

El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance

Los grupos de sociedades constituyen una realidad empresarial característica de nuestro tiempo en la que se ejerce, por la entidad que encabeza el grupo, una dirección unificada sobre las diversas personas jurídicas, normalmente sociedades, que lo componen. La dialéctica unidad económica-pluralidad jurídica caracteriza al grupo y es el factor que dificulta el logro de un régimen jurídico adecuado para el mismo. No han faltado los intentos por conseguirlo, no sólo en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, sino también en la Unión Europea. Salvo algunas excepciones (como es el caso de Alemania o Portugal), el tratamiento de los grupos se orienta, dentro de la *corporate governance*, hacia la autorregulación, sin perjuicio de la existencia de ciertas normas legales sobre la figura. Pero, más en general, este planteamiento podría realizarse a través de instrumentos, como el «contrato de grupo», compatible con el vigente Derecho español, y fórmula idónea para establecer bases sólidas sobre su régimen jurídico.

Sozietate-taldeak oso enpresa-errealitate esanguratsua dira gaur egunean: talde horietan, buru den erakundeak norabide komuna ematen die taldea osatzen duten bateko eta besteko pertsona juridikoei (normalki, sozietateak izaten dira). Batasun ekonomikoa versus aniztasun juridikoa, dialektika horixe da taldearen bereizgarri nagusia eta baita, aldi berean, talde horietarako araubide juridiko egokia lortzeko oztopo handiena ere. Eta, egin, egin izan dira makina bat ahalegin araubide hori mamitzeko, ez soilik estatu bakoitze antolamendu juridikotan, baita Europar Batasunean ere. Zenbait salbuespen alde batera utzita (esate baterako, Alemania eta Portugal), taldeekiko tratamendua, corporate governance delakoaren baitan, autoerregulazioara bideratu da nagusiki; figura horri buruzko lege-arauei erreparatuta beti. Nolanahi, orokorrean hartuta, planteamendu hau «taldekako kontratua» delako tresnaren bidez gauza daiteke, zuzenbide espainiarrarekin bat datorrelako eta taldeen araubide juridikoari buruzko oinarri finkoa ezartzeko formula ezin hobea delako.

Groups of companies are a current business reality characteristic, in which the company leading the group performs a unified management of the different legal entities, usually companies that form the group. The dialectic economic unity and legal plurality characterises the group and is the factor that hinders at the same time the achievement of a suitable legal regime. Such a regime has been tried many times, not only in the different national legal regulations, but also in the EU. Except several exceptions (like Germany or Portugal), the treatment of the groups is focused, within the corporate governance, towards the self-regulation without detriment of some legal rules over the figure. However, more in general, this approach could be applied through tools such as the “group agreement”, compatible to the current Spanish Law and a suitable formula to establish a solid base over its legal regime.

ÍNDICE

1. Presentación
 2. Concepto, elementos y caracteres de los grupos de sociedades
 3. Regulación jurídica de los grupos de sociedades. Especial referencia a la Unión Europea
 4. Gobierno de la empresa y grupos de sociedades
 5. Propuesta de autorregulación de los grupos de sociedades en el contexto del gobierno de la empresa: el contrato de grupo
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Palabras clave: grupos de sociedades, dirección unificada, transparencia, gobierno corporativo, contrato de grupo.

Keywords: groups of companies/corporate groups, unified management, disclosure, corporate governance, group agreement.

N.º de clasificación JEL: K22

1. PRESENTACIÓN

El interés por el estudio y la regulación de los grupos de empresas o de sociedades (según terminología preferida por los juristas) ha sido bien notorio a lo largo del pasado siglo XX, en particular en su segunda mitad. Es más, puede decirse que esta singular forma de organización empresarial surge para el Derecho como objeto de estudio y de regulación en dicha época, aunque, sin duda, pueden rastrearse estructuras similares en fases históricas anteriores. Como expresión del creciente proceso de concentración empresarial, los grupos tienden a producir diversos y complejos problemas jurídicos que afectan, sobre todo, a aquellas ramas del Derecho directamente vinculadas con la ordenación normativa de la empresa y de su actividad (Derecho mercantil, Derecho del trabajo y Derecho tribu-

tario, esencialmente). Aunque esos problemas tienden a adquirir un perfil propio, según el sector del ordenamiento jurídico en que nos encontremos, suele haber acuerdo en señalar al Derecho mercantil como el ámbito natural de su tratamiento, correspondiendo dentro de él, al Derecho de sociedades la primacía a la hora de su regulación. En efecto, es aquí donde se plantean las cuestiones esenciales del grupo, susceptibles, por lo demás, de extenderse a otras ramas del Derecho: su concepto, los sujetos que lo componen (normalmente, sociedades), los conflictos entre interés del grupo e interés individual de sus sociedades integrantes, la tutela de los socios externos y de los acreedores sociales, etc.

Es cierto, no obstante, que la realidad más reciente de los grupos nos muestra

una llamativa evolución, conforme a la cual otras entidades y personas jurídicas son susceptibles de integrarse en ellos, dando a su fisonomía, y a su significado jurídico, una cierta novedad, así como una considerable dificultad de tratamiento. No faltan en nuestro tiempo, por ello, grupos de sociedades cooperativas, grupos encabezados por una fundación o grupos de asociaciones; se trata, en todos los casos, de personas jurídicas ajenas, *prima facie*, al Derecho mercantil, a pesar de la expansión de los principios reguladores de las sociedades mercantiles a dichas entidades, como nos muestran las leyes más recientes en la materia. Sin perjuicio, por ello, de la importancia práctica de los grupos compuestos por entidades, en principio, no mercantiles, en el presente trabajo nos limitaremos a efectuar algunas reflexiones introductorias sobre los grupos de sociedades mercantiles, a la vista de que éstas son, en la mayoría de los casos, las protagonistas del funcionamiento cotidiano del asunto que nos ocupa. Y, dentro de dicha categoría, la referencia principal ha de hacerse a las sociedades anónimas, así como a las sociedades de responsabilidad limitada, al ser éstas las formas jurídicas preferidas en la realidad española para el ejercicio de la actividad empresarial.

2. CONCEPTO, ELEMENTOS Y CARACTERES DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

2.1. Consideraciones generales

Para situar adecuadamente los términos del problema, conviene comenzar por una reflexión sintética en torno al concepto y elementos de los grupos de sociedades. Como es bien sabido, la doctrina jurídica considera unánimemente que un grupo es un agrega-

do empresarial integrado por diversos sujetos de Derecho (normalmente sociedades) 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. Se advertirá, por ello, que el grupo, en cuanto tal, carece de personalidad jurídica o, dicho de otra manera, no es, formalmente, al menos, un sujeto de Derecho. Ello no impide, sin embargo, que tanto la doctrina, como los tribunales y el legislador consideren al grupo como un «actor» relevante de la realidad empresarial, como uno de los protagonistas más destacados del panorama económico de nuestros días.

