ley de Defensa de la Competencia (LDC), redactada y puesta al día a la vista de los más inmediatos desarrollos de la legislación comunitaria, ofrece, en su propio texto<sup>125</sup>, concretamente en lo que respecta al régimen de la concentración en el de alguna de las normas de desarrollo<sup>126</sup>, una regulación más completa y adecuada a los fines de control<sup>127</sup>. Aunque no existe tampoco en la LDC una referencia directa al grupo su presencia es clara al menos en un doble contexto. De un lado el de las conductas prohibidas por la Ley en el Capítulo primero (4.2.1.), de otro en las sometidas a control, concretamente las constitutivas de concentración económica, contempladas en el segundo (4.2.2.).

4.2.1.- En el primer ámbito importa al legislador determinar los sujetos a quienes se dirige la prohibición y que han de ser sancionados por incumplimiento. A este respecto señala el art. 8º que "A los efectos de la aplicación de esta Ley, se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma,

son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquella es determinado por ésta”.

La referencia al grupo que contiene este precepto parece clara. La noción que se desprende es menos sencilla de establecer. De un lado es cierto que la nota fundamental es la misma por la que se decanta el DFE, la de control, pero de otro, la redacción del precepto hace pensar en que bajo la denominación de control se está pensando en el ejercicio de una dirección unitaria<sup>128</sup>. La dualidad entre el aspecto económico, unitario por razón del ejercicio de ese control o dirección unitaria, que determina la conducta de la empresa dominada y el jurídico, diversificado, hace precisa la norma, que, al igual que en los temas anteriores establece una comunicación de responsabilidad. Estamos en presencia, pues, de una noción, que se aparta de la propuesta del DFE en lo que respecta a la noción contra. Teniendo esto en cuenta, la falta de correspondencia que, por lo demás, cabe apreciar es la derivada de que aquí interesa el carácter empresarial del sujeto, siendo indiferente si el empresario tiene o no forma societaria, a semejanza de los que sucede en el ámbito propio del derecho del trabajo

4.2.2.- En el segundo, los elementos para la determinación de la noción de grupo relevante para la LDC lo constituyen los supuestos de concentración que, junto a la fusión contempla en el art. 14 - párrafo 2º, apartados b) y c). Se refiere en concreto a “La toma de control de la totalidad o de parte de una empresa o empresas, mediante cualquier medio o negocio jurídico” (ap. b) y a “La creación de una empresa en común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando éste desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes” (ap. c).

Dejando a un lado los problemas que, desde el punto de vista interpretativo, plantea la exclusión de determinados supuestos de empresa común, contemplados en el último inciso del segundo de los párrafos transcritos<sup>129</sup>, pese a la ausencia de mención expresa no cabe duda de que el punto de referencia del primero de esos párrafos es la figura del grupo, en toda su amplitud, y que el segundo contempla un supuesto concreto, el de la denominada empresa o filial común<sup>130</sup>

La utilización de nuevo del término “control” puede ser más difícil de reconducir a la de dirección unitaria, pero puede hacerse mediante una interpretación sistemática de estas normas con la contenida en el art. 8. Me parece igualmente oportuna. De este modo la noción de grupo que se desprende de este art. de la LDC. tendría las características más

arriba señaladas. La amplitud de aquella noción vendría confirmada y completada por la referencia expresa a la variedad de medios que se contemplan como adecuados para la configuración del grupo. En efecto, en la nueva formulación,

vienen contemplados tanto la adquisición de participaciones - implícitamente aludidos -, como a los consistentes en la celebración de cualquier negocio jurídico, en relación con los cuales, junto a otros, cabe pensar en aquellos conocidos en la práctica alemana y parcialmente regulados en la AktG 1965.

4.3.- Entre las normas de desarrollo un RD 10801/1992, al establecer el procedimiento que deben seguir los órganos de Defensa de la Competencia para el control de las concentraciones y concretamente al precisar cómo deben entenderse los criterios cuantitativos que determinan las concentraciones sometidas a control, enunciadas en el mismo art. 14 LDC (párrafo 1º) y más precisamente el referido al volumen de ventas, contiene una norma especial para hacerlo en el caso de los grupos de sociedades. Concretamente se refiere al supuesto en que “alguna de las empresas afectadas -perteneciera a un grupo de sociedades en los términos del art. 42 del Cco”. Dicho precepto, como veremos contiene la delimitación de lo que ha de entenderse por grupo a efectos de consolidación de cuentas, noción que tiende a ser convertida en central en el ámbito societario de los grupos.

De este modo de referirse al grupo se desprende, a mi juicio, no tanto un argumento para oponerse a las consideraciones hechas en relación con la noción de grupo que subyace a las normas de la LDC, como el consiguiente en orden a distanciarse de una noción, la contenida en el art. 42 Cco., que puede resultar demasiado estrecha para este otro sector del Ordenamiento Jurídico.

##### 5.- El derecho del mercado de valores.

5.1.- En relación con este derecho, cuyo primer intento de sistematización legal no se produce en España hasta la publicación de la Ley del Mercado de Valores de 1988<sup>131</sup>, recientemente sustituida por la homónima de 1999<sup>132</sup>, lo primero que es preciso señalar es la estrecha conexión existente entre este sector del derecho y el de sociedades y más concretamente el de las grandes sociedades<sup>133</sup>. La importancia que la toma de participaciones de una sociedad en otra tiene en la configuración del grupo, y más ampliamente en las formas de vinculación entre sociedades hacen que estos fenómenos se encuentren en la intersección del clásico derecho de sociedades, especialmente en la parte relativa a la sociedad anónima(SA) o por acciones y del nuevo derecho del mercado de valores. Si las novedades aportadas por éste en cuanto a operaciones y transfor-

mación en el modo de materializarse las acciones, como consecuencia de las exigencias de rapidez del mercado, facilitadas por el desarrollo técnico, las normas propiamente societarias, inspiradas en la protección de determinados intereses, en particular de determinadas categorías de accionistas deben, no solo ser tenidas en cuenta por el derecho del mercado de valores, como dato previo, sino desarrolladas en su propio campo, prolongando esa protección con sus propias técnicas o en su ámbito específico.

5.2.- La especial vocación hacia este mercado de las grandes sociedades, especialmente las constituidas en forma de SA o por uniones de las mismas, determina que la LMV se ocupe desde su redacción primitiva del fenómeno de los grupos. Las conexiones entre ambos sectores del Ordenamiento hacían pensar que llegase partiendo de la delimitación de la figura de forma similar. En el caso español no ha sido así, de modo que la noción que establece la LMV presenta, como vamos a ver, rasgos peculiares que la aproximan notablemente a la noción que se desprende del Derecho alemán de sociedades.

En efecto, conforme al art. 4º de la LMV, "A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias persona físicas que actúen sistemáticamente en concierto"(párrafo 1º). Añade el artículo la presunción de existencia de "unidad de decisión" en los supuestos del art. 42 del Cco. y " cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la dominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta".(párrafo 2º). Concluye el artículo estableciendo que " A efectos de los previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier persona (párrafo tercero).

Si prescindimos ahora de la mayor amplitud de que se dota a esta noción, en virtud de la referencia a "entidades" en lugar de hacerlo a sociedades, y del relativo desacierto de la fórmula, que combina sin demasiado cuidado términos de diversa procedencia, como los de dirección unitaria y control, dominación, etc., así como de una redacción un tanto tortuosa, el análisis de la noción refleja aquella coincidencia sustancial.

Del conjunto de del precepto cabe, en efecto, deducir que la noción de grupo que se maneja descansa sobre la noción de unidad de decisión, o dirección, que puede configurarse, bien en virtud

del dominio o control de una de las "entidades", sobra el conjunto de las que forma el grupo, o de la actuación "en concierto" de modo "sistemático", de varias persona físicas, uno de los supuestos que en la doctrina alemana manifiesta el grupo de coordinación<sup>134</sup>.

La articulación entre la noción de grupo del art. 42 Cco. y la noción resultante del que ahora se considera, no puede ser otra que la de considerar esos supuestos como manifestaciones características de la existencia de la dirección unitaria, tal como más arriba se adelantaba, al ofrecer como núcleo de la noción de grupo la dirección unitaria.

5.3.- En el ámbito del Derecho del mercado de valores tiene especial importancia el desarrollo del régimen de OPAS. En cuanto su mayor importancia para el de los grupos se sitúa en la protección de los intereses de los socios minoritarios en caso de adquisición por esta vía de participaciones aptas para proporcionar a la oferente el poder de dirigir a aquella sociedad sobre cuyas participaciones se realiza la oferta, remitiré la referencia al apartado siguiente, respetando así el orden de tratamiento de las cuestiones que ha servido para el breve análisis del proyecto de Derecho comunitario establecido por el DFE

## *B.- El Derecho de Sociedades.*

### *1.- Panorama general.*

1.1.- A la vista del anterior panorama normativo y jurisprudencial, puede llamar la atención el escaso desarrollo que en ambos planos ha llegado a alcanzar en España el tratamiento del fenómeno de los grupos desde la perspectiva del derecho de sociedades<sup>135</sup>, el que por algún autor ha sido calificado como derecho material de grupos y que, en ordenamientos como el alemán se ha convertido en punto de referencia, al menos, para otros sectores del Ordenamiento. Ello resulta hasta cierto punto paradójico, si se tiene en cuenta, por otro, que el desarrollo doctrinal que se había producido en España<sup>136</sup>, al menos medido con criterios cualitativos. Inferior sin duda era el jurisprudencial. A la altura del momento en que se aprueban las primeras normas en este campo, las sentencias del TS en este campo eran más bien escasas y poco significativas. Abordan la resolución de los problemas más graves planteados por los grupo con el recurso al "levantamiento del velo de la personalidad jurídica", sin que sus aportaciones sean, ni cuantitativa ni cualitativamente, especialmente significativas<sup>137</sup>.

1.2.- En una breve aproximación histórica, conviene mencionar los antecedentes y señalar luego separadamente el modo de abordar el problema de la regulación de los grupos en el campo de las socie-

dades de capitales, por una parte y en las cooperativas por otro, en cuanto obedecen a motivaciones y responden a esquemas diferentes en la propia concepción del grupo.

1.2.1.- En cuanto a los antecedentes conviene recordar que ya en la LSA de 1951, punto de arranque de su modernización en nuestro país, se muestra consciente de la singularidad de los problemas que plantean los grupos, al menos en la medida necesaria para expresar la improcedencia de aplicar en su ámbito el derecho pensado para la sociedad aislada<sup>138</sup>,

Esa actitud abstencionista parece querer abandonarse a mediados de los años setenta, como refleja la elaboración y difusión del Anteproyecto de 1979 para una reforma de LSA, que no llegó a convertirse en Ley. En el se contenía una regulación relativamente amplia del grupo en el contexto de otras uniones de empresas, a las que se dedicaban los arts. 230 a 242 del mismo. De manera inmediata responde, sin duda, a la expectativa de disponer en breve plazo de una normativa comunitaria al respecto, y de los dos modelos que en ella se perfilan se opta por la proyectada para la SE, es decir por el tratamiento básico correspondiente al modelo orgánico, con referencias, sin embargo a la construcción alemana.

