

Derecho societario del grupo empresarial: aspectos del mismo en los ordenamientos español y brasileño

Regulation of corporate groups: aspects of spanish and brazilian laws

Marcos Sacristán Represa*

Extracto

El objetivo del trabajo es seleccionar algunos temas importantes del tratamiento de los grupos desde la perspectiva concreta del Derecho societario para exponer y valorar la situación de los ordenamientos Español y brasileño sobre el fondo del desarrollo general de ese sector del derecho de grupos en el conjunto de ese mundo "globalizado".

Palabras-claves: Derecho Societario. Grupo empresarial. Legislación Brasileña y Española.

Abstract

The objective of this article is to select some important themes on the treatment of corporate groups from a concrete corporate law perspective, in order to expose and evaluate Spanish and Brazilian regulations as to the development of such field of law as opposed to the globalized world.

Keywords: Corporate Law. Corporate Groups. Brazilian and Spanish Laws.

INTRODUCCIÓN

Cuando este trabajo vea la luz pública, si se considera merecedor de ello, será en el año en que se cumple el vigésimo quinto de la Ley brasileña de sociedades por ações, L. 6.404/1976 de 15 de diciembre, que entre sus importantes aportaciones a un Derecho moderno de sociedades, figura la regulación del aspecto correspondiente – el societario- de los grupos. Se reconocen y regulan éstos, de acuerdo con las exigencias del momento y con la precocidad que ya puso poco después de relieve la doctrina (en la española EMBID, 1988, p. 27), como corresponde a un país con una economía emergente que en sus manifestaciones de mayor desarrollo se encuentra en el nivel de los países más evolucionados y con

una tradición jurídica de gran calidad, muy vinculada a la europea, como pone de relieve la inspiración germánica de ese texto (COMPARATO, 1990, p. 304), sin descuidar su atención por los desarrollos con origen en los EE UU. Por todo ello merece mayor aprecio del que hasta ahora ha tenido en la otra orilla del Atlántico, como cabe lamentablemente reiterar (ya antes EMBID, lug. cit.). Que ello no es retórica hueca lo prueba en buena medida el puro hecho de que el fenómeno de los grupos en el sector societario haya merecido la atención del legislador en época más temprana y hasta el momento de modo más completo y sistemático que por parte del legislador español, que en este sentido no es una excepción en el Derecho europeo en general y en concreto en el de los Estados Miembros (EE MM) de la Unión Europea

* Catedrático Derecho Mercantil da Universidad de Valladolid. España. (mscuister@yahoo.es/marcos@der.uva.es).

(UE), cuyo esfuerzo en este ámbito no resulta desdeñable, aunque haya sido menos fructífero que en otros del Derecho de la Empresa. Del resto del trabajo se podrá deducir en que medida el modo de afrontar los problemas no resueltos discurre por caminos convergentes en su orientación y altura. Puede por todo ello resultar oportuno dedicar este trabajo a la conmemoración de aquel aniversario, con la esperanza de que ambos ordenamientos pongan la día un Derecho de la importancia que tiene en la actualidad el de grupos.

Si esa regulación tiene hoy interés es en parte por el que ofrece el fenómeno de grupos, por otro por el que el tratamiento ofrecido por la ley brasileña sigue representando en el panorama normativo general de la materia, cuando se compara, por ejemplo, con el español en cuanto a su amplitud relativa y carácter sistemático. En cuanto al fenómeno de los grupos, es bien sabido que desde comienzos del siglo pasado la importancia de los grupos crece de modo que a mediados del mismo constituye ya manifestación característica de la gran empresa al nivel de la sociedad por acciones más característica, la que en castellano se denomina sociedad anónima (SA) aislada (TENA, 1965), sin perjuicio de que ambos sean utilizados hoy para dar forma a la mediana e incluso a la empresa familiar. Si en ese periodo inicial tenía sentido hablar en primer lugar de la SA, en cuanto esta, como sociedad aislada: independent Company - conservó el primer rango como medio de organizar la gran empresa, a lo largo del medio siglo último el entramado organizativo actual ha pasado a descansar sobre el grupo (ANTUNES, p. 13, PRADO, 1998, p. 142), dentro del cual la figura de la SA conserva la importancia de ser una pieza, cualificada, pero que comparte el papel con otros tipos de sociedad. En efecto, cuando hoy se habla de empresas significativas de manera positiva en el plano de los EE y sobre todo en el del mercado internacional - Shell, General Motors, Bayer (I F M, p. 348), o de forma negativa, en el caso de los recientes escándalos financieros - Enron, WorldCom, Parmalat - estamos en presencia de grupos.

Ante el gran desarrollo del fenómeno no es fácil que una regulación que permanece prácticamente invariable conserve íntegras las virtudes que sin duda tuvo en su momento. Así pues la conmemoración debe hacerse cargo de estos desajustes, así como de las críticas que del mismo modo que se ha anticipado a la legislación española, deben recogerse aquí, procedentes tanto de la doctrina extranjera (MANOVIL, 1998, p. 200) como en la brasileña (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 169). Es cierto de que un uso adecuado de la comparación jurídica exija tener en cuenta a la hora de formular alguna crítica,

como a la de tomar soluciones de otro ordenamiento, factores de diversidad del entorno que dificultan la realización de ambas operaciones: los derivados de la estructura de las relaciones económicas de un determinado Estado, los que se localizan en la estructura del Ordenamiento, así como finalmente factores ideológicos, que no puedan desconocerse salvo que se haga del "pensamiento único" un dogma de fe-, lo cierto es que la ausencia en un régimen como el de los grupos de aspectos, como la ausencia de un tratamiento adecuado de la responsabilidad en el grupo es algo digno de crítica, tanto en el ordenamiento español como en el brasileño. No lo es menos que la básica semejanza de circunstancias del entorno internacional, debidas al actual influjo de la denominada globalización, hace que sea posible apuntar soluciones de orientación común, ambos ordenamientos, con las cautelas antes apuntadas.

En cuanto al objeto concreto del tratado no se trata ni de hacer un simple recuento de concordancias y diferencias de dos regímenes muy distintos, lo que resultaría insuficiente, ni de analizar todas ellas a fondo, lo que desbordaría los límites de este trabajo. Se trata más bien de seleccionar algunos temas importantes del tratamiento del los grupos desde la perspectiva concreta del Derecho societario para exponer y valorar la situación de los respectivos ordenamientos sobre el fondo del desarrollo general de ese sector del derecho de grupos en el conjunto de ese mundo "globalizado", teniendo en cuenta las orientaciones de la doctrina que se considera más autorizada, en su caso de la jurisprudencia que concuerda con ella y destacando sobre ese fondo, algunas realidades normativas recientes que pueden representar una aportación de especial Interés, para lo cual resulta preciso obrar también de manera selectiva. Criterios y aspectos de esa doble operación de selección se recogen en el siguiente apartado.

Por lo que se refiere a los presupuestos desde los que se aborda este trabajo y que reflejan una determinada concepción del grupo y del Derecho de grupos, imprescindible para realizar un trabajo constructivo, es preciso partir de una concepción del grupo y sus problemas que, en el caso del Ordenamiento jurídico español, no vienen recogidos en las leyes con suficiente claridad, como veremos, lo que justifica entre los aspectos aquí tratados haya algunos ampliamente superados en el brasileño. Los rasgos básicos de esa concepción se toman fundamentalmente de la elaboración doctrinal alemana, que están en el origen del Derecho legislado de ese país y que con posterioridad se han reelaborado por esa doctrina y la jurisprudencia, incluso de manera crítica con algunos aspectos de aquella legislación. Son los que recoge el sector de

la doctrina europea que se considera más autorizada, que, por consiguiente, pueden hoy considerarse como patrimonio común del pensamiento jurídico actual y que, en buena medida han inspirado la legislación brasileña y portuguesa.

Vamos, pues, a considerar que existe un grupo siempre que en una unión entre titulares de empresa jurídicamente independientes, fundamentalmente societarios, se establece una dirección única sobre la actividad y por tanto sobre el patrimonio del conjunto de esos titulares, de modo que se crea una unidad económica empresarial que coexiste con la pluralidad de sujetos o titulares jurídicos, cada uno de los cuales conserva su personalidad jurídica, su autonomía jurídica. A la sociedad -en el Derecho brasileño - o "entidad" que ejerce el poder de dirección le denominaremos matriz o cabeza de grupo, sociedad matriz, por lo que aquí interesa - - sociedad de comando do grupo- al resto de las sociedades partícipes en el grupo: filiales, consciente de que no es una noción clara en el Derecho brasileño pero que es -filial- la que se utiliza en ese sentido en la regulación de los grupos.

En general - y ese será el supuesto que aquí se considere especialmente - la matriz dominará a las filiales, a través del control, derivado, sobre todo, de la posesión de un número suficiente de participaciones en el capital de estas últimas, pero no necesariamente, en cuanto la dirección unitaria puede configurarse a través del contrato o de meras relaciones de hecho. En todo caso es importante diferenciar de la situación de grupo la de mero control e incluso de ejercicio - asistemático - del control o dominio de las sociedades - que denominaremos simplemente dominadas, no filiales - por parte de una dominante - no matriz -. Esta situación puede ser previa a la de grupo, pero para transformarse en la propia del grupo el poder atribuido a la matriz - por vía de participación, de contrato o cualquier otro medio - debe ser ejercitado en la forma de dirección de una misma empresa: sistemática, estable, permanente y con extensión suficiente para poder hablar de una política empresarial que subyace y de unidad a las directrices que imparte. (ya DUQUE, 1977, p. 575 y ss y últimamente DE AMIGO, [s.d], p. 167 y ss.).

Desde la perspectiva jurídica general el problema que plantea el grupo es del correcto ejercicio del poder que se ejercita, en primera instancia desde la matriz, especialmente por sus administradores, en definitiva desde el conjunto de los miembros del grupo, dado que la administración de las filiales actúan cuando menos, en ejecución de las directrices de la matriz. Esta perspectiva es en buena medida común en particular al derecho societario y al del mercado de valores, que actúa para el control de

esa empresa desde la propia perspectiva - intereses tutelados, en parte coincidentes - y con sus propios instrumentos. La tarea fundamental desde esa perspectiva, dada la existencia de del poder de dirección, es pues, la de establecer los límites de ese poder, los correspondientes derechos, deberes y responsabilidades en el seno del grupo; asegurar el control de ese poder tanto desde el interior como desde el exterior de la sociedad matriz, esferas que pueden corresponder al Derecho de sociedades y al del mercado de valores, respectivamente. En la práctica, la ausencia de un reconocimiento claro de la legalidad del poder que se establece por vía de hecho hace necesario también y con carácter previo la de asegurar el reconocimiento legal de poder y proporcionar medios para establecer la organización adecuada al ejercicio del poder. En ambas tareas, pero especialmente en la primera, es preciso tener en cuenta que se trata de proteger el interés de sus miembros - sociedades y, en definitiva, socios -, así como de terceros - acreedores -, es decir, los tradicionalmente protegidos por el Derecho de sociedades, pero estableciendo un equilibrio entre ellos y el nuevo interés cuyo reconocimiento está en la base de nacimiento de este sector dentro del Derecho de sociedades: el interés del grupo en cuanto unidad empresarial.

El primer aspecto, centrado en la protección de intereses, especialmente de la sociedad filial, sus socios y acreedores - el denominado Schutzrecht - es el que primero y más ampliamente se desarrolla y tiene su expresión más clara en el Ordenamiento alemán y los que siguen su modelo, el brasileño y portugués. Esa protección debe concretarse en el establecimiento de obligaciones impuestas a la matriz y a sus órganos - por razones evidentes a sus administradores- frente a las filiales, sus socios y acreedores, y en el de la correspondiente responsabilidad de la matriz y eventualmente de sus administradores, así como, en su caso, de los administradores de la filial, en cuanto conservan facultades administrativas sobre el patrimonio empresarial de la sociedad a que pertenecen, aunque sea como parte de la empresa unitaria. No debe olvidarse que objeto de la protección pueden ser también una parte de los socios de la matriz - los denominados externos - y en algunos casos esa misma sociedad, cuando la política del grupo beneficia a las filiales en perjuicio de la matriz.