Puede comprenderse fácilmente que, al lado de los problemas estrictamente empresariales, en los que aquí no podemos entrar, la figura del grupo plantea numerosas cuestiones jurídicas, no siempre de fácil resolución. Para empezar, la formación de un grupo hace surgir una modalidad singular de empresa, que no suprime o extingue la personalidad jurídica de sus componentes. Frente al modelo clásico de empresa que sólo tiene un titular jurídico (por ejemplo, una sociedad anónima), la unidad empresarial del grupo se descompone, desde el punto de vista del Derecho, en una pluralidad de titulares. Esa dialéctica unidad empresarial-pluralidad jurídica caracteriza esencialmente al grupo y es la fuente de la complejidad de la figura y de la dificultad de su tratamiento normativo. Y aunque el grupo se manifieste como tal públicamente, las relaciones jurídicas concretas, de hecho, se establecen y concluyen por sus sociedades componentes. Por ello no hay, en tal sentido, «acreedores del grupo», sino concretos acreedores de las sociedades que lo integran; del mismo modo, tampoco puede hablarse, en caso de crisis económica, de «concurso de

acreedores del grupo», sino de concurso de las sociedades que lo forman. En todo caso, y tanto en un ejemplo como en el otro, el hecho de la existencia del grupo termina influyendo, con distinta intensidad pero perceptiblemente, en las pretensiones de los acreedores así como en el desarrollo y resolución de los concursos declarados respecto de las sociedades que lo integran.

Esta diversificación de efectos, empresariales, por un lado, y jurídicos, por otro, no ha de ocultar que buena parte de las relaciones establecidas por las sociedades del grupo son el resultado, precisamente, de su pertenencia al mismo; que se explican, en suma, por la «lógica empresarial» desarrollada en el mercado por el agregado de sociedades que lo integran. La clave esencial del grupo, como ya se ha dicho, es la dirección económica unificada en él ejercida y a la que se someten sus miembros. De este modo, las sociedades agrupadas, aunque mantienen su personalidad jurídica propia, ven reducida su autonomía económica, por haber cedido a la entidad cabecera del grupo un número variable de sus facultades en materia empresarial; por tal razón, dichas sociedades no podrán ser consideradas, en última instancia, responsables únicos de una determinada conducta o del establecimiento de una concreta relación jurídica. Se abre aquí un capítulo esencial en el tratamiento legal de los grupos, al plantear la posible implicación en la responsabilidad de una sociedad del grupo de otros integrantes del mismo, ajenos formalmente a la relación jurídica de la que se derive aquélla.

2.2. Tipología de los grupos

El asunto de la responsabilidad, quizá el más llamativo de los que constituyen la temática jurídica del grupo, ha de ponerse en

relación, como todos los demás, con la particular estructura organizativa de que se haya dotado. Se distingue, así, entre grupos centralizados y grupos descentralizados, según que la entidad cabecera del grupo asuma de hecho, en un caso, la práctica totalidad de las facultades empresariales de las sociedades integradas o que, en otro, ejerza únicamente las facultades básicas en materia de dirección empresarial, permitiendo a aquéllas un margen variable de autonomía en el ejercicio de la actividad de empresa. Esta distinción es de extraordinaria relevancia para el régimen jurídico de los grupos, si bien no es fácil de perfilar en la práctica con la debida nitidez. En todo caso, indica, a nuestro juicio, una perspectiva básica al interpretar y aplicar las normas jurídicas relativas al grupo, con el propósito de lograr soluciones adecuadas y proporcionadas en cada caso.

Una segunda distinción importante es la que separa a los grupos jerárquicos o verticales de los paritarios u horizontales. Si en ambos se ejerce una dirección económica unificada sobre todas las sociedades agrupadas, su fundamento es diferente, según que nos encontremos ante un grupo jerárquico o uno paritario. En el primer caso, los grupos verticales, la dirección unitaria es el resultado de la previa situación de dominio obtenida por una entidad o sociedad sobre otra u otras sociedades; por la vía, generalmente, de la adquisición de una porción relevante de acciones o participaciones (según el tipo de sociedad de que se trate) se obtiene el dominio o control necesario para hacer posible a la entidad o sociedad dominante el ejercicio de una dirección económica unificada. En el segundo caso, los grupos horizontales, en cambio, la entidad cabecera del grupo ejerce la dirección unitaria sobre la base del acuerdo libremente

establecido de las sociedades que se agrupan, que se mantienen independientes unas de otras, desde el punto de vista económico. Por regla general, cuando se habla de grupo de sociedades se suele pensar en uno de naturaleza jerárquica, y a él se refieren, por regla general, la mayoría de las normas jurídicas que contemplan dicho fenómeno, tanto en el Derecho español como en otros ordenamientos. Además, buena parte de los problemas que se consideran típicos de los grupos de sociedades son, sobre todo, característicos de los de naturaleza jerárquica.

2.3. Interés del grupo frente a intereses de las sociedades agrupadas

Con independencia, en todo caso, de los vínculos que unan a las sociedades agrupadas, y de la estructura organizativa de que se doten, ha de afirmarse que el grupo constituye una realidad relevante para el ordenamiento jurídico en la que destaca su condición de empresa articulada mediante diversos sujetos de Derecho. Esta característica es, sin duda, la causa del éxito de esta singular modalidad de concentración empresarial en la realidad económica de nuestros días; pero es, a la vez, la fuente de numerosos problemas derivados del conflicto típico que los grupos plantean: la posible contradicción entre los intereses de la empresa como tal —el grupo— y los intereses de las sociedades, u otros sujetos de Derecho, que la compongan. Puede hablarse, así, de un interés del grupo, identificado en los grupos jerárquicos, a veces con cierta ligereza, con el interés de la entidad dominante, que ha de constituir de hecho la pauta de comportamiento de las sociedades agrupadas; pero como, a su vez, estas últimas han de promover su propio interés, tan legal y legítimo

como el anterior, se abre la posibilidad de conflicto antes apuntado, cuya resolución viene a constituir el «corazón» del Derecho de los grupos de sociedades.