En concreto, la noción de grupo de la que partía conforme al cual se delimita el grupo de la siguiente manera: "Una sociedad dominante y una o varias sociedades dependientes formarán un grupo a los efectos de esta Ley cuando aquella ejerza efectivamente su influencia, sometiendo a las sociedades dependientes a su dirección. Se presume que la sociedad dominante y las dependientes forman un grupo, salvo que se pruebe que la sociedad dominante no ejerce tal dirección ( art. 234). Del régimen puede decirse que hubiera cumplido, con escasos retoques, las exigencias mínimas de la proyectada 9ª Directiva, para el caso de optar por la solución mencionada, en lugar de la más desarrollada en su texto.

1.2.2.- Tras el paréntesis que abre el fracaso de la anterior tentativa, en el ámbito de las sociedades de capitales la regulación de los grupos va a producirse a impulso fundamentalmente de la necesaria armonización de nuestro derecho de sociedades con el del resto de los EE MM de la UE, inicialmente por la vía de la Ley 19/89 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades y, en una segunda fase en virtud de la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada. Como indica el largo título de la primera lo que se hace - en ambas - es adaptar nuestro derecho de sociedades a las mencionadas normas comunitarias, pero se aprovecha la ocasión, para, en un primer momento, completar fundamentalmente la renova-

ción del régimen de la LSA, en aspectos no contemplados por el derecho comunitario y en el segundo el de la SRL. El resultado conjunto es la modernización del derecho de las sociedades de capital, incluida la sociedad comanditaria por acciones, con sede en el Cco. Tanto por esta finalidad general como por la necesidad de atender las exigencias comunitarias el tema de los grupos, más ampliamente el de las uniones de empresas, debía ser tenido en cuenta, si bien lo será lo estrictamente exigido por el derecho comunitario.

El fenómeno de los grupos en concreto, aparece, abordado solo en función de las exigencias comunitarias, por tanto sustancialmente en materia de consolidación de cuentas. Este aspecto del régimen no se incluye en esas leyes de sociedades, sino el Cco, previendo quizás el alcance general que puede tener en relación con cualquier tipo de empresa integrada en un grupo. en el Cco., integrando una sección especial del título dedicado al deber general del empresario de contabilidad.

De acuerdo con esas exigencias el aspecto más amplia y coherentemente incorporado ya en la primera etapa<sup>139</sup>, es el relativo a la elaboración y presentación, por exigencia de la 7ª Directiva, de los documentos para la información externa que deben elaborarse y presentarse para cumplir el deber de documentación y contabilidad del empresario en la empresa de grupo. Esta orientación se hace patente en el modo de insertar el régimen de la consolidación de cuentas en el conjunto del Ordenamiento español. a la 7ª directiva, contenido fundamentalmente en los arts. 42 a 49 Cco., considerado el conjunto más coherente de las reglas referidas a los grupos y donde se encuentra la noción, o más bien la enumeración de supuestos de grupo, en la que la generalidad de nuestra doctrina ve la noción de grupo que debe tenerse en cuenta en materia de sociedades<sup>140</sup>. Conforme al art. 42.1 Cco " Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados (...) cuando siendo socio de otra sociedad, se encuentre en relación a ésta en alguno de los casos siguientes: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la posibilidad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñen sus cargos en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos revistos en los dos primeros números de este artículo".

En el contexto de la LSA, se contienen, además, las siguientes referencias al temario de los grupos. En materia de constitución de grupos, se regula, sin expresa mención al grupo, el régimen de la escisión (arts. 252 y ss.); en materia de ejercicio de derechos: la posibilidad de fijar estatutariamente el límite de votos que pueden emitir "sociedades pertenecientes a un mismo Grupo" de sociedades accionistas (art. 101.2 LSA); en materia de participaciones, la consideración de las emitidas por sociedad dominante como acciones propias en el régimen de adquisiciones (art. 75) y la inclusión de las "participaciones circulares constituidas por medio de sociedades filiales" en el régimen de las participaciones recíprocas (art. 82).<sup>141</sup>

En el de la LSRL, procedentes de la segunda etapa<sup>142</sup>, encontramos, además de un régimen de escisión muy similar al correspondiente en la LSA, con solo alguna simplificación (art. 94, común con la fusión), referencias al grupo fundamentalmente en los siguientes aspectos. En materia de participaciones, por un lado, al configurar el régimen -restrictivo- de transmisión de participaciones: se incluye la transmisión a favor de sociedades del mismo grupo al lado, por ejemplo, de la transmisión entre socios, bajo el principio de libre transmisibilidad ( art. 29. 1.), por otro, al ocuparse de la adquisición de las propias participaciones, la LSRL sienta la norma contraria a la vista en relación con las acciones de SA, extendiendo la prohibición a la aceptación en cualquier tipo de garantía tanto de las propias participaciones como de las acciones o participaciones de la dominante (art. 40.4). En régimen de créditos, préstamos garantías y asistencia financiera (art. 10): se admite libremente esa concesión por parte de la sociedad a otra del mismo grupo, sin las restricciones existentes para el caso de los socios y administradores de la misma sociedad. En el último supuesto se afirma expresamente que se considerará que existe grupo a los efectos propios del régimen en cuestión en los supuestos establecidos en el art. 42 del Cco.

1.2.3.- En el campo de las sociedades cooperativas, cuyas peculiaridades en este campo han sido objeto de estudio también por la doctrina de otros países<sup>143</sup>, la evolución en España muestra un proceso que, de forma muy sintética y sin duda simplificadora, se puede caracterizar como de aumento progresivo del relieve de la dimensión empresarial, lo que lleva, en una primera etapa, a una aproximación del régimen de gestión y control de la empresa cooperativa a la de las sociedades de capitales. Ello resulta razonable en la medida en que participa con ellas del carácter asociativo o corporativo, en el sentido de estar dotada de una estructura que tiende a asegurar la permanencia de su explotación ante la variación, especialmente acusada en ella, por la aplicación de principio de "puerta abierta", de su com-

posición personal, en muchos casos muy numerosa. En un segunda etapa se produce una aproximación más acusada en los aspectos patrimoniales, económicos y financieros, sobre la base de que han de competir en el mercado con aquellas<sup>144</sup>.

La vigente Ley de Cooperativas de 1999, en ese proceso de modernización y acercamiento al mercado, se hace eco de los grupos, con una clara tendencia a su favorecimiento, que lo era más en los sucesivos borradores de anteproyecto, que en el texto definitivo. En efecto en aquellos, además de establecerse una noción que lleva consigo el procedimiento de legalización del grupo y señalarse algún aspecto del régimen "material" se establecía un aspecto del régimen propio del derecho de la competencia, consistente en el reconocimiento del denominado "privilegio del grupo"<sup>145</sup>

El texto de la ley elimina esta último aspecto e incluso altera la noción de grupo contenida en los borradores. La que mantiene, sin embargo, entraña importantes novedades respecto de la contenida en el art. 42 Cco que suponen, desde mi punto de vista, un progreso hacia el reconocimiento de una noción de grupo más acabada en el ámbito jurídico-societario. De acuerdo con ella " Se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase y la entidad cabeza del grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas sociedades" (art. 78.1).

Se perciben en esa noción semejanzas con la establecida en nuestro derecho a efectos fiscales, con defectos de redacción, que en cierta medida comparten y así mismo ecos de la concepción alemana,<sup>146</sup> Sin perjuicio de reconocer esos defectos, entre los aspectos positivos de la misma, conviene destacar en primer lugar la expresa referencia a la unidad de decisión - trasunto de la unidad de dirección -, como elemento básico de la noción de grupo. Por otra parte, la referencia a la existencia de facultades, a la emisión de directrices de obligado cumplimiento, supone el reconocimiento de las mismas, el del interés del grupo, la legalización del mismo.

Aquella referencia a la unidad de dirección, a parte otras virtudes que más atrás se pusieron de relieve, posibilita, al contrario de lo que sucede con la correspondiente al control, la posibilidad de organizar le grupo sobre bases participativas, de establecer una estructura de coordinación, sin excluir, en principio, la de subordinación. Sucede que la estructura paritaria respeta mejor lo peculiar del campo cooperativo, por cuanto la configuración de la dirección unitaria se establece mediante la participación de todas las unidades que integran el gru-

po<sup>147</sup>, sin perjuicio del elemento de jerarquía que en el momento de la ejecución de la política común asegure la efectividad de la dirección. Pues bien, la ausencia de expresa referencia al control, a la relación de dominación, junto con los términos que delimitan, de forma menos clara que en redacciones precedentes, la relación entre el órgano -entidad- cabeza del grupo y las cooperativas agrupadas -todas ellas, sin excepción- debe, además, significar que la estructura en la que se está pensando típicamente para el grupo cooperativo es la del grupo de coordinación o de estructura paritaria.

## 2.- El concepto de grupo.

Este breve repaso al derecho español de grupos ilustra claramente la afirmación anterior en el sentido de que una regulación de carácter fragmentario y escasamente coordinado genera la proliferación de nociones de la figura que no solo difieren de un sector a otro del ordenamiento, sino en el interior de uno de los sectores o ramas del mismo, lo cual genera la duda de cual sea la que proceda adoptar como noción, central si no única.

Situados en el campo del derecho de sociedades, parece claro que hay que partir de la ausencia de una noción unitaria de grupo operante en el mismo. La cuestión de establecer interpretativamente entre las legalmente establecidas para un ámbito concreto, una que pueda cumplir esa papel me parece menos sencilla de lo que pretende un prestigioso sector de nuestra doctrina que se inclina por conceder ese papel a la que cabe deducir del art. 42 Cco.<sup>148</sup> pese a contra con el aval externo de la opinión de los redactores del DFE. Ni el hecho de que figure en el Cco, le concede un superior rango, ni la falta de una referencia expresa a su ámbito concreto nos puede hacer olvidar que está pensada en función de la consolidada. El hecho de que en algún caso concreto el legislador lo declare aplicable a otro sector del Ordenamiento no refuta, sino que confirma este argumento, en la medida en que el Legislador es consciente de que para extenderlo fuera de su ámbito es precisa una justificación especial.

Pero es que hay algo más. Abundan en esa conclusión otros hechos que quisiera conectar a los argumentos dados más atrás a cerca de la superioridad técnica de la noción de dirección unitaria sobre la de control, al construir el concepto de grupo. Esos argumentos pueden resumirse en dos. El primero es que la referencia a la dirección unitaria establece una mayor correspondencia entre la noción jurídica y la económicoempresarial de grupo. En cuanto al segundo, la consideración de ese elemento, cuya determinación ha de hacerse con parámetros económicos, como constitutivo del núcleo de la noción de grupo, dota a ésta de una mayor flexibilidad; concretamente le proporciona la necesaria,

para poder encuadrar dentro de la categoría de grupo al de coordinación. Reconocida legalmente ésta, en el caso español en la Ley de cooperativas, si se quiere mantener una noción unitaria de grupo no hay otra alternativa que prescindir de la noción de control o darla una amplitud que la hace inútil, en cuanto resulta claramente preferible otra, la de dirección unitaria, cuyo contenido natural abarca las dos manifestaciones del grupo, jerarquizado y de coordinación. El reconocimiento de esa noción, incluso si se quiere solo aplicable al sector de las empresas cooperativas, niega a la noción del art. 42, con su elenco cerrado de supuestos de subordinación, la condición de noción general o incluso central. Como se adelantaba, y ahora creo resulta especialmente justificado a la vista del derecho español, los supuestos contenidos en ese precepto solo pueden adquirir un papel de especial relieve, que, por otra parte, debe serles reconocido, en cuanto supuestos en los que se presume la existencia de dirección unitaria, ciertamente en la parcela estricta del deber de documentación y contabilidad, con gran probabilidad fuera de ella.