Resulta evidente, desde otro punto de vista que la existencia de la empresa de grupo obliga a introducir correcciones en las normas de organización - estructura y funcionamiento - de la sociedad matriz y las filiales -Organisationsrecht -, en lo que afecta a lo que suele denominarse el gobierno de la sociedad, que ya no es solo gobierno de una sociedad, sino de

un conjunto de sociedades, las integradas en el grupo. Ese aspecto lo tienen en cuenta, como no podía ser menos esos ordenamientos, en lo que se refiere a deberes, como el de publicación de la contabilidad consolidada y en el régimen de responsabilidad de los administradores, tanto de la filial como de la matriz. No obstante su desarrollo muestra carencias que la doctrina ha echado en falta y que empiezan a cubrirse normativamente en el contexto de la regulación de la sociedad cotizada matriz.

En definitiva, se trata de que el Derecho en general y el de sociedades en particular asuma el cambio que la aparición del grupo implica en la tarea tradicional de establecer el necesario equilibrio entre poder y responsabilidad en la empresa societaria (últimamente PEREZ, 2004, p. 110). Ese cambio consiste fundamentalmente en que dicho equilibrio no debe referirse ya fundamentalmente a sociedades autónomas – sociedad isla- que explotan una empresa circunscrita al patrimonio del que es titular la persona jurídica societaria, sino al conjunto que integran la sociedad matriz y las filiales. Es preciso tener en cuenta que en esa realidad compleja que integra el grupo el poder de los órganos de las sociedades filiales ha pasado en buena medida a los de la sociedad matriz, sobre todo a su órgano administrativo, por tanto que la responsabilidad frente a socios y acreedores de las filiales debe trasladarse en buena medida a la sociedad matriz, naturalmente huyendo de soluciones drásticas como la de dotar al grupo de personalidad jurídica o aplicar mecánicamente la técnica del desconocimiento de la personalidad jurídica e la matriz o de las filiales.

A la hora de abordar un trabajo como el presente, en el plano del método, tanto la comparación jurídica, como la consideración histórica, como finalmente el respeto de la adecuación las normas jurídicas a la realidad económica del grupo, exigen tener muy en cuenta la aportación del Derecho alemán al derecho societario de grupos. Al referirme ahora al Derecho debo hacer especial hincapié en que no se trata solo del Derecho legislado, el pionero en la materia, contenido en la Aktiengesetz de 1965 - de la que, por tanto se acaba de cumplir el cuadragésimo aniversario – sino también del conjunto que forman con ella jurisprudencia y doctrina alemán (sintéticamente LUTTER; ZÖLLNER., 1999, más ampliamente EMMERICH; SONNENSCHNEIN, 1997). Ciertamente la propia ley merece especial consideración no solo por haber abordado el tema, en relación con la sociedad por acciones en sentido estricto - ya que también es por acciones la comanditaria de esa condición-, la que en la terminología del derecho español se denomina sociedad anónima (SA), de forma sistemática y relativamente completa, sino en el

caso de la legislación brasileña por haberla adoptado como modelo, como antes se recordaba, no sin particularidades (COMPARATO, 1990, p. 306 y ss.). En cuanto al Derecho español es la elaboración doctrinal alemana la que ha servido de apoyo fundamental para ir orientando la interpretación de las normas y el modo de llenar las lagunas de manera coherente con lo que de la comparación jurídica resultaba la manera más adecuada al tratamiento de un fenómeno que se presenta de manera muy semejante en la realidad y que ha exigido y aún exige de muchos legisladores un replanteamiento de las bases del Derecho societario tradicional para abordar el fenómeno de los grupos. .

En relación con esta última idea y para ilustrar la influencia que ha tenido la doctrina alemana en la formación de lo que podemos considerar patrimonio común de ideas sobre este Derecho, podemos encontrar las aportaciones de aquella doctrina en una formulación de ese necesario replanteamiento en representantes de otras, en este caso de la portuguesa. Ese planteamiento se ciñe a las siguiente contraposición: mientras, de acuerdo con la perspectiva tradicional del Derecho de sociedades, el arquetipo o modelo que subyace y sobre el que se construye el régimen societario es el de la sociedad autónoma, que constituye una unidad económica y jurídicamente independiente, cerrada en sí misma e inmune a cualquier influencia exterior que ejercita su actividad económico empresarial de acuerdo con la voluntad social y persiguiendo el interés social, el grupo, por el contrario, es una organización empresarial caracterizada, por la sujeción de una o un conjunto de sociedades a una dirección económica unitaria, ejercida frecuentemente por una sociedad, la matriz en defensa del interés del grupo, cuya interpretación corresponde a esa sociedad madre, (LIMA; ANTUNES, 1994, p. 12 y s.). Cabría añadir para completar el panorama, recurriendo a un elemento que parece se trata de obviar, que mientras en el primer planteamiento, la sociedad (empresa o, desde la perspectiva jurídica, empresario) está dotada de personalidad jurídica, en el segundo la empresa está fragmentada en una pluralidad de sujetos jurídicos, cuya personalidad jurídica se respeta, sin que exista un trasunto jurídico similar para el empresario. Con anterioridad en la doctrina española, sobre un fondo de ideas semejante, fundamentalmente, basado en la doctrina alemana se viene hablando del grupo como empresa plurisocietaria (DUQUE, 2003) o empresa de grupo (GIRGADO, 2001).

Con ello no debe dejarse la impresión que todo lo que representa el Derecho alemán de grupos merece ser acogido, ni siquiera alguna de las piezas básicas del mismo, adoptadas por el derecho brasileño. Me refiero lógicamente a la vigencia del contrato como

medio para su pleno reconocimiento, y ello no por razones valorativas, sino prácticas, como se recordará más adelante, al hablar de la legalización del grupo.

Si por las aludidas razones es de interés la referencia al derecho alemán, en lo que tiene de positivo y eventualmente de negativo en un trabajo que no lo tiene como objeto directo de estudio, estimo que en estos momentos tampoco se puede prescindir de la consideración del actual Derecho italiano de grupos, surgido como consecuencia indirecta de la reforma legislativa que tiene por finalidad principal el régimen de la gran sociedad por acciones, la sociedad cotizada, en cierta medida influida por los planteamientos de gobierno corporativo. Este movimiento de reforma, con manifestaciones en la generalidad de los Ordenamientos de países atentos a la evolución de la realidad empresarial societaria y desde luego en España y en Brasil, como luego habrá oportunidad de recordar, ha dado lugar una reforma del CC italiano que introduce una regulación general de los grupos en el ámbito societario que requiere especial atención.

Dicha reforma es obra del Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, que contiene una reforma no solo de la SA, con especial atención a la sociedad cotizada, sino al conjunto de las de capital, con particular referencia a las de responsabilidad limitada, así como a las cooperativas. Se sitúa como la española a la que habrá de hacerse referencia en dos aspectos al menos del régimen de los grupos en el contexto del movimiento de reforma del Derecho de sociedad cotizada. Su importancia en este trabajo deriva de que en cierto modo resucita la idea de un modelo alternativo al alemán, en el que, por otra parte, tácitamente se sitúa el español, salvo en lo que se refiere al grupo cooperativo. Un modelo que no llegó a contar con una manifestación legislativa articulada, aunque estuvo presente en varias, del el proyecto COUSTÉ francés a la propuesta de 9ª Directiva comunitaria europea en materia de sociedades. Frente a la exigencia de un contrato para el completo reconocimiento del grupo, solución que además de los derechos brasileños y portugués, se introduce recientemente en el Derecho de cooperativas español, se parte del puro hecho del ejercicio de un poder de dirección, con algún matiz al que se hará referencia en su momento.

En la actualidad cualquier aspecto del Ordenamiento de los EE MM de la UE que tenga que ver con la realización del Mercado Único y en particular el Derecho de sociedades, en cuanto afecta al principio de libertad de establecimiento, resulta en mayor o menor medida afectado por el desarrollo del Derecho comunitario de esa manifestación de la integración regional, a través tanto de normas armonizadoras del derecho interno de aquellos,

como de elaboración de figuras de régimen – al menos parcialmente – supranacional. La elaboración de un amplio conjunto de Directivas específicamente referidas a la materia societaria, así como otras varias que afectan especialmente a las sociedades por acciones, destinadas a aproximar la regulación del Mercado de Valores, algunas de las cuales serán objeto al menos de mención y algunos Reglamentos, como los que crean la figuras de la Sociedad – por acciones- Europea (SE), la Agrupación Europea de Interés Económico y la Cooperativa Europea son muestra de aquella afirmación. En virtud de la misma, numerosos aspectos de la evolución del mismo, en materia de sociedades de capital, sobre todo, exigen la consideración de la actividad normativa de la UE, para entender la situación actual del tema el conjunto de los países que integran esa organización.

En concreto, aunque en medida reducida, el Derecho societario de grupos en los EE MM de la UE ha experimentado en su desarrollo la influencia del Derecho comunitario, por esa doble vía, sobre todo la de la armonización, que para algunos, como el español está, con sus aspectos positivos y negativos. La armonización ha sido decisiva para la configuración legal del aspecto relativo a la contabilidad de grupo – consolidada- objeto de la 7ª Directiva comunitaria, recientemente modificada, para adaptarla a desarrollos reciente en un plano internacional más amplio. Además, la constante preocupación de las Instituciones comunitarias sobre la materia ha generado propuestas normativas, informes de instituciones o asociaciones con carácter particular y oficial, y últimamente una Comunicación de la Comisión sobre la materia de grupos, que, por otro lado tienen el efecto de diferir en este nivel el tratamiento de otros aspectos igualmente importantes.

1 CONCEPTO GRUPO

El hecho de la creciente presencia del fenómeno en la práctica, que determina la necesidad de enfrentarse con él desde la perspectiva de diversos sectores del Ordenamiento jurídico, da lugar a que gradualmente le de los diversos estados deban entrar a regular aspectos del mismo en los distintos sectores implicados. Por esa vía han florecido referencias al grupo en el seno de cada Ordenamiento jurídico, algunas de las cuales han ido acompañadas de nociones del mismo, destinadas a clarificar su significado en el concreto sector del Derecho en el que se inserta. Estos son muy numerosos: Derecho de sociedades, del mercado de valores, de la competencia, financiero y tributario, del trabajo, etc. Y con frecuencia las nociones que acuñan son

diferentes entre sí. Ello genera un primer problema, el de la posibilidad de una noción única de grupo y su trascendencia desde los diversos puntos de vista que cabe concebir, desde el meramente ordenador al de otorgarle un régimen mínimo. Las dificultades de establecer esa noción son similares a las que plantea la propia noción de empresa, si bien, supuesto que el grupo es una manifestación de la misma, pudiera resolverse en parte con referencia a datos de organización de la misma, dejando impregunada la base de la noción en cuanto remite a la propia noción de empresa. Desde mi punto de vista esa noción general de la que puede y debe partir el Ordenamiento en general puede extraerse de aquella que recogió la AktG. Alemana de 1965 y que pone el acento en la unidad de dirección empresarial común a una pluralidad de sujetos jurídicamente independientes.

En todo caso, insisto, puede admitirse que un concreto sector de Ordenamiento por razones vinculadas a los fines del mismo limite de alguna manera el campo de aplicación del mismo, como por ejemplo en el Derecho portugués se ha defendido recientemente en relación con el Derecho tributario (AVELAS, 2001, p.36 y ss.) y en el brasileño en relación con el de la competencia (PRADO, 1998). Resulta más discutible la justificación de la existencia de diferencias en las utilizadas por sectores próximos – Derecho de sociedades y del mercado de valores – y mucho más en el caso de partes de un mismo sector – el Derecho de sociedades. Sobre el concepto de grupo en ese sector concreto del Ordenamiento versan las consideraciones que siguen y que muestran una situación muy diferente en ambos ordenamientos.