No ha de partirse, sin embargo, de la creencia de que el conflicto de intereses en el seno del grupo sea siempre y en todo caso la inevitable consecuencia derivada de su formación. En numerosas ocasiones, y de forma sintomática en los grupos jerárquicos, coinciden el interés del grupo y los intereses de las sociedades que lo componen; incluso, para numerosas sociedades, su integración en un grupo suele ser, con sus luces y sus sombras, la mejor manera de defender y promover su particular interés social. Sentada esta idea, que responde a una realidad cierta y característica en el seno de los grupos, no ha de ocultarse, del mismo modo, la existencia, también real, del conflicto de intereses apuntado; se trata, en todo caso, de un conflicto cuya resolución ha de evitar los dos extremos a priori imaginables: de un lado, el otorgar perpetua prioridad al interés del grupo, sin preocuparse de la suerte de los intereses sociales particulares y de los sujetos (socios, acreedores y trabajadores de las sociedades filiales) a ellos conectados; de otro, el reconocer, de acuerdo con el Derecho de sociedades vigente en casi todos los países actualmente, la existencia insoslayable del interés particular de las sociedades agrupadas. De seguir la primera solución, la formación de un grupo supondría la conversión en «esclavas» de las sociedades o entidades integrantes; de atender, en cambio, a la segunda solución, la tutela excesiva de estas últimas haría imposible el funcionamiento del grupo como tal.

A la vista de lo expuesto, cualquier intento de regulación legal de los grupos de sociedades habrá de partir del necesario res-

peto al interés del grupo, que constituye, con los matices debidos a la modalidad de que se trate, la razón de ser de la existencia de la empresa de grupo. Tal cosa supone reconocer la licitud de las instrucciones impartidas por la entidad cabecera del grupo en uso de la dirección económica unificada que le corresponde. Además, para que dichas instrucciones permitan la realización del interés del grupo hace falta que sean consideradas vinculantes, esto es obedecidas por los órganos de las sociedades agrupadas, siempre que se desenvuelvan en el marco del interés del grupo. Sobre esta premisa, puede suceder que algunas de esas instrucciones resulten perjudiciales para la sociedad ejecutora de las mismas, lo que no empaña en absoluto su licitud si esta última recibe una compensación adecuada que sirva de contrapartida al daño experimentado.

3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES. ESPECIAL REFERENCIA A LA UNIÓN EUROPEA

3.1. Premisas legales

Sentadas las premisas más elementales sobre el concepto y caracteres del grupo de sociedades, conviene referirse, seguidamente, a su regulación legal. De entrada, sorprende la escasez de países que disponen de un régimen jurídico suficiente y adecuado a esta singular forma de empresa. En Europa destaca el pionero ejemplo de Alemania (Ley de sociedades por acciones de 1965), seguido muy de cerca por Portugal (Código de sociedades comerciales de 1986) y completado en los últimos años por algunos países de Europa del Este (Hungría, Croacia, Eslovenia, entre otros), si-

guiendo muy de cerca, en todo caso, el modelo alemán. Los restantes países del continente, entre ellos España, carecen de un tratamiento normativo proporcionado a la importancia económica del grupo, aunque no faltan proyectos legislativos al respecto que, desgraciadamente, no han llegado a convertirse en Derecho positivo. Es muy interesante, en este plano, el ejemplo de la Unión Europea, en cuyo seno germinó, hace más de treinta años, el propósito de elaborar unas normas específicas sobre los grupos de sociedades, promulgando al efecto dos directivas: una, sobre los aspectos contables, y otra, sobre la vertiente jurídico-material. La primera se aprobó, efectivamente, en 1983 y fue objeto de recepción legislativa por los diversos países de la Unión; en España, más en concreto, encontramos sus huellas en diversos preceptos, de entre los que destacan los artículos 42 a 49 del Código de comercio.

Por desgracia, la directiva sobre el régimen jurídico-material de los grupos, en la que se pondrían de manifiesto algunas de las ideas que hemos indicado más arriba, no ha llegado a aprobarse y los órganos competentes de la Unión Europea han puesto de manifiesto, en los últimos años, su voluntad de no llevarla adelante. Sin embargo, esta negativa no reduce la importancia práctica de la figura ni anula la necesidad de su urgente regulación; sucede, sin embargo, que la Unión Europea renuncia a elaborarla, en su totalidad, y transfiere a los estados, sobre la base del principio de subsidiaridad, la competencia legislativa esencial para fijar las bases fundamentales de la misma. De ello es buena prueba el Informe Winter (noviembre de 2002), elaborado por un relevante equipo de juristas europeos, y en el que se fijan las pautas para la regulación de las sociedades mercantiles en la

Unión, sobre la base, entre otros extremos, de las propuestas, de origen privado, elaboradas por un conjunto de juristas unidos bajo el nombre de Forum Europaeum «Derecho de grupos» (que se pueden consultar en nuestro idioma en Revista de Derecho Mercantil, n.º 232, 1999, págs. 445-575). En el Informe Winter, por tales motivos, los grupos de sociedades y el gobierno corporativo (corporate governance) constituyen dos de los temas «estrella» y ponen de relieve la conexión que existe entre ambos y la importancia de prestar una cierta atención dentro de este trabajo al análisis jurídico de aquéllos.

3.2. **El Informe Winter sobre el Derecho de sociedades en Europa y en los grupos**

Para el Informe Winter, siguiendo, en buena medida, las ideas del Forum Europaeum, el tratamiento de los grupos en la Unión Europea ha de tener un carácter reducido, permitiendo su compatibilidad, sobre la base de planteamientos comunes, con las normas que, en su caso, puedan adoptar los Estados miembros. A tal efecto, son tres, fundamentalmente, los aspectos relativos a los grupos que han de ser considerados a la hora de contemplar su régimen jurídico. Prescindiendo ahora de la referencia a los grupos piramidales, cuya problemática tiene rasgos específicos, nos referiremos, ahora, a las dos vertientes que nos parecen más relevantes. De un lado, se habla del principio de transparencia como criterio básico a la hora de trazar su regulación, y de otro se alude al necesario equilibrio en la consideración de los intereses, con frecuencia contrapuestos, que se ven afectados por el funcionamiento del grupo. Se trata, por ello, de hacer más diáfana su

estructura, así como las relaciones de las sociedades agrupadas entre sí, mediante las oportunas obligaciones de *disclosure*, quizá una de las cuestiones de mayor actualidad en el seno de los grupos integrados por sociedades cotizadas. En este aspecto hay, como resulta lógico, una considerable cercanía entre las propuestas relativas a los grupos en el Informe Winter con las que el mismo contiene sobre gobierno de la empresa. Por otra parte, el referido informe considera imprescindible el establecimiento de medidas de defensa del interés del grupo, por un lado, y de los intereses sociales de las sociedades agrupadas, así como de sus socios minoritarios, acreedores y trabajadores, por otro. Se intenta, de este modo, hacer posible el equilibrio de intereses en el seno del grupo, al que más arriba nos referíamos, como uno de los elementos medulares de su régimen jurídico.

