

Los grupos de sociedades, ¿ámbitos ajenos a responsabilidad ante acreedores y socios?

Antonio Jesús López Expósito

Resumen: Este artículo pretende realizar una aproximación jurídica a los grupos de sociedades. En ocasiones se ha observado este fenómeno económico desde una perspectiva negativa, por los posibles perjuicios que puede acarrear a las sociedades y socios no dominantes. Más allá de lo anterior, la figura de los grupos de sociedades no tiene por qué tener esta condición perjudicial con carácter general, sino que se presenta como una buena fórmula empresarial para sacar adelante determinados negocios en situación difícil.

Palabras clave: Grupo de sociedades; responsabilidad; administración de hecho; levantamiento del velo.

Códigos JEL: F23; G34; L22; M16.

1. Concepto de grupo de sociedades y su tratamiento en el Derecho español.

La definición no es una cuestión pacífica ni en el Derecho español ni en el comparado, si bien existe unanimidad en la doctrina en considerar que un grupo es un agregado empresarial integrado por diversos sujetos de Derecho que, sin perjuicio de su personalidad jurídica propia, quedan sometidos en su actuación en el mercado a una dirección económica unificada, ejercida por la entidad cabecera del grupo.

Pese a carecer de personalidad jurídica, sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han centrado sus esfuerzos en el estudio de este fenómeno de empresa moderna, ya que, consecuencia de la dirección económica unitaria que preside el funcionamiento de los grupos, se pueden derivar perjuicios para las propias sociedades integrantes del grupo y terceros, que requieren de la correspondiente respuesta jurídica a fin de proteger los posibles intereses en juego.

Este sistema ya no se presenta sólo como el resultado de un proceso de concentración empresarial, sino también como del de descentralización o desconcentración de actividades de una empresa que devino demasiado grande o que, por razones de dispersión geográfica o de especialización, requiere la creación de sujetos societarios separados, sin por ello dejar de constituir una unidad económica y de decisión.

Es el elemento de la «dirección económica unitaria» ejercida por un sujeto de acuerdo a una estrategia o interés común a todos los miembros del grupo el elemento esencial del grupo.

En el Derecho comparado son pocos los ordenamientos que ofrecen una definición de este fenómeno. Es muy interesante el ejemplo de la Unión Europea, en cuyo seno se formó, hace más de treinta años, el propósito de elaborar unas normas específicas sobre los grupos de sociedades. El Informe Winter sobre modernización del Derecho societario en Europa, elaborado en 2002 por un relevante equipo de juristas europeos, abogó por la autorregulación, preferencia compartida por el Informe Aldama, así como el Informe Olivencia.

En el Derecho español, el fundamento que ha servido para conseguir una cierta armonización y convergencia normativa es la llamada «unidad de decisión». El concepto de grupo se encuentra contenido en el actual art. 42 del Código de Comercio, que, tras la reforma por la Ley 16/2007, se acerca claramente a la noción germana de grupo, vinculándose a la noción de «control», sin perjuicio de que éste conlleva en la práctica la «unidad de dirección», aunque no tenga que ser así necesariamente en todo caso. El citado artículo cita las siguientes situaciones en las que se presume que existe control por parte de la dominante sobre la/s dependiente/s: (i) poseer la mayoría de los derechos de voto, ya sea por sí misma o por medio de pactos o acuerdos con otros socios; y (ii) poseer la mayoría en el órgano de administración, bien por haber nombrado a la mayoría o por poderla nombrar o sustituir.

En el horizonte se vislumbra una nueva regulación específica dentro de la propuesta de nuevo Código Mercantil, que introduce novedades significativas en este ámbito, como los requisitos de publicidad e inscripción del grupo, el establecimiento de una compensación a la sociedad dependiente por los

posibles perjuicios, así como el reconocimiento del derecho de separación del socio externo en sociedades no cotizadas al integrarse la sociedad en un grupo.