En relación con el Derecho de sociedades en el brasileño la doctrina no ha tenido problemas al construir una noción proporcionada satisfactoriamente por el art. 225 de la L S/A. Su configuración a partir de las tres notas sobre las que descansa la noción establecida en el citado precepto, se afirma en la primera doctrina: dirección única y estable ejercida por la cabeza del grupo; relación de dominación o control de aquella sobre las filiales y, por último, celebración de un contrato - por el que se obligan a poner en común medios o realizar en común actividad, para conseguir la realización de los respectivos objetos o alcanzar objetivos comunes distintos a ellos (LOBO, 1978, p. 112 y s.), insistiendo la más reciente en la nota de dirección unitaria con mantenimiento cada una de la personalidad propia (SAVAGE, 2002). La distinta naturaleza y función de las dos primeras notas y el último elemento, al que se une un régimen dan lugar a que, como la doctrina alemana, la brasileña configure con sólo las dos primeras notas la noción del grupo denominado de hecho (COMPARATO, 1978, p. 200 y ss.). Solo con la adición del tercer

elemento, que implica la colaboración de los miembros del grupo y la publicidad de la situación: -, daría lugar a al grupo de derecho o plenamente legalizado. La necesidad del segundo elemento, que en la práctica tiene una gran importancia, introduce en la noción mencionada de grupo una restricción mayor que en el modelo que admite grupo sin dominación: el grupo de coordinación, que es el que en el Derecho español exige la presencia del contrato

El problema en el derecho español.

a) - Planteamiento

En esta última situación se encontraba inicialmente el Derecho español, claramente en relación con la noción de grupo que se recogía en el art. 42 Cco, tras la adaptación de su contenido a la 7ª Directiva comunitaria en materia de sociedades, dedicada a la contabilidad – consolidada- del grupo en su versión original (Dir. 83/349, de 13.12. 1983, DOCE, nº L 193/1, de 18 de julio 1983. La construcción de la noción de grupo sobre la base nada más que del control viene en cierta medida reforzada por determinadas referencias en la LSA no expresamente al grupo, pero sí a control – art. 87 LSA, que al definir a la sociedad dominante en el contexto de la adquisición por la sociedad de sus propias acciones, se remite a los supuestos del art. 42 Cco –. Dicha situación se vuelve más compleja cuando primeramente el art. 4º de la Ley del mercado de valores (LMV) y luego el art. 78 de la Ley de Cooperativas (LCoop.) definen al grupo en torno a al "unidad de decisión" a la que quedan sometidas una pluralidad de sujetos jurídicos - entidades en un caso, cooperativas en el otro- , con referencia al control solamente en el primer caso y con expresa mención en el segundo de la posibilidad de que la cabeza del grupo pueda emitir instrucciones de obligado cumplimiento. En la medida en que la unidad de decisión se pueda entender como unidad dirección vemos recogido en el derecho español de sociedades las dos nociones antagónicas de grupo, con la particularidad de que la relativa a la sociedad cooperativa, por las características de la cooperación, debe entenderse como manifestación del grupo de coordinación en el sentido germánico. Particularidad que habrá de tenerse en cuenta en otro lugar es la relativa a que en el art. 78 LCoop se hace referencia al contrato como instrumento de constitución del grupo.

Esta situación generó una vieja discusión acerca de si debía considerarse como noción propia del Derecho de sociedades la contenida en el art. 42 Cco, como noción distinta de la que para el Derecho del M de V. establece el art. 4 LMV o si, por el contrario, debía partirse en ambos casos de la noción

establecida en este último. La polémica parece haber perdido fuerza, sin duda porque, en rigor, desde el punto de vista positivo no se puede hablar de una noción de grupo de alcance general en el ámbito del Derecho de sociedades. Debe insistirse en que ni ellos ni ningún otro en nuestro Ordenamiento viene conectado a una disciplina general del grupo en el ámbito societario (ARES, 1999, p. 1330), lo que no impide defender doctrinal jurisprudencialmente una noción para el Derecho de sociedades, más cercana a la basada en la unidad de dirección que la contenida en el art. 42.

b) - Línea de solución

La última oleada de reformas que de manera más o menos directa tiene a la legislación sobre grupos por objeto va contribuir, en una de sus manifestaciones principales, a mi juicio, a resolver el problema, por la vía de hacer más plausible esa noción doctrinal al difuminarse las diferencias entre las nociones a las que he hecho referencia, si bien la falta de coordinación que sigue existiendo entre reformas de distinta procedencia siguen generando confusión.

En ese conjunto de reformas cabe distinguir entre las que proceden de dos distintas fuentes. Por un lado la que se inserta en el proceso de regulación de la denominada sociedad cotizada, generalizado en el Derecho europeo, dentro del que se puede considerar la reforma relativa a la compañía abierta brasileña, regulada en L. nº 6385 de 7.12.1976 (art. 22), también reformada, últimamente en 2001 -, que introduce modificaciones en ese tema en las LSA y en la LMV, por otro la reforma del texto primitivo de la 7ª Directiva citada como consecuencia de la nueva Dir. 2003 /51 CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 18 de junio de 2003 (DOUE, L. 178, de 17.7.2003.) que amplía la noción de grupo a través de la de sociedad matriz obligada a redactar y publicar cuentas consolidada. Más precisamente, permite que lo hagan los EE MM en términos que les faculta para incluir junto a parte de los establecidos en la versión originaria (art. 1.1.) típicos supuestos de control aquel en “dicha empresa (matriz), y otra empresa (filial) se hallen bajo la dirección única de la empresa matriz” (art. 2. b), lo que da lugar, en el Ordenamiento español a la reforma del art. 42 Cco.

Las reformas derivadas de la primera fuente se contienen en la Ley denominada de Transparencia, L. 26/ 2003, de 17 de julio, cuyo título completo alude a la reforma de las leyes de SA y del M de V. Centrada es esta último campo - de modo que introduce en la LMV un título referido a las sociedades cotizadas- introduce en la LSA nuevas referencias a la misma,

así como reformas, que inicialmente pensadas para la cotizada se extienden al supuesto general de SA, como en tema de deberes de los administradores y responsabilidad de los mismos. En ambos contextos se ocupa en ocasiones de los supuestos en los que la SA forma de un grupo. En el último de los mencionados al tratar de establecer que se entiende por grupo, se remite a la noción del mismo contenido en el art. 4º de la LMV. Con ello vendría a resucitar aquella discusión a la que se hizo antes referencia, si no fuera porque una l acumular a aquella referencia otras de distinto contenido, por ejemplo la que hace el art. 127 ter 5. 3º, a la noción del art. 4º LMV. El problema puede resolverse por la vía de la reforma procedente de la segunda de las fuentes mencionadas.

Esta segunda y última reforma se contiene en la L. 62/ 2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que en tema de contabilidad se ocupa de la consolidada, consecuencia de la reforma de la normativa comunitaria a que se ha hecho referencia. El problema viene así resuelto por la misma vía que si no se había planteado si se había incrementado. El legislador español aprovecha la opción ofrecida por el comunitario modificando el art. 42 Cco a través de la adición de dos menciones. Una primera al comienzo del artículo contiene directamente una definición de grupo a los efectos del deber de contabilidad en él “Existe grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión” (nº 1, pº 2º). A mayor abundamiento se añade que se presume la unidad de decisión, entre otros casos, en aquel en que “por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única”.

Esta modificación, viene a resolver el problema de la pluralidad de posibles conceptos para el derecho de sociedades por la vía de referir en todos ellos la noción del grupo a la “unidad de decisión. Sin necesidad de remitirse aun precepto concreto, la coincidencia de los que existen en el doble campo del derecho societario y del mercado valores permite dar por básicamente superada la cuestión. Sin embargo esa doble referencia a una realidad unitaria – “unidad de decisión” y “unidad de dirección”, puede generar confusión en la medida que se considerase necesario distinguir entre dos nociones que, a mi juicio, debieran tener el mismo contenido. Dejando a un lado este problema – falso problema a mi juicio- para concluir con el tema en el derecho español de quedar apuntada la dualidad que se plantea por el hecho de que mientras la noción que deriva de los art. 42. Cco y 4º LMV, como la brasileña, remiten complementariamente a la noción de control, en el sentido de subordinación, la del art. 78 L Coop lo hace a la de coordinación (SACRISTÁN, 2000).

c) - La reforma italiana

Por su parte el Derecho italiano, dejando al margen, la eventual adaptación de la Directiva mencionada, aunque de modo indirecto aborda el tema de la noción de grupo en relación con el derecho societario en el conjunto que forma los arts. 2497 y 2497 series. del CC, reformado por el Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, en materia no solo de SA, con especial atención a la sociedad cotizada, sino del conjunto de las sociedades de capital, con particular referencia a las de responsabilidad limitada, así como a las cooperativas. Este texto introduce un nuevo Capítulo dedicado al grupo con carácter general. Del conjunto de ambos cabe deducir que se confirma la tendencia abandonar la noción de grupo vinculada exclusivamente a la de control, para exigir, al menos, que a esa nota se una la de dirección unitaria.

Del art. 2497, primero del capítulo y que se refiere concretamente a la responsabilidad, resulta que lo que define al grupo es “el ejercicio de la actividad de dirección y coordinación” empresarial por una entidad, cuyo carácter no precisa, sobre una o una pluralidad de sociedades, expresión aquella que alude de manera central a supuestos de dirección unitaria. Así, queda reflejada, por un lado la dualidad esencial del grupo – unidad económica y pluralidad jurídica -, por otro, la superación de la noción de control como central a la hora de definir el grupo, para subrayar la de dirección – única – y destacar la de coordinación, presente incluso en los grupos jerárquicos, seguramente como reflejo de la mínima autonomía de la filial, en términos que recuerdan, no solo en el título, a una obra de singular interés y, por lo que se ve influjo en el Derecho italiano (SCOGNAMOGGIO, 1996). No obstante, aun partiendo de la importancia de la dirección sobre un conjunto de sociedades, ejercida por un sociedad o un ente – cualquier otra estructura organizativa utilizable para el ejercicio de actividad empresarial-, la noción legal se apoya en el supuesto de control, concretamente obtenido mediante la titularidad de parte del capital de la filial, que permite el sacrificio del interés de concretas sociedades del grupo en aras de exigencias que trascienden ese interés, con la limitación a la que se hace referencia en el apartado siguiente. En efecto, de acuerdo con el art. 2497 series, relativo a las presunciones, la primera de ellas nos sitúa ante supuestos de ese carácter, a través de la remisión a los supuestos de hecho que motiva la redacción de cuentas consolidadas de grupo. No excluye, sin embargo el precepto supuestos de base contractual o estatutaria que permiten presumir la existencia del grupo, en cuanto esos instrumentos sirven para configurar la dirección única y la coordinación de las entidades – sociedades- que forma parte del grupo,

d) - Consideración de conjunto

En el plano legal la posición que pudiera tomarse por general en el resto de los EE MM de la UE, ha sido la que se configura en torno la nota del control – mayoritario- sin necesidad de unidad de dirección. A ello ha contribuido en buena medida el que es la nota del control – mayoritario –, en sus diversas manifestaciones, sin mención de la dirección unitaria, la que recoge el supuesto de hecho a que la Directiva sobre cuentas de grupo –consolidadas – conecta la obligación de elaborarla y publicarlas por parte de la sociedad, que es la misma que equivocadamente a mi juicio mantiene el IFE de cara al futuro de la armonización del Derecho de los EE MM de la UE, seguramente por entender que es la más generalizada. Respecto de esta última noción cabe incluso dudar que en rigor se haya recibido en ordenamiento alguno claramente como noción de grupo, destinada a legalizarlo como forma de empresa y a dotarlo de un tratamiento societario de conjunto y, desde luego, que esa recepción puede ser admitida sin crítica. En concreto podría afirmarse que lo que ha habido en general es, si acaso, la elaboración de nociones de grupo para aspectos parciales de su régimen societario - el de contabilidad consolidada, por ejemplo. Su adecuación a la realidad empresarial del grupo es una cuestión que de algún modo subyace a las dificultades que suscita su interpretación y últimamente se ha permitido su modificación en el propio contexto de la reciente reforma del régimen comunitario de la contabilidad consolidada, a la que se hace referencia más adelanten el sentido de admitir la unidad de dirección como elemento de central de la noción de grupo a esos efectos.