A pesar del no poco tiempo transcurrido desde la presentación del Informe Winter hasta nuestros días, no contamos con ejemplos relevantes, en los ordenamientos de los Estados miembros, que reflejen adecuadamente en normas jurídicas los principios que acabamos de exponer. Quizá convenga hacer una excepción, si bien de reducido alcance, con el Derecho italiano en el que encontramos algunas referencias interesantes al grupo con motivo de la reforma de su *Codice civile*, en 2003. En dicho texto legal, y concretamente, en su artículo 2497, se reconoce de manera nítida, la posibilidad y la legalidad de la dirección económica unificada en el seno de los grupos, debiendo responder las entidades que ejerzan dicha función ante las sociedades componentes del grupo por los posibles daños derivados del predominio del interés del grupo. Es importante re-

saltar, con todo, que no habrá lugar a esa responsabilidad si no se ha producido daño «a la luz del resultado conjunto de la actividad de dirección y coordinación» del grupo, o si el daño ha sido «íntegramente eliminado como consecuencia de operaciones dirigidas a tal fin».

Con todo, el relieve que han adquirido las cuestiones de transparencia empresarial, en relación, sobre todo, con las sociedades cotizadas, propician una progresiva consideración de los grupos en el marco del Derecho del mercado de valores. De acuerdo con la filosofía que impregna este sector del ordenamiento jurídico, y, más concretamente, la importancia extraordinaria del *corporate governance*, es muy importante explicar claramente la estructura y la organización de los grupos de sociedades. A tal fin las indicadas leyes de transparencia, como la española, de 17 de julio de 2003, a la que aludiremos más adelante, se refieren en diferentes apartados de su texto a específicas obligaciones informativas que incumben a las sociedades integradas en grupos, lo que viene a confirmar, recientemente, la hipótesis de partida del presente trabajo.

3.3. El Derecho español: planteamiento general

Como ya se ha indicado, no disponemos en el ordenamiento jurídico español de un régimen suficiente y equilibrado de los grupos de sociedades. Existen, sí, algunos aspectos mejor tratados que otros; en este sentido, cabe destacar la vertiente tributaria de la cuestión, con una normativa relativamente completa en la Ley del Impuesto de Sociedades. Del mismo modo, la jurisprudencia laboral ha consolidado algunos cri-

terios en torno a la relación de los grupos de sociedades con la tutela de los derechos de los trabajadores, con especial referencia a la responsabilidad de las sociedades del grupo por las deudas laborales de una o de varias de ellas. En el terreno específico del Derecho mercantil, en cambio, falta una concepción genérica de la institución que dé pistas seguras sobre su mejor tratamiento. Y ello, a pesar de la frecuencia con la que, en muy distintas leyes, se alude a los grupos de sociedades. Debe destacarse, en tal sentido, la regulación de la consolidación contable en el Código de comercio (arts. 42 a 49), a cuyo efecto el concepto de grupo establecido se basa exclusivamente en la situación de control o dominio que una sociedad tenga o pueda tener, directa o indirectamente, sobre otra u otras sociedades (art. 42, 1.º). En las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada no escasean las alusiones a la figura en estudio, aunque, por regla general, falta en ellas su concepto o los caracteres generales que permitan formular su delimitación básica. En tal sentido, y haciendo una breve selección, cabe remitir al lector a los arts. 10, 29, 1.º y 40, 4.º de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL, de 23 de marzo de 1995), así como a los arts. 105, 2.º, 200, 13.ª y 14.ª de la Ley de sociedades anónimas (LSA, de 22 de diciembre de 1989). No es impropio la referencia a la ley (estatal) de cooperativas, de 16 de julio de 1999, en cuyo art. 78 se contempla la figura del «grupo cooperativo», con un planteamiento basado en la dirección unificada y no en el control, como acabamos de ver a propósito del Código de comercio.

Al margen del Derecho vigente, conviene aludir, siquiera sea brevemente, al propósito de establecer una disciplina de los grupos, a

la Propuesta de Código de sociedades mercantiles, publicada en noviembre de 2002. Aunque esta importante obra prelegislativa se encuentra, en apariencia, sin posibilidad de convertirse, al menos por el momento, en norma vigente, constituye, sin embargo, una aportación relevante al tema que nos ocupa, que ha de ser estudiada con atención. Su análisis (aunque es un texto sin fuerza vinculante, quedando limitado a tener un alcance meramente doctrinal) permitirá apreciar, por contraposición, la insuficiencia de las normas que nuestro Derecho mercantil en vigor dedica a la figura de los grupos.

4. GOBIERNO DE LA EMPRESA Y GRUPOS DE SOCIEDADES

4.1. Presentación

A la hora de estudiar la relación entre gobierno de la empresa y grupos de sociedades sorprende, en una primera aproximación, la casi total ausencia de alusiones a aquellos en los informes y códigos sobre el gobierno de las empresas o corporativo. Quizá por la influencia de los planteamientos norteamericanos, quizá por la relativa imprecisión terminológica que los suele caracterizar, el caso es que la mención del término «empresa» se ha llevado a cabo sin precisar exactamente qué deba entenderse por tal, si bien en el Código Conthe, en particular, parece encontrarse un planteamiento más ambicioso con diversas menciones de la figura del grupo. Por otra parte, de las iniciales referencias a la empresa se ha pasado, de inmediato, a la consideración aislada de las sociedades (anónimas) cotizadas, con lo que se ha terminado por escamotear, de hecho, un elemento básico para comprender las razones últimas del funcionamiento efectivo de los órganos sociales.

4.2. La realidad española: del Informe Olivencia al Código Conthe, pasando por el Informe Aldama

Por concretar nuestra indagación en el caso español, las afirmaciones anteriores cobran especial significado en el marco del Informe Olivencia, primero, como es sabido, de los documentos redactados en España para conseguir un «buen gobierno» de las empresas y, más específicamente, de las sociedades cotizadas. A lo largo de su contenido, no encontramos referencia alguna a los grupos de sociedades, a pesar de su ya advertida influencia en cuanto a la estructura de la propiedad de las sociedades cotizadas. Esta vertiente se ha soslayado para concentrar la atención en el ámbito de los administradores de tales sociedades y, más específicamente, de sus deberes y principales obligaciones. No es el momento ahora de valorar esta opción ni, tampoco, de enjuiciar el acierto o desacierto de las recomendaciones propuestas en dicho informe para mejorar el gobierno de la empresa, basadas en la autorregulación y no en la intervención legislativa.

Aparte de alguna sucinta alusión a la posición de los accionistas significativos de la sociedad, y que conecta con la temática del control o dominio de una sociedad, antesala de los grupos, nada hay en el Informe Olivencia que permita apreciar la realidad de las conexiones entre gobierno de la empresa y grupos de sociedades. Esta circunstancia, junto con otros aspectos esenciales del debate sobre *corporate governance*, cambia de manera perceptible en el Informe Aldama, en el cual aparecen numerosas alusiones a la figura del grupo de sociedades. Sin que ello haya de entenderse como una aproximación sistemática a dicha modalidad de empresa, sí que se

ha de destacar este planteamiento que hace justicia, aunque no sea íntegra, a su importante papel en la realidad empresarial.