2. Dirección económica unitaria y administración de hecho en los grupos de sociedades

La unidad de dirección económica del grupo opera a través de una red de mando jerarquizada, donde los protagonistas suelen ser los órganos de administración de las sociedades filiales, que actuarán siguiendo los dictados del órgano de dirección de la sociedad matriz titular de la dirección unitaria. De esta forma, la ejecución de la política económica unitaria queda en manos de los administradores, siendo el papel de las juntas generales pura y simplemente ignorado desde el punto de vista material, lo que se traduce en un aumento de poder de los órganos de administración de las sociedades filiales y, por ende, en una pérdida mayor del poder del órgano representativo de los socios, reemplazando el principio de separación de poderes por el de la acumulación de poder.

El empleo del poder de dirección unitaria puede orientar a la sociedad filial a la consecución de un interés empresarial distinto al suyo, lo que puede traducirse, en no pocas ocasiones, en un daño patrimonial para la sociedad e indirecto para los acreedores. Ello sucede normalmente porque el Derecho de Sociedades les compele a llevar los negocios de su sociedad de acuerdo al mejor interés de ésta, bajo la amenaza de incurrir en responsabilidad ante los accionistas, los acreedores y la sociedad misma, pero, por otro lado, estos mismos administradores se encuentran compelidos a seguir las instrucciones que provienen de la matriz y que persiguen un interés global del grupo, cayendo en una doble presión. Este mismo conflicto se plantea en la junta general de socios.



Sectores de nuestra doctrina han pretendido extender el ámbito subjetivo del régimen de responsabilidad de administradores para aplicarlo a los administradores de la sociedad dominante o a ésta misma, sobre la base de acudir a la figura del administrador de hecho.

Conviene precisar que la mera unidad organizativa y estratégica de las actividades de las distintas sociedades no implica necesariamente el ejercicio de las facultades de administración de las sociedades agrupadas. Por ello, no puede sostenerse que la simple existencia de un grupo de sociedades nos sitúe de manera directa y automática ante un supuesto de administración de hecho.

La unidad de dirección, a través de la que se manifiesta la legítima y lícita relación de control o dependencia que caracteriza al grupo, conlleva pues únicamente la coordinación de manera centralizada de las políticas estratégicas y organizativas de las filiales persiguiendo la satisfacción del interés del grupo. Sobre la base de las anteriores consideraciones se encuadrarían en el marco de la unidad de dirección hechos frecuentes en la práctica de los grupos tales como el control de la composición de los miembros del Consejo de administración de la filial o la circunstancia de que algunos miembros del Consejo de la matriz sean a su vez administradores de la filial («interlocking directorates») o el hecho de que, en ocasiones, las decisiones tomadas por los administradores de la filial en el ejercicio de sus facultades requieran, en atención a una lícita previsión estatutaria, la autorización de la matriz a través del ejercicio legítimo de sus derechos en la Junta general.

Para poder considerar a la matriz como administrador de hecho de la filial es preciso probar que, más allá de una injerencia legítima en la gestión de la filial en el marco de una planificación estratégica y organizativa establecida por la matriz en el seno del grupo, la sociedad matriz de manera directa y externa, con conocimiento y consentimiento de la filial, ha venido de hecho gestionando ésta de manera continuada y efectiva.

Ésta viene a ser la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TSJUE) recogida en el caso «Eurofood», el hecho de que las decisiones económicas de la filial puedan o deban ser controladas por la sociedad matriz cuyo centro de interés esté situado en un Estado distinto al de la filial, no es suficiente para desvirtuar la presunción sobre el lugar donde radica el centro de intereses

principales del deudor. Ello acontecería sólo si la matriz actuara como administradora de hecho de manera pública y transparente, lo que no sucede en supuestos en que simplemente la sociedad matriz se encuentre, en virtud de su participación accionarial y de su facultad para nombrar administradores, en una posición de control respecto de la sociedad filial.

La política de marketing y publicidad es un aspecto que se ha ido convirtiendo cada vez más en una tarea propia de la dirección unitaria del grupo, especialmente en aquellos de implantación internacional. Esta estrategia produce un efecto de apariencia de unidad económica de responsabilidad frente a terceros que, en ocasiones, puede representar un presupuesto suficiente para extender la responsabilidad a la matriz por las obligaciones de sus filiales. El problema que subyace es determinar si el aprovechamiento de la imagen corporativa del grupo por parte de las sociedades que lo forman, debe tener consecuencias en materias de responsabilidad frente a los terceros que han contratado y confiado en el respaldo que el grupo y la matriz ofrecerán a la filial con la que ellos contratan.