Así, aunque de forma simplificada se puede hablar de la polarización de la noción de grupo en torno a dos formulaciones, una de origen alemán, radicada en la ley citada, que viene referida al Konzern (& 18 y otra, que tal vez pueda calificarse de inglesa, a partir del significado que la doctrina suele conceder a la section 736 de la Companies Act cuando establece el carácter de los términos de holding company y subsidiary - pese a la advertencia de lo limitado del reconocimiento del group enterprise tanto en ese precepto como en el que recoge la obligación de cuentas consolidadas (FARRAR`S, 1998 p. 533), la noción configurada fundamentalmente sobre la idea de dirección unitaria, es la que parece ir afianzándose, por varias vías, entre las que a mi juicio puede contarse la jurisprudencial en Francia, si se consolida la doctrina de la sentencia dictada en el caso ROZENBLUM (SACRISTÁN, 2000, p. 17).

2 RECONOCIMIENTO LEGAL DEL GRUPO

2.1 Planteamiento

Aunque en sí misma considerada la noción de grupo tiene un importante valor conceptual, el valor normativo deriva de que, a través de la misma se reconoce transcendencia jurídica a la figura definida, o bien para reconocerla en ese plano y atribuirle determinados efectos positivos, o bien para prohibirla, con la consecuencia contraria. Sobre esa base la pura denominación con algún efecto del primer tipo, como es la obligación de elaborar la contabilidad consolidada, implica el reconocimiento la legalización del grupo, al menos en el concreto sector al que pertenece esa obligación, el societario. Sin embargo el puro reconocimiento de una obligación de ese tipo, que implica la existencia de relaciones entre sociedades, no apunta a la existencia de una dirección unitaria, sobre todo si expresamente el legislador no la presume y, consiguientemente tampoco el reconocimiento de aquella obligación, por sí sola no produce el efecto de que una sociedad pueda imponer a otras la política empresarial común. De ahí que en el plano comunitario, el Denominado informe WINTER, encargado por la Comisión de la UE, para la prosecución de la política encaminada al perfeccionamiento del Derecho de sociedades europeo señale como un objetivo fundamental de los EE MM en esta materia el completo y claro reconocimiento de los efectos – legalización – del grupo, lo que exige la efectiva protección de socios y acreedores.

En el caso de ausencia de legalización, es decir, desde la perspectiva del Derecho tradicional de sociedades, el ejercicio de aquel poder – fáctico en sentido estricto – supone una injerencia, que desconoce la autonomía de la sociedad que sufre el perjuicio; una anomalía, que, a falta de otros recursos, encuentra en ocasiones tratamiento plausible a través de la doctrina del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica para, entre otras formas de hacer efectiva esa responsabilidad, hacer a la matriz responsable de las deudas sociales frente a los acreedores de la filial. Si, como veremos más adelante, la medida es ha sido objeto de crítica es debido fundamentalmente a que se entiende que, de manera más o menos clara y pese a no establecerse el sistema adecuado a ese reconocimiento de responsabilidad en el grupo, el grupo ha sido legalizado, debiendo recurrirse a alguna vía para aproximarse interpretativamente al mismo, como puede ser en estos momentos, en nuestro Ordenamiento, entre otros, la del administrador de hecho.

2.2 La situación en el Derecho español

En el Derecho español las dificultades derivan de la situación del tema que se ha podido deducir de lo dicho en materia de concepto. Si solo hay nociones para aspectos o subsectores diferentes en el ámbito del Derecho societario y solo una de ellas apunta a que esa noción implica el reconocimiento del poder de dirección, parece que no sea posible establecer la legalización de ese poder en el resto del mismo. Sería precisa, para atender al deseo formulado en el Informe WINTER una norma general en ese sentido, al menos, por lo que aquí interesa, para el Derecho de sociedades. De la misma manera, falta una regulación en aspectos que, como se ha indicado completan ese reconocimiento – de protección de intereses –, aunque, naturalmente existen un conjunto de normas que disciplinan otros aspectos de la actividad del - o en el - grupo, desde la mencionada obligación de la matriz en relación con las cuentas consolidadas hasta numerosas previsiones en materia de de otros deberes de información, especialmente en la sociedad cotizada y algunos límites a la actuación de las sociedades o los administradores de una sociedad del grupo de adquirir acciones de o de realizar operaciones con sociedades del grupo.

Sucede que, mientras resulta relativamente fácil en la actualidad extraer del conjunto de esos preceptos una noción general, como se ha visto, no es fácil hacer lo mismo en relación con la los dos aspectos de la legalización que se han distinguido en el tema. Por lo que hace a los requisitos o condiciones, mientras los art. 42 Cco y 4 LMV, parten de una situación de puro hecho, para una eventual legitimación del grupo y del poder de la cabeza del mismo, el art. 78 L coop, se une a la corriente germánica al exigir la realización de un contrato. La eventualidad de convertir a la noción de grupo y a su régimen en el centro del tratamiento del grupo en el Derecho societario, extendiendo todo él al grupo en el caso de referirse a otros tipos societarios (DE AMIGO, [s.d.], p. 222 y s.) tendría una clara ventaja desde esta perspectiva, en cuanto el precepto reconoce expresamente como se ha dicho el poder de dirección unitaria. Ello llevaría a generalizar la exigencia del contrato, con la facilidad de utilizar los antecedentes de los ordenamientos que siguen este modelo. Sin embargo no me parece correcto hacerlo, ya que, a mi juicio la exigencia del contrato en este caso obedece no a una razón de política jurídica general, sino a la de atender la peculiaridad del grupo en el ámbito cooperativo que debe tener un carácter paritario que hace especialmente necesario el contrato. Por otro lado se acarrearían los obvios inconvenientes de este modelo que se harán explícitos en el apartado siguiente, aunque tal vez no fuera necesario hacerlo.

La ausencia en los textos legales de una clara y directa legalización del grupo no impide mantener sobre una base de pura y elemental lógica que un tan amplio, aunque disperso e incompleto reconocimiento de la realidad del grupo, debe llevar al intérprete a entender que legitimación en el Ordenamiento español se reconoce, concretamente en el derecho de sociedades la posibilidad de dirigir el grupo conforme a las exigencias de lo que se ha denominado el interés del mismo y consiguientemente la posibilidad de que en el grupo jerarquizado, el más común, la cabeza del grupo pueda impartir instrucciones incluso lesivas para las filiales, si media algún modo de compensación, que permita atender básicamente los restantes intereses en juego. Así viene argumentando un sector de la doctrina española, en particular (IRUJO, 2003, p. 966) e incluso se puede apoyar en aspectos de una amplia jurisprudencia que se aproxima al tema de los grupos desde el ángulo del desconocimiento de la personalidad jurídica de la matriz, pese a su aplicación seguramente no de forma muy correcta. En el Derecho proyectado esa es la solución que trata de incorporar la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles (PCSM)

2.3 Legalización en el derecho Brasileño

A la hora de examinar la base legal de esa situación es preciso tener en cuenta que, a semejanza de lo que sucede en el Derecho alemán, el brasileño, cuenta en la propia L S/A un capítulo, el anterior a aquel en que se regulan las vinculaciones entre sociedades– coligadas y controladoras e controladas, arts. 243 y ss.- que, tras la reciente reforma de los textos básicos del derecho Privado - que incorpora al CC la generalidad de la materia del Derecho comercial terrestre- tiene su correlato en el que se dedica al tema en el CC que extiende las líneas generales del mismo, establecidas para la S/A, a todas las sociedades, sobre todo en lo que se refiere al régimen contable (CARVALHOSA, 2005, p. 419 y s). Así pues, un conjunto de preceptos, encabezados por el mencionado art. art. 265 L S/A, 1976, que sigue tomándose como referencia, del que forman parte los arts. 272 y ss. -, especialmente el art. 273- e incluso el conjunto de los que se refieren a las sociedades vinculadas, más concretamente los referidos al segundo de los dos supuestos referidos, permiten, con facilidad establecer el reconocimiento de esa legalización, con la posibilidad en el supuesto central, el del grupo constituido con las condiciones de la legalización, de la posibilidad de que la administración del grupo, que en el grupo jerarquizado de que se parte se localiza en la sociedad matriz – sociedade de comando do grupo -, puede impartir directrices a las sociedades filiales – filiadas - incluso con perjuicio para éstas, con

las consiguientes contrapartidas, también legalmente establecidas.

En el caso del Derecho brasileño, también como en el del Derecho alemán, la condición básica para esa correcta constitución es la del establecimiento de un contrato (art. 265), cuyo contenido viene fijado en sus líneas básicas (art. 266) y conforme a un proceso similar en sus aspectos generales a la que exigen otras formas de alteración estructural de la sociedad – transformación, fusión escisión -, en razón de lo que formalmente significa y también de su significado material, como forma de concentración, que lo asimila a la fusión, con la importante diferencia de que las sociedades conservan su estructura organizativa y su personalidad jurídica y patrimonio (art. 266), así como, consiguientemente, su responsabilidad, con las matizaciones que la propia ley establece en materia de responsabilidad de la sociedade de comando do grupo (art. 276, y 273, en relación con el 246) que aquí presenta peculiaridades con el Derecho alemán, que habrá que considerar al hablar de ese tema.

En principio un sistema de legalización como es el así establecido tiene la virtud de dejar claras la circunstancias en las que a la sociedad cabeza del mismo se permite impartir directrices a las otras sociedades del grupo, de modo que, pese al mantenimiento de la propia personalidad jurídica, éstas deban ser de obligado cumplimiento, incluso en casos de perjuicio para la destinataria. No puede sin embargo afirmarse que cualquier pronunciamiento claro sea el adecuado y, como se señalaba al comienzo el del Derecho alemán y brasileño son prueba de ello. El carácter voluntario de la legalización crea el riesgo de que no se celebren o formalicen esos contratos lo que se confirma en ambos Ordenamientos. Si en el caso del alemán ha permitido hablar de un fracaso del propio sistema, (HOPT, 1987 p. 381) que se manifiesta en el número relativamente bajo de grupos que se acogen a la firma del contrato que legaliza plenamente su existencia, el mismo fenómeno se manifiesta en la actualidad en el Derecho brasileño (CARVALHOSA, 2002, p. 311) como ya se anunciaba en los primeros tiempos (EMBED, 1988, p. 25 y s.). La solución es recurrir a dualidad del grupo de derecho y de hecho merece una reflexión aparte, sobre todo a la vista de algunas consideraciones al respecto de la doctrina italiana ante la nueva regulación en ese Ordenamiento que, en principio, no requiere del recurso a esa categoría.

2.4 Derecho italiano

En el Derecho reciente posterior a 2003, sobre la base de la modificación del CC a la que se está haciendo referencia puede deducirse esta legitimación

del mencionado art. 2497, sin necesidad de que se cumpla otra condición adicional al hecho de que, como consecuencia del control una u un conjunto de sociedades queden bajo el poder de dirección – y coordinación- de una sociedad o entidad. Esta circunstancia determina que no se pueda hablar de un grupo contractual como equivalente a un grupo “de derecho”, como en los derechos alemán y brasileño, porque el grupo de derecho se basa en la constatación de un hecho. En ese sentido me llama la atención el énfasis que pone algún sector de la doctrina italiana en el carácter “fáctico” del grupo reconocido en el derecho italiano (TOMBARI, 2004, p. 62).