En este sentido, el Informe Aldama da por supuesto el concepto de grupo y prescinde de todo tipo de consideraciones sobre su formación, clases y sobre los sujetos o entidades que puedan integrarlo. Sólo se preocupa de aludir a los grupos al hilo de determinadas cuestiones planteadas con motivo del desarrollo de los temas esenciales allí tratados. El primer aspecto en el que aparecen mencionados los grupos de sociedades se refiere a la mejora de la transparencia de las sociedades cotizadas. Con este motivo, indica el Informe Aldama que habrá de ponerse de manifiesto «la estructura de propiedad de la sociedad», lo que supone comunicar a los mercados la existencia de los «pactos parasociales», así como «la estructura de control de las sociedades o grupos de sociedades que participan en el capital de la sociedad y en el de sus filiales, sobre todo cuando en ellas participen también los accionistas de referencia».

Con motivo del tratamiento de los deberes de los administradores de la sociedad cotizada, el Informe Aldama prosigue efectuando diferentes referencias a los grupos de sociedades. Así, por lo que afecta al deber de lealtad, se advierte de que los administradores de la sociedad no desempeñarán «cargos en empresas competidoras de la sociedad o de su grupo». De este modo, será incompatible con el deber de lealtad que el administrador de la sociedad cotizada en cuestión lo sea también de una determinada sociedad competidora del grupo en el que se integre la primera, incluyéndose en la noción de administrador, además de quienes propiamente merezcan tal calificación: los altos ejecutivos de la sociedad, aunque no tengan la condición de conseje-

ros, los administradores de hecho, los administradores ocultos, así como los accionistas de control. De este modo, el deber de lealtad se expande mucho más allá de los confines de una concreta sociedad cotizada para abarcar todos los confines del grupo en el que, en su caso, se integre. Todas las personas físicas y jurídicas que incidan en la gestión del grupo, incluyendo, en particular, a la sociedad dominante, pueden quedar, de este modo, sujetas al deber de lealtad.

Por lo que se refiere al deber de diligencia, muy relacionado con el interés de la sociedad, indica el Informe Aldama que «el gobierno corporativo de la empresa y la dirección ejecutiva han de considerar los diversos intereses concurrentes en una decisión, pero el criterio superior para dirimir intereses en conflicto y para avanzar es el bien de la empresa en su conjunto y su continuidad a largo plazo». Es significativa la mención del «bien de la empresa», frente a la fórmula tradicional del interés social, e, incluso, frente a la creación de valor para el accionista (*shareholder value*), que constituía el patrón de conducta y la medida de diligencia de los administradores en el Informe Olivencia. Desde el punto de vista de los grupos de sociedades, el planteamiento del Informe Aldama, al referirse al «bien de la empresa», permite, en apariencia, la estimación del interés del grupo en su conjunto, sin que quede clara, por otra parte, su relación con los intereses sociales particulares de las sociedades que lo componen.

Algunas menciones a los grupos de sociedades encontramos, finalmente, en el Informe Aldama cuando trata acerca de los órganos de la sociedad cotizada. Quizá las más significativas se concretan con motivo del tratamiento del consejo de administración. Dentro de la tipología de consejeros

que allí se contiene, se nos dice que son «consejeros internos o ejecutivos» aquellos que tienen «alguna capacidad de decisión en relación con alguna parte del negocio de la sociedad, o del grupo, mediante delegación o apoderamiento estables conferidos por el consejo de administración o por la sociedad respectivamente». Por su parte, tanto los «consejeros externos dominicales» como los «consejeros externos independientes» habrán de abstenerse de establecer relaciones comerciales o profesionales con la sociedad de cuya administración forman parte, y también con el grupo en el que aquélla se integre.

Por último, en el Código Conthe, las referencias a los grupos son más frecuentes, siguiéndose, por regla general, el planteamiento que acabamos de ver en el Informe Aldama. Aunque no se define la figura del grupo, sí que se delimita bien su sentido y razón de ser ya desde la segunda recomendación del código, al centrar en la unidad de dirección su característica más destacada. Incluso en esta recomendación se contiene lo que podría considerarse una forma de «contrato de grupo» (al que más adelante nos referiremos) como instrumento de transparencia con respecto al mercado. En este sentido, la indicada recomendación señala que si la sociedad matriz y la sociedad dependiente del grupo cotizan en bolsa, se habrá de definir públicamente y con precisión «a) las respectivas áreas de actividad y eventuales relaciones de negocio entre ellas, así como las de la sociedad dependiente cotizada con las demás empresas del grupo; b) los mecanismos previstos para resolver los eventuales conflictos de interés que puedan presentarse». Al margen de este asunto, verdaderamente innovador en el marco del *corporate governance*, cuando menos por lo que se refiere

a nuestro país, las alusiones ulteriores al grupo dentro del Código Conthe suelen obviar su delimitación, mencionándolo a propósito de diversos aspectos del funcionamiento de la sociedad. Así sucede, por ejemplo, en la recomendación número ocho, cuando se contemplan las competencias del consejo de administración; en la número diez, con respecto al tipo de consejeros que han de predominar en el consejo; en la recomendación número treinta y seis, a propósito de la retribución de los consejeros ejecutivos; y también en este terreno retributivo, respecto de las menciones que han de consignarse en la memoria (recomendación número 41).

No merece la pena, a la vista de lo expuesto, alargar más la referencia a los supuestos en los que aparece el grupo dentro del Código Conthe. Con todo, sí conviene reiterar lo que constituye, podría decirse, su orientación de política normativa (sin ignorar el carácter no vinculante de sus recomendación) en cuanto al fenómeno de los grupos: progresiva presencia de los mismos a propósito de muy diversos asuntos del funcionamiento de la sociedad y de sus órganos, ausencia de definición precisa al respecto, sin ignorar que su esencia radica en la unidad de dirección, y finalmente, algunas aportaciones novedosas, como la ya destacada a propósito de la recomendación número dos.