Así pues, la noción de grupo válida para el derecho de sociedades español, con ese carácter de generalidad, será una noción que esté más cerca de la que hoy establece la LMV, para su sector del Ordenamiento, que de la del art. 42 del Cco, o a la del 78.1 de la Ley de Cooperativas, si, en una interpretación más amplia que la ofrecida más atrás y que no es incompatible con ella, se acoge en su ámbito no solamente el grupo de estructura paritaria, sino el de estructura jerarquizada<sup>149</sup>. No se trata, especialmente si se toma como referencia la noción de grupo contenida en la LMV, de pretender la extensión de la noción de un texto a otro, obviando la expresa voluntad de legislador de circunscribir la noción a un ámbito determinado, se trata, por el contrario, como se ha intentado hacer, de reflexionar sobre la adaptación a un sector concreto de los rasgos que según unas y otras tesis deben definir la noción de grupo en uno y otro campo, y establecer la que de acuerdo con las exigencias del concreto sector a que se refiere resultan más adecuados. Si de este modo llegamos a una noción común eso no será como consecuencia de una toma de partido previa, sino en todo caso de la verificación de una hipótesis que personalmente me resulta atractiva y, de entrada, no descartable.

## 3.- Aspectos de régimen.

Los aspectos de régimen a que se hará referencia a continuación son fundamentalmente los mencionados en el DFE, como sujetos a la armonización a efectos de valorar la posible incidencia de las propuestas de los autores del mismo en el sentido de su reforma y los más importantes de los confiados al

Derecho de los EE MM, a fin de completar una visión sobre este sector de nuestro Derecho, que pretende ser ya meramente panorámica.

3.1.- En lo que respecta a la legalización del grupo, el derecho español presenta un vacío casi completo, desde el momento en que no suele abordarse en el contexto de cada una de las nociones empleadas el tema del reconocimiento de la facultad de impartir directivas por parte de la sociedad o empresa cabeza del grupo, sino otros aspectos del régimen de grupos. Por excepción la única que, como se advertía más atrás, parece proyectar sus efectos en el plano de la legalización del grupo es la define el grupo cooperativo. En la medida en que estamos en presencia de un grupo, típica si no exclusivamente de coordinación, el que los problemas de atención a los intereses puestos en peligro se plantean de un modo peculiar, cuyo tratamiento desborda los límites de este trabajo, podemos reducir la referencia a la constatación de este efecto sin ulterior elaboración salvo en un aspecto que se considerará más tarde, el relativo a la incidencia en este ámbito del modo de legalización del grupo previsto por el DFE.

Esta cuestión, en términos generales, fuera del ámbito concreto a que se ha hecho referencia, creo que puede responderse, de cara al futuro, de manera sencilla sin graves riesgo de error. Resulta perfectamente factible la incorporación del sistema de legitimación del grupo propuesto por los redactores del DFE. En efecto, en la medida en que existe un vacío en nuestro Derecho, lo que implica de modo inmediato la ausencia de referencia al modelo contractual, la incorporación de la solución propuesta por los redactores de aquel documento, en relación con el grupo de subordinación, resulta enormemente facilitada. Las condiciones que, según la solución jurisprudencial francesa, habrían de establecerse para reconocer y proteger el interés del grupo, tratan de justificar que la subordinación entraña no un simple propósito de utilización de una sociedad por otra, sino la inclusión de la subordinada en una política empresarial unitaria, que no la somete a otro riesgo sino el que corre cada parte del todo empresarial y que, como tal, está destinada a beneficiarse de los resultados de ese conjunto, con la garantía adicional de la aceptación por los administradores de la posibilidad de compensar los perjuicios. Como se decía antes, estas notas parecen abocar al reconocimiento de la dirección unitaria como elemento fundamental en la noción del grupo, pero en principio, como resulta de la argumentación de los redactores del DFE, no habrá problemas para vincularlo a otra, alternativa, basada en el control.

3.2.- El tema de la publicidad del grupo, en lo que respecta al aspecto que, al estudiar el DFE se denominaba "control ordinario" del mismo, se ha construido en nuestro Derecho sobre la base de la

traslación de la directivas comunitarias, lo que dota a este régimen de los rasgos generales sobre los que opera la reflexión y propuestas de mejora del documento comunitario, salvadas las particularidades que en el proceso de adaptación hayan podido producirse<sup>150</sup>. En lo que respecta a este aspecto, pues, las propuestas de reforma contenidas en ese documento, sin que pueda decirse aún abiertamente que son patrocinadas por nuestra legislación o doctrina, no le son ajenas. Esto es así, en particular, en relación con la idea principal del desglose de cuentas, apto, entre otras cosas, para percibir los principales núcleos de riesgo, previsto en nuestro Derecho para ciertas sociedades que presentan una mayor complejidad se hace presente en las de algún campo especialmente como sensible, como es el de las telecomunicaciones<sup>151</sup>. Con la inevitable reserva derivada de la falta de un estudio más detallado no parece que en este aspecto se presenten dificultades conceptuales para proceder a una reforma del tratamiento de este aspecto en la línea que el DFE establece, que parece la correcta. Por distintas razones, cabe decir algo semejante a en relación con el denominado "control especial". Si bien no existe en los términos en que aparece en DFE, lo que si existe es el reconocimiento a la minoría en el contexto del control ordinario, de derechos de información de minoría que no sería difícil de articular en forma de control especial en relación con los grupos<sup>152</sup>.

En conjunto el resultado de aplicar las propuestas del DFE configura un régimen del deber de publicidad del empresario, fundamentalmente en su aspecto material, o de control de la dirección del grupo, o de información, que recuerda a aquel que Ordenamiento español establece en relación con la SRL. Al régimen general y ordinario de elaboración y publicación de los documentos para la información externa, que en este caso añade a los documentos tradicionales - cuentas (consolidadas), memoria e informe- otro informe sectorial, se une un régimen especial de examen de la documentación relativa al grupo, o un derecho especial de información, en interés de la minoría, destinado en este caso a clarificar las relaciones entre las empresas que lo integran.

### 3.3. Protección de los socios externos.

3.3.1.- Ausente de nuestro derecho positivo el tema de la legalización, salvo el reciente reconocimiento en el campo del Derecho de cooperativas, el legislador se ha mostrado igualmente reticente a abordar el tema conexo de la protección de los intereses puestos en peligro por el reconocimiento del interés del grupo. Nuestra doctrina se ha preocupado de ir señalando en cada momento lo que, en función del contexto europeo y comunitario y teniendo en cuenta nuestra propia realidad, debía ser la respuesta de Ordenamiento español en este como en otros aspectos, dependiendo de la solución parcial o

de conjunto que se adoptase. Del mismo modo que, se decía, parece sencilla la adaptación del Derecho español a la solución propuesta en el plano comunitario en el tema de la legalización, la consecuente protección en ese contexto de los socios externos no parece plantear especial dificultad.

3.3.2.- Esto es así también en el caso de la protección que el DFE sugiere se adopte, con carácter preventivo, operando desde el campo del Derecho del mercado de valores. Lo es especialmente, ya que se cuenta con el soporte normativo idóneo, gracias al desarrollo normativo experimentado desde los años ochenta de este Derecho. En efecto, el régimen de la OPA vigente en nuestro país<sup>153</sup> se inspira en principios y cuenta con instrumentos técnicos que permiten con facilidad su adaptación a la protección de los socios externos del grupo en el sentido y con los medios esbozados por el DFE. La doctrina española viene postulando soluciones de ese carácter desde tiempo atrás<sup>154</sup>

#### 3.4.- Protección de los acreedores.

Algo similar cabe decir en relación con la protección de los acreedores en el aspecto más general, dependiente de la decisión que se tome a cerca del reconocimiento del interés del grupo. Por lo que hace a la protección complementaria en el contexto de la crisis de las empresas del grupo, la situación es bien diferente. Nuestro actual Derecho concursal no solo no prevé nada en relación con los grupos<sup>155</sup>, sino que pendiente desde el siglo pasado de una adaptación a la realidad del momento<sup>156</sup> requiere una remodelación radical en la que debe tener su lugar la atención al problema de los grupos, bien sea la de extensión de la quiebra, contemplada en un proyecto de los años ochenta<sup>157</sup> o la que propone el DFE, quizás más aceptable por ser menos drástica y susceptible de incorporación al último de los proyectos elaborados,<sup>158</sup> menos innovador que lo era el anterior.

A este respecto conviene tener en cuenta que aunque la ocasión para introducir este tipo de medidas parece la adecuada, ya que la reciente reforma de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha renunciado a abordar el tema concursal, sólo para facilitar la remodelación de ese sector del Ordenamiento en su conjunto, ha señalado un plazo perentorio para que se inicien los trabajos conducentes a que ésta se lleve a cabo la reciente noticia del proyecto comunitario de promulgar un Reglamento pobre, la materia concursal puede aconsejar la espera<sup>159</sup>

#### 4.- Conclusión.

En síntesis, pues, el Derecho español de grupos y en particular el de sociedades, pese a su escaso desarrollo cuenta en la actualidad en el plano normativo con un mínimo de apoyos para que el desarrollo doctrinal pueda aprovechar la oportunidad que se ofrece al conjunto de los ordenamientos de los EE MM de la UE para ponerse al día y emprender un camino conjunto que lleve a la solución de los problemas que hoy se presentan como de urgente solución. Conseguirlo implica la apertura de un debate para el que ofrece una buena bases el texto elaborado por el Forum Europaeum, en el que participen todos los sectores interesados dentro de cada país y en los foros de de discusión comunitarios. Una iniciativa semejante, en relación con MERCOSUR y sus EE MM, creo que podría ser de enorme utilidad en relación con la solución de esas mismas cuestiones en cada uno de ellos y una importante contribución a la conclusión del Mercado Común del Sur. Si este es o no el momento de abrir el debate es cuestión discutible. Comenzar a preparar un serio documento de partida no me parece esté de más.

## NOTAS

1 - Este trabajo es fruto de la participación del autor en los trabajos de investigación de la Red Intercampus, coordinada por el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid, integrada por la misma, y las Universidades españolas de León y Toledo, así como las argentinas de Buenos Aires y Rosario y la brasileña "Salgado de Oliveira" de Río de Janeiro. Ha sido enviado para su futura publicación en una obra colectiva que recogerá el conjunto de los elaborados por los participantes en los Cursos y ciclos de conferencias, que han sido realizados en el último año de actividad de dicha Red de Universidades.