La calificación de la sociedad matriz como administradora de hecho de la filial supondría que aquélla ha realizado un ejercicio de asunción directa y sistemática y no esporádica de la actividad estrictamente gestora de la filial, lo que no acontece cuando la sociedad matriz ejerce una influencia sobre la gestión de la filial desde su posición de entidad matriz o dominante como cabecera del grupo con la finalidad de asegurar la planificación estratégica y las directrices de gestión a nivel de grupo. Es la apariencia en el tráfico es lo que permitiría imputar los actos del administrador de hecho a la propia sociedad.

El Tribunal Supremo también afirma la responsabilidad de la sociedad dominante cuando la actuación seguida dentro del grupo genera una apariencia que justifica la confianza del tercero en tal consecuencia

Supuesto distinto de los anteriores es aquel en que la matriz, en el marco de la dirección estratégica del grupo, ejerce su control mediante el impulso de determinadas decisiones perjudiciales para la filial pero beneficiosas para el conjunto del grupo. No cabe en estos casos acudir a la figura del administrador de hecho, ni oculta en fraude de ley, para suplir lo que constituye realmente una laguna en el ordenamiento jurídico español consistente en la inexistencia de un derecho general de grupos en el que se contemple el

ejercicio de la unidad de dirección, en perjuicio de socios y/o acreedores de una determinada sociedad filial integrada en el grupo.

Actuaciones como, por ejemplo, canalizar fondos de un sector de negocio hacia otro más rentable; cambios en la implantación territorial de centros de explotación de la titularidad de distintas filiales ubicadas en diferentes Estados; optar entre distintos tipos de negocios en situaciones de dificultad de financiación a nivel de grupo, etc.

En estos casos no podemos hablar de administración de hecho, ni oculta en fraude de ley, sino simplemente una laguna por inexistencia de un derecho material o sustantivo de grupos que aborde precisamente esta casuística como sucede en otros ordenamientos de nuestro entorno (Alonso Ureba, 2011).

3. Protección de acreedores y levantamiento del velo

Esta problemática, a la que la doctrina ha prestado especial atención, se agudiza especialmente para aquellos terceros, acreedores públicos o privados y trabajadores, que se vean envueltos en procedimientos concursales en los que la sociedad deudora es insolvente, mientras que, sin embargo, la sociedad dominante u otras sociedades del mismo grupo tienen patrimonio social suficiente para hacer frente a esa deuda.

Actualmente, el acreedor sólo puede defender sus intereses frente a un grupo de sociedades mediante el ejercicio de acciones judiciales, dirigidas, bien contra los administradores de la sociedad deudora, o bien frente a la sociedad dominante o el conjunto de sociedades que forman el grupo, a través de la comúnmente denominada «doctrina del levantamiento del velo» de la personalidad jurídica.

La aplicación de esta doctrina supone, por lo general, la extensión a la sociedad dominante de la responsabilidad por deudas de la sociedad dominada o la comunicación de la responsabilidad entre los miembros de un mismo grupo.

En realidad, se trata de supuestos en los que la forma societaria se utiliza como medio de cobertura para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales e incluso extracontractuales, consiguiendo un resultado contrario al ordenamiento e injusto o dañoso para terceros.

De esta forma, la confusión de patrimonios, gestión o actividades entre las sociedades en cuestión, o la utilización de una sociedad del grupo para violar, a través de ella, obligaciones asumidas frente a terceros por otra sociedad del mismo grupo, son manifestaciones que permiten concluir la existencia de ese fraude.

Para poder verificar ese posible fraude, el TS (Sentencia 83/2011) ha enumerado los siguientes requisitos: a) control de varias sociedades por parte de una misma persona; b) operaciones vinculadas entre dichas sociedades; y c) carencia de justificación económica y jurídica de dichas operaciones.