4.3. La incidencia de algunas reformas legislativas recientes en materia de grupos. Consideración específica de la ley de transparencia

Planteamiento introductorio

De acuerdo con el método esbozado en el Informe Aldama, en el que se propugnaba, sin asomo de conflicto, la autorregula-

ción de las sociedades cotizadas y la intervención legislativa, se promulgó en España la denominada Ley de Transparencia, de 17 de julio de 2003, que ha convertido en norma jurídica vinculante algunas de las más relevantes recomendaciones contenidas en el mencionado informe. Sin entrar en cuestiones de detalle, improcedentes en este momento, conviene decir que la citada ley modifica, de un lado, la ley del mercado de valores, introduciendo una disciplina específica sobre la sociedad anónima cotizada. De otro, modifica, asimismo, la ley de sociedades anónimas, estableciendo, en particular, un detallado régimen de los deberes de los administradores, de acuerdo con la enumeración, antes indicada, que se contiene al respecto en el Informe Aldama. Es oportuno señalar que, así como la primera vertiente de la ley se refiere exclusivamente a la sociedad cotizada, la reforma de la ley de sociedades anónimas se lleva a cabo con carácter general, de manera que no sólo se han visto afectadas las sociedades cotizadas, sino también las sociedades anónimas «cerradas»; se pone de manifiesto una cierta contradicción entre lo recomendado en el Informe Aldama y lo que, finalmente, ha terminado por hacer nuestro legislador.

Aún está por demostrar, desde otro punto de vista, si la aprobación del Código Conthe traerá consigo cambios legislativos relevantes en de los temas que ahora nos ocupan; aunque hay alguna reforma de Derecho de sociedades en trámite parlamentario (el proyecto de ley de las llamadas modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), y se ha vuelto a la idea de control, como determinante del grupo desde el punto de vista de la consolidación contable, nada hace presumir que el fenómeno del gobierno corporativo y, más específicamente, de los grupos de sociedades vaya a reci-

bir adecuado tratamiento normativo, al menos a corto plazo. Es posible, por otra parte, que la actual crisis financiera pueda tener alguna consecuencia importante en el marco del Derecho de sociedades, al impulsar, quizá, la adopción de normas imperativas en supuestos donde antes se sugería o recomendaba la autorregulación. No es fácil hacer predicciones en un momento tan confuso como el presente, pero, de confirmarse la profundización de la crisis no parece sensato excluir cambios relevantes en los próximos tiempos. La desconfianza hacia los presupuestos ideológicos configuradores del anterior estado de cosas, es un efecto colateral de la crisis global.

Los grupos de sociedades en la ley de transparencia

Por lo que a los grupos de sociedades se refiere, encontramos recogidas numerosas alusiones que al respecto se hacían en el Informe Aldama, y que han tenido continuidad en el Código Conthe, destinadas, en lo esencial, a hacer más transparente su estructura y su organización. Hay que lamentar, sin embargo, que la ley haya desaprovechado la oportunidad de considerar otros aspectos, sobre todo si se tiene en cuenta que en la versión inicial del proyecto de ley, remitido por el Gobierno al Parlamento, se encontraba una norma relevante que afirmaba la responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante del grupo frente a la sociedad dominada, sus socios y acreedores. Además, el legislador podía haber utilizado algunas de las normas proyectadas sobre la materia en la ya mencionada Propuesta de Código de sociedades mercantiles. En cualquier caso, y antes de entrar en estos detalles, exponaremos las principales novedades que, con respecto a los grupos de sociedades, se encuentran en la ley de transparencia.

Como cuestión crítica general, ha de censurarse la falta de rigor terminológico en la que incurre la ley, con la utilización indistinta —tradicional en nuestro Derecho— de las nociones de «control» y «grupo». Este es un viejo conflicto del Derecho español que ha dado lugar a numerosas confusiones y en el que la todavía reciente modificación del art. 42 del Código de comercio, a través de la llamada ley de reforma contable, de 4 de julio de 2007, ha venido a alterar el punto de vista sustentado en la ley de transparencia. Si ésta última, en apariencia, consolidaba el carácter de «norma general» en el Derecho de grupos de la «unidad de dirección», la reforma que acabamos de mencionar ha vuelto a la idea de control, extendiendo su influencia incluso a la propia ley del mercado de valores. Si hasta ese momento, el grupo requería en el Derecho mercantil español la dirección económica unificada (en la terminología legal, «unidad de dirección»), en la actualidad, el péndulo se ha desplazado hacia el mero control, sin que con ello se haya conseguido por otra parte un planteamiento uniforme y coherente dentro de nuestra disciplina. Está por ver, con todo, el valor que haya de atribuirse en sede de grupos a la delimitación contenida en el art. 42 del Código de comercio, materia sobre la que no resulta fácil pronunciarse en este momento y que, en todo caso, no parece que deba constituirse en el centro exclusivo del ordenamiento jurídico en cuanto a los grupos de sociedades.

En el conjunto de las normas que la ley de transparencia dedica a la sociedad anónima cotizada, y que se insertan ahora en la ley del mercado de valores, se alude al grupo en el art. 114, 2.º de esta última ley, con motivo de la necesaria inclusión en la memoria de la sociedad de las operaciones que sus administradores realicen «con la ci-

tada sociedad cotizada o con una sociedad del mismo grupo». También ha de mencionarse el art. 114, 3.º de la ley del mercado de valores, que obliga a los administradores de la sociedad cotizada a abstenerse de realizar aquellas operaciones que afecten a «valores de la propia sociedad o de las sociedades filiales, asociadas o vinculadas sobre las que disponga, por razón de su cargo, de información privilegiada o reservada en tanto esa información no se dé a conocer públicamente». Por último, el art. 116 de la ley del mercado de valores, que impone a la sociedad cotizada la redacción de un informe anual de gobierno corporativo, alude, a lo largo de su contenido, varias veces a situaciones de grupo o a circunstancias que se dan en el seno de un grupo.

Por lo que se refiere a las reformas introducidas en la ley de sociedades anónimas por la ley de transparencia, también encontramos diversas alusiones a los grupos, sobre todo en el marco del art. 127 de aquella ley, relativas al deber de lealtad de los administradores. De entre su amplio contenido, que no vamos a detallar aquí, cabe apreciar que se reafirma el elemento de la unidad de decisión, como característica esencial del grupo, en línea con lo que acabamos de expresar.

Uno de los puntos más significativos en el complejo tema que nos ocupa que, finalmente, no ha pasado al texto definitivo de la ley de transparencia, es el establecimiento de una responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante frente a la sociedad dominada, sus socios y acreedores por los daños causados como consecuencia de una instrucción impartida en el ejercicio de la «unidad de dirección» del grupo. Esta norma, realmente trascendental, se contenía en el proyecto de ley remitido por el Gobierno al Parlamento, pero fue

suprimida en el curso de la tramitación parlamentaria. Sin embargo, el art. 133, 2.º de la ley de sociedades anónimas reconoce la responsabilidad del administrador de hecho de una sociedad anónima frente a la propia sociedad, sus socios y acreedores en los mismos términos que correspondería a un administrador de derecho, correcta y formalmente designado. Aunque esta norma va más allá del ámbito de los grupos de sociedades, podría servir, en el futuro, para hacer posible lo que el proyecto de ley de transparencia pretendía y que, definitivamente, no se convirtió en norma vigente. A nuestro juicio se abre, de este modo, una vía propicia para solicitar la responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante (y de esta misma, también) frente a la sociedad dominada, sus socios y acreedores, si se prueba que tanto unos como otra han actuado como «administradores de hecho» de la sociedad dominada. Esta prueba no es, ciertamente, sencilla, pero no faltan las sentencias judiciales que reconocen la figura del administrador de hecho y ofrecen algunas pautas para precisar su concepto.