3 CONSECUENCIAS

3.1 Del incumplimiento de los requisitos: el grupo “de hecho”

Es bien conocida la deriva que lleva a la doctrina alemana, sobre la base de una regulación “del ejercicio del poder de dirección sin la firma de un contrato de dominación” (parágrafos 311 y ss. AktG 1965) dulcificados en trámite parlamentario, seguramente ante la eventualidad de que un tratamiento más riguroso de ese supuesto de incumplimiento llevase a la necesidad de una actuación desmedida de los Tribunales, o a una plena ineficacia de las normas, - cosa que no se evitado totalmente ante el tipo de compensación a la sociedad dominada que se establece en ellas- al reconocimiento del denominado grupo de hecho, que en rigor no es grupo en sentido propio, al no estar plenamente legalizado el poder de dirección, sino ejercicio de hecho del poder de dirección. Así mismo, que ese camino llevará a la más compleja construcción del grupo de hecho cualificado, en una siempre ingeniosa operación de forzar los términos de la ley para remediar con sentido práctico la falta de él que se refleja en el establecimiento del llamado sistema contractual de legitimación del grupo. Todo ello relaciona al grupo de hecho, más que una forma de las denominadas relaciones de hecho con un modo práctico de solucionar problemas que un planteamiento loable pero poco práctico del tema del reconocimiento del grupo.

La necesidad de atender en Brasil, lo mismo que en Alemania el problema de que la gran mayoría de los grupos que no cumplen los requisitos vinculados a la celebración de contrato, sin negar plenamente un cierto reconocimiento de la realidad del grupo lleva a la doctrina brasileña a buscar y encontrar elementos para una construcción semejante en la L S/A, cuyo concepto se identifica con el de la relación entre sociedad controladora y controlada (art. 243 §2) y los

aspectos básicos de su régimen en los dos preceptos siguiente, relativos a la responsabilidad de los administradores y de la sociedad controladora. Así, a los primeros esfuerzos de la doctrina por establecer noción y régimen de esa categoría de grupo, sobre la base de la ley (COMPARATO, 1978; WALD, A; EIZIRIK, 1980, p. 155 y ss.), a los que entes se hizo referencia, aquella ha seguido elaborando en detalle la figura y su régimen, en aspectos como el de la remuneración de los administradores del grupo (WALD, 2004), o de aplicación, en el ámbito de la defensa del consumidor de los supuestos de penetración de la personalidad jurídica que su legislación prevé (MORALES, 2005, p. 162 y s.). (LIMA; ENGRACIA, 1994, Lyabiliti of corporate groups, p. 325).

Del régimen brasileño merece recordarse que la regulación contenida en los aludidos arts. 245 y 246 LS/A, sobre responsabilidad de los administradores y de la sociedad controladora, presenta importantes peculiaridades respecto del sistema alemán, sobre todo en la medida en que se trata de que cada administrador compense los daños causados a la propia sociedad y que la sociedad controladora, compense en su caso - con los supuestos de responsabilidad comunes con los del accionista de control de la sociedad aislada - los que sufran los accionistas de la propia sociedad, respetando rigurosamente la separación de patrimonios entre sociedades. La presencia especialmente en tema de responsabilidad de la controladora de los planteamientos relativos a la del socio controlador en la sociedad aislada, con la consideración como abusivas de determinadas circunstancias que, como el eventual perjuicio de una sociedad del grupo, son normales en un grupo, (remisión del art. 246 al art. 117 § a.), aleja el tratamiento del grupo de hecho el que es propio de un grupo, efectivamente considerado como tal.

En todo caso lo que parece quedar claro en el llamado grupo de hecho es, en primer lugar, que si existe posibilidad de calificarlo de grupo es porque se tolera un cierto ejercicio de la dirección unitaria del conjunto de los miembros del grupo, incluso en perjuicio inmediato de las sociedades. Este hecho en el Derecho alemán se considera especialmente desde la perspectiva de las dominadas y su relación con la dominante y en el brasileño desde cada sociedad, aisladamente, con especial referencia al daño sufrido en el patrimonio de la dominante. En este contexto y como prueba de ese reconocimiento en último extremo tanto en un caso como en otro cobra especial relieve el hecho de que la compensación adecuada a los sujetos titulares de las acciones que en esos artículos se reconocen elimina la eventual responsabilidad en uno y otro caso. Por otra parte

parece claro, además, el carácter restrictivo del reconocimiento de esa facultad con referencias en los dos ordenamientos al modelo de la sociedad aislada - en el caso del derecho brasileño por la vía del recurso al régimen del socio de control, como se ha recordado-, la menor extensión y efectividad que cabe dar a la dirección unitaria respecto del grupo de derecho, salvo la incapacidad del Ordenamiento y sus servidores para hacerlo cumplir, o la falta de necesidad de ello si efectivamente una política rentable de grupo y una acertada gestión permite una ágil compensación de perjuicios.

Supuesto, que el distinto modo de legalizar al grupo en el Derecho italiano esta claro que no es necesario el recurso a la figura del grupo de hecho, al no configurar como de derecho el grupo contractual llama la atención el énfasis que algunos autores italianos ponen el carácter “fáctico” “del grupo reconocido y regulado en ese Derecho (TOMBARI, 2004, p. 62), que parece adquirir un significado mayor que el de la referencia a que el reconocimiento del grupo se base en una serie de circunstancias de mero hecho, sin exigir de ninguno de los sujetos jurídicos un comportamiento similar al de la firma de un contrato. Puesto en relación ese calificativo con la semejanza que, sin duda existe entre el régimen del grupo de hecho en el Derecho alemán y el de derecho en el italiano parece que se sugiere que el reconocimiento del interés de grupo y del poder de dirección se hubiera rebajado al grado que en esos ordenamientos tiene el grupo de hecho. Desde ahí se podría llegar a cuestionar si ese nivel limitado de reconocimiento es el que corresponde a la renuncia a utilizar la firma del contrato como medio de legitimación. Algunas consideraciones sobre esta cuestión, que tal vez por su imposible respuesta no debiera plantearse, se harán al hilo del último de los epígrafes de este apartado. Ecos de doctrina alemana.

3.2 Consecuencias del cumplimiento de los requisitos

La fundamental de ellas, que se considera aquí en relación con el grupo de derecho -, en principio sin distinción de cual sea la vía de legalización - es la más plena posibilidad – en términos absolutos y en relación con el grupo de hecho - de que la cabeza del grupo pueda ejercitar el poder de dirección sobre todas las sociedades del grupo, de modo que todas ellas sean dirigidas como parte de una empresa, como consecuencia de la obligación de las mismas de seguir las directrices de aquella, incluso cuando experimenten perjuicios patrimoniales. Esa mayor medida se expresa en los ordenamientos de sistema contractual en la amplitud con que suele reconocerse

a su titular esa facultad (§ 308. 1 AktG) o la obligación de someterse a ella de los administradores de las filiales (§ 308. 2 AktG, Art. 273 L S/A). Así mismo, donde se reconoce la obligación de compensar los daños patrimoniales en la mayor flexibilidad en la compensación de las mismas (§ 302 AktG). Desde luego el régimen del Derecho italiano, que no admite término de comparación, la legalización implica como en el alemán la impartición de instrucciones lesivas siempre que la lesión sea compensada con otros efectos de la medida o mediante actuación posterior dirigida a la satisfacción del perjuicio (GIZZI, 2004, p. 345).

Volviendo a la cuestión planteada en relación con este último Ordenamiento, de acuerdo con el texto del artículo correspondiente “No existe responsabilidad cuando a la luz del resultado conjunto de la actividad de dirección y coordinación resulta que no existe el daño o que fue íntegramente eliminado, como consecuencia de operaciones destinadas a ese fin.”(art. 2497, 1, inciso final, CC). Es cierto que en una primera lectura del precepto - en el que, como se ve, los aspectos relativos a la noción y a la legitimación se engarzan con el que la rúbrica destaca, el de la responsabilidad -, se aprecia en la referencia a la compensación, como elemento que la elimina, una proximidad mayor al tratamiento que se establece para el grupo de hecho del Derecho alemán, que al de derecho – que sería el correspondiente -; pero ello deriva de la circunstancia de que al prescindir del contrato como medio de legitimación se hace muy difícil, sino inviable en la práctica, una mayor semejanza con el tratamiento alemán del grupo de derecho. Lo que, a mi juicio no debe llevar, como parece insinuarse, a equiparar el efecto legitimador del grupo en el Derecho italiano al que tiene el grupo de hecho en el alemán. En ese sentido no cabe, a mi juicio tampoco encontrar límites en el criterio en virtud del cual el daño generado determina genéricamente la obligación de compensar, en su elemento sin duda fundamental; la “violación de principios de correcta gestión social y empresarial”, en actuación en propio interés o en el de otro. Solamente cabe dudar de si el eventual recorte puede venir de la invocación de la coordinación como reflejo del reconocimiento de una mínima autonomía real de la filial, en términos que recuerdan, no solo en el título, a una obra de singular interés y, por lo que se ve influjo en el Derecho italiano (SCOGNAMOGGIO, 1996)

Con todo el difícil tema de los límites del poder de dirección en el grupo, no excluye en general esa autonomía. En la literatura brasileña existen también claras manifestaciones de esa tendencia a interpretar los límites legales, establecido en la ley y el contenido del contrato en términos amplios que, en último

extremo cabe amparar en la referencia a la primera. Así el claro y reiterado reconocimiento del interés del grupo como guía de la actuación de la administración del mismo (MARTINS, [s.d.], p. 431 y ss. 476 y ss.) no es óbice para reconocer en las atribuciones del administrador de la sociedad filial, sobre la base de la independencia de la persona jurídica un límite a las de los administradores del grupo (p. 470). De nuevo la realidad de precisiones de este tipo puede tropezar con la efectividad de su cumplimiento en la realidad del grupo.

En cuanto a otras consecuencias de esa legalización, su enumeración podía llevarnos a tratar en este apartado toda aquella parte del Derecho de grupos referida la protección de los intereses de socios y acreedores, hablando de la protección de los socios, tema que en estos momentos en el Derecho europeo se encamina por los cauces del Derecho de separación, como pone de relieve el art. 2497 quater del CC italiano, en términos más o menos semejantes a lo que se prevé en el art. 270, parágrafo único de la LS/A brasileña y del que en España no existe equivalente. Si no se quiere abordar aquí todo ese temario, que además alargaría excesivamente el trabajo será preciso remitirlo, salvo uno de sus aspectos, el último que aquí se abordará que es el de la responsabilidad, aunque solo sea para tratar de completar las múltiples referencias aisladas a ese tema que ha sido preciso hacer al hilo del últimamente tratado.

4 LA RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO

4.1 Necesidad de un tratamiento específico

En la práctica el gran tema del Derecho de grupos es el de la responsabilidad en el seno del mismo, no del grupo, ya que la falta de personificación del mismo priva, en rigor, de validez a esa forma de abordar el tema. Desde una perspectiva general se pone de manifiesto por la conexión que tiene en el problema central, al que ya se ha hecho referencia es el de establecer el adecuado equilibrio entre poder y responsabilidad, (SANCHEZ, 1998, p. 120). Conviene indicar en relación con este planteamiento general el relieve que cobra el hecho de que en la matriz como tal y en su órgano de administración especialmente residan las facultades propias de la administración del conjunto del grupo, con independencia de la mayor flexibilidad con la que esas facultades se ejerciten respecto de la filial o filiales, que lleva de manera natural a pensar en la responsabilidad de los administradores adaptada a las circunstancias del grupo y en caso de faltar pronunciamiento legal a la

figura del administrador de hecho.