2 - Dado que nos movemos en un campo que exige especial atención a las particularidades de los diversos Ordenamientos Jurídicos en presencia, es preciso tener en cuenta desde el punto de vista metodológico las aportaciones de la comparación jurídica, entre las que dentro de nuestra doctrina, por lo que hace a la que tienen en cuenta lo que el Derecho español puede tomar del anglo-americano, aspecto de especial interés en estos momentos y en este tema, me parece oportuno destacar la aportación, entre otros, de PUIG BRUTAU, reciente mente recogida en la compilación de sus trabajos, Medio siglo de estudios jurídicos, Valencia, 1997. Entre los elementos que integran esa forma de realizar el estudio jurídico debe destacarse cobra especial relieve, tal como han puesto de relieve, sobre todo la doctrina mercantil, el de carácter económico, del modo en que pone de manifiesto en este sector de forma especial GIRON TENA, a través de toda su obra, desde "El concepto del Derecho mercantil" en Anuario de Derecho Civil (ADC), 1954, pp. 695 y ss. y 791 y ss., hasta Tendencias generales en el Derecho mercantil actual. Madrid, 1985, pasando por su obra más directamente referida al tema que aquí se aborda, Las grandes empresas: problemas jurídicos actuales de tipología empresarial, la gran Sociedad Anónima y los grupos de sociedades., Méjico/Valladolid, 1965. En relación con el factor económico y la utilización de la metodología propia de las ciencias de este carácter en los estudios jurídicos, conviene prestar una atención especial a las aportaciones del denominado Análisis Económico del Derecho, la más reciente manifestación de una actitud metodológica que ha estado presente siempre en la elaboración del Derecho Mercantil y que, como cualquier otra merece una consideración crítica, tanto a sus premisas como a sus resultados, en atención a los que son los fines propios del Derecho. En nuestra doctrina tiene especial interés la aportación de PAZ ARES, desde su "La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)", en ADC, 1981, pp. 601 y ss. La progresiva aplicación de este método en el ámbito del Derecho mercantil español ha abierto un debate, del que es testimonio, desde una perspectiva crítica, la aportación al mismo contenida en GONDRA, "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?", en Revista de Derecho Mercantil, (RDM), nº 226, 1997, pp. 1545 y ss.

3 - V., por todos, en nuestra doctrina, DUQUE DOMINGUEZ, esp. "Concepto y significado institucional de los grupos de empresas," en Libro Homenaje a Roca Sastre, t. III, Madrid, 1976, pp. 525 y ss.. La aportación de este autor se refleja, hasta el momento de su publicación, en el Libro Homenaje al Profesor Duque Domínguez, 2 t. Valladolid, 1999, con abundantes referencias bibliográficas, ya desde sus trabajos de los años sesenta sobre aspectos societarios y de derecho de la competencia relativos a las diversas manifestaciones de las uniones de empresas, que serán objeto de numerosas referencias a lo largo del trabajo.

4 - V. el contenido del Documento publicado por el Forum Europae, titulado "Por un derecho de los grupos de sociedades en Europa", versión castellana del texto original alemán, trad. de EMBID IRUJO, ESCUIN IBAÑEZ y JUAN Y MATEU, en RDM, 1999, pp. 445 y ss.

5 - V. más adelante, III. A y IV. A.

6 - V. sintéticamente, en relación con Derecho italiano, SCOTTI CAMUZZI, "I gruppi tra diritto delle società e diritto dell'impresa" en AA VV, "Igruppi di società", Atti del Convegno internazionale di studi. Venezia 16-18 novembre 1995, 3 vol.,

Milano 1966, (cit. en adelante Atti Venezia), III, pp. 2139 y ss.. Más ampliamente, aunque en relación con la realidad alemana, concebido el Derecho de la empresa como la visión actual del mercantil, V. RAISCH, Unternehmensrecht", 2. Vol. Reinbek bei Hamburg, 1973, esp. vol II, esp. pp. 37 y ss. y 57 y ss.

7 - V. por todos, en nuestra doctrina SUAREZ LLANOS, "Introducción al Derecho Mercantil", Madrid, 1988 (reimpr. 1992), p. 145. En la inglesa GOWER'S, "Principles of modern company laws" 16<sup>th</sup> ed., London, 1977, p. 69 y s., con especial referencia a los de carácter multinacional.

8 - En este sentido V, DFE, cit. en n. 3, esp. p. 348.

9 - Ya que ésta difiere, en el plano doctrinal de unos autores a otros, incluso dentro de un mismo país, y en el legal, diverge en los distintos sectores del Ordenamiento que se ocupan del tema, como habrá ocasión de poner de relieve a lo largo del trabajo, en el que, como cuestión previa para establecer su régimen se prestará especial atención a este aspecto

10 - V.DFE, cit., pp. 446 y s. Más amplia y detalladamente sobre el concepto de grupo, V. DUQUE, "Concepto y significado institucional de los grupos de empresas", cit. en n.2º. Surge el problema precisamente al tratar de concretar aquella imagen y concretar aquellas notas

11 - V. Sobre el hecho y las razones, sintéticamente, DFE, cit. p. 4

12 - De la amplísima y desigual literatura sobre la globalización, fenómeno en el que se insertan y que promueven los grandes grupos empresariales, me parece especialmente destacable, por la visión -optimista- que ofrece sobre el papel de la integración económica regional, concretamente la UE, en relación con países que, como Francia, destacan por su empeño en mantener la identidad nacional y un planteamiento no meramente individualista y liberal de las relaciones económicas, MINC, La mondialisation heureuse, ed. Plon, Paris, 1997

13 - Forma alternativa sería la inicialmente adoptada en relación con el derecho de la competencia en general, respecto del cual el propio Tratado de Roma estableció una regulación en el plano comunitario, para las prácticas con dimensión comunitaria de carácter restrictivo o que amenacen el modelo de competencia establecido. La coordinación inevitable con los derechos de los EE MM se ha ido desarrollando, sin más condicionante que la evidencia de la necesidad de configurar el derecho nacional del modo más coherente con el comunitario para evitar disfunciones. La próxima reforma de este sector del derecho comunitario y español en el sentido de una mayor descentralización abunda en esa necesidad de coordinación.

14 - Viene a coincidir la publicación de este documento con el quinto aniversario de un trabajo colectivo que en su momento ofreció un balance muy completo de la situación del tema, sobre todo, pero no solo, en los principales países europeos. Me refiero al Congreso celebrado en Venecia los días 16 a 18 de noviembre de 1995 sobre grupos de sociedades. El conjunto de las ponencias y comunicaciones se contiene en la publicación por parte de la Rivista delle società, de la obra "Igruppi di società", Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia 1995, 3. Vol, ed. Giuffré, Milano, 1996, de la que ya ha habido oportunidad de citar algún trabajo.. El corto tiempo transcurrido no ha dejado desfados la generalidad de los mismos. La escasa referencia a ellos en el DFE, hace especialmente adecuado completar la bibliografía contenida en ese documento con la contenida en esos volúmenes, así como la española..

15 - Para una visión de conjunto de la evolución histórica del Derecho alemán en esta materia, V. RAISCH, Unternehmensrecht, cit., esp. vol. 2º, pp. 18 y ss. y 178 y ss. En relación con los primeros pasos de la regulación societaria, V. FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, 2º ed. 1954, esp. pp. 150 y ss., por lo que se refiere a la AktG de 1937. En relación con el contexto en que surge la AktG. 1965 y sus principales aportaciones, WÜRDINGER, Aktien- und Konzernrecht, Karlsruhe, 3ª ed. 1973., esp. pp. 241 y ss.

16 - Para una visión sintética, especialmente accesible desde la perspectiva de otro ordenamiento, V. LUTTER/ ZÖLLNER-

"Das Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland" en *Atti Venezia*, vol. I, pp. 217 y ss., con versión italiana en pp. 245 y ss. Una visión más amplia e igualmente unitaria la ofrecen EMMERICH y SONNENSCHNEIDER en su "Konzernrecht", 6ª ed. München, 1997., con abundantísima referencia bibliográfica..

17 - De la definición del grupo se ocupa la AktG 1965 en sus primeros párrafos, haciendo figurar el de grupo entre otros que se ocupan de lo que podemos llamar en castellano uniones de empresa o empresas vinculadas. El párrafo 18 AktG 1965 en sus dos párrafos reconoce dos formas de grupo una basada en una relación jerarquizada, en la relación de dominación/dependencia entre la empresa cabeza del grupo y la o el resto de las sociedades que lo integran (pfo. 1º) y otra basada en relaciones de coordinación entre los mismos miembros del grupo (Pfo. 2º). El elemento común, que permite calificar ambos supuestos como de grupo es la existencia de una dirección unitaria que opera sobre el conjunto del grupo y le dota de la unidad económica propia de una empresa. V. WÜRDINGER, cit., pp. 260 y s. Sobre la importancia de esa noción para definir el grupo habrá oportunidad de volver en diversos lugares de este trabajo

18 - La dirección unitaria que constituye nota esencial del grupo, puede tener su origen en cualquier medio apto para conseguir unificar las voluntades de los sujetos, empresas, fundamentalmente sociedades que, de ese modo constituyen en conjunto una denominada empresa pluricorporativa. Entre ellos figuran determinados contratos, inspirados en la práctica alemana, de los cuales algunos de ellos son especialmente aptos para constituir una dirección unitaria. Su regulación se contiene en otro lugar de la Ley, en la parte destinada a extraer las consecuencias de régimen de las situaciones de unión de empresas que se delimitaron al comienzo de la misma (párrafos 291 y ss.). En la medida en que afectan a la estructura de las sociedades entre las que se establece, creando vínculos que en diverso grado dotan a la unidad resultante de un carácter de empresa integrada, se califican como contratos de empresa y se les somete a un tratamiento especial. Alguno de ellos tiene la virtualidad, en razón de su especial aptitud para aquel fin y de la configuración normativa apta para que queden, de mutuo acuerdo, comprometidas las medidas de protección de los intereses que puedan resultar negativamente afectados, de legalizar el grupo. El ejemplo más claro y normativamente desarrollado es el denominado "contrato de dominación". A su lado en un nivel menor de definición, el que constituye el grupo de coordinación.

19 - También en este plano el régimen de la constitución del grupo se aproxima al de la fusión, convirtiéndose, como en su momento se pondrá de relieve en el texto, el acto de aprobación del contrato constitutivo del grupo en acuerdo de la Junta susceptible de ser incluido en la categoría de los que implican modificaciones estructurales, lo que muestra la lógica interna de la peculiar construcción alemana, respetuosa con los postulados del Derecho de sociedades.

20 - La base normativa la constituyen los párrafos 311 y ss., cuya rúbrica no alude a l grupo, sino a la dependencia sin contrato de grupo y que pese a ello y al carácter supletorio que les concede la Ley en el conjunto, van a acabar desempeñando un papel central, por las razones que se recogen en el texto.

21 - De esa complejidad se han dado muestras someras a lo largo de la breve síntesis que precede de lo que se ha denominado su sistema. Frente al mismo el que se presentó como alternativa, otro de cuño francés, al que se hará referencia. trataba entre otras cosas de prescindir de ese paso de la legalización del grupo, conectando a la noción establecida, sobre la noción de control en sustitución de la dirección unitaria. Como veremos más adelante ni ese intento permitirá a la largo hablar de legalización en el derecho proyectado, ni de eliminar totalmente el grupo de estructura coordinada, incompatible con la concepción de control de una empresa sobre otra

22 - En relación con los mismo, V. DFE, pp. 451 y ss.