Autores como Paz-Ares (1999) han planteado por qué ha de tratarse mejor al acreedor de una sociedad que forma parte de un grupo que al acreedor de una sociedad «normal» o por qué se hace de peor condición a la sociedad dominante que a cualquier otro socio que ostente una posición de control en compañías independientes.

Este sector doctrinal considera que la comunicación generalizada de responsabilidad, a pesar de su evidente utilidad, no resulta fácilmente admisible, por cuanto supone en realidad un quebrantamiento de las normas básicas de nuestro derecho societario, dejándolo desprovisto de algunos de sus pilares básicos, como son la limitación de la responsabilidad de los socios y a plena autonomía patrimonial de las personas jurídicas.

Por otro lado, también nos encontramos con el problema del escaso margen de operatividad de esta doctrina, traducido en que la aplicación de ésta se limita única y exclusivamente a los casos de apariencia o confusión de patrimonios, cuestión, en muchos casos, muy difícil de probar.

4. Protección de socios externos de sociedades filiales y dominantes

El socio «externo» ha sido considerado tradicionalmente como el socio de la sociedad dependiente que no pertenezca en modo alguno de forma directa ni indirecta al «círculo de control» del grupo, cuyo interés consiste en maximizar el rendimiento de la sociedad en la que efectivamente ha hecho sus inversiones.

En el contexto del grupo de sociedades pueden darse dificultades para conciliar el interés social y el interés del grupo, pudiendo surgir tensiones en las que la Junta General y el órgano de administración de

la filial se verán inclinados a adoptar acuerdos o realizar transacciones que, por más que beneficien al grupo, resulten lesivos para la sociedad filial, y, en consecuencia, para los socios externos.

En nuestro Derecho, la construcción de las medidas tuitivas que se vienen articulando en torno a los socios externos se deben, fundamentalmente, al trabajo de nuestra doctrina, que, interpretando las reglas de tutela de la minoría de nuestro Derecho general de sociedades, conforme a la nueva realidad de grupos de sociedades, ha aportado construcciones dogmáticas realmente interesantes que permiten predicar de «lege lata» medidas tuitivas para esta categoría de sujetos.

Resultan especialmente destacables las posiciones que han fundamentado el derecho de separación a partir de una construcción ex analogía con la modificación del objeto social [art. 346.1.a) TRLSC], equiparando la orientación de la sociedad hacia la consecución del interés del grupo con la sustitución o modificación sustancial de su objeto social, lo que justificaría el derecho de separación a los socios disidentes y a los socios sin voto.

Adicionalmente, se ha apuntado otra posible vía para el reconocimiento de un derecho a la separación del socio externo, cual es su previsión estatutaria por la vía del art. 347.1 TRLSC: «Los estatutos podrán establecer otras causas de separación distintas a las previstas en la presente ley», lo que requeriría, no obstante, el consentimiento de todos los socios y que el derecho de separación obedezca a una causa concreta que represente un cambio que se ha producido en la sociedad, requisito éste último cuya exigencia parece claro que existe en los casos de incorporación de una sociedad a un grupo.

La formación del grupo de sociedades determina igualmente una cierta limitación de las competencias de la Junta General y de los derechos políticos de los socios de la sociedad matriz. El peligro potencial de perjuicio para los socios externos de la matriz se plantea en torno al conflicto de intereses producido a causa del ejercicio de una dirección unitaria orientado a la consecución del interés del grupo, que puede traducirse también en el sacrificio del interés individual de la matriz en beneficio del interés del grupo.

Estos supuestos de perjuicios a la sociedad matriz pueden darse en la práctica con más frecuencia de la que pueda pensarse. Un ejemplo claro de esta realidad, la ofrecieron las inversiones realizadas por

los bancos españoles en Argentina, donde, como consecuencia de la crisis vivida por este país a finales de 2001, y la posterior suspensión de pagos, las filiales argentinas de esos bancos acumularon pérdidas cuantiosas que fueron asumidas por las matrices. Todo ello se tradujo en que los beneficios de estas matrices se redujeron drásticamente, por lo que sus socios se vieron afectados patrimonialmente.