5. PROPUESTA DE AUTORREGULACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL CONTEXTO DEL GOBIERNO DE LA EMPRESA: EL CONTRATO DE GRUPO

5.1. Razón de ser y contenido del contrato de grupo

La ley de transparencia, como hemos podido apreciar, alude repetidamente a los grupos pero no ofrece un régimen suficiente para resolver los numerosos problemas que suscitan, en particular las medidas para hacer posible la realización del interés

del grupo, de un lado, y la tutela de quienes se vean afectados negativamente por la misma, de otro. Algunas normas posteriores, como también se ha indicado, continúan en esa línea de insuficiencia reguladora, introduciendo a la vez cambios relevantes cuyo valor es difícil de determinar en este momento. Por otro lado, y en cuanto a la construcción de un régimen suficiente y seguro sobre los grupos, no parece posible utilizar las normas contenidas en la Propuesta de código de sociedades mercantiles, cuya viabilidad legislativa futura es muy discutible. Dado que los problemas suscitados por los grupos empiezan a ser acuciantes entre nosotros y que, a la vez, esta modalidad de empresa carece de una regulación suficiente en el Derecho español, proponemos intentar cubrir esas carencias mediante un instrumento muy apreciado en la órbita del gobierno de la empresa: la autorregulación. Como es sabido, el Informe Olivencia, el Informe Aldama y, finalmente, el Código Conthe recomiendan que sean las propias sociedades cotizadas quienes incorporen voluntariamente las propuestas en ellos contenidas, sin perjuicio —sobre todo en el Informe Aldama— de que puedan, a su vez, ser acogidas en normas legislativas. Por esa razón, y por entender que la figura del grupo de sociedades disfruta de legitimidad jurídica en nuestro Derecho, proponemos una vía, al margen de la ley —pero no ilegal, obviamente—, que sirva para resolver preventivamente los posibles conflictos que puedan surgir en su seno, y de la que parece hacerse eco, según se ha indicado, el propio Código Conthe. Se trata de la figura del contrato de grupo, surgida en el derecho alemán y reconocida también en el derecho portugués, como un instrumento de organización del grupo con dos finalidades esenciales:

- 1.º Reconocer la primacía del interés del grupo y de la «unidad de dirección», facultando a los administradores de la entidad o sociedad cabecera del grupo para impartir instrucciones vinculantes a los administradores de las restantes sociedades integradas en él.
- 2.º Establecer medidas de tutela para las sociedades integradas en el grupo, sus socios, acreedores y trabajadores, sin comprometer la unidad de funcionamiento económico del propio grupo. Se trata, en particular, de compensar, en la medida de lo posible, los perjuicios que estos sujetos puedan experimentar por la ejecución de las instrucciones impartidas por la dirección del grupo, sobre todo cuando sean perjudiciales para las sociedades agrupadas

De este modo, el contrato de grupo, como pacto jurídico entre las sociedades que lo integran, establecería las bases organizativas del mismo y habría de ser aprobado por sus diversos miembros, a través de un procedimiento similar al que se reconoce en los diversos ordenamientos jurídicos para alteraciones estructurales básicas de las sociedades (como pueden ser la fusión, la escisión, la transformación, etc.). Ello supone, obviamente, un complejo trámite caracterizado por las notas de transparencia y control externo. Aunque no podemos dar aquí el detalle de ese procedimiento, vale decir que podrá estructurarse en tres fases:

- 1.º Una fase preparatoria, en la que los administradores de las sociedades que pretenden agruparse determinan las bases del contrato a través de la elaboración de un «proyecto de contrato de grupo». Dicho proyecto ha-

brá de ponerse a disposición de los socios de todas las sociedades, junto con sendos informes de administradores y expertos independientes —como sucede en la fusión, en concreto— a fin de que puedan formarse una idea exacta de la integración empresarial que se pretende realizar.

- 2.º Una fase decisoria en la que las juntas generales de socios habrán de acordar, en su caso, la aprobación del contrato, con arreglo a las normas que, según el tipo de sociedad o entidad jurídica de que se trate, regulan este tipo de decisiones.
- 3.º Una fase de ejecución, que implicará el cumplimiento de determinadas cautelas legales (inscripción en registros, medidas de tutela preventiva de los acreedores de las sociedades, etc.)

Culminado este procedimiento, el contrato de grupo permitirá el funcionamiento de la empresa integrada por las sociedades que lo han adoptado. Naturalmente, cada contrato puede establecer un modelo diverso de grupo, jerárquico o paritario, centralizado o descentralizado. En ocasiones, sobre todo cuando se trate de grupos paritarios, el contrato servirá para constituir jurídicamente el grupo. En otros casos, sin embargo, el grupo ya existirá, de hecho, con anterioridad cuando, por ejemplo, una sociedad ejercite una dirección económica unificada sobre otra u otras gracias al control que ejerza sobre ellas. En estos últimos casos, el contrato vendrá a declarar que el grupo ya existe como tal. En cierto sentido, podrá pensarse que entonces dicho contrato será, esencialmente, un formalismo que recogerá sólo los deseos de la entidad o sociedad dominante. Pero, aun en tales supuestos, la utilidad de la figura parece in-

negable ya que servirá para manifestar públicamente la existencia del grupo, lo cual ha de considerarse positivo. Al mismo tiempo, si su contenido es equilibrado, en la línea antes expuesta, será un buen testimonio de la «seriedad» del grupo, que no pretende expoliar a las sociedades que lo integran en beneficio de determinados intereses particulares.

5.2. El contrato de grupo como medida de «buen gobierno»

Desde el punto de vista del *corporate governance*, la adopción de un contrato de grupo, con un contenido similar al aquí expresado, puede llegar a considerarse como un instrumento o medida del «buen gobierno» de la empresa, de la misma manera que lo ha sido la adopción por las empresas de las propuestas contenidas en el Informe Olivencia, en el Informe Aldama y en el Código Conthe. El contrato de grupo fomenta la transparencia de las sociedades, exterioriza los conflictos de intereses que pueden afectar a sus administradores y busca solucionar que equilibren las tensiones y enfrentamientos que puedan darse en su seno. Se realiza con ello, a nuestro juicio, la finalidad esencial perseguida por el debate en torno al gobierno de la empresa y que reflejaba tan exactamente, el Informe Winter, por lo que a la Unión Europea se refiere.