23 - V. referencias en DFE., en conjunto y esp. pp. 448 y ss.

24 - V. RONDINONE, "Contro una normativa societaria speciale per i gruppi a struttura gerarchica", en *Atti Venezia*, III, pp.

1947 y ss.

25 - V. ROSSI, "Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere". en *Atti Venezia*, I, pp. 17 y ss

26 - V. ENGRACIA ANTUNES, "The Law of affiliated Companies in Portugal", en *Atti Venezia*, I, pp 355 y ss..

27 - V. EMBID, "Los grupos de sociedades en la nueva Ley Brasileña de Sociedades anónimas, en RDM, 1979, pp. 461 y ss.

28 - Conviene tener en cuenta que ese mismo modelo ha sido adoptado con mayores o menores variaciones por países que como Eslovenia figuran en el grupo de cabeza para el ingreso en la UE, y por otros del entorno, como Croacia..

29 - V. SACRISTAN REPRESA, "El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas", en RDM, 1982, pp. 375 y ss.

30 - Me refiero a las que se perciben en la Agrupación de interés económico, europea y española. Para una visión de conjunto, de las diferentes figuras inspiradas en el "Groupement d'Intérêt Économique, V. MONGE GIL, "Las agrupaciones de interés económico", Madrid, 1993. En relación con la figura europea, como primera aproximación V. SACRISTAN REPRESA, "La Agrupación Europea de Interés económico: antecedentes y caracterización", en AA VV La reforma del derecho español de sociedades, Madrid, 1986, pp. 811 y ss, de forma más amplia, MASSAGUER FUENTES, "La Agrupación Europea de Interés Económico, Notas en torno al Reglamento CEE, Nº 2131/ 85, Valencia 1988. Para la Agrupación de Interés económico española, V. por todos, AA VV Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés económica, Ley 12/1991, de 19 de abril " Madrid, 1992.

31 - V. más adelante, III, B. 2., en relación con la aplicación al tema del reconocimiento pleno o legalización del grupo, a través de la aplicación que en Francia hace la jurisprudencia a l tema de la doctrina Rozenblum.

32 - V. sobre la situación en el panorama europeo y sobre la propuesta de sus redactores, DFE, pp. 521 y ss.

33 - La manifestación inicial se produce en el derecho francés, donde se ensaya un sistema alternativo al alemán en el denominado Proyecto COUSTÉ, que conoce más de una versión, antes de ser abandonado. Sobre ella, V. EMBID, "La segunda proposición del Diputado Cousté, sobre grupos de sociedades en Francia, en RDM, 1978, pp. 563 y ss.

34 - En el Anteproyecto de Ley de reforma del Derecho de SA, de 1979, elaborado por la Comisión general de Codificación, cuyo texto aparece reproducido en DUQUE, "El Derecho de las empresas vinculadas en la legislación española (Especialmente en la Ley de reforma parcial y de adaptación a las directivas comunitarias en materia de sociedades y en la Ley del mercado de valores), en RDBB, 1989, pp. 465 y ss. Para un estudio del mismo, en relación con el derecho proyectado europeo, V. EMBID, El régimen jurídico de los grupos de sociedades en la CEE, Fundación Juan March, Madrid, 1987., " Los grupos de sociedades en el derecho comunitario y español" , en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDD)*, 1990, p. 31 y ss., y "Algunas problemas relativos a la regulación de los grupos de sociedades en la CEE y su incidencia en el Derecho español", en Homenaje a J. Vallet de Goytisolo, t. IV, Madrid, 1988, pp. 299 y ss.

V. más adelante, II.B 2.2.1..

35 - V. especialmente las consideraciones que al respecto se establecen en DFE cit., pp. 484 y ss.

36 - V. en la doctrina española, PAZ ARES, "¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)", en AA VV, "Tratando de la SRL, Madrid, 1996 pp. 161 y ss.

37 - Como es sabido esta tendencia, que trata de resolver los problemas más acuciantes que plantean hoy las grandes sociedades, sociedades bursátiles, mediante el recurso a los Códigos de conductas, en lugar de las normas legales, procede del Derecho de los EE UU y ha tenido su manifestación más significativa en Europa en el conocido como Informe CADBURY. En España tiene su manifestación en el Informe OLIVENCIA, con inmediata repercusión en la actividad normativa de la CNMV. En relación con este último y en general con las propuestas fundamentales de esta tendencia, V. en la doctrina española, críticamente, AA VV

(Esteban Velasco Coord.) "El Gobierno de las sociedades cotizadas", Marcial Pons (ed.), Madrid, Barcelona, 1999. Frente a la obra en su conjunto y la posición general y particular de sus autores, como muestra de la actitud de los promotores del Análisis económico del Derecho desarrollada en nuestro país, V. últimamente ALFARO, "Imperialismo económico y dogmática jurídica", en RDM, n° 233, 1999, pp. 925 y ss.

39 - Entre éstas merece destacarse el denominado City-Code on take-overs and mergers, en relación con cuyo papel en el derecho inglés, V. PRENTICE, ob. cit., especialmente p. 307. Y en el Derecho alemán Código voluntario sobre OPAs. Para una visión del modo de operar con este tipo de instrumentos en el derecho americano puede verse EISENBERG, "The governance of corporate groups", en Atti Venezia, 1966, pp. 1187 y ss., esp. 1198 y ss.

40 - V. en la doctrina española, CALVO ORTEGA, "Aspectos Tributarios de las operaciones vinculadas y de los grupos de sociedades, en Jornadas Alcalá, 1987, pp. 97 y ss., al que se hará posterior referencia al hablar de este aspecto en relación concretamente con la situación española.

41 - Para obtener un panorama del desarrollo de la legislación fiscal en tema de grupos, inserto en el sistema general, no solo de los EE MM de la UE, sino, además del conjunto de los más relevantes del mundo, V. H.J. AULT, Comparative income taxation. A structural analysis. Ed. Kluwer, Den Haag, 1997. En relación con los EE MM, algo anterior pero más próximo a las preocupaciones armonizadoras, V. Comisión de las Comunitàes Europeas (1996 b) "La fiscalité dans la Unión Européenne. Rapport sur l'évolution des systèmes fiscaux, de 26 de octubre de 1996 (COM (96) 564, final)

41 - V. sintéticamente en DEF, pp. 454 y s.

42 - V. Para una visión general en reciente literatura española, V. MIRANDA SERRANO, Las concentraciones de empresas. Derecho europeo y español, Madrid, 1994

42 - Para una visión del desarrollo del Derecho alemán de competencia desde sus orígenes a la fecha de su publicación y especialmente de la GWB de 1957, que implanta el sistema vigente en Alemania en perfecta correspondencia con el europeo, V. RAISCH, ob. cit. vol. 2, pp. 178 y ss., esp. pp. 187 y ss.

43 - Sobre ese "privilegio" V. RUIZ PERIS, El privilegio del Grupo, Valencia 1999. En relación con los problemas del doble control en Italia. V. NOTARI, "Il gruppo "contrattuale" nella disciplina antitrust", en Atti Venezia, II, pp. 1697 y ss.

44 - Para una síntesis de la situación del Derecho de los EE MM en relación con la regulación de la OPA con especial referencia a la real y posible utilización de la misma para proteger preventivamente a las minorías en el grupo, V. DFE, pp.512 y ss., con las correspondientes referencias normativas y doctrinales..

45 - Para obtener una panoram de la situación de partida a comienzos de la década de los 90, V. "Supresión de las barreras fiscales a la actividad transfronteriza de las empresas", en Boletín de las Comunitàes Europeas. Supl. 4/91. El texto manejado del Código de conducta de la fiscalidad de las empresas es el publicado en el DOCE n° C 2, de 6 de enero de 1998. Sobre éste, con referencia a la evolución última de la Política fiscal comunitaria está pendiente de publicación la tesis de M° L. ALBILLOS, "La imposición societaria y el principio de competencia efectiva del mercado en la UE. La propuesta de coordinación fiscal, dirigida por GARCÍA VILLAREJO.

46 - Anterior es la regulación de la competencia en el ámbito más reducido de la CECA, antecedente inmediato de la que se producirá en el ámbito de la CEE. En relación con el tema en su conjunto, V. VELASCO SAN PEDRO, "La defensa de la competencia en la UE y MERCOSUR, en AA VV (Velasco San Pedro, Coord.): MERCOSUR y la Unión Europea: dos modelos de integración económica, ed. Lex Nova, Valladolid, 1998., pp. 171 y ss.

47 - V. EMBID IRUJO, "El planteamiento general del Derecho comparado y comunitario y su repercusión en el derecho español, desde la perspectiva mercantil", en AA VV, Jornadas sobre Grupos de sociedades: su adaptación a las Comunitàes Europeas. Universidad de Alcalá de Henares/CEOE, Madrid, 1987 (cit. en adelante Jornadas Alcalá), pp. 67 y ss, con referencia al

Memorandum de la Comisión de 1 de diciembre de 1965, sobre "El problema de la competencia en el Mercado Común", p. 73.

48 - Reglamento CEE 4064/89, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, modificado por el Reglamento CEE 1310/97, de 30 de junio de 1997. En relación con el mismo, V. en la doctrina española, DUQUE, El régimen de la concentración de empresas en el Ordenamiento de la UE, en AA VV, (Coord. VEGA MOCOROA), La integración económica europea. Curso básico. De. Lex Nova, Valladolid 1996, pp. 481 y s., y "El nuevo régimen del control de las operaciones de concentración", en la 2ª ed de dicha obra, 1999, pp. 601 y ss.. Más recientemente, también en la doctrina española, AA VV El control de concentraciones en la UE La práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento CEE 4064/89, por el Reglamento CE 1310/97, Madrid, Barcelona, 1999.

49 - En relación con la misma, V. Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE", en DOCE, C. 132, de 12 de mayo de 1999, pp. 1 y ss. En relación con aspectos de esa modificación, como la aplicación descentralizada de esos preceptos, V. conferencia pronunciada por MONI en la sede del IEE de la Universidad San Pablo CEU, de próxima publicación

50 - V. más adelante, II. B. 2.2.2.

51 - En relación con las razones por la que esto es así, V. sintéticamente, DFE, p. 544.

52 - Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994 sobre la constitución de un comité de empresa europeo o un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria ( DOCE, n° L, de 30 de ese mismo mes y año, pp. 64 y ss. y Directiva 97/74 CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, por la que se amplía al RU de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 94/45 (DOCE, n° L, de 16.1.98, pp. 22 y s)

53 - En relación con el contenido de la regulación de grupos en el proyecto original de Reglamento sobre la SE, de 13 de mayo de 1975, V., en nuestra doctrina, por todos EMBID IRUJO, esp. en El régimen jurídico de los grupos de sociedades en la CEE, cit.. En relación con otros temas propios de la SE, en la última versión del proyecto v. el trabajo de QUIJANO GONZALEZ, de próxima publicación en la misma obra a la que está destinado éste.