Desde la perspectiva del *Shutzrecht* y de modo inmediato, el ejercicio del poder de dominio por parte de quien lo ejerce – matriz - sobre una sociedad – filial -, en la medida en que cause daño al patrimonio de esta, genera la obligación de resarcimiento del mismo a cargo de la matriz, en su caso, la posibilidad de ejercicio de la correspondiente acción, para reparar el daño causado, susceptible de calificarse como de responsabilidad contractual o extracontractual según las circunstancias. La sumisión de la filial a la matriz dará lugar en muchas ocasiones a que la reclamación tienda a producirse sólo cuando el perjuicio lo experimenten socios – ajenos al círculo de poder del grupo, que no ven compensados los perjuicios derivados de su condición de tales en la filial cuyo patrimonio – o los acreedores insatisfechos de la misma, para quienes no son suficientes las vías comunes de reclamación a la filial o a sus administradores. En este último aspecto tiene además interés observar que al reconocerse jurídicamente el reparto de poder propio del grupo se impone la consiguiente atenuación de la responsabilidad de estos últimos en la medida en que aquel modifica su posición respecto de la sociedad filial. Estas consideraciones, formuladas desde una perspectiva puramente lógica se ven confirmadas de alguna manera tanto por el Derecho más clásico en la materia, el alemán como por el más moderno, el italiano con la clara diferencia de la complejidad del primero y la mayor sencillez del segundo. A ambos habrá que hacer una referencia, aunque sea sucinta, para tener elementos de contraste con la situación de los dos Ordenamientos aquí considerados especialmente y que presentan una clara carencia normativa, con el necesario recurso a la aportación doctrinal y jurisprudencial.

En este contexto debe advertirse que la protección de los socios minoritarios, los llamados externos – ajenos a la esfera de poder -, requieren de una protección especial, que en aquellos Ordenamientos se les otorga - §§ 304 a 306 AktG y art. 2497 quater CC – al igual que en esta caso también el brasileño – art. 270, parágrafo único LS/A y el español, solo en proyecto – Art. 599 PCSM. Instrumento común, con matizaciones es el derecho de separación, resulta ser también encontrarse en el centro de las sugerencias que en el ámbito comunitario europeo se formulan en orden a la armonización de los derechos de los diferentes EE MM de la UE a juicio del IFE (SACRITÁN, 2000, p. 19), que no van a ser objeto de análisis y de los que bastará esa breve mención.

Volviendo al plano de la práctica, resulta que, en la línea de estas últimas observaciones el supuesto en que se planteará con más frecuencia el tema de responsabilidad será aquel en el que acreedores de

la filial exigirán a la matriz el pago de las deudas de aquella ante el incumplimiento—eventual insuficiencia patrimonial derivada de la política del grupo— así como de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Tampoco será infrecuente la pretensión de exigir la responsabilidad propia de los administradores a los de la matriz, o a la propia matriz como administradora, - de hecho o de Derecho - de la filial. El éxito de estas acciones viene en mayor o menor medida asegurado por el propio derecho positivo en el caso de Ordenamientos que, al regular el aspecto correspondiente del fenómeno de los grupos, abren, con mayor o menor amplitud, las correspondientes vías de tutela de los intereses que el grupo pone en riesgo en esas situaciones.

4.2 Responsabilidad y estructura del gobierno del grupo

Como se decía en la introducción la literatura más reciente tiende a dar mayor importancia a los aspectos del Derecho societario del grupo que tiene que ver con su dimensión organizativa - Organisationsrecht - que fue postergada por los textos legislativos hoy vigentes y con la literatura que se desarrolló a la luz de los mismos, centrada en los temas de protección de intereses. Aquella especial atención a éstos estos aspectos no ha impedido que aquella legislación - la alemana y las que la siguen al regular el contrato de dominación -, como la reflexión doctrinal a propósito de la misma, hayan tenido en cuenta aspectos de la incidencia sobre la junta y los propios socios de la sociedad dominante, al menos a la hora de conceder - legalmente- a aquella un papel central en la aprobación del contrato que legitima el grupo, y con posterioridad -doctrinalmente - un genérico papel de control de la administración del grupo, encomendada a su órgano de administración (MASSAGUER, [s.d.] p. 295 y ss.).

Sin embargo es la doctrina más reciente en su particular atención a la organización del grupo es la consideración de ese cambio de papeles en su incidencia potencialmente negativa no ya sobre la sociedad filial y sus socios sino para la propia sociedad matriz y los suyos (MASSAGUER, [s.d.], p. 298, LIMA, [s.d.] p. 16 y ss y 123 y ss.). Ello implica repensar el tema de las funciones de los órganos, de la protección de los accionistas de la sociedad madre en función del efecto del grupo en la misma, no necesariamente beneficiosa, del mismo modo que no es necesariamente perjudicial para la filial. Las propias reformas legislativas recientes inciden más en estos aspectos como ha habido ocasión de ver en el Derecho italiano. Conviene advertir que en temas como el de la responsabilidad - incluso en el grupo

- inciden los desarrollos en materia de los deberes fiduciarios de los administradores - producidos en relación con el régimen de la SA en general y de especial importancia en el reciente Derecho español (CALERO, 2005, p. 173 y ss.).

Ciertamente en un estudio más detallado que el que puede hacerse habría que entrar en aspectos que tuvieran en cuenta esos aspectos de transformación de la estructura organizativa y su reflejo en temas como el que aquí se aborda. De momento debe quedar apuntado simplemente para advertir de aspectos que luego se apuntan en relación sobre todo con la responsabilidad de los administradores.

4.3 Las diversas soluciones

4.3.1 En el modelo germánico

4.3.1.1 Derecho alemán

Sobre la base de lo hasta ahora dicho ese planteamiento lleva en primer lugar a situar en la base de esa responsabilidad una genérica obligación de la sociedad matriz de resarcir a la filial de los perjuicios causados, por la eventual y legítima - entre otras cosas por venir exigida por el interés del grupo - impartición de directrices lesivas para su patrimonio, la posibilidad de ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad frente a la sociedad cabeza del grupo surge cuando la misma no cumpla esa obligación, configurada de manera diferente en el grupo plenamente legalizado (§§300 y ss.) y en el supuesto del llamado grupo de hecho (§ 317). En cuanto a los administradores de la matriz, se establece la responsabilidad correspondiente a los administradores del grupo, en el primer caso (§309) y por la no reparación de daños en los términos establecidos, conjunta con la sociedad y con los administradores de la sociedad filial, en el segundo (§§ 317 y s.).

En el primer supuesto de responsabilidad de la matriz el tratamiento del tema parte del establecimiento de una serie de obligaciones de la misma de las que adquiere un lugar central la de asunción de pérdidas de la filial (§§. 302 y 3003), que permite vincular la responsabilidad de aquella frente a ésta al hecho de no mantener indemne el patrimonio de esta última filial, y que adquiere una proyección externa por vía jurisprudencial, tras ser caracterizada inicialmente Zustandhaftung por parte de la doctrina alemana (ESCHENBRUCH, 1996, p. 170), que excluye cualquier otra consideración sobre el comportamiento de la matriz al generarse las pérdidas , se matiza con ocasión de la aplicación de éste precepto a los denominados “grupos de hecho

cualificados” (GIRGADO, 2002, p. 38 y ss.) hasta adquirir una configuración que integra elementos propios de la *Verhaltenshaftung* (Id., p. 42), lo que permitiría, al menos, hablar en este momento de una configuración mixta de la misma (ARRIBA, [s.d.], p. 398). Esa medida de protección del conjunto de aquellos intereses, se complementa con la protección en un supuesto concreto de los acreedores (art. 303) y la amplia y diversificada de los accionistas externos al grupo, que se sitúan en el momento de legalización del grupo, sin duda en virtud de su proximidad con una modificación estructural entre las que cabe incluir junto a las que específicamente protegen a los de la filial (§§ 304 y ss.), las previsiones más genéricas y ampliamente tutelares de los socios relativas a la aprobación del contrato por las juntas generales de las sociedades afectadas (§. 293), incluida en su caso la dominante.

Al lado de esta responsabilidad de la matriz hay que situar la que en primera instancia se establece para los administradores de la sociedad dominante que imparten aquellas directrices, quienes deben actuar con la debida diligencia, que debe medirse en relación con el interés del grupo - que justifica su calificación como *Verhaltenshaftung* - y que se extendería a la matriz (ESCHENBRUCH, 1996, p. 170) seguramente en cuanto titular del poder de dirección que ejercitan sus administradores. Esta acción de responsabilidad se considera expresamente ejercitable también por socios y acreedores de la filial en los términos §309, sobre el que versan las consideraciones anteriores.

En cuanto al régimen de responsabilidad del denominado “grupo de hecho”, el conjunto normativo que se le dedica parte de una pretendida limitación de lo que nominalmente ya no se considera poder de dirección sino influencia dominante (§. 311) y se desarrolla a través de la imposición a la dominante de la obligación de compensar los perjuicios del ejercicio que, al concluir mismo deberán al menos estar determinados y garantizada su compensación (§§ 311 y 317); del deber los administradores de la dominada de elaborar un informe de administración del que se desprendan claramente esos perjuicios y en su caso la compensación, para desembocar, en el tema que aquí interesa, en la responsabilidad de la dominante por el incumplimiento de esa obligación, que se extiende, en las circunstancias establecidas en la Ley (§ 317) a los administradores de aquella y a los de la dominada (§. 318). Estamos en presencia de una serie de supuestos de responsabilidad derivados del incumplimiento de deberes de compensación, básicamente individualizada que se sitúan más bien en la esfera de la *Verhaltenshaftung* (ESCHENBRUCH, 1996, p. 170).

4.3.1.2 Derecho brasileño

Frente a la complejidad del Derecho alemán el brasileño, dejando bien de manifiesta la finalidad primordial que es la de legitimar el poder del grupo, con lo límites más atrás aludidos, no se ocupa de la protección de los terceros ni directamente, configurando una acción específica, ni de forma indirecta cuidando de la integridad patrimonial de la filial en términos que haga posible la atención por la misma de sus propias deudas, de acuerdo con lo que por regla general implica el mantenimiento de la personalidad jurídica. Son los accionistas en cualquier caso los que reciben protección por esta vía. Las normas sobre responsabilidad de la matriz se concentran, por un lado en cada sociedad vinculada, aisladamente considerada, dentro de las normas que doctrinalmente se asignan a la regulación del grupo de hecho. (arts. 246/247 L S/A), sobre la base de que los administradores no pueden beneficiar a sociedad vinculada o controlada en perjuicio de la propia sociedad administrada por ellos. y por otro, en el grupo de derecho, en el precepto que se ocupa de perjuicios derivados de actos contrarios al contrato de grupo (art. 276). En el primer caso concreto la responsabilidad de la sociedad, controladora o no, se produce en los mismos términos que la de socio de control de la sociedad aislada por abuso de poder (art. 246), pudiendo ser ejercitada la acción por cualquier accionista de la misma, si presta caución. o por una minoría, sin necesidad de la misma (art. 247). En el segundo caso son los socios minoritarios – externos-, por tanto característicamente los de la filial los que podrán obtener en esos casos los perjuicios ocasionados por la administración. En ambos casos la responsabilidad afecta también a los administradores de la sociedad en cuestión. La protección a terceros, con la posibilidad fundamental de establecer la responsabilidad de la sociedad matriz – en cuanto socio de control- o los administradores de la misma – con la eventualidad de extenderla a la matriz- habría que buscarla por la vía de las normas relativas a la responsabilidad ante tercero del socio de control, del deber de diligencia de los administradores y de lo dispuesto también con carácter general para los supuestos de desviación de poder de los administradores (LOBO, [s.d.], p. 131).