Naturalmente, la propuesta que aquí se formula requiere muchas precisiones ulteriores para hacerla operativa. Pero interesa retener, en primer lugar, su encaje en nuestro Derecho, y ello por una razón muy sencilla: si el grupo es una estructura empresarial lícita en el ordenamiento español, también ha de serlo por fuerza el instru-

mento que sirve a su mejor organización y al equilibrio de intereses en su seno. En segundo lugar, la idea del contrato de grupo puede materializarse de diferentes maneras, según el tipo de grupo que se pretenda organizar, así como en función de su tamaño, su relieve empresarial, etc. Puede haber, por ello, un contrato básico de grupo, sin perjuicio de que se puedan concluir contratos de grupo «de segundo grado», relativos, en el caso de grupos muy complejos o con abundante número de sociedades, a un sector de ellas. Lo importante, en todo caso, es destacar la contribución que tal instrumento puede proporcionar a la transparencia de los grupos y a su mejor desarrollo en el ámbito de un ordenamiento jurídico, como el español, que les dedica, muy escasa atención.

6. CONCLUSIONES

Desde hace mucho tiempo, la figura del grupo de sociedades constituye un reto para el Derecho, debido a la considerable dificultad que supone «casar» armónicamente en una regulación legislativa la unidad económica y la pluralidad jurídica que, de manera esencial, caracterizan a esta singular modalidad de empresa. El pionero ejemplo alemán de regulación de los grupos, llevado a cabo mediante la *Aktiengesetz* de 1965, ha sido seguido por muy pocos ordenamientos jurídicos; han fracasado hasta la fecha los intentos de la Unión Europea en tal sentido. No obstante, en fechas todavía recientes, ha reverdecido el propósito de regulación europea de los grupos, gracias a las indicaciones contenidas en el Informe Winter (2002), sin que quepa reseñar hasta el momento la traducción de estos buenos propósitos en normas jurídicas vinculantes.

A pesar de estas circunstancias legales, nada positivas, la constitución y funcionamiento de los grupos de sociedades está planteando múltiples problemas jurídicos, de resolución, obviamente, nada fácil. Un sector donde esa temática ha ido adquiriendo progresivo relieve es el del *corporate governance*. El todavía reciente Código Conthe en España alude repetidamente a lo largo de su contenido a la figura del grupo. Bien es cierto que dicho texto, por su propia naturaleza, carece de carácter vinculante y se limita a señalar un conjunto de recomendaciones, cuyo incumplimiento sólo supone para la sociedad cotizada la necesidad de explicarlo al mercado. En el terreno del Derecho positivo, la ley de transparencia ha terminado eludiendo la temática del grupo, y la Propuesta de código de sociedades mercantiles, que lo regulaba con detalle, no se ha convertido hasta el momento en normativa vigente.

En el derecho español, la empresa de grupo se encuentra escasamente regulada, no siendo siempre coincidente el sentido de los preceptos que a ella se refieren: unos, como el art. 42 del Código de comercio, lo contemplan desde la perspectiva de la consolidación contable, a través de una situación de mero control de una sociedad sobre otra u otras; otros, como el art. 78 de la Ley de cooperativas, hablan, con mayor corrección, de unidad de dirección, lo que hace posible contemplar grupos jerárquicos, basados en el control, y otros paritarios, sin relaciones de dominación entre las sociedades que lo formen. Muy poco más se puede extraer del derecho español en torno al régimen jurídico del

grupo, lo que sume su actividad en una situación de considerable inseguridad, propiciando todo tipo de opiniones, así como, sentencias de los tribunales dispares en sus valoraciones.

Ante este considerable vacío legislativo, y buscando una situación de mayor estabilidad y seguridad para el funcionamiento de los grupos, el presente trabajo propone la adopción del llamado «contrato de grupo», a fin de prefigurar, en lo posible, su régimen jurídico fundamental. Dicho modelo de organización empresarial ha de considerarse lícito dentro del ordenamiento jurídico español, pudiendo ser utilizado tanto entre las sociedades cotizadas (como una especie de medida de «buen gobierno») como en el seno de grupos formados por sociedades mercantiles de menor dimensión e, incluso, con participación de otras personas jurídicas (fundaciones, asociaciones, etc.). Sin entrar ahora en mayores detalles, todo contrato de grupo (cuya adopción debería expresarse en una escritura pública) debería recoger, entre su clausulado, al menos dos grandes ideas: la legitimación de la unidad de dirección en el grupo, como prueba de la existencia de un interés colectivo («interés del grupo»), de un lado, y el establecimiento de medidas de tutela para quienes se ven afectados por la superioridad de dicho interés sobre los intereses individuales de las sociedades integradas en el grupo, de otro. El contrato de grupo podrá, finalmente, contener otras cláusulas que hagan posible el funcionamiento del grupo y su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado, mediante mecanismos de articulación interna, arbitraje y resolución de conflictos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FONDAZIONE COURMAYEUR (2002): *Le nuove funzioni degli organi societari: verso la Corporate Governance?* Milano.
- ANTUNES, J.A. (2002): *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2ª ed., Coimbra.
- ARRIBA, M^a L. de (2004): *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid.
- BLUMBERG, P.: *The law of Corporate Groups*, Boston, 1983-1989.
- DINE, J. (2000): *The governance of corporate groups*, Cambridge.
- EASTERBROOK, F. Y FISCHER, D. (2002): *La estructura económica del Derecho de las sociedades de capital* (trad. esp. de Francisco Marcos), Madrid.
- EISENBERG, M. (1996): *The governance of corporate groups*, en AA.VV., *I gruppi di società*, I, Milano, 1189 y sigs.
- EMBED IRUJO, J.M. (2003): *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada.
- EMMERICH, V. Y HABERSACK, M. (2005): *Konzernrecht*, 8ª ed., München.
- ESTEBAN VELASCO, G. (dir.) (1999): *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid.
- 2001: *El gobierno de las sociedades cotizadas. La experiencia española*, Cuadernos de Derecho y Comercio, 35: 11 y sigs.
- FUENTES NAHARRO, M. (2007): *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Madrid.
- GIRGADO PERANDONES, P. (2001): *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada.
- 2002: *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid.
- GUERRA MARTÍN, G. (2003): *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo*, Pamplona.
- LATORRE CHINER, N. (2003): *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada.
- OLIVENCIA, M. (2002): *El gobierno de las sociedades*, en AA.VV., *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, II, Madrid: 1771 y sigs.
- RECALDE, A. (2002): *Organización y «buen gobierno» de las sociedades anónimas cotizadas*, Noticias de la Unión Europea, 210: 77 y sigs.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2001): *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*, Madrid.
- SÁNCHEZ CALERO, F. Y GUILARTE, J. (2002): *El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada*, *Revista de Derecho Mercantil*, 246: 1653 y sigs.