54 - Para un panoram general hasta el momento de la promulgación del TUE, en el que se produce un cambio general en la evolución del derecho comunitario en esta como en otras materias, consecuencia del establecimiento del principio de subsidiariedad, V. QUIJANO "El derecho de sociedades en la Unión Europea, en AA VV (Velasco San Pedro Coord) MERCOSUR y la Unión Europea cit., pp. 105 y ss. Para la situación del derecho de sociedades en MERCOSUR en ese momento, V. en la misma obra colectiva, ARAYA, "El derecho de sociedades en MERCOSUR", pp. 141 y ss.

55 - Segunda Directiva del Consejo, (77/91/CEE) de 13.12.1976 (DOCE, n° L 26/1 de 31 de enero de 1977, "tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los EE MM a las sociedades, definidas en el pá. 2º del art. 58 del Tratado, con le fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en los relativo a la constitución de la SA, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital". Esta Directiva fue modificada con posterioridad por la de 23 de noviembre de 1992, precisamente en materia de adquisición de las propias acciones, en cuanto en ella se incluye la de sociedades miembros de un grupo.

56 - En relación con ambas, V. SEQUEIRA MARTIN, " La fusión y la escisión de las sociedades en la CEE (tercera y sexta Directivas), en Cuadernos de Derecho y Comercio (CDC), n° 5., 1989, pp. 155 y ss.

57 - Tercera Directiva del Consejo (78/855/CEE), de 9.10.1978 (DOCE, n° L 295/36 de 20 de octubre de 1978), relativa a las fusiones de sociedades anónimas. V., además del trabajo citado en n. ant., DUQUE, "La fusión en el Proyecto de Reforma del Derecho de sociedades de capital y su comparación con el Derecho comunitario, de la Tercera Directiva", en RDBB, n° 32, 1988, pp. 719 y ss.

58 - En sentido inverso, tal vez mereciera la pena reflexionar a cerca de si las diferencias en la situación de los socios de las sociedades absorbidas no justifica la consideración de introducir en ella un derecho de separación, como el que existía en nuestro Derecho antes de la reforma con ocasión de la adecuación del mismo a las Directivas europeas.

59 - Sexta Directiva del Consejo en materia de Derecho de sociedades (82/891/CEE) de 17.12. 1982 (DOCE, nº L 378/17 de 31 de diciembre de 1982), relativa a la escisión de sociedades. En relación con la misma, V. DUQUE, "La escisión de sociedades en el anteproyecto de reforma del derecho de sociedades de capital", en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, 1978, pp. 719 y ss.

60 - V. en particular DUQUE, "El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española..." cit. pp. 496 y ss.

61 - Se trata, respectivamente, de la Cuarta Directiva del Consejo en materia de derecho de sociedades (78/660/CEE) de 25. 3.1978 (DOCE nº L 222/11, de 14. De abril de 1978), relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad: la Séptima (83/349/CEE), de 13.6.1983 (DOCE nº L 193/1, de 18 de julio de 1983), relativa a las cuentas consolidadas, y la Octava (84/253/CEE) de 10.4.1984 (DOCE nº L 126/20, de 12 de mayo de 1984), relativa a las personas encargadas del control legal de documentos contables

62 - Para una breve visión de conjunto de las tres, V., QUIJANO, ob. ult. cit. pp. 122 y ss.

63 - Séptima Directiva del Consejo en materia de Derecho de sociedades (83/349 CEE) de 13 de junio de 1983 (DOCE nº L193/1 de 18 de julio de 1983), relativa a las cuentas consolidadas. En relación con la misma, aparte las diversas referencias en trabajos de DUQUE, citados en otros lugares, VALVAREZ LOPEZ, Consolidación de estados financieros en Europa. Séptima Directriz de la CEE, Madrid, 1985

64 - Lo que, desde mi punto de vista dificulta no solo la aplicación uniforme en los EE MM, sino la posibilidad de utilizar con un mínimo de seguridad una noción derivada de la misma como central en el derecho societario.

65 - Duodécima Directiva del Consejo en materia de derecho de sociedades (89/667/CEE), de 21 de diciembre de 1989 (DOCE nº L 395/40 de 30.12.1989), relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único..

66 - Para una primera aproximación, V. SACRISTAN REPRESA, "Concepto y número mínimo de fundadores. Sociedad unipersonal", en AA VV (Alonso Ureba Coord.), Derecho de Sociedades Anónimas, I. Fundación, Madrid, 1990, pp. 457 y ss., con amplia referencia bibliográfica.. Más ampliamente DUQUE; "La duodécima Directiva del Consejo (89/67/ CEE) de 21 de diciembre de 1989, sobre las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada, en AA VV, Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Libro Homenaje al prof. Girón Tena (cit. en adelante Homenaje al prof. Girón), Madrid, 1991, pp. 241 y ss.

67 - V., sobre la versión utilizada de la propuesta de la 9ª Directiva el texto italiano reproducido en Giur Comm, 1985, pp 529 y ss., Sobre la misma, EMBID IRUJO, "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea, (el proyecto de novena Directiva), en CDC, 1989, pp. 389 y ss. y "Los grupos de sociedades en los derechos comunitario y español", en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), 1990, pp. 31 y ss.

68 - Me atrevo a hacer esta afirmación, porque me parece que esas medidas son en sus líneas fundamentales expresión y desarrollo de los que más adelante se han considerado como los fines del Derecho societario de grupos, dentro de un planteamiento económico de mercado que, como tales, pertenecen a lo que podríamos denominar como un derecho "global" de grupos. El respeto a las tradiciones de los EE determinarán, ciertamente, modos y extensión distintos de aplicación, pero estimo que en todo caso respetando principios incorporados en esas normas que les dan un valor especial en este momento.

69 - A las primeras pertenece la "legalización por vía contractual, a las segundas la falta de referencia al régimen de esta

manifestación peculiar del grupo. Especial relieve tiene el silencio sobre la pertinencia de aplicar al mismo el deber de documentación y contabilidad propio de los grupos. Esta cuestión, debatida en su momento en el Derecho alemán, parece hoy resuelta en el sentido de la exclusión de este deber, de modo que en las obras recientes ni siquiera se mencionan opiniones en contra. V. EMME-RICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, cit., p. 473. En el supuesto de que esta figura adquiriera el relieve que está adquiriendo en el Derecho español es ésta una de las cuestiones que, a mi juicio, deben revisarse.

72 - V. DFE, lug. cit. en n. 25

73 - V. en relación con ella los diversos trabajos en los que se recogen referencias a la misma y su evolución, por parte de ESTEBAN VELASCO, desde su tesis doctoral, "El poder de decisión en las Sociedades Anónimas", ed. Civitas/FUE. Madrid, 1982, esp, pp. 335 y ss., y sobre todo, "La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario (El proyecto modificado de quinta Directiva), en CDC, nº 5., 1989, pp.231 y ss.

74 - Propuesta de decimotercera Directiva del Consejo, en materia de Derecho de sociedades, relativa a las ofertas públicas de adquisición de acciones, de 16 de febrero de 1989 (COM 88, 823 final, retirada y vuela a presentar como propuesta del Parlamento y del Consejo, de 7.2.1996 (COM 95, 655 final), a la que ha seguido la Propuesta modificada de la misma, de 10.11.97 (COM 97, 565 final).

75 - Propuesta de décima Directiva del Consejo, relativa a la fusión transfronteriza de sociedades anónimas, de 8 de enero de 1985 (COM 84 727 final)

76 - V. en este sentido HOPT, K.J.- "Europäisches Gesellschaftsrecht- Krise und neue Anläufe", en ZIP, 3. 98, pp. 96 y ss.

77 - V. como ejemplo lo que se indica a propósito de la Decimotercera Directiva en n. 64

78 - Sobre los fines del Derecho de grupos, v. DFE, pp. 451 y ss., con bibliografía reciente. En relación con la doctrina española V. DUQUE, "Los problemas generales planteados por los grupos de sociedades, con especial referencia al Derecho Mercantil", en AA VV, Grupos de sociedades, Madrid, 1987, pp. 15 y ss.

79 - Propuesta de decimotercera Directiva del Parlamento y del Consejo en materia de Derecho de sociedades relativa a las ofertas públicas de adquisición, Bruselas 7.2.1996, (COM (95) 655) final, a la que ha seguido una Propuesta modificada Bruselas 10.11. 97, (COM (97) 565 final).

80 - Sobre la conveniencia de hacerlo, V. la cualificada opinión del comisario Europeo, MONTI, en "I gruppi e l'armonizzazione comunitaria", en Atti Venezia, I, pp. 553 y ss, esp. pp. 563 y ss. En contra no ya solo de la armonización, sino más ampliamente de la regulación societaria de los grupos, V. RONDINONE, "Contro una normativa societaria speciale per i gruppi a struttura gerarchica", en Atti Venezia, III, pp. 1947 y ss.

81 - V. las consideraciones contenidas en DFE, pp. 460 y ss.

82 - V. DFE, p. 463.

83 - V. Las referencias a la gestión del grupo son continuas a lo largo del DFE. Al comienzo de su introducción, al abordar las diferencias de las que parten los ordenamientos de los distintos EE MM al abordar el tema insiste en que una de ellas es la de que en alguno no se aprecia algo que subraya el documento, que con la regulación del fenómeno no solo resultarán beneficiados quienes de algún modo ven sus intereses amenazados por su constitución, sino el management de los grupos".(...) a quien "el Derecho de grupos puede, a su vez facilitar el trabajo (p. 451). Más adelante en la propia introducción, al referirse a la necesidad de que el "legislador europeo" regule la materia, señala entre las razones, la de que, incluso mediante el establecimiento de la responsabilidad de sus dirigentes, "merced al incremento de la seguridad jurídica ( se conseguirá) facilitar la dirección del grupo ( facilitating group management)" (p. 455) . En el capítulo que lleva la rúbrica recogida en el texto se ocupa del tema de la legalización del grupo en los términos que veremos más adelante.

84 - Piensese en la importancia que adquiere la buena gestión

en los planteamientos del gobierno corporativo y sus Códigos de buen gobierno, a los que se alude en una n. ant.

85 - V. DFE, p. 459

86 - V. DFE, pp. 450 y ss.

87 - Conviene señalar aquí que el término francés "groupement", utilizado, por ejemplo en relación con la figura del Groupement d'intérêt économique (GIE), dotado de tipicidad legal en virtud de la Ordonnance que crea la figura en 1973), tiene un sentido diferente al del grupo (groupe), lo que hace incorrecto la traducción como grupo de interés económico. En efecto, el término "groupement" se utiliza en la literatura francesa, de carácter económico primero y jurídico después, para aludir a una figura de unión de empresas de menor intensidad, la agrupación de empresas española, que no produce la unidad económica característica de aquellos. En el plano jurídico se adopta esta denominación para la figura mencionada, para aludir además a otras características de ese carácter propias de la figura, como la ausencia de ánimo de lucro, cuya dificultad para integrar manifestaciones de ese carácter en la noción estricta de sociedad recogida en el CC con la nota del carácter lucrativo de la asociación de personas de esa denominación, está en el origen de la figura francesa. Figura de tanta repercusión en el Derecho europeo de sociedades, en un sentido amplio, tanto en el plano de los EE como en el comunitario, al haber inspirado la que en castellano debe denominarse agrupación - no grupo- de interés económico, establecida en el Reglamento(CEE) n° 21/85, del consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una Agrupación Europea de Interés Económico. V. para una correcta utilización de los términos en nuestra literatura, DUQUE, "Groupement d'entreprises et groupes de sociétés en droit espagnol" en *Evolution et perspectives du droit des sociétés*, Milano 1968, p. 280 y ss.