La dificultades que, en el caso sobre todo de los grupos de derecho, entraña la interpretación de esas normas en términos que tengan en cuenta no la sociedad aislada con su interés social, sino el interés del grupo, lo que entraña una de las peculiaridades y ventajas fundamentales del grupo (LOBO, [s.d.] p. 126), da lugar a que la doctrina y la jurisprudencia haya tendido a utilizar la base de formulaciones más general y diversamente adaptadas a la realidad del grupo como son, por un lado la doctrina del

levantamiento del velo, y la del administrador de hecho por otro. La primera tiene una amplia presencia tanto en la realidad brasileña (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 174 y ss.) como en la española (RODA, esp. para el grupo, [s.d.], p. 372 y ss.), por lo que aquí interesa especialmente. La pretensión jurisprudencial de muchos países en que falta un pronunciamiento positivo específico sobre grupos, de orientar la solución del problema por la vía del desconocimiento de la personalidad jurídica de una manera general ha sido criticada tanto en la doctrina española (GIRGADO, 2002), como en la brasileña, recientemente con especial énfasis (MUNHOZ, 2004, p. 25 e ss.) La segunda de las posibilidades mencionadas es la que aplica planteamientos de la administración de hecho al grupo, bien circunscrita a hechos especialmente graves – crisis de la filial – o de manera general. Esta vía, ampliamente explorada en la doctrina reciente española en toda su amplitud, (ECHEGARAY; CHINER, 2003), con especial rechazo, sin embargo, en su aplicación a los grupos (DE AMIGO, [s.d.], p. 76) aparece también la brasileña, recientemente con inspiración en el primero de los autores españoles citado (PAULIN, 2003, p. 114 y 115)

4.3.1.3 Derecho italiano

En el Derecho italiano se aborda directamente la cuestión, como se ha dicho en el primero de los preceptos dedicado al grupo en el CC (art. 2497) , en parte por esa razón, en parte por la técnica adoptada se convierte en la pieza clave no solo de la vertiente protectora de intereses, sino también de la organizativa del derecho societario de grupos de acuerdo con la distinción que se ha generalizado en la doctrina. Lo primero resulta evidente por el objeto del precepto, lo segundo en razón de aquella parte del precepto que establece como requisito de la conducta determinante de la responsabilidad, que ha de ser, naturalmente de dirección y coordinación de varias sociedades. Situada la reforma que introduce esta nueva regulación en un contexto doctrinal que privilegia la perspectiva organizativa que domina en el actual Derecho de grupos y en el legal de elaboración del régimen de la sociedad cotizada, desde la del buen gobierno corporativo, opta el legislador en el art. 2497 CC por una solución que tiene como trasfondo el papel de la propia matriz como órgano del grupo, de las filiales, no lejano al del art. 309 de la AktG alemana, en la interpretación propuesta, en cuanto el presupuesto de la responsabilidad, junto al daño el incumplimiento de un criterio de correcta gestión, con las diferencias respecto al mismo a que inmediatamente se hará referencia.

El primero de los elementos sobre los que se basa la responsabilidad es el incumplimiento

del deber de diligencia por cuyo incumplimiento se sanciona la actuación de la cabeza del grupo; deriva esa responsabilidad de su actuación “en interés empresarial propio o de tercero, con violación de los principios de correcta gestión societaria y empresarial de la sociedad misma” – la filial-. Más allá de un elemento del supuesto de hecho que genera responsabilidad, este inciso establece la cláusula general conforme a la cual ha de gestionarse el grupo (TOMBARI, 2004, p. 69). Es importante esta precisión, en relación con la del criterio de gestión unitaria aludida más arriba, como particularidad del régimen de los grupos, no solo en este contexto, sino en el de la legalización del grupo, que queda establecida en estos términos en aquel aspecto que es más delicado: el de la validez de las instrucciones de la cabeza del grupo dañosas para alguno de los miembros del grupo, incluida ella misma. Desde la perspectiva aquí adoptada se ha se ha criticado especialmente la expresión con la que se establece el criterio de diligencia que debe adoptar el administrador del grupo, por su desconexión con el propio de los administradores en general y especialmente por la posibilidad que ofrece de introducir parámetros de oportunidad en el enjuiciamiento de la labor de administración en este tema (MONTALENTI, 2004, p. 47) .

Junto a este elemento la conducta que genera responsabilidad debe producir, lógicamente, por el carácter de la que se aborda en este contexto, un perjuicio a los accionistas o a los acreedores, perjuicio que, a efectos de valoración de la correspondiente indemnización a los perjudicados el precepto remite, a la incidencia – negativa - de la actividad que se concreta en la dirección del grupo – instrucciones- en los réditos y el valor de transmisión de las acciones en el primer caso y en la integridad del patrimonio social en el segundo. De la consideración de ese daño resulta fundamental la norma recogida en este art. (p^o.1^o, inciso final) conforme a la cual la responsabilidad no surge – porque no existe daño en el contexto del grupo – cuando el perjuicio concreto resulta compensado por otros beneficios para el mismo sujeto derivados igualmente de las instrucciones o medidas de dirección unitaria o cuando es inmediatamente compensado.

Varios son los puntos en que cabe diferenciar este aspecto y otros conexos del régimen establecido del que se desprende del modelo alemán y que podrían constituir las bases de un modelo alternativo. El principal es la ausencia de la dualidad que aquel establece entre grupo de hecho o de derecho, con el problema interpretativo a propósito de su mayor aproximación al grupo de hecho de aquel ordenamiento, al que se ha aludido más atrás,

en cuanto es en este tema en el que aparecen las semejanzas en las consecuencias del recogimiento del grupo – de derecho y único supuesto en Italia – y el grupo de hecho alemán, aspecto éste que debe remitirse a lo ya dicho.

Mayor interés tiene aquí la diferencia entre esos dos ordenamientos en lo que se refiere a los criterios de imputación de responsabilidad a los diferentes sujetos, que, de acuerdo con la ley pueden ser responsable por esos daños a la sociedad dominada que repercuten sobre accionistas externos y terceros acreedores. Frente a la mencionada dualidad – matriz/ administradores de la misma - claramente establecida en el Derecho alemán en los términos recogidos más arriba, el derecho italiano opta por la responsabilidad principal de la matriz -en cuanto titular del poder de dirección, sociedad-órgano de dirección del grupo- mediante un criterio en el que se combinan falta de respeto a criterios de gestión propios del grupo y daño a la sociedad dominada (art. 2497 p^o. 1^o CC). Por extensión se comunica la responsabilidad a “cualquiera “que haya tomado parte en el hecho lesivo “– administradores de hecho y de derecho – e incluso se haya beneficiado de esa medida. dañosa que permite la acción por parte de socios y acreedores y que en principio permitiría llegar hasta la sociedad miembro del grupo beneficiaria de un perjuicio de otra, lo que exigiría precisar el fundamento y los términos de esa responsabilidad en el contexto del Ordenamiento en que se reconoce en términos semejantes. (GUIZZI, 2004, p. 347).

El hecho de que entre los titulares de la acción de responsabilidad no figure la propia sociedad filial o dominada, cuyo perjuicio patrimonial directo es causa última de la misma, tiene la explicación realista de que la relación de subordinación haría difícil y raro el ejercicio de dicha acción por la propia sociedad, lo que, además, alargaría el proceso de satisfacción de los intereses que se trata fundamentalmente de proteger, si bien no habría por que excluir esa legitimación. En cuanto a la determinación del perjuicio que se trataría de reparar en cada uno de los dos tipos de legitimados – socios y acreedores – cabe destacar de la expresión del art. 2497. 1, que en el primer caso parece apuntar no solo a la pérdida de valor de las acciones consecuencia de la de valor del patrimonio, sino a otras circunstancias que reduzcan sus rendimientos, como quizás la transferencias de beneficios a otra sociedad (GUIZZI, 2004, p. 347).

4.3.1.4 Derecho español

En el español, como en todos los ordenamientos en que como ha faltado hasta fecha reciente una mínima base legal expresamente dirigida a atender

estas situaciones, es la jurisprudencia, con la orientación de la doctrina la que ha tenido que hacer frente a estos problemas, buscando soluciones en términos de justicia y seguridad, mediante la aplicación de figuras o construcciones legales, establecidas para supuestos en que la razón de analogía no es muchas veces evidente, o mediante otras nuevas, tampoco nacidas específicamente para estos supuestos, sino en general para otras, muchas veces irregulares lo que casa mal con una situación como la del grupo, que a su reconocimiento como situación regular en los términos que se recordaban en la introducción. En el caso de ausencia de legalización, es decir, desde la perspectiva del Derecho tradicional de sociedades, el ejercicio de aquel poder – fáctico en sentido estricto – supone una injerencia, que desconoce la autonomía de la sociedad que sufre el perjuicio; una anomalía, que, a falta de otros recursos, encuentra en ocasiones tratamiento plausible a través de la doctrina del “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica para, entre otras formas de hacer efectiva esa responsabilidad – frente a los acreedores de la filial – hacer a la matriz responsable de las deudas sociales. Si la medida es ha sido objeto de crítica, en cuanto esa técnica se muestra adecuada solamente para supuestos excepcionales (GIRGADO 2001, p. 77 y ss.) debido fundamentalmente a que se entiende que, de manera más o menos clara y pese a no establecerse el sistema adecuado a ese reconocimiento de responsabilidad en el grupo, el grupo ha sido legalizado, debiendo recurrirse a alguna vía para aproximarse interpretativamente al mismo, como puede ser en estos momentos, en nuestro Ordenamiento, entre otros, la del administrador de hecho, como antes veíamos al hablar del Derecho brasileño.

Antes de que, por razón de la última reforma cobrase especial importancia el recurso a la administración de hecho, la crítica al uso indiscriminado de la desconsideración de la personalidad jurídica en el grupo, cobra cada vez mayor vigor con el incremento de las bases positivas para afirmar en el Derecho español la legalización del grupo. En efecto, ese reconocimiento lleva consigo el reconocimiento del ejercicio de la dirección unitaria por la sociedad matriz, concretado en el derecho y el deber de impartir instrucciones a las filiales en interés del grupo, - con la eventualidad de perjuicios a la filial y la obligación de resarcirlos o asumir la responsabilidad de que ahora nos ocupamos – y determina que el tratamiento escape a un planteamiento y régimen de excepcionalidad, y que en sus diversos aspectos debe adecuarse a la nueva situación legalmente reconocida. Este planteamiento lleva a nuestra doctrina a planteamientos cercanos a los del derecho

alemán (esp. GIRGADO, 2002), no sin matices, como el de que el tratamiento del comportamiento de los administradores debe ser una cuestión interna de la sociedad dominante (DE ARRIBA, 2004, p. 407 y ss.) (DE ARRIBA, 2004, p. 407 y ss.), que el que, de algún modo, trata de recoger con notables y peligrosas simplificaciones la mencionada propuesta española - PCSM -, al ocuparse del tema, recogiendo, por un lado la responsabilidad de la matriz- dominante- por las deudas de la filial - dominada- (arts. 601) y la de los administradores por instrucciones dañosas (602,), que deberían ambos estar en lógica relación ambos con la obligación de la matriz de compensar perjuicios sufridos por la filial consecuencia de instrucciones dañosas de obligado cumplimiento (art. 595. 1.). Dejando por el momento el segundo aspecto, que en una primera aproximación puede considerarse aceptable (EMBED, 2003, p. 970), siempre que no se rechace la vertiente externa de la responsabilidad de los mismos (DE ARRIBA, 2004, p. 407). Debe abundarse en el carácter especialmente discutible del contenido del art. 602, cuya redacción lleva a conclusiones opuestas en cuanto a fundamento y carácter de la responsabilidad a las mantenidas en nuestra doctrina, de acuerdo con lo anteriormente dicho. De un lado, en cuanto a la construcción de esa responsabilidad sobre la confianza del tercero, debe tenerse en cuenta que la crítica de los supuestos en que se han producido decisiones jurisprudenciales sobre esa base han llevado a importantes sectores de la doctrina española y extranjera a rechazar este criterio (GIRGADO, 2002, p. 106 y ss.); complementariamente debe advertirse que, tal como se configura ese elemento,- expresión en la correspondencia de la filial o en la publicidad de la pertenencia al grupo – la eventual limitación que podría establecer al ámbito de esa responsabilidad resultaría desvirtuada si en esa publicidad se incluye la registral, obligatoria en los términos del art. 593. De otro lado, al desligar esa responsabilidad de su antecedente lógico, el art. 509, haciendo inoperante la compensación del perjuicio, refuerza la impresión de que se trata de una responsabilidad objetiva (DE ARRIBA, 2004, p. 399).

4.3.1.5 El Administrador de hecho

El recurso a la figura del administrador de hecho en este contexto ha ido ganando adhesiones en el plano del Derecho europeo carente de normas específicas sobre la responsabilidad en el grupo. Es la que se había afirmado en el derecho inglés que, combinando la responsabilidad por wrongfull trading, propia del Derecho concursal con la responsabilidad del shadow director, establece la extensión responsabilidad de los administradores de la filial a

la matriz y sus administradores – estos últimos como administradores de hecho, al menos en supuestos especialmente graves – concurso de la sociedad filial-. La eventual extensión a otros ordenamientos resulta previsible, entre otras razones, como antes se había indicado, por el apoyo con que cuenta en las instancias oficiales y no oficiales en relación con la posible armonización del derecho de grupos en la UE . En cuanto a las instancia no oficiales ésta es una de las posibilidades a la que se refería el Forum Europae (IFE, p.548 y ss.) como vías para armonizar, vía Directiva este aspecto del régimen de los grupos; la que casi oficialmente viene selecciona de entre ellas y se propone con posterioridad para que los EE MM de la UE completen la normativa básica de los grupos, en los términos indicados más atrás (I W, Cap. II, 4 . 4), en la línea de lo que de algún modo ya se había propuesto infructuosamente en un marco normativo más amplio – la mencionada Propuesta de 9ª Directiva comunitaria (art. 9). Esta posibilidad se abría a la consideración de la doctrina societaria, a partir de su recepción en otros sectores del Derecho español (DUQUE, 2003, p. 65) que tiene eco desigual en nuestra doctrina y finalmente en la propia legislación.

En efecto, la figura ya tenía manifestaciones en nuestro Derecho: en la LMV (art. 95), en la reciente Ley Concursal (art. 93.2) y en el Código Penal (arts. 290-297), sin que en ningún caso se trate de delimitar el alcance de esa expresión y con las consiguientes dudas de si ha de tener el mismo en todos los casos. También doctrinalmente a figura del administrador de hecho, ha recibido amplia consideración en los últimos años, como antes se dijo, y con anterioridad a la modificación de ese precepto ya había sido afirmada la responsabilidad de los administradores de la dominante ante las filiales sus socios y acreedores sobre la base de la figura del administrador de hecho (ÁLVAREZ, 1998, p. 134, GIRGADO, 2002, p. 176), sobre la base de una acepción amplia del administrador de hecho, frente a una postura difundida en otros ámbitos doctrinales que por faltar el carácter sistemático en la gestión de la sociedad filial o dominada de los administradores de la cabeza del grupo, de inmediatez de dicha gestión, incluso, considera que en esos casos estaríamos en presencia de administración indirecta u oculta más que de administración de hecho.

En el plano legislativo, el proyecto de la que fue Ley de Transparencia contenía en la pretendida reforma de art. 133 LSA- referido a la responsabilidad de los administradores -, por un lado, un apartado 3º- que no llegó a ser ley- en el que se establecía la responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante por impartir instrucciones a los de

la dominada, cuya ejecución, en principio obligatoria implicara la realización de actos contrarios a la ley o a los estatutos, por otro la responsabilidad del administrador de hecho, que permanece en el párrafo 2º. Por lo que hace a la primera medida, si por vía interpretativa hubiera sido posible llegar a extender la responsabilidad a la sociedad, se hubiese llegado a una solución similar a la del Derecho italiano, y aunque el punto de partida, como se ve es el inverso, (IRUJO, 2004, p. 971 y s.)

Al publicarse la Ley la novedad, a parte las modificaciones que se establecen en relación con los deberes de los administradores de la SA, con la consiguiente incidencia en el aspecto que aquí se aborda, queda reducida es la introducción de la responsabilidad del que actúe como “administrador de hecho”, que se establece en términos similares a la del administrador de derecho, es decir ante las mismas personas – sociedad, accionistas y acreedores- y por la misma causa – daño generado por actos contrarios a la ley, o a los estatutos, o por los realizados incumpliendo los deberes que la LSA impone a los administradores (de derecho)-.

En este contexto interesa saber en que medida y con que contenido sería de aplicación esta previsión al supuesto del grupo, de modo que, a partir de esa referencia normativa pudiéramos considerar que el derecho español ha abierto una vía a la responsabilidad de la dominante, de sus administradores o de ambos para la protección de acreedores, considerados como administradores de hecho de las dominadas o filiales. Recientemente se acepta con reticencia esa aplicación en nuestra doctrina (CHINER, 2004, p. 887 y s.), aunque sin excluir totalmente la posibilidad de que en algún caso resulte procedente que los administradores de la matriz sean tratados como administradores de hecho de la dominada (p. 884). Sobre esta base y ante la dificultad de distinguir con claridad esas dos situaciones, lo procedente resulta atender a los supuestos concretos (EMBED, 2003, p. 976) lo que, en principio, podría llevarnos a rechazar esa consideración para los supuestos en que la administración del grupo es más flexible y admitirla, en principio, en aquellos otros en que es más centralizada.

CONCLUSIÓN

La coincidencia de fechas entre la reforma española y la italiana, así como el contexto común en que se desarrolla habría permitido realizar al legislador español una obra semejante a la del legislador italiano, no solo en este aspecto sino en el conjunto de los que aquí se ha contemplado y en los que han quedado apuntados – protección de socios

externos, por ejemplo - para algunos de los cuales ofrecía también un ejemplo útil el propio Derecho brasileño.

En tema de responsabilidad, especialmente cabría haber pensado en una solución semejante a la italiana, por su simplicidad y carácter general, aunque tal vez pudiera haberse eliminado la implícita referencia a la de las sociedades filiales beneficiarias por ser una solución más arriesgada. De cara al futuro parece un modelo que, confirmado por la práctica podría ser útil tanto para el Ordenamiento español, como para el brasileño. En el caso del Derecho español, aun desaparecida puede servir de punto de partida para interpretar la referencia al administrador de hecho en su aplicación a los grupo, por la especial configuración de esa responsabilidad que apunta directamente a un determinado modelo de responsabilidad derivada de la administración del grupo, en la que es la matriz en conjunto el administrador del grupo, de derecho en el Derecho italiano, pero que lo será de hecho en la generalidad de los casos, actuando fundamentalmente a través de sus administradores.

REFERENCIAS

- ALVAREZ, S. Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores. *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, n. 227, p. 117-159, 1998, .
- ANTUNES, J. A. Engracia. *Os directos dos sócios da sociedade-mãe na formação e direcção dos grupos societarios*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1994.
- ANTUNES, J. A. Engracia. *Os grupos de sociedades: estrutura e organização da empresa plurisocietaria*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- ARRIBA, M. L Fernández de. *Derecho de grupos de sociedades*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- CALERO, S. *Los administradores en las sociedades de capital*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.
- CALERO, S. Observaciones preliminares al proyecto de ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de la anónimas en genera, tras el Informe ALDAMA. *Revista de Sociedades*, Pamplona, n. 20, p. 27-50, 2003.
- CARVALHOSA, M; LATORRACA, N. *Comentários a lei de S.A*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARVALHOSA, M; LATORRACA, N. *Comentários al CC 2002*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CHINER, L. *El administrador de hecho en las sociedades de capital*. Granada: Comares, 2003.
- CHINER, L. El concepto de administrador de hecho

- en el nuevo artículo 133, 2 LSA. *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, n. 253, p. 853-899, 2004.
- COLBE, W. H. B. Von. Der Konzernabschluss, nah international anerkannten Rechnungslegungsgrundsätze. In: *Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und der Prüfung*. Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag, 2003. p. 591-616.
- COMPARATO, F. K. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 93-235.
- COMPARATO, F. K. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DOMINGUEZ, J. D. Concepto y significado institucional de los grupos de empresas. In: *Libro homenaje a Roca Sastre*. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1976. v. 3, p. 465-525.
- DOMINGUEZ, J. D. El tráfico de acciones realizado por los administradores de sociedades anónimas cotizadas pertenecientes a un grupo de sociedades. *Revista de Sociedades*, Pamplona, n. 20, p. 51-65, 2003.
- ECHEGARAY, J. L. D. *El administrador de hecho de las sociedades*. Pamplona: Aranzadi, 2002.
- EMMERICH, V.; SONNENSCHNEIN, J.; ABERSACH, M. *Konzernrecht*. 7. Aufl. München: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997.
- ESCHENBRUCH, K. *Konzernhaftung*. Dusseldorf: Werner Verlag, 1996.
- FARRAR'S Company Law. 4. ed. London: Edinburgh/Dublin, 1998.
- FORUM EUROPAEUM . Por un derecho de los grupos de sociedades en Europa. Versión castellana del texto original alemán. Traducción de IRUJO, Embid, IBÁÑEZ, Escuin, y MATEU, JUAN. *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, p. 445-575, 1999.
- GUIZZI, G. Partecipazione qualificate e gruppo di società. In: *Diritto delle Società*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 325-350.
- HOPT, K. *Le droit des groupes de sociétés: expériences allemandes, perspectives européennes*. *Revue des Sociétés*, Paris, p. 369-385, 1987.
- IRUJO, J. M. E. El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades. *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, n. 249, p. 933-979, 2003.
- IRUJO, J. M. E. *El derecho de los grupos de sociedades en Brasil*: su significación y su repercusión en el ordenamiento jurídico español. RDMIEF, São Paulo, n. 71, p. 5-45, 1988.
- IRUJO, J. M. E. *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*. Granada: Comares, 2003.
- LUTTER, M.; ZÖLLNER, W. Das Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland. In: *I gruppi di Società*. Milano: Giuffrè, 1996. v. 3.
- MANOVIL, A. M. *Los grupos de sociedades en el derecho comparado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- MONTALENTI, P. La reforma del derecho societario en Italia: aspectos generales. *Revista de Sociedades*, Pamplona, n. 20, p. 35-54, 2004
- MORALES, M. *A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor*. São Paulo: LTR, 2005.
- MUNHOZ, E. S. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades. RDMIEF, São Paulo, n. 134, p. 26-47, 2004.
- PAULIN, L. A. Administrador de fato nas sociedades por ações. RDEMIEF, São Paulo, n. 130, p. 101-120, 2003.
- PERANDONES, P. G. *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*. Granada: Comares, 2001.
- PERANDONES, P. G. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- PÉREZ, N. F. El significado de de Ley de transparencia en la modernización del Derecho de sociedades español. *Revista de Sociedades*, Pamplona, n. 22, p. 87-103, 2004.
- PRADO, V. M. Noção de grupo de empresas para o direito societário e para o direito concorrencial. RDBMC, São Paulo, n. 2, p. 141-162, 1998.
- REPRESA, M. S. Los grupos de sociedades: el derecho español en el contexto europeo. *Revista de Estudios Europeos*, Valladolid, n. 24, p. 3-24, 2000.
- REPRESA, M. S. Modernización del derecho de sociedades de la UE: el derecho de grupos. In: LEMBO, C. (Coord.). *Culturalismo jurídico*. São Paulo: Manole, 2004.
- SALOMÃO FILHO, C. *O novo direito societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiro, 2002.
- SAVAGE, M. Grupo de sociedades e consórcios. *Jus Navigandi*, n. 53, 2002. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 9 out. 2005.
- SCHMIDT, K. La reforma alemana: las KomTraG Trans PuG de 1998 y y 2002 y el Código Crome. *Revista de Sociedades*, Pamplona, n. 20, p. 19-34, 2004.
- SCOGNAMOGGIO, G. *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*. Torino: Giappichelli, 1996.
- TENA, G. *Las grandes empresas*: problemas jurídicos actuales de tipología empresarial: la gran SA y los

grupos de sociedades. Valladolid: Secretariado Publicaciones de la Universidad, 1965.

TOMBARI, U. Riforma del diritto societario e gruppo de imprese. *Giurisprudenza Commerciale*, Milano, p. 62-97, 2004.

VELASCO, G. E. *El poder de decisión de las sociedades anónimas*. Madrid: Civitas, 1982.

WALD, A.; EIZIRIK, N. A designação 'grupo de sociedades' e a interpretação do art. 267 da Lei das S/A. *RDMIEF*, São Paulo, n. 54, p. 51-66, 1980.