Nuestro ordenamiento recogía en el art. 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil una cláusula en cuya virtud la posibilidad de desarrollar la empresa mediante sociedades filiales quedaba supeditada a la existencia previa de la correspondiente autorización estatutaria. Dicha cláusula fue suprimida en 1995, por lo que ahora el órgano de administración está sin más facultado para fundar o adquirir sociedades filiales, siempre y cuando su objeto coincida con el de la sociedad dominante.

El verdadero problema se presenta con las llamadas «operaciones de filialización», en las que una sociedad operativa se reestructura como «holding» mediante la segregación de los activos industriales o comerciales que constituyen la base de la explotación a favor de una o varias filiales de nueva constitución, obteniendo a cambio participaciones.

Los riesgos que conllevan este tipo de operaciones se traducen en el incremento de los poderes del órgano de administración y en el debilitamiento de las facultades de la Junta General a la que se sustraen, por ejemplo, las decisiones sobre política del capital o sobre política de dividendos, que quedarán en manos de los administradores.

Ante esta laguna de protección, autores como Paz-Ares (1999) consideran imprescindible devolver a la competencia de los accionistas las decisiones de filialización, al entender que la segregación de activos sustanciales de la explotación no es un simple acto de gestión empresarial que pueda ser decidido por los administradores de la sociedad, tratándose de un acto de reorganización empresarial, debiendo ser la Junta general el órgano competente para aprobarlo.

En el ámbito de las sociedades cotizadas esta doctrina ha recibido el respaldo del Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG), que incorpora en su Recomendación tercera «que, aunque no lo exijan de forma expresa las leyes mercantiles, se sometan a la aprobación de la Junta General de Accionistas las operaciones que entrañen una modificación estructural de la sociedad y, en particular, las siguientes: la transformación de sociedades cotizadas

en compañías holding, mediante “filialización” o incorporación a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, incluso aunque ésta mantenga el pleno dominio de aquéllas».

5. Breve referencia a la responsabilidad penal de la persona jurídica en el grupo de empresas

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal (CP), de 22 de junio, que estableció la responsabilidad penal de la persona jurídica, una de las mayores preocupaciones de las grandes empresas es la posible responsabilidad penal en la que podría incurrir la matriz en un grupo empresarial, como consecuencia de los posibles delitos cometidos por las sociedades filiales o participadas por aquélla.

La Fiscalía General del Estado hace una breve alusión a esta cuestión en su Circular 1/2011 al referirse a la entidad dominante de un grupo de sociedades como «aquella que ostente o pueda ostentar directa o indirectamente el control de una u otras».

El art. 31 bis CP establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus administradores de hecho o por sus representantes legales, así como cuando, por quienes estando sometidos a la autoridad de los mismos, no hayan ejercido sobre ellos el debido control.

Sin embargo, este control se muestra como una cuestión más compleja en el marco de un grupo de empresas respecto de sociedades participadas. Un criterio a tener en cuenta será el porcentaje de participación de la sociedad matriz siendo más sencillo acreditar la ausencia de notoriedad en aquellas sociedades en que referido porcentaje sea menor del 50%.

No obstante, no siempre un porcentaje accionarial mayoritario implica una verdadera posición de dominio, cobrando especial relevancia la definición del art. 42 del Código de Comercio.

En consecuencia, la responsabilidad penal de la persona jurídica y, sin perjuicio de futuros planteamientos de nuestra jurisprudencia, podrá extenderse a una sociedad matriz cuando se acredite que ésta era quien tomaba las decisiones dentro de sus órganos de gobierno y quien tenía, por tanto, la autoridad necesaria para implantar las debidas medidas de control cuando éstas no hubieran sido

adoptadas o, en su caso, incluidas en el perímetro de control interno de la matriz.

Referencias bibliográficas

ALONSO UREBA, A. (2011): «Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores», en «Administrador de hecho, administrador oculto y grupo de sociedades en La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital», *La Ley*, págs. 87-102.

PAZ-ARES, P. (1999): «Uniones de empresas y grupos de sociedades», *Revista Jurídica*, nº 1, págs. 223- 252.