88 - Ob. cit. p. 472. Frente a la utilización de esta noción, V. especialmente ROSSI, "Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere", en *Atti Venezia*, cit., vol. I. pp. 17 y ss., esp. pp. 22 y ss.

89 - V. EMBID, especialmente en "El régimen jurídico de los grupos de sociedades en la CEE", Fundación Juan March, Madrid, 1987, pp. 11 y ss..

90 - Así, lo hace en el cap. VIII, bajo la rúbrica de "Declaración unilateral de grupo, pp. 531 y ss., p. 531, que no es el fundamentalmente dedicado al tema, pero que por ocuparse también de esta cuestión debe ser reseñado junto al que si lo es: el IV dedicado a lo que se denomina "La correcta gestión del grupo".

91 - V. más atrás, II, A, 3.1.

92 - En lo que tiene de referencia jurídica su concreción hay que buscarla en el establecimiento de unas normas jurídicas que más allá del dato puramente empresarial, pero, sin duda, inspirado en él ofrezcan un modelo de solución al conflicto que surja del hecho de que el "equilibrio entre ventajas y cargas" determinado por la política empresarial unitaria no llegue a satisfacer de hecho las expectativas lícitas de los interesados.

93 - La dirección unitaria, en efecto, tiende a proyectarse como noción clave del grupo fuera del ámbito estricto del Derecho de sociedades y abre la posibilidad de una noción del grupo común a los diversos sectores del Ordenamiento que se ocupan del grupo. En relación con el Derecho de la competencia, pueden verse las obras hasta ahora citadas. Una reflexión sobre la noción de dirección unitaria puede, entre otras cosas poner de relieve la oportunidad de la construcción alemana sobre el "privilegio del grupo", oportunamente legalizado y publicado, desplazando el control hacia el momento de la constitución en el marco de la concentración.

94 - V. DFE., pp. 484 y ss., esp. pp 494 y ss. La generalidad de las expresiones contenidas en la propuesta normativa, como la recogida en el texto a cerca de la compensación de las ventajas, deja en manos de los Estados la eficacia concreta de las normas de la futura directiva. Pese a la confianza de los redactores, no será fácil conseguir soluciones mejores a las conseguidas en el derecho alemán con los grupos de hecho.

95 - Entre los contratos de empresa regulados en la AktG. 65, se recordaba más atrás que el más característico y central en la disciplina del grupo de estructura jerárquica es el denominado contrato de dominación. No obstante, entre los regulados como contratos de empresa figuran otros como el de entrega de beneficios. Ambos conjuntamente son los que un sector de la moderna doctrina alemana denomina contrato de grupo ("Konzernvertrag). V. LUTTER/ZÖLLNER, cit. pp. 221 y ss. V. la síntesis de régimen contenido en este trabajo y la que se contiene en el DFE, esp. pp. 536 y ss.

96 - Cap. VI, "Las ofertas obligatorias", pp. 512 y ss.

97 - Cap. VII, "Exclusión, derecho de separación, pp. 521 y ss

98 - V. DFE, Cap. IX, "Obligaciones de los directivos respecto de la situaciones de crisis (wrongful trading), pp. 548 y ss

99 - V. DFE, esp. pp. 554 y ss

100 - V. últimamente ROJO - "Los grupos de sociedades en el Derecho español", en *Atti Venezia*, I, pags. 389 y ss.

101 - V. la clásica contribución de URÍA al tema, "Derecho Fiscal y Derecho Mercantil", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, T. II, 1945, pp. 275 y ss.

102 - En el ámbito ampliamente jurídicosocietario y de una primera época datan ya el trabajo de GIRON en *Las grandes empresas. Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial: la gran SA y los grupos de sociedades*, Méjico/Valladolid, 1965, esp. pp.97 y ss., que puede considerarse precursor en nuestra doctrina, así como los primeros trabajos de DUQUE, quien en su obra, ampliamente citada, ha seguido el curso de la evolución de este Derecho hasta el momento presente. Con posterioridad destaca entre otras varias la aportación de EMBID, igualmente mencionada. Entre los trabajos de carácter interdisciplinar, debe mencionarse en primer lugar el trabajo de URÍA: "Teoría de la concentración de empresas", en *RDM*, n° 24, 1949, pp. 315 y ss que proporciona el cuadro de conexiones del enfoque societario y el de la competencia en la época en la que trabaja.

103 - Ley 26/1984 de 19 de julio que, en el art. citado, con notables defectos de técnica, establecía: "A los efectos de est Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general el conjunto de las redactadas, previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas, para aplicarla a todos los contratos que aquélla o éste celebren y cuya aplicación no pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate"

104 - V. por todos DUQUE, "La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios", en *Estudios sobre consumo (EC)*, n° 3, 1984, pp. 51 y ss.

105 - V. EMBID, "Regulación mercantil de los grupos de sociedades", en *La Ley*, 3 de febrero de 1989, (separata), esp. p.4.

106 - V. ROJO, en *Atti Venezia*, pp. 399 y s.

107 - Ley 7 /1998, de 13 de abril, que corrige las deficiencias técnicas de la definición, establece un régimen general, pasando a ser el relativo a los consumidores y usuarios régimen especial. Aquel ha sido muy criticado, quizás excesivamente, por lo que me parece oportuno esperar a tener la perspectiva que proporcione su aplicación antes de contribuir de algún modo a dar un juicio sobre la misma..

108 - V. ROJO ob. ult.cit. p. 413.

109 - V. sobre los desarrollos más recientes GARCÍA DE ENTERRÍA, J.- "La obligación legal de separación de cuentas por ramas de actividad. El ejemplo de los operadores de telecomunicaciones", en *RDM*, n° 233, 1999, pp. 1103 y ss.

110 - Además del trabajo de ROJO cit. en n. 67, para una exposición más completa y crítica de la situación fiscal de los grupos hasta la fecha de su publicación, V. CALVO ORTEGA, "Aspectos Tributarios de las Operaciones vinculadas y de los Grupos de sociedades", *Jornadas Alcalá*, 1987, pp. 97 y ss.

111 - Relativo a medidas fiscales financiera y de inversión pública, cuyo texto es preciso completar en algún aspecto, como el relativo sujeto del impuesto, con el del R.D 1414 del mismo año, pese al problema que plantea en el campo de las fuentes al modificar el alcance del art. 33 de la Ley General Tributaria. La

cuestión no se resuelve ni el panorama de la definición del grupo se altera como consecuencia de la publicación de la Ley 61/68 del impuesto de sociedades. V. CALVO ORTEGA, cit. pp. 116 y ss.

112 - La legislación afecta directamente en este caso a otro sector de la unión de empresas, el de la denominada colaboración interempresarial, de menor intensidad que la concentración y más propio de pequeñas y medianas empresas, al que trata de reordenar, derogando la anterior Ley de 28 de diciembre de 1963, que afronta por primera vez la regulación de ese fenómeno, con tendencia a favorecerlo, a la vista de las nuevas manifestaciones en el plano comunitario y español. En relación con los grupo, V. críticamente y con referencias al derecho comparado, CALVO ORTEGA, cit. pp. 129 y ss.

113 - A través de la Disposición Adicional 2ª De La Ley 10/85, de 26 de abril de 1985, de reforma de la Ley General Tributaria.

114 - L. 43/1995, de 27 de diciembre. En relación con la misma, V. por todos, ALVARO ANTON, "Régimen de los grupos de sociedades", en AA VV "Comentarios al impuesto sobre sociedades, t. II, de Civitas, 1998, pp. 1681 y ss.

115 - V. al respecto, CALVO ORTEGA, cit., pp. 127 y s.,

116 - En el mismo sentido, art. 38. 2 de la Ley general tributaria tras la modificación introducida por la L. 10/1985 de 26 de abril.

117 - V. por ejemplo la sentencia del Tribunal Central de Trabajo, Sala 1ª, de 4 de julio de 1984 y comentario crítico de la misma en EMBID, "Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado para el Derecho del Trabajo, en Relaciones Laborales, marzo 1984, pp. 861 y ss. esp. pp. 867 y ss.

118 - V. en este sentido y entre los primeros trabajos que tratan de ofrecer un cuadro de conjunto de esa doctrina en torno a las cuestiones fundamentales que plantean los grupos al derecho del trabajo, SAGARDOY, "Criterios jurisprudenciales de delimitación de los grupos de empresas", en Jornadas Alcalá, 1978, pp. 155 y ss.. Recientemente y como contribución a la elaboración de un concepto y una dogmática general de los grupo, desde esta perspectiva, MONEREO PEREZ, Teoría jurídica de los grupos de empresa y Derecho del Trabajo. Ed. Comares, Granada, 1997

119 - V. por ejemplo las sentencias de la Magistratura de trabajo de Málaga de 9 de mayo de 1975, en uno de los contenciosos suscitados por el celebre asunto SOFICO; la anterior, del TS (Sala 6ª) de 5 de enero de 1968 que elabora con carácter general la argumentación jurídica conforme a la cual se establece la responsabilidad solidaria de aquellas empresas que intervienen, por vía de contratación en interés ajeno o común en la contratación de servicios del trabajador; seguida por otras muchas, tal como se pone de manifiesto en SAGARDOY, cit. pp. 157 y ss. Así mismo resoluciones como la de la Delegación de Trabajo de Madrid, de 4 de noviembre de 1975, o de la Dirección General de Empleo, de 6 de abril de 1983, en materia de resolución de contratos por reducción de plantilla, en razón de pérdidas en una filial y de pretendida crisis económica de la misma, en los que se impone la tesis de que esa crisis solo puede valorarse y consiguientemente procede a la resolución de los contratos, si se integra el patrimonio de la filial en el del grupo. Entre los trabajos que desde una perspectiva general abordan el estudio de la noción de grupo en supuestos concretos de la jurisprudencia laboral, V. FONT RIBAS "Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses" en Revista jurídica de Cataluña, nº 4, 1982, pp. 627 y ss. y EMBID, cit. en n. 78.

120 - V., en conjunto, DE ANGEL YAGÜEZ, La doctrina del "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica en la reciente jurisprudencia, ed. Civitas, Madrid, 2ª edic. 1991, esp. pp.161 y ss.

121 - V. las citadas en ROJO, cit., p. 393.

122 - En relación con el mismo y con el que se produce en disciplinas próximas, V. AA VV, (A. Bailos / Collado, editores) Grupos de empresas y Derecho del Trabajo. Ed. Trotta, Madrid 1994.

123 - V. en relación con este aspecto CRUZ VILLALON, La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente, de. Trotta, Madrid, 1992

124 - V. en este sentido DARANAS, "Concentración de empre-

sas y salvaguardia de la competencia", en Jornadas sindicales sobre la concentración de empresas", Madrid, 19874, pp. 163 y ss.

125 - Ley 16/1989 de 17 de julio, ha sido recientemente sustituida por la L. 52/1999 de 28 de diciembre, de reforma de la anterior, que modifica una buena parte de su articulado, si bien no el referente a la concentración económica recogido en el Capítulo II. Este había sido redactado de nuevo por el RDL 6/1999, de 16 de abril de 1999, de Medidas urgentes de liberalización en incremento de la competencia (BOE de 17 de abril; corrección de errores en BOE de 28 de abril).

126 - RD 1080/1992, de 11 de septiembre ( BOE de 28 de abril), por el que se aprueba el procedimiento que deben seguir los órganos de Defensa de la Competencia en concentraciones económicas.

127 - Pese a lo cual su aplicación no ha sido tampoco muy rigurosa, ni parece que vaya a serlo en un futuro próximo, inmersos como estamos en una corriente favorecedora de la concentración

128 - V. en sentido semejante PAZ ARES en "Uniones de empresas y grupos de sociedades" en AA VV, Curso de Derecho Mercantil, I, Madrid, 1999, pp. 1323 y ss., p. 1330.

129 - La exclusión del ámbito de la concentración del supuesto de filial común que tiene como finalidad la coordinación de la conducta competitiva en el mercado, cuando es esta la única finalidad que persigue, debe, viene, lógicamente, justificada en cuanto su tratamiento vendrá dado por el régimen de las prácticas colusorias. Sin embargo, cuando no sea esa la finalidad única o fundamental estaríamos en presencia de un grupo, preferentemente de coordinación, cuya exclusión resulta discutible.

130 - En relación con la misma, en nuestra doctrina, V. por todos, DUQUE, " El posible encuadramiento de las llamadas empresas o filiales comunes en los grupos de empresas", en Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Batlle Vázquez, Madrid, 1978, 289 y ss.

131 - L24/1988, de 28 de julio (BOE de 29 de julio; corrección de errores en BOE de 4 de agosto 1988).

132 - L 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores

133 - Para una etapa anterior incluso a la aparición de la idea de un sector jurídico específico para ese mercado puede verse, sin mención expresa a los grupos, GIRON TENA, "Sociedades y Bolsa".en Coloquio de Derecho Bursátil. Universidad de Bilbao, 1970, pp 86 y ss. Más recientemente, en la vía de señalar lo específico de este sector en franco desarrollo y en relación con los grupos: SANCHEZ CALERO, "Grupos de sociedades y Mercado de Valores", en Boletín Financiero de la Bolsa de Barcelona, nº 69 (abril, 1979), pp. 38 y ss.

134 - Los supuestos de unión personal en los que un accionista o un grupo de ellos dominan varias sociedades, aparecen ya recogidos como medio de constituir grupos y en concreto de coordinación aparecen ya en la fundamentación de la AktG 1965, reproducida en KROPF Aktiengesetz. Textausgabe, Düsseldorf, 1965. Su viabilidad viene facilitada por el hecho de que el sujeto que ejerce la dirección unitaria no necesita ser una sociedad, basta que sea una empresa, de acuerdo con una noción funcional, adaptada a las particularidades del derecho de grupos.

135 - V. en este sentido ROJO, cit., p. 394.

136 - Es cierto que dicho desarrollo era más cualitativo que cuantitativo, medido este último en número de personas interesadas en el tema, siendo claramente mayoritaria la aportación hasta el momento de una sola persona, como puede apreciarse por las citas precedentes.

137 - En el mismo sentido, DUQUE, ob. ult. cit., pp.492 y ss., ROJO, ob. ult. cit., pp. 397 y ss, con referencia y breve comentario a algunas de las sentencias. Más ampliamente DE ANGEL, cit. y BOLDÓ RODA, Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español. Ed Aranzadi, Monografías RdS. Pamplona, 1996, en conjunto. .

138 - Así se hace en el art.149 de la misma. En relación con las razones de esa actitud abstencionista, que se prolongará más de

lo prudente, V. DUQUE, "El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española..." cit., pp. 465 y ss., p. 483 .

139 - Para una visión de conjunto, V. por todos, DUQUE, ob. ult cit., esp. pp. 494 y ss., con abundante referencia bibliográfica

140 - Sobre el tema V. más adelante, en este mismo apartado..

141 - De la amplia literatura a que ha dado lugar la reforma, en relación con uno de esos aspectos merece destacarse la obra de FLORES DOÑA, Participaciones recíprocas entre sociedades de capital, ed. Aranzadi, monografías RdS, Pamplona, 1998

142 - V. por todos, ROJO, ob. ult. cit., esp. pp. 406 y ss. y EMBID IRUJO, "La problemática de los grupos", en AA VV. Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Coord. RODRIGUEZ ARTIGAS y otros), Mc Graw Hill, ed., Madrid, 1996, pp. 1223 y ss..

143 - Así p. ej., para el caso de Italia, V. PAOLUCCI, "La partecipazione delle cooperative nelle società di capitali e i gruppi cooperativi", en Atti Venezia, cit., III, pp. 1733 y ss.

144 - El inicio de la primera etapa viene a coincidir con el proceso de cambio, especialmente importante en estas sociedades, que abre la aprobación de la Constitución de 1978, en el que la competencia en esta materia se comparte por el Estado y las Comunidades autónomas. Su manifestación normativa será la L. 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas. La segunda tiene su reflejo legal en la promulgación de la L. 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas, donde se incorporan las modificaciones más notables con los fines señalados en el texto..

145 - En los arts. 118.8 y 75.6, respectivamente, de los borradores sucesivos de Anteproyecto de la LC, conforme a los cuales "Los indicados grupos cooperativos se considerarán como una unidad económica a efectos de la regulación de los acuerdos restrictivos de la competencia".

146 - El influjo de la construcción alemana era aún más evidente en la noción recogida en aquellos borradores, en los que se recibía el sistema contractual. Conforme a aquella versión "Dos o más cooperativas podrán constituir grupos cooperativos mediante la formulación de un contrato por el que se ceda a una entidad común, que disponga de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, el derecho a emitir instrucciones de obligado cumplimiento y a ejercer, sobre las mismas facultades de decisión en las áreas que figuren recogidas expresamente en dicho contrato, que podrán alcanzar a las facultades propias de la asamblea general de cada una de las cooperativas agrupadas".

147 - V. en este sentido PAOLUCCI, cit, p. 1739, para quien el principio de mutualidad impide determinadas soluciones de protección de la minoría, como la atribución de participaciones de la sociedad cabeza del grupo a los socios externos y que, por el contrario exige la participación de las minorías en la administración de ésta y en la de las restantes sociedades del grupo.

148 - V. ROJO, ob cit., pp. 4003 y ss., para quien aunque no exista en el Derecho de sociedades español una noción general de grupo y en tanto esto sea así, la delimitación del art. 42 Cco. cumple esta finalidad.

149 - V. más matizadamente, PAZ ARES, en Curso de Derecho Mercantil", cit, p. 1331.

150 - V. DUQUE, "Las cuentas consolidadas y el Derecho Mercantil, En Hacienda pública española, n°94, 1985, pp. 207 y ss., ALVAREZ LOPEZ y otros, Consolidación de estados financieros en Europa. Séptima Directriz de la CEE. Madrid, 1985; ALVAREZ MELCON, Grupos de sociedades. Cuentas consolidadas. Imposición sobre el beneficio", Madrid, 1978; Id. Las cuentas consolidadas de los grupos de empresas., Barcelona 1992, LOPEZ ALBEROS, Consolidación contable e introducción a sus aspectos fiscales, ed. CISS, Valencia, 1999..

151 - V. GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit, en conjunto.

152 - Así, en la LSRL, además del control ordinario de cuentas, establecido a imagen de la SA en el art. 84, que se remite a la ISA,

el art. 86.2 inserta en el mismo, que, salvo disposición contraria de los estatutos, "el socio o socios que representen al menos el 5% del capital social podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente a las cuantas anuales", en los plazos del derecho de información común previo a la junta ordinaria. El art. 86.2 de la misma LSRL, añade que el ejercicio de esa facultad "no impide ni limita el derecho de la minoría a que se nombre auditor de cuentas con cargo a la sociedad. Por su parte la LSA , en el art. 112.2 reconoce a una minoría de socios, representantes como mínimo de la cuarta parte del capital, la facultad de imponer su criterio sobre la conveniencia de que se responda a una consulta sobre los asuntos del orden del día de la junta, sobre el del presidente de no contestar porque ello podría perjudicar el interés social.

153 - El Real Decreto de 297/1984, de 25 de enero que responde ya a dichos principio, fue modificado por la primitiva L MV, que dedica al tema los arts 60 y 61. Convertidos esos preceptos en el núcleo de su regulación, ésta ha sido completada por el Real Decreto 1197/91 de 26.de julio de 1991, que derogó al anterior. La nueva LMV, L37/1998, de 16 de diciembre, se limita a modificar la redacción del pfo. 1º del art. 61, con la finalidad fundamental de darle una redacción menos orientada a la situación nueva que tenía a la vista el texto inicial de la LMV: V. en relación con ele primer estadio DUQUE, "El derecho de las empresas vinculadas, cit, pp. 491 y ss. En relación con la figura V., por todos, ZURITA, desde La oferta pública de adquisición, Madrid, 1980 , hasta sus recientes trabajos en AA VV,La lucha por el control de las grandes sociedades, ed, Deusto, 1992, especialmente, "La adquisición de participaciones significativas y la OPA en el RD 1197/1991", ob. cit., pp. 123 y ss

154 - V. especialmente EMBID, Grupos de sociedades y accionistas minoritarios..., cit., esp. pp. 38 y ss. para los planteamientos y 147 y ss en relación con el derecho de separación.

155 - V. ROJO en Atti Venezia, pp 414 y ss., con interesantes reflexiones a propósito del tema en conjunto.

156 - V. especialmente DUQUE, "Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresay sobre su reforma", en Anuario de Derecho Civil (ADC.) 1980, pp. 29 y ss.

157 - Se trata del Anteproyecto de Ley Concursal, redactada por una Ponencia Especial bajo la presidencia de OLIVENCIA , de la que formaba parte ROJO, publicada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia el año 1983. Sobre la base, que parece ya firme, de la unificación de procedimientos e instituciones concursales el AP 83, establecía el concurso como institución central y preveía la extensión del de la sociedad dominada a la dominante, por considerar a ésta como el empresario que, "tras la apariencia de actuación de aquel , haya ejercido la actividad empresarial predominantemente en interés propio", principio general de extensión del concurso en el ámbito empresarial. En relación con esta solución, V. MIGUENS," Crítica y soluciones a los sistemas de extensión de la quiebra en el en los grupos de sociedades en el derecho comparado", en Revista de Derecho de sociedades (RdS), 7, 1996, pp. 132 y ss.

158 - En realidad Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, redactada por ROJO, vocal de la Comisión General de Codificación, por encargo de la sección de Derecho Mercantil de la misma y publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia en 1995.

159 - Ley1/2000,de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.. Su Disposición Final 19ª, emplaza al Gobierno a presentar un Anteproyecto de Ley Concursal, que previsiblemente unificará el régimen de la crisis patrimonial en términos parecidos a los textos mencionados en nota anterior: