

La Serie Universitaria de la Fundación Juan March presenta resúmenes, realizados por el propio autor, de algunos estudios e investigaciones llevados a cabo por los becarios de la Fundación y aprobados por los Asesores Secretarios de los distintos Departamentos.

El texto íntegro de las Memorias correspondientes se encuentra en la Biblioteca de la Fundación (Castelló, 77. 28006-Madrid).

La lista completa de los trabajos aprobados se presenta, en forma de fichas, en los Cuadernos Bibliográficos que publica la Fundación Juan March.

Los trabajos publicados en Serie Universitaria abarcan las siguientes especialidades:
Arquitectura y Urbanismo; Artes Plásticas;
Biología; Ciencias Agrarias; Ciencias Sociales;
Comunicación Social; Derecho; Economía; Filosofía;
Física; Geología; Historia; Ingeniería;
Literatura y Filología; Matemáticas; Medicina,
Farmacia y Veterinaria; Música; Química; Teología.
A ellas corresponden los colores de la cubierta.

Edición no venal de 300 ejemplares que se reparte gratuitamente a investigadores, Bibliotecas y Centros especializados de toda España.

Fundación Juan March



FJM-Uni 237-Emb
El Régimen jurídico de los grupos de
Embido Irujo, José Miguel.

1031512



Biblioteca FJM

Fundación Juan March (Madrid)

237. El régimen jurídico de los grupos de sociedades en la C.E.E. / José Miguel Embido Irujo

FJM
Uni
237
Emb

237

SERIE UNIVERSITARIA



Fundación Juan March

José Miguel Embido Irujo

El régimen jurídico
de los grupos de sociedades
en la C.E.E.

Fundación Juan March

Serie Universitaria

237



José Miguel Embid Irujo

El régimen jurídico
de los grupos de sociedades
en la C.E.E.



Fundación Juan March

Castelló, 77. Telef. 435 42 40

28006-Madrid

Fundación Juan March (Madrid)

*Este trabajo fue realizado con una Beca de la
Convocatoria de España, 1984, individual
PLAN DE ESTUDIOS EUROPEOS
Centro de trabajo: Departamento de Derecho Mercantil de
la Facultad de Derecho. Universidad de
Alcalá de Henares.*

Los textos publicados en esta Serie Universitaria son elaborados por los propios autores e impresos por reproducción fotostática.

Depósito Legal: M-5778-1987
I.S.B.N.: 84-7075-354-1
Ediciones PenInsular. Tomelloso, 37. 28026 Madrid

I N D I C E

| | <u>Página</u> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 1. INTRODUCCION. LA SITUACION DEL DERECHO DE GRUPOS EN LA CEE | 8 |
| 2. ANALISIS DEL DERECHO COMUNITARIO DE GRUPOS. | 11 |
| 2.1. Los elementos del grupo de sociedades | 11 |
| 2.2. La situación de dependencia | 14 |
| 2.2.1. Establecimiento de la situación de dependencia | 15 |
| 2.2.2. Protección de la sociedad dependiente | 16 |
| 2.3. La dirección unitaria | 19 |
| 2.4. El contrato de dominación | 21 |
| 2.5. El poder de dirección en el grupo | 22 |
| 2.5.1. Extensión y límites del poder de dirección | 23 |
| 2.5.2. Responsabilidad derivada del ejercicio del poder. | 25 |
| 2.6. La protección de los sectores de intereses afectados por el ejercicio del poder de dirección | 27 |
| 2.6.1. Los socios externos | 28 |
| 2.6.1.1. La anualidad compensatoria | 31 |
| 2.6.1.2. El derecho de separación | 33 |
| 2.6.2. Protección de los acreedores de la sociedad dependiente | 36 |
| 2.6.3. Protección de los trabajadores | 38 |
| 3. CONSIDERACIONES FINALES | 40 |

ABREVIATURAS EMPLEADAS.

| | |
|-----------|-----------------------------------------------------------|
| AktG | Aktiengesetz, de 6.9.1965. |
| BB | Der Betriebs-Berater |
| DA | Documentación administrativa |
| EuR | Europarecht |
| Rabels Z | Rabels Zeitschrift |
| RCASV | Revista del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya |
| RDM | Revista de Derecho Mercantil |
| Riv. Soc. | Rivista delle Società |
| RL | Relaciones Laborales |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens-und Gesells- chaftsrecht |

A Maite, porque es valiente.

1. Como advertencia previa, cabe destacar que el propósito de regular los grupos en la Comunidad Económica Europea -desde la vertiente específica del Derecho de sociedades- es relativamente antiguo. Y ello resulta lógico si se tiene en cuenta la significación alcanzada por los mismos como (nueva) forma de empresa en la estructura económica de la Comunidad (1). Se puede decir, sin exageración, que la empresa de grupo representa, en la actualidad, la forma preferida por los operadores económicos para servir de cauce a los procesos de concentración empresarial característicos de la evolución más reciente del sistema de economía de mercado (2).

El reflejo de los grupos en el Derecho comunitario de sociedades es doble. Por un lado, en el ámbito de la armonización del Derecho societario, en la séptima directiva (83/349/CEE), de 13 de junio de 1983, relativa al tratamiento contable -por vía de consolidación- de las uniones y grupos de sociedades, y en el proyecto de novena directiva, hasta ahora sin carácter oficial, que contiene lo que pudiéramos llamar el régimen "material" del grupo de sociedades. Por otro lado, el grupo es objeto de consideración en el ámbito del Derecho uniforme de sociedades, en concreto en el proyecto de reglamento sobre el estatuto de sociedad anónima europea, de 13 de mayo de 1975 (3).

De estos dos planos de tratamiento legislativo de los grupos, resulta de obligada consideración para el legislador nacional el relativo al Derecho armonizado, y, consiguientemente, a las directivas citadas corresponde atender en sede de adaptación de nuestro ordenamiento al comunitario. El régimen del grupo establecido en el proyecto de estatuto de sociedad anónima europea tiene únicamente relieve en aquellos supuestos de gru-

po de los que forme parte ese "tipo" nuevo de sociedad que es la anónima europea. Tales normas, dado su carácter de Derecho uniforme, se imponen directamente, sin labor de adaptación alguna por parte de los Estados miembros. No ha sido éste, sin embargo, el criterio adoptado por nuestro legislador en sede de reforma del Derecho español de sociedades anónimas, puesto que el Anteproyecto correspondiente, de 1979, recoge el tratamiento del grupo, basándolo en las orientaciones fundamentales establecidas al respecto en el proyecto de estatuto de sociedad anónima europea (4). Tal planteamiento, no obstante, parece haber cambiado, en el sentido que se acaba de apuntar, con ocasión de los trabajos legislativos, actualmente en curso, necesarios para adaptar nuestro Derecho mercantil y societario a las normas comunitarias vigentes en la materia (4bis).

Por lo tanto, en el plano contable se dispone ya de un texto armonizado vigente. Pero en el plano material, todavía no es así, a pesar de la relativa antigüedad que acompaña a los trabajos comunitarios para la elaboración de la novena directiva. El primero de ellos fue el informe, redactado en 1970 por el prof. Hans WURDINGER, con clara inspiración en el Derecho alemán en la materia. Posteriormente, la Dirección general del mercado interno y de asuntos industriales dio a la luz, entre 1974 y 1975, un proyecto preliminar de directiva, dividido en dos partes (XI/328/74 y XII/593/75), que ha constituido el punto de referencia obligado de todos los estudios sobre el Derecho comunitario de grupos, muchos de los cuales no han dejado de subrayar ciertas inconsecuencias y contradicciones en las que incurre, en particular, por lo que se refiere al "mode

lo" de tipificación del grupo (5).

En los últimos años, la citada Dirección general ha publicado una nueva versión (doc. III/D/3), objeto todavía de escaso estudio, que pretende aclarar ciertos problemas suscitados por el anterior documento, sin resultar, pese a ello, plenamente coherente (6).

De esta breve reseña se desprende la afirmación del carácter in fieri del Derecho comunitario de grupos. La conversión de tales proyectos en normas vigentes exigirá, en primer lugar, la adopción de un criterio claro y coherente por parte de las instituciones comunitarias, sobre los complejos problemas que surgen con ocasión de la regulación jurídica de los grupos, en particular por lo que se refiere a la problemática cuestión del "modelo" de tipificación del grupo, o sea, la forma de delimitar efectos de aplicación del régimen jurídico establecido, el supuesto de hecho (normativo) del grupo (7).

La evolución legislativa del Derecho armonizado de grupos muestra una preferencia creciente por el modelo contractual, que, como se sabe, conecta la aplicación del régimen jurídico del grupo a la conclusión de un negocio, de carácter jurídico-organizativo, denominado contrato de dominación, sin que por ello se desdiseñe por completo el relieve normativo del modelo orgánico, de acuerdo con el cual, la aplicación del régimen del grupo se vincula, únicamente, a la comprobación de los datos que, en la vida económica, distinguen la estructura empresarial del grupo.

A la vista de lo que antecede, en el sector del Derecho

de grupos, como en otros, dentro del plano de la armonización jurídica comunitaria, se muestra claramente una tendencia a la transacción entre concepciones jurídicas diferenciadas y, en ocasiones, antagónicas, con la finalidad de lograr, lo antes posible, un texto jurídico definitivo (8). La séptima directiva, en su versión definitiva de 13 de junio de 1983, es, ciertamente, un ejemplo de transacción entre las concepciones anglosajona y germánica sobre la consolidación contable (9). Ello ha repercutido, según la opinión más autorizada, en la pérdida de la función armonizadora de los ordenamientos nacionales, que con la directiva se pretende conseguir. En el plano del Derecho "material" del grupo está sucediendo algo similar, en particular por lo que se refiere a la versión de la novena directiva, publicada en los años 1974 y 1975. En el citado texto se contenía, prácticamente, una doble regulación del grupo, desde las perspectivas contractual y orgánica, respectivamente. El último texto parece inclinarse por el primer modelo, si bien de una forma no demasiado clara. Este proyecto legislativo va a constituir el objeto del presente estudio.(10).

2. En un trabajo de las dimensiones del presente, sólo cabe exponer las líneas generales de nuestro objeto de estudio, sin olvidar, en ningún momento, las exigencias que se derivarán para nuestro ordenamiento del contenido del mismo.

2.1. Como es bien sabido, el grupo se define, en sentido económico, por la concurrencia de dos elementos: la relación de dependencia, directa o indirecta, de una o varias sociedades (dependientes) con respecto a otra (dominante), y el ejercicio de una dirección económica única por ésta última sobre el con-

junto de las demás, de forma que, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las sociedades, todas ellas actúan en el mercado con la lógica de una sola empresa (11).

Para el proyecto de directiva, que de los elementos del grupo mencionados sólo se refiere a la dependencia, la constatación de la existencia del grupo, en sentido económico, no da lugar a la aplicación del régimen jurídico que para él se establece. Esta viene condicionada a la presencia de un dato, pudiéramos decir, "jurídico": la conclusión de un negocio de carácter organizativo (y no obligacional) llamado contrato de dominación. Por lo tanto, en el proyecto de directiva, el supuesto de hecho (normativo) del grupo no coincide con el supuesto de hecho económico del mismo, a diferencia de lo que sucede en el proyecto de estatuto de sociedad anónima europea y, a imitación de éste, en el anteproyecto español de sociedades anónimas inspirados ambos en el modelo orgánico (12).

Hay que advertir, no obstante, que la delimitación del grupo efectuada por la directiva con arreglo al modelo contractual, no expresa en su totalidad el contenido del texto comunitario sobre aquella cuestión. El art. 38 del proyecto de directiva (en adelante, PD) establece expresamente que: "sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 13 a 37 bis, los Estados miembros pueden introducir en sus legislaciones otras disposiciones relativas a la constitución del grupo, siempre que se concedan garantías idénticas a las contenidas en los artículos 14 a 32" (13). De acuerdo con ello, por lo tanto, los Estados miembros están obligados a introducir en sus respectivos ordenamientos las normas basadas en el modelo contractual contenidas en la directiva. Pero pueden, también, regular el gru-

po de sociedades desde otra perspectiva (el modelo orgánico, por ejemplo), con tal de que se establezcan garantías equiparables a las que propone la directiva. Tal circunstancia, aparentemente irrelevante, podría producir consecuencias insospechadas en la aplicación de las normas e, incluso, alterar los presupuestos armonizadores que pretende el proyecto de directiva. En efecto, si se tiene en cuenta que la aplicación de las normas basadas en el modelo orgánico se conecta exclusivamente a la constatación de la existencia del grupo en sentido económico, las normas basada en el modelo contractual, que impone expresamente la directiva, no recibirían aplicación prácticamente nunca, si el Estado miembro hiciera uso de la facultad que le concede el artículo 38 e introdujera en su ordenamiento la regulación del grupo correspondiente al modelo orgánico. Y ello es lógico: no hace falta esperar a la conclusión del contrato de dominación para la aplicación del régimen, por cuanto antes de la misma existe ya grupo (en sentido jurídico) desde la perspectiva del modelo orgánico.

Los argumentos anteriormente expuestos -un tanto enrevesados, si se quiere- ponen de manifiesto un error, a nuestro juicio, de concepción general por parte del legislador comunitario, en un punto tan esencial como el que se comenta. No es en absoluto irrelevante que el supuesto de hecho normativo coincida con el supuesto de hecho económico del mismo (como sucede en el modelo orgánico), o al contrario (como sucede en el modelo contractual), pues de ello se deriva, respectivamente, el carácter automático u optativo de la aplicación del régimen jurídico del grupo. Como es obvio, la resolución de este dilema es de extrema trascendencia para los operadores económicos, tan

to comunitarios como extracomunitarios, y de su resolución depende el éxito o el fracaso de la aplicación de la normativa sobre grupos (14).

Desde el punto de vista del Derecho español, debe advertirse que el anteproyecto se inspira en este punto en el proyecto de estatuto de la sociedad anónima, y acepta, en consecuencia, el modelo orgánico (15). Desde la perspectiva armonizadora general, tal opción no es correcta, en cuanto que el texto a introducir en el ordenamiento es, lógicamente, la directiva. Pero de acuerdo con la interpretación más arriba expuesta del artículo 38 de la misma -al margen de las críticas que se acaban de exponer-, no es contrario al texto del proyecto de directiva la existencia en el ordenamiento nacional de la regulación del grupo inspirada en el modelo orgánico, siempre que, naturalmente, las garantías establecidas en él sean equiparables a las que propone la directiva. No obstante, el legislador español deberá, en todo caso, introducir en nuestro ordenamiento, además -esto es, si se decide conservar, en su momento, el régimen basado en el modelo orgánico-, el modelo contractual, y, por tanto, las normas basadas en él que el proyecto de directiva establece.

2.2. De los dos elementos cuya concurrencia integra el concepto de grupo, en sentido económico (dependencia y dirección unitaria), el proyecto de directiva sólo se refiere al primero. La dirección unitaria, noción traída del campo de la Economía de la empresa, de contornos imprecisos, no es objeto de tratamiento en el proyecto, y tampoco en el anteproyecto español, siguiendo las orientaciones de las normas en la materia del

proyecto de estatuto de sociedad anónima europea. No es, sin embargo, irrelevante -atendiendo, en particular, al significado del art. 38 PD- exminar, tras el estudio de la situación de dependencia, las características principales de la dirección unitaria.

2.2.1. El art. 2 PD nos indica cuándo se entiende existente una situación de dependencia. En este sentido, se afirma, que "una empresa dependiente es aquélla sobre la que otra, denominada empresa dominante, puede ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante". Se establecen, a continuación, una serie de presunciones de la situación de dependencia, que equivalen a situaciones de control basadas, sustancialmente, en la posesión de acciones o partes alícuotas del capital social. En su párrafo final, el art. 2 permite computar en la participación de la empresa dominante las correspondientes a una empresa dependiente de la misma, así como las poseídas en nombre propio por otras personas que obran por cuenta de la empresa dominante o una empresa dependiente de ella.

En este punto, el anteproyecto español se adapta casi con literalidad al PD, si bien con dos importantes diferencias. El anteproyecto (art. 233) habla de sociedades dominante y dependiente, en el marco de un texto relativo a la sociedad anónima, en tanto que el proyecto comunitario se refiere -como el Derecho alemán- a empresas, sin que se nos precise, en forma idéntica al ordenamiento germánico, cuál es el concepto de empresa que sirve de base al precepto.

En lo que se refiere a las modalidades de manifestación de la dependencia, acabamos de ver que el proyecto de directiva ad

mite la dependencia directa e indirecta (16). También admite el texto comunitario la dependencia plural, esto es la posibilidad de que una empresa dependa, simultánea y directamente, de dos o más empresas, que son consideradas todas ellas dominantes (17) cosa que no sucede en el anteproyecto español.

El proyecto comunitario no se preocupa sólo de la situación de dependencia ya adquirida, sino que contiene normas que pretenden hacer visible el proceso que conduce a la formación de esa situación de dependencia. Así, los artículos 4 a 6 PD, se refieren a la necesidad de notificar y publicar las participaciones adquiridas en una sociedad, siempre que esa adquisición suponga un 5 ó un 10% del capital, según los casos. El incumplimiento de la obligación de notificar a la sociedad, cuyas acciones se adquieren, la adquisición efectuada, se sanciona en el texto comunitario con la prohibición de ejercer los derechos correspondientes a las acciones adquiridas (art. 5, 1º PD). Caso de que, no obstante, se emitan esos votos e influyan en la adopción de un determinado acuerdo, "la decisión así obtenida es nula o anulable, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros de buena fe" (art. 5, 2º PD). El anteproyecto español, por su parte, sigue, en su art. 230 (Participaciones importantes), bastante de cerca lo establecido en el proyecto de directiva, pero no se refiere a las consecuencias derivadas del ejercicio prohibido del derecho de voto. (18).

2.2.2. En la sección cuarta del proyecto comunitario, y bajo el título "Protección de la sociedad dependiente", se establecen una serie de normas de tutela de la sociedad dependiente. Debe advertirse, ya en este momento, que toda referencia que

se hace en el texto de la directiva al término "sociedad", se debe entender referida exclusivamente a la sociedad anónima (art. 1 PD).

El conjunto de normas contenido en la citada sección cuarta del proyecto de directiva aspira a tutelar el interés de la sociedad dominada por otra empresa o sociedad, con independencia de si entre esas sociedades existe grupo (en sentido económico), o se trata de una mera relación de dependencia, sin integración empresarial. Se trata de un régimen jurídico que parece inspirado en las normas contenidas en la Aktiengesetz alemana, de 1965, para proteger a la sociedad dependiente en caso de ausencia de contrato de dominación (art. 19), si bien intentando eliminar los defectos observados en la aplicación práctica de aquéllas.

Parte el texto comunitario, como idea básica, de la responsabilidad de la empresa dominante por la influencia, directa o indirecta, sobre la sociedad dependiente, cuando aquélla produzca un perjuicio para la última (art. 7, 1º PD). Por lo tanto, en una situación de dependencia, el interés social de la sociedad dependiente se constituye en criterio director del comportamiento de los órganos de aquélla, y todo perjuicio derivado de la situación citada carece de licitud y debe ser indemnizado (20).

Como consecuencia de la influencia perjudicial para la sociedad dependiente, quedan sometidos a responsabilidad (solidaria), la empresa o sociedad dominante y los miembros del órgano de administración o de dirección de la misma (art. 7, 2º, a PD). Con el mismo carácter responderán, en su caso, los miem-

bros del órgano de dirección de la sociedad dependiente (art. 7, 2º, b PD).

Para hacer efectivo su propósito de defender el interés social de la sociedad dependiente y facilitar, en su caso, el ejercicio de las correspondientes acciones de responsabilidad, el proyecto de directiva obliga al órgano de dirección de la sociedad dependiente a redactar un informe anual que refleje exactamente la influencia concreta que la dominante haya tenido en el comportamiento de la dependiente (21). A este informe se refiere el art. 8 PD, que parece claramente inspirado en el párrafo 312 de la Aktiengesetz alemana, donde se impone la redacción del denominado "informe de dependencia" (22). El informe regulado en el texto comunitario aparece configurado de forma, a la vez, más amplia y precisa, que su homólogo en el Derecho alemán, intentando, de esta forma, evitar los problemas observados en la aplicación práctica de aquél en el tema que nos ocupa (23)

El informe queda sometido al control de la persona encargada de verificar las cuentas de la sociedad (que aparece expresada en la octava directiva 84/253/CEE, de 10 de abril de 1984, sobre habilitación de las personas encargadas del control legal de los documentos contables), quien deberá emitir un informe exponiendo el resultado de su actividad de control (art. 8, 2º PD) (24). El informe de dependencia, redactado por el órgano de dirección de la sociedad dependiente, y el que sobre el mismo ha emitido el encargado de su control, se pondrán a disposición de los accionistas "desde la fecha de publicación o de envío de la convocatoria de la junta general destinada a deliberar sobre las cuentas anuales y la distribución del beneficio" (art. 8, 3º

PD) (25).

Cuando el informe anual contenga la indicación de la existencia de perjuicios a la sociedad dependiente como consecuencia del influjo de la empresa dominante, el art. 9 PD legitima a los accionistas, acreedores, individualmente considerados, y al representante del personal a solicitar "del tribunal o autoridad competente según el derecho nacional...la designación de uno o varios expertos especiales". El citado artículo 9 establece, igualmente, las condiciones de actuación de los expertos, la extensión de su investigación, los poderes de que están investidos, y la obligación de redactar un informe al respecto, que recibirá la publicidad establecida en el artículo 3 de la directiva 68/151/CEE. Los resultados contenidos en este informe justifican la adopción de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 10 PD (26).

2.3. Como se recordará, el contenido del artículo 38 PD y la consiguiente posibilidad de que los Estados miembros introdujeran en su respectivo ordenamiento el tratamiento legislativo del grupo basado en el modelo orgánico, justificaban la referencia en este trabajo al elemento de la dirección unitaria. Esta, como es sabido, junto con la dependencia, integra el concepto puramente económico del grupo, y su delimitación, por lo tanto, es, a priori, de suma importancia en aquellos sistemas que regulan los grupos desde la perspectiva orgánica, como el proyecto de estatuto de sociedad anónima europea y el anteproyecto es pañol de sociedades anónimas. Sin embargo, ninguno de estos dos textos definen lo que se debe entender por dirección unitaria, limitándose a establecer una presunción (iuris tantum) de direc

ción unitaria y, por tanto, de grupo, en presencia de una situación de dependencia.

Teniendo en cuenta que la dirección unitaria es un concepto procedente del mundo económico, parece oportuno abordar su estudio desde la perspectiva de la Economía de la empresa (27). Desde este punto de vista, se puede considerar que una sociedad está sometida a la dirección económica de otra, cuando esta última es competente para decidir en determinados ámbitos esenciales de la actividad económica de la primera. Cuando la empresa o sociedad dominante puede decidir sobre los sectores de financiación y personal se integra el contenido mínimo del concepto de dirección unitaria. Puede suceder que la empresa dominante extienda su capacidad de decisión sobre otros sectores de la actividad económica de la dominada (ventas, producción, etc.) Ello, evidentemente, no quita nada al concepto de dirección unitaria. Su significado, más bien, consiste en expresar que nos encontramos, en tal caso, en presencia de un grupo "centralizado", en el cual la o las sociedades dependientes se aproximan más a departamentos funcionales de una empresa articulada que a auténticas personas jurídicas con una actividad económica propia. Cuando la dirección unitaria, en cambio, sólo se extiende a los campos de financiación y personal (siendo más decisivo el primero), nos encontraremos en presencia de un grupo "descentralizado", en el que a la o las sociedades dependientes les queda reservada una cierta esfera de comportamiento empresarial autónomo (28).

El proyecto de directiva recoge, igualmente, la polémica figura de los grupos por coordinación, en los cuales, se afirma

la existencia de una dirección unitaria, sin previa relación de dependencia. En ellos, por lo tanto, se pretende hacer compatible la estructura del grupo con la ausencia de subordinación entre las sociedades del mismo (29), lo que para un significativo sector de la doctrina resulta contradictorio.

No obstante, el art. 40 PD establece que "una sociedad in dependiente y una o varias empresas independientes pueden, por contrato escrito, decidir de común acuerdo colocarse bajo dirección única sin que ninguna llegue a ser dependiente de la otra". El artículo 41 PD se ocupa, por su parte, de señalar las condiciones de aprobación del contrato y la publicidad del mismo con forme a la directiva 68/151/CEE.

El anteproyecto español no contiene referencia alguna a los grupos por coordinación. Debe advertirse, no obstante, que en nuestro ordenamiento se encuentran instituciones, como las sociedades de empresas, reguladas por la ley de 28 de diciembre de 1963, de asociaciones y uniones de empresas, que recuerdan, en ~~parte~~, a la figura del grupo por coordinación (30).

2.4. En el sistema del proyecto de directiva, el punto central lo constituye el contrato de dominación. Se trata de una institución, a semejanza de su homónimo de Derecho alemán, de naturaleza jurídico-organizativa y no jurídico-obligacional. Ello quiere decir que el citado contrato no atribuye derechos e impone obligaciones, sino que establece las bases que harán posible el funcionamiento ulterior de la nueva entidad que resulte del agrupamiento de sociedades (31).

Según el artículo 19 PD, "el contrato se somete a la apro

bación del órgano de vigilancia y de la junta general de la sociedad". La convocatoria de la junta, por el órgano de dirección de la sociedad (dependiente), y el proceso de deliberación de la misma se rigen, según lo dispuesto en el artículo 19, párrafos 2º y 4º PD, por lo establecido en el proyecto de quinta directiva.

Para asegurar la información de los accionistas con respecto al contenido del contrato de dominación, el artículo 19, 3º PD señala que "el contrato se reproducirá en el anuncio de la convocatoria o en la convocatoria dirigida a los accionistas. La convocatoria mencionará, igualmente, que el informe de los expertos y el informe del órgano de dirección se envíen gratuitamente a los accionistas siempre que lo soliciten".

El contrato, la aprobación del consejo de vigilancia y el acuerdo de la junta general deben recibir la publicidad que establece el artículo 3 de la directiva 68/151/CEE, según indica el artículo 20, 1º PD. Por lo tanto, los efectos de tales actos empezarán a producirse desde el momento en que esta última directiva menciona.

Es obvio advertir la necesidad de introducir en nuestra legislación la figura del contrato de dominación, en los términos expuestos, sin que ello tenga que suponer, necesariamente, la eliminación del modelo orgánico actualmente contenido en el anteproyecto español, en atención a la interpretación que se propone del artículo 38 PD.

2.5. La primera característica del tratamiento jurídico del grupo consiste, como es sabido, en otorgar legitimidad a la fi-

gura del grupo. Ello supone reconocer en el terreno jurídico el poder de dirección de la empresa o sociedad dominante sobre las sociedades dependientes. O, dicho de otra manera, admitir el sometimiento del interés social particular de estas últimas frente al interés colectivo del grupo. Pero este poder de dirección (32), que representa la "traducción" jurídica del concepto puramente empresarial de la dirección unitaria, no es un poder ilimitado. La posibilidad de impartir instrucciones vinculantes a los órganos de dirección de las sociedades dependientes -característica distintiva del poder de dirección- debe moverse dentro de ciertos límites, al margen de los cuales el ejercicio del poder de dirección genera para su titular el sometimiento a la correspondiente responsabilidad (33).

2.5.1. En el artículo 25 PD se indica que "la parte cocontratante (esto es, la empresa o sociedad dominante parte del contrato de dominación) ejerce su derecho de dirección e instrucción conforme al artículo 24 con el cuidado de un administrador diligente y en el interés del grupo". Por su parte, el artículo 24 PD se ocupa de señalar que el momento a partir del cual pueden impartirse instrucciones coincide con la publicación a que se refiere el artículo 20 PD. En todo caso, el citado precepto advierte que el órgano de dirección de la sociedad dependiente está obligado a seguir las instrucciones que se le impartan a partir de ese momento.

La referencia al "interés del grupo", que efectúa el artículo 25 PD parece configurar al mismo como un límite expreso al poder de dirección. No es fácil precisar qué se entiende por interés de grupo (34), entre otras cosas, porque en numerosas

ocasiones se identifica tal expresión con el interés de la empresa o sociedad dominante (35). Es cierto, no obstante, que la relevante posición de esta última dentro del grupo tendrá evidentes consecuencias en la organización, estructura y funcionamiento del mismo. Sin embargo, la unidad económica establecida entre todas las sociedades del grupo, permite hablar de la existencia de una empresa bajo la plural vestidura jurídica de las diversas sociedades del grupo. El interés del grupo se identificará, entonces, con el interés de la empresa de grupo, de forma tal que a este último quedarán subordinados los intereses particulares de cada una de las sociedades, bien entendido que tal subordinación no significa necesariamente la permanente postergación de aquellos intereses en beneficio del "interés del grupo" (36).

Aunque el proyecto de directiva no se refiera más que al "interés del grupo" en el tema de los límites al poder de dirección, será posible considerar, igualmente, como límites siguiendo el ejemplo del Derecho alemán en la materia, a las normas imperativas del ordenamiento jurídico, y, también, a aquellos límites expresos que puedan hacerse constar en el propio contrato de dominación (37).

Por su parte, el anteproyecto español no contiene referencia expresa alguna al poder de dirección ni a sus límites. Sólo contiene referencias a la responsabilidad derivada del ejercicio del mismo. Parece obvio, a este respecto, que el correcto tratamiento de la citada responsabilidad exigirá saber donde están los límites del poder de dirección para saber donde empieza la posible exigencia de la responsabilidad.

2.5.2. El artículo 26 PD señala expresamente que "cuando ejerce su derecho de dirección e instrucción, la parte cocontratante se responsabiliza de los daños causados a la sociedad por todo incumplimiento culpable de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 25". Se trata de una responsabilidad por infracción culpable del standard de diligencia que el artículo 25 imponía para considerar lícito el ejercicio del poder de dirección (38). Resulta extraño, no obstante, que el proyecto no se refiera a la responsabilidad de los administradores de la empresa o sociedad dominante, ejercientes "materiales" del poder, por extralimitación del mismo.

Por lo que se refiere a los administradores de la sociedad dependiente (39), receptores de las instrucciones de la dominante, el artículo 27 PD señala que "los miembros del órgano de dirección de la sociedad no son responsables de los daños causados a la sociedad por las acciones u omisiones resultantes del ejercicio del derecho de dirección e instrucción de la parte cocontratante". A ellos incumbe la prueba de que las acciones u omisiones proceden de las instrucciones dadas por la empresa de grupo dominante (artículo 27 in fine PD).

Con respecto a la legitimación activa para entablar la acción de responsabilidad, el artículo 26, 2º PD establece que corresponde a "uno o varios accionistas externos que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 16 del (proyecto) de quinta directiva" (40). En lo relativo al plazo para el ejercicio de la acción, el artículo 26, 3º PD establece que "no será inferior a tres años a contar desde el día en que se produjo el acto dañoso y, cuando este último hubiera sido disimu-

ningún dato más. Tal vez este silencio debe entenderse como una aceptación tácita por el legislador para aplicar en sede de grupo las normas sobre acción de responsabilidad en el marco de una sociedad independiente. Ello supondría (artículo 122 del anteproyecto), que la acción podría ser entablada por aquellos socios que poseyeran el cinco por ciento del capital, incluso, por lo tanto, por la propia sociedad dominante, que participa regularmente en el capital de la sociedad dependiente (41). Esta conclusión, evidentemente absurda, pone de relieve la necesidad de una adaptación más fiel al ordenamiento comunitario.

Queda por advertir, finalmente, que el proyecto de directiva imputa los gastos ocasionados por el ejercicio de la acción social de responsabilidad a la sociedad dependiente, que, en última instancia, es la que resulta favorecida por el posible éxito de la acción (artículo 26, 2º PD). El anteproyecto español no se pronuncia sobre la cuestión (42).

2.6. Como consecuencia de la concepción del grupo -ya referida en apartados anteriores- presente en los textos legislativos que lo han regulado, y también en el proyecto de directiva comunitaria, que parte de la oposición permanente entre el interés del grupo y el interés de las sociedades dependientes integradas en él, se considera que la legitimación de la figura del grupo debe ir acompañada de una serie de medidas de protección de aquellos sectores de intereses potencialmente afectados por el reconocimiento del grupo. Se trata, como es bien sabido, de los socios externos, acreedores y trabajadores de las sociedades dependientes del grupo, es decir aquellos sectores de intereses cuya posición jurídica aparece conectada a la defensa y

promoción del interés social particular de la respectiva sociedad dependiente.

2.6.1. Por lo que se refiere a los socios externos, debe advertirse que el proyecto de directiva ha huído de conceptos de tipo general o abstracto y ha optado por delimitar concreta y negativamente la posición de socio externo (43). En este sentido, el artículo 14, 2º PD dice que "es accionista externo cualquier titular de acciones de la sociedad, con excepción de la parte cocontratante y de las siguientes empresas: a) la empresa que domina a la parte cocontratante, b) la empresa ligada a la parte cocontratante por un contrato de dominación o por una declaración unilateral en el sentido del artículo 33, c) la empresa ligada a la parte cocontratante por relaciones de grupo en el sentido del artículo 38, d) la empresa dominada en su totalidad por la parte cocontratante; cuando estas empresas posean acciones de la sociedad".

Por su parte, el anteproyecto español se refiere al concepto de socio externo en el artículo 233, con ocasión del tratamiento de las sociedades dominantes y dependientes. Así, indica que "en las sociedades dependientes se consideran socios externos los que no tienen participación en el capital de la sociedad dominante o teniéndola no supere el uno por ciento de dicho capital". Este precepto parece influido por el correspondiente de una de las dos proposiciones de ley, del diputado Cousté, presentadas en el Parlamento francés para la regulación de los grupos en aquel país (44). Se trata de un concepto interesante desde el punto de vista doctrinal -no libre de objeciones, sin embargo (45)-, pero, evidentemente, muy aleja

do del criterio comunitario que se mencionó anteriormente.

En cuanto a las medidas de protección en favor de los socios externos, todos los sistemas, vigentes o en proyecto, de regulación de los grupos, establecen medidas de carácter patri-
monial, consistentes, alternativamente, en la posibilidad de permanecer en la sociedad, recibiendo por ello una anualidad compensatoria, o separarse de la misma, recibiendo como contenido del derecho de separación una indemnización en dinero o títulos (46).

Tanto la anualidad compensatoria como la indemnización a percibir en caso de separación, deben ser propuestas por la so-
ciedad dominante, como elementos integrantes del contenido del contrato de dominación. Para garantizar el carácter equitativo de las mismas, y tutelar, así, el interés de los socios externos, el proyecto de directiva indica que ambas deben ser objeto de dos informes sucesivos. En primer lugar, el que se atribuye a expertos independientes, designados por la sociedad dependiente (artículo 17 PD), y, en segundo lugar, el que corresponde elaborar al órgano de vigilancia de la sociedad dependiente (47).

Solamente cuando se han emitido los anteriores informes puede procederse a la aprobación del contrato de dominación (artículo 19 PD) (48). Una vez aprobado el contrato de dominación, los acuerdos de la junta y del consejo de vigilancia, así como el texto del propio contrato recibirán la publicidad señalada en el artículo 3 de la directiva 68/151/CEE, debiendo prever los Estados miembros sanciones apropiadas para el caso del incumplimiento de la obligación de publicidad (artículo 20 PD).

Desde el punto de vista de la tutela de los socios externos debe destacarse que en el proyecto de novena directiva, las condiciones de desarrollo de la junta general se remiten al proyecto de quinta directiva, declarándose no aplicable el artículo 34, d) de esta última, en el que se dice que "un accionista ... no podrá ejercer el derecho de voto...cuando la deliberación de la junta tenga por objeto: d) la autorización de contratos celebrados entre la sociedad y este accionista". En la labor de adaptación de nuestro Derecho a la directiva, debería incorporarse, obviamente, tal norma en el ámbito del modelo contractual de regulación del grupo, pero nada se opondría, a nuestro juicio, a mantener el texto actual del anteproyecto español (artículo 237, 4º), si el legislador nacional decidiese, conforme al artículo 38 del proyecto de directiva, introducir el modelo orgánico de regulación del grupo. Y ello porque la norma citada no solamente es equiparable al precepto de la directiva sino, incluso, más beneficiosa para el socio externo (49).

Si los socios externos consideran que las medidas patrimoniales propuestas en el contrato no son equitativas, el proyecto de directiva (artículo 22), siguiendo el ejemplo del Derecho alemán (parágrafo 306 Aktiengesetz), les abre la posibilidad de solicitar el control judicial del carácter equitativo de tales medidas. En todo caso, el tribunal podrá elevar el montante de lo ofrecido como anualidad compensatoria o indemnización, si afirma el carácter no equitativo de las mismas. Sus decisiones, en tal caso, tendrán autoridad de cosa juzgada para todas las acciones de la categoría a la que se refiere el recurso (50). El anteproyecto español, por su parte, sigue en

este punto el texto del proyecto de estatuto de sociedad anónima europea, que, por ser más tuitivo para los socios externos podría conservarse en sede de adaptación de nuestro ordenamiento al derecho comunitario, según la interpretación defendida del artículo 38 PD.

2.6.1.1. La finalidad de la anualidad compensatoria consiste en establecer un sustitutivo para el beneficio dejado de percibir por el accionista externo como consecuencia de la existencia y funcionamiento del grupo. Se podría decir, dado el carácter generalmente fijo de esta anualidad, que el socio que opta por ella se aproxima materialmente a la posición que corresponde a un obligacionista, sin que esta proximidad permita desconocer la diferencia existente entre ambas situaciones (51).

El proyecto de directiva establece un complicado sistema de determinación del contenido de la anualidad, en función de los siguientes datos: carácter independiente, en sentido económico, de la empresa o sociedad, parte cocontratante en el contrato de dominación; estar sometida al Derecho de uno de los Estados miembros o al Derecho de la CEE, y forma jurídica determinada. Como premisa básica, la parte cocontratante debe asegurar a los accionistas externos "una asignación anual de un montante, al menos, igual al que se les hubiera podido distribuir como dividendo medio por cada acción, a la vista de los resultados anteriores de la sociedad y sus perspectivas de futuro" (artículo 16, 1º PD). Del análisis del detalle recogido en el mencionado artículo, puede deducirse que el proyecto de directiva permite la existencia de una anualidad fija, y otra variable, circunstancia también posible en el proyecto de esta-

tuto de sociedad anónima europea (52). El anteproyecto español, por su parte, es extraordinariamente simple al respecto y se limita a establecer en el artículo 237, 1º que la sociedad domi-nante deberá ofrecer a los socios externos "el pago de cantida-des compensatorias que sirvan para completar el importe de los dividendos que vayan a percibir en el futuro los socios de la sociedad dependiente hasta la cantidad que habría de ser previ-siblemente distribuída como dividendo medio a la vista de los resultados de los últimos ejercicios y de las perspectivas de futuro de dicha sociedad".

Por lo que se refiere al deudor de la anualidad compensatoria, el artículo 23, 6º PD establece que "las dos partes res-ponden solidariamente del pago de la anualidad compensatoria". El anteproyecto español extiende la idea de la responsabilidad solidaria a todas las sociedades del grupo (artículo 238, 3º), lo que, sin duda, resulta más beneficioso para los socios ex-ternos que la limitación a las partes del contrato, estableci-da por el proyecto de directiva, como deudores de la anualidad compensatoria.

Si conforme al artículo 22, 1º PD, algún accionista exter-no impugnó la anualidad compensatoria establecida en el contra-to y el tribunal requerido, estimando la demanda, fijó una anua-lidad nueva y superior, se plantea el problema de determinar si la sentencia va a producir efectos respecto de los socios que ya han percibido la anualidad, o que, aún sin percibirla, op-taron ya por ella. En este punto, el proyecto de directiva, a pesar de la remisión a la voluntad de los Estados miembros, se preocupa de señalar que la sentencia judicial que recaiga en

la impugnación tiene autoridad de cosa juzgada frente a "todas las acciones de la categoría" en la que se encuadraba el accionista que recurrió (artículo 22, 2º, c). En consecuencia, el proyecto de directiva parece atribuir al socio que ha percibido la compensación una pretensión para completar su importe hasta la cifra fijada por el tribunal, si éste, obviamente, aumentó la inicialmente establecida. En igual forma, con el socio que habiendo optado por la anualidad no la hubiere percibido en el momento de dictarse la sentencia (53).

No hay referencias a este problema en el anteproyecto español. Y ello, a nuestro juicio, parece lógico, puesto que en él los plazos para optar por alguna de las medidas patrimoniales se inician una vez que han sido resueltas las posibles "incidencias" producidas por el incumplimiento de la sociedad dominante en relación a su deber de formular medidas patrimoniales "razonables". En el sistema del anteproyecto, la elección por el socio de la anualidad supone reconocer su carácter equitativo, bien porque ha sido aprobada sin ulterior recurso por la junta general, bien porque habiendo sido impugnada, el tribunal ha fijado una nueva anualidad, o, en su caso, la ha dejado invariable (54).

2.6.1.2. Con la anualidad compensatoria, como es sabido, el socio externo se ve reducido de hecho a la posición de un mero "rentista". Su posibilidad de influir en la gestión de la sociedad a la que pertenece queda, prácticamente, eliminada, sin que por ello se vea disminuída su participación en el riesgo empresarial. Esta situación ha conducido a todos los sistemas de regulación de los grupos a reconocer como media patrimon

nial alternativa en favor del socio externo la posibilidad de separarse de la sociedad a la que pertenece con ocasión de la formación del grupo. No ha dejado de criticarse la concesión del derecho de separación al socio externo a la vista del conocido riesgo de "descapitalización" de la sociedad, en caso de ejercicio masivo del derecho citado. Sin embargo, existe en la actualidad pleno acuerdo en torno al reconocimiento del ejercicio del derecho, que viene a representar, junto con las demás medidas de protección de otros sectores de intereses afectados por el ejercicio del poder de dirección, "el precio de formación del grupo" (55), es decir el coste o la contrapartida esencial que el legislador establece como consecuencia de la legitimación de la figura del grupo.

Por lo que se refiere a su contenido, el derecho de separación consiste en dinero o títulos. La determinación concreta del mismo, en el proyecto de directiva, se conecta -de modo similar a la anualidad compensatoria-, a circunstancias como el carácter de independencia económica de la empresa o sociedad, parte cocontratante en el contrato de dominación, de entidad sometida al Derecho de uno de los Estados miembros o de la CEE, y de su forma jurídica. La norma básica sobre contenido del derecho de separación se encuentra en el artículo 15, 1º PD y lo limita a una entrega de dinero. En otras ocasiones, descritas en el mencionado precepto, el contenido del derecho de separación consiste en la entrega de títulos, normalmente acciones de la sociedad dominante (parte cocontratante), y, en otras ocasiones, obligaciones, simples o convertibles, emitidas por aquélla (56).

Por su parte, el anteproyecto español establece una regulación uniforme en el tema que nos ocupa. Su artículo 237, 1º, indica que "la sociedad dominante deberá ofrecer a los socios externos, en plazos y condiciones razonables, la compra de acciones o participaciones que posean o su canje por acciones, participaciones u obligaciones convertibles de la sociedad dominante". Además de no establecer diferencia alguna en función de los datos que menciona el proyecto de directiva, el anteproyecto tampoco resuelve expresamente el problema de determinar a quién corresponde la facultad de elegir entre la indemnización en dinero o títulos a que se refiere el precepto citado.

En cuanto al deudor de la indemnización, el artículo 23, 4º PD establece que "las dos partes responden solidariamente del pago en numerario del precio de las acciones. La parte contratante responde del canje de las acciones". El anteproyecto español, por su parte, extiende la solidaridad a todas las sociedades del grupo cuando la indemnización consiste en dinero (artículo 237, 1º).

Cuando el derecho de separación consiste en títulos, se suele permitir en los sistemas de regulación de los grupos, que la sociedad dominante pueda adquirir sus propias acciones, a fin de hacer frente a las reclamaciones de los socios externos que optaron por la separación. En este punto, es de aplicación la directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, cuyo artículo 20, f) permite a los Estados miembros no aplicar las restricciones con que se contempla la adquisición de acciones propias al caso de "las acciones adquiridas para compensar a los accionistas minoritarios de las sociedades vinculadas. Sin em

bargo, el anteproyecto español no contempla expresamente ninguna excepción, en el tema que nos ocupa, al principio general de prohibición de la adquisición de acciones propias. De prosperar la regulación contenida en el anteproyecto, porque nuestro país no haga uso de la autorización que le concede la segunda directiva, la sociedad dominante deberá recurrir a un aumento de capital, en el cual, lógicamente, no cabrá derecho de suscripción preferente para los socios de la dominante, debiéndose entender restringida la suscripción a los socios externos de la sociedad dependiente que se separan de la misma (57).

Puede suceder, al igual que en el caso de la anualidad compensatoria, que se impugne, por algún accionista externo, el contenido del derecho de separación. En este caso, puede suceder que el tribunal haya decidido aumentarlo, y, en ese caso, la parte cocontratante puede decidir la denuncia del contrato. Por su parte, el artículo 23, 2º indica expresamente que si el tribunal decide aumentar el precio del rescate de las acciones conforme al artículo 22, y si no hay denuncia del contrato, todo accionista externo que no haya hecho uso de su derecho en el plazo previsto en el párrafo 1º puede hacerlo valer en el plazo de un mes a contar de la publicación de la decisión judicial a que se refiere el artículo 22, 2º, d) PD. En el mismo plazo de un mes, los accionistas externos cuyas acciones hayan sido adquiridas, pueden reclamar este aumento".

2.6.2. Frente al detalle y la minuciosidad que caracterizan al proyecto de directiva en relación a la protección de los socios externos, la tutela de los acreedores se expresa con notable sencillez.

En primer lugar, no existe, en el tema que nos ocupa, un problema de delimitación de los acreedores que se deben entender protegidos en el texto comunitario, comparable al contemplado a propósito de los socios externos. En principio, todos los acreedores de la sociedad dependiente pueden acogerse al sistema de protección que establece el proyecto de directiva.

Por lo que se refiere al contenido de la protección de los acreedores, entre los varios sistemas posibles -asunción por la sociedad dominante de las pérdidas del ejercicio de la dependiente, del Derecho alemán, responsabilidad solidaria de la sociedad dominante por las deudas de la dependiente, de la segunda proposición de ley Cousté, o responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante por las deudas de la dependiente, del proyecto de estatuto de sociedad anónima europea-, el proyecto de directiva ha optado por un sistema matizado de responsabilidad subsidiaria (58). Así, el artículo 29 PD establece que "1. La parte cocontratante responde de las obligaciones de la sociedad que han surgido antes de la conclusión del contrato y durante su vigencia. El acreedor, sin embargo, no puede ejercer acción contra ella más que después de haber requerido de pago por escrito infructuosamente a la sociedad. 2. La parte cocontratante puede excluir su responsabilidad si prueba que la inejecución por la sociedad se debe a causas ajenas a la influencia que ha ejercido o dejado de ejercer. 3. La garantía considerada en la responsabilidad a que se refiere el párrafo 1º, puede ser invocada desde la fecha de publicación a la que se refiere el artículo 20, o, si la parte cocontratante está igualmente está obligada a tal deber conforme al artí-

culo 21, a contar desde la última de las dos publicaciones".

El anteproyecto español sigue en este punto (artículo 241) al proyecto de estatuto de sociedad anónima europea, cuyo contenido ha sido referido más arriba. La regulación del mismo inspira el proyecto de directiva; eso sí, sin las cautelas que éste contiene.

Debe destacarse, en este punto, una significativa evolución en el proyecto de directiva que comentamos, con respecto a la versión del mismo de los años 1974-1975. En ésta (artículo 21), se hacía responsable a la empresa dominante "de las obligaciones de la sociedad surgidas antes de la conclusión del contrato o durante el período de validez del mismo". Ello suponía establecer una especie de fianza legal, prescindiendo de toda consideración sobre las circunstancias a que se debía el incumplimiento de la sociedad dependiente. Se trataba, en síntesis, de la imputación global del riesgo de la empresa a quien tiene la facultad de su gestión. En el texto actual, la empresa dominante puede liberarse de la obligación de garantía, y, por ello, excluir su propia responsabilidad demostrando que la inejecución no le es imputable, probando, por ejemplo, que la situación de incapacidad de pago de la sociedad se debe a dificultades estructurales del sector productivo o comercial considerado (59).

2.6.3. Dos son las cuestiones fundamentales que se plantean con ocasión de la protección de los trabajadores en un grupo de sociedades: la conservación en el grupo de las ventajas obtenidas en la relación de trabajo, por vía legal o convencional, con la sociedad respectiva, y el establecimiento de meca-

nismos de representación laboral cuyo ámbito se extienda al grupo en su conjunto (60). Con mayor o menor intensidad, la protección de los trabajadores en una situación de grupo de sociedades tiene reflejo, en el ordenamiento comunitario, en el doble plano del Derecho armonizado y el Derecho uniforme. En el primero -decisivo, como es sabido, en la labor de adaptación del ordenamiento de cada Estado miembro- hay que referirse al proyecto de directiva sobre información y consulta de los trabajadores de empresas de estructura compleja y, especialmente, transnacionales, presentada por la Comisión al Consejo, en versión modificada el 13 de julio de 1983. Esta directiva, conocida como directiva "Vredeling", se aplica a las sociedades recíprocamente dominantes o dependientes, con sede en algún Estado miembro de la Comunidad o fuera de ella, con tal de que la sociedad dominante y la dependiente cuenten con más de mil trabajadores dentro del ámbito de la Comunidad. Su finalidad es impedir que la complejidad estructural de algunas empresas (de modo singular, los grupos, aunque la directiva no los menciona expresamente), permita limitar los derechos legal o colectivamente reconocidos a los trabajadores (61).

En síntesis, las sociedades o empresas sometidas a la directiva vienen obligadas a suministrar información o someter a consulta a los representantes de los trabajadores que no son miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de las sociedades, determinadas cuestiones de interés empresarial. El artículo 3, 1º de la directiva Vredeling indica que se debe informar a los trabajadores sobre la situación económica y financiera de la empresa, la evolución previsible de los negocios, de la producción, de las ventas y del empleo, la pre

sumible evolución de las inversiones. La empresa o sociedad dominante viene obligada a proporcionar estas informaciones, al menos, una vez al año. Las suministrará a la dirección de la sociedad dependiente, quien, a su vez, las transmitirá a los representantes de los trabajadores. Por lo que se refiere a la consulta, el artículo 4, 2º de la directiva Vredeling indica que son objeto de la misma cuestiones relativas a limitaciones esenciales de la actividad empresarial, modificaciones fundamentales de la organización, incluyendo la introducción de nuevas tecnologías, el comienzo o la terminación de la cooperación a largo plazo con otras empresas, y, en general, las medidas que puedan afectar a la salud o seguridad de los trabajadores. El derecho a consulta se instrumenta, de acuerdo con el artículo 4, 3º de la directiva Vredeling, mediante la emisión de un informe antes de que se adopte la decisión definitiva sobre el problema de que se trate.

Al margen de esta cuestión, poco cabe señalar dentro del Derecho armonizado, entre otras cosas porque cuando el proyecto de quinta directiva se refiere a la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, no considera la cuestión en el ámbito de los grupos (62).

3. Al concluir la exposición, preferentemente descriptiva, del Derecho de grupos en la CEE, desde la perspectiva del ordenamiento de sociedades, procede, insoslayablemente, efectuar algunas consideraciones finales. En concreto, debe resaltarse, en primer lugar, los problemas de orden estrictamente comunitario, y, en segundo, los de carácter político y técnico-jurídico, que circundan la elaboración del Derecho de grupos en la

Comunidad. Tales problemas no justifican, si se quiere, el retraso en la elaboración del régimen jurídico, de carácter "material", del grupo, pero sí permiten explicarlo. A este respecto, debe advertirse que el legislador comunitario, a la hora de llevar a cabo su labor de armonización jurídica, se encuentra con el sorprendente fenómeno de la práctica inexistencia de normas a armonizar. En este sentido, su actividad se proyecta sobre una "tierra de nadie", en sentido jurídico, si hacemos excepción del Derecho alemán en la materia, cuya influencia en el texto armonizador es, como se ha tenido ocasión de señalar, muy significativa. Por otro lado, la elaboración del Derecho comunitario de grupos encuentra dificultades similares a las que se manifiestan en otros sectores del Derecho de sociedades, consistentes en un permanente forcejeo en torno al contenido de la norma armonizadora. Ello da lugar, inevitablemente, a transacciones legislativas que oscurecen y distorsionan la finalidad armonizadora de las normas comunitarias. Ejemplo característico de todo ello lo constituye la séptima directiva sobre consolidación contable.

Entre los aspectos específicamente técnicos de la regulación de los grupos, es imprescindible, a nuestro juicio, aclarar cuestiones como la relativa al "modelo" de regulación del grupo, así como resolver las dudas en torno al significado exacto que se debe atribuir a una norma, como la del artículo 38 PD cuya interpretación no es nada fácil, ni permite obtener consecuencias concordadas con la finalidad armonizadora de la norma comunitaria.

Por otro lado, el legislador comunitario parte -influido

seguramente por el Derecho alemán- de un planteamiento del gru
po excesivamente concreto. Entiende el interés del grupo en per
manente oposición a los intereses sociales particulares de las
sociedades dependientes, lo que lleva a arbitrar medios de tu-
tela de los sectores potencialmente afectados por la primacía
del interés del grupo. Esta óptica exclusivamente tuitiva des-
conoce que, en muchas ocasiones, tales intereses no están en re
lación de oposición, sino de compatibilidad, y, por lo tanto,
el tratamiento legislativo del grupo desde una óptica puramen-
te protectora resulta, en parte, inexacto y, a la vez, insufi-
ciente. Habría que considerar, además, otras cuestiones actual
mente marginadas en el proyecto comunitario, como lo es, por
ejemplo, la relativa a los aspectos de organización del grupo.

No es fácil adivinar, en conclusión, cuando se podrá ha-
blar, finalmente, de un Derecho vigente de los grupos de socie
dades en la CEE, por lo que se refiere a la vertiente "mate-
rial" del mismo. Sólo queda, desde el punto de vista español,
adaptar nuestra legislación a las normas sobre consolidación
contable de la séptima directiva, ya vigente, y, en el plano
"material", seguir atentamente la evolución de las normas aquí
estudiadas, así como su significación técnica, para una mejor
interpretación de las mismas cuando, al ser aprobadas en la Co
munidad, deban ser objeto de aplicación entre nosotros.

N O T A S

(1) Vid. al respecto el Memorandum della Commissiones della Comunità Economica Europea del 1º diciembre 1965 sobre Il problema della concentrazione nel Mercato Comune, cit., por CERRAI, I gruppi di società nel Diritto comunitario, en PAVONE LA ROSA (a cura di), I gruppi di società. Ricerche per un studio critico, Bologna, 1982, págs. 451, nota 1.

(2) En países como Alemania se ha comprobado que la inmensa mayoría de las sociedades anónimas forman parte de grupos (cfr. GESSLER, Das neue Aktienrecht, BB, 1965, págs. 672 y sigs.). En España, hasta el momento, carecemos de datos al respecto, si bien su importancia, a priori, no parece desdiable.

(3) Además de CERRAI, I gruppi di società, cit., cfr. IMMENGA, Abhängige Unternehmen und Konzerne im europäischen Gemeinschaft, Rabels Z, 1984, págs. 48 y sigs., SCHILLING, Bemerkungen zum europäischen Konzernrecht, ZGR, 1978, págs. 415 y sigs.

(4) En este sentido, EMBID, Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica, RCASV, 1983, págs. 26-29.

(4bis) Y que se concretan en el Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades, difundido en julio de 1986. En lo que a nuestro tema se refiere, se contienen en el mismo normas sobre consolidación contable (arts. 108-108 m), pero se carece de todo tipo de preceptos sobre el Derecho "material" del grupo.

(5) Al respecto, VANETTI, La disciplina dei gruppi: Due nuovi

progetti, Riv. Soc., 1977, págs. 633 y sigs., IMMENGA, Abhängige Unternehmen, cit., págs. 56 y sigs.

(6) Al respecto, CERRAI, I gruppi di società, cit., págs. 504 y sigs.

(7) Sobre tal cuestión, IMMENGA, Konzernverfassung ipso facto oder durch Vertrag. Zum Stand der Konzernrechtsdiskussion in der europäischen Gemeinschaft, EuR, 1978, págs. 242 y sigs.

(8) Cfr. FERNANDEZ DE LA GANDARA, Derecho europeo de sociedades y reforma del ordenamiento español, DA, 1984, págs. 215-216.

(9) En tal sentido, TIMMERMANS, Die europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht, Rabels Z, 1984, págs. 25-27.

(10) Puede consultarse el texto en BIAMONTI, L'informazione e il progetto di nona direttiva della Commissione CEE sui gruppi di imprese, en L'informazione societaria, I, Milano, 1982, págs. 513 y sigs., y, con ciertas modificaciones, en LUTTER, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine neunte Richtlinie zur Angleichung des Konzernrechts, ZGR, 1985, págs. 444 y sigs., y en Riv. Soc., 1985, págs. 1071 y sigs.

(11) Sobre el concepto general del grupo, cfr. FEMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, 2ª ed., München, 1977, págs. 12 y sigs., PAVONE LA ROSA, Introduzione, en PAVONE LA ROSA, I gruppi di società, cit., págs. 13 y sigs.

(12) Al respecto, IMMENGA, Abhängige Unternehmen, cit., págs. 56-59.

(13) Tal posibilidad se encontraba ya en la versión del proyecto de directiva publicado en los años 1974 y 1975, establecién

dose a continuación una disciplina del grupo desde la perspectiva orgánica. Críticamente sobre tal criterio, EMBID, La protección de los socios externos en los grupos de sociedades, tesis doctoral inédita, Universidad de Alcalá de Henares, 1983, pág. 192, nota 36.

(14) Al respecto, cfr. BEJOT, La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne, Bruxelles, 1976, pág. 210.

(15) En tal sentido, artículo 234 del anteproyecto.

(16) Sobre la llamada dependencia indirecta o escalonada, vid. REHBINDER, Gesellschaftsrechtliche Probleme mehrstufiger Unternehmensverbindungen, ZGR, 1977, págs. 180 y sigs.

(17) Al respecto, GANSWEID, Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden, 1976, DUQUE, El posible encuadramiento de las llamadas empresas o filiales comunes en los grupos de empresas, en Estudios en Homenaje a BATLLE, Madrid, págs. 289 y sigs.

(18) Se trata de un criterio perceptible en otros ordenamientos, vid. al respecto, EMBID, La protección de los socios externos, cit., págs. 51-52.

(19) Sobre la situación de dependencia, vid. WERNER, Der aktienrechtliche Abhängigkeitstatbestand, Göttingen, 1979, págs. 68 y sigs. También PAVONE LA ROSA, "Controllo" e "gruppo" nella fenomenologia dei collegamenti societari, DF, 1985, I, págs. 10 y sigs.

(20) El tratamiento jurídico de estas cuestiones en la Akt? ale

mana ha dado lugar a interminables discusiones doctrinales, en cuanto que no resultaba claro si los parágrafos 311 y sigs., de la ley, estaban orientados a tutelar prioritariamente el interés de la sociedad dependiente, o, en cambio, legitimaban el llamado grupo "fáctico", subordinando el interés de aquélla al del grupo en su conjunto. Un análisis recapitulativo y crítico de la discusión doctrinal alemana puede encontrarse en nuestro trabajo La protección de los socios externos, cit., págs. 74-81.

(21) No puede considerarse positivo que el informe lo elabore el órgano de dirección de la sociedad dependiente, puesto que el mismo carecerá, sin duda, de la necesaria autonomía para su adecuada elaboración.

(22) La bibliografía sobre el llamado informe de dependencia, en Alemania, es muy abundante. Por todos, HAESSEN, Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern, Köln, 1970.

(23) Sobre tal cuestión, EMMERICH/SONNENSCHNEIDER, Konzernrecht, cit., págs. 209-210, HAESSEN, Der Abhängigkeitsbericht, cit., págs. 72 y sigs.

(24) Al respecto, HAESSEN, Der Abhängigkeitsbericht, cit., pág. 12 y sigs.

(25) A diferencia del Derecho alemán, en el cual los socios tienen acceso solamente a la declaración final del informe de dependencia elaborado por el Vorstand, según lo dispuesto en el parágrafo 312, 3º AktG.

(26) Como lo son, por ejemplo, la suspensión de funciones de uno o varios miembros del órgano de dirección o de vigilancia

de la sociedad, la prohibición de proseguir la ejecución de convenios perjudiciales y medidas igualmente perjudiciales, etc.

(27) En tal sentido, BUTTÀ, Una metodologia per l'approccio economico-aziendale allo studio dei gruppi di imprese, en PAVONE LA ROSA, I gruppi di società, cit., págs. 29 y sigs.

(28) Cfr. SLONGO, Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffes, Zürich, 1980, págs. 68-95.

(29) En tal sentido, SACRISTAN, El grupo de estructura paritaria: Caracterización y problemas, RDM, 1982, págs. 392 y sigs.

(30) Considera a la sociedad de empresas como grupo por coordinación, SACRISTAN, El grupo de estructura paritaria, cit., pág. 378.

(31) En tal sentido, DUQUE, Concepto y significado institucional de los grupos de empresas, Libro-Homenaje a ROCA SASTRE, III, Madrid, 1976, pág. 570.

(32). Al respecto, BRACHVOGEL, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern, München, 1967, GESSLER, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, Festschrift für Harry WESTERMANN, Karlsruhe, 1974, págs. 145 y sigs.

(33) Cfr. EMBID, La protección de los socios externos, cit., págs. 310 y sigs.

(34) Sobre el interés del grupo, vid. ZOLLNER, Die Schranken mitgliedschaftrechtlicher Stimmenrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München, 1963, págs. 81 y sigs.

(35) Como afirma ZOLLNER (Die Schranken, cit., pág. 84), de entenderse el interés del grupo exclusivamente como el interés de

la empresa o sociedad dominante, carece de sentido y resulta injustificado el privilegio que aquél recibe en la tipificación jurídica del grupo de sociedades.

(36) En tal sentido, ZOLLNER, Die Schranken, cit., pág. 84. Sobre los significados de la expresión "interés de la empresa", vid. ESTEBAN VELASCO, El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español, Madrid, 1982, págs. 586 y sigs.

(37) Específicamente, sobre los límites que se pueden expresar en el texto del contrato, EXNER, Beherrschungsvertrag und Vertragsfreiheit, Frankfurt, 1984, págs. 109-117.

(38) Cfr. EMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, cit., págs. 194 y sigs.

(39) Al respecto, KNOBLAU, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages nach der Regelung des neuen Aktiengesetzes vom 6.9.1965, Würzburg, 1968, págs. 97 y sigs.

(40) Cfr. KNOBLAU, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit, cit., págs. 112 y sigs.

(41) Como se observará, el legislador español ha atribuido legitimación a todos los socios de la sociedad dependiente, en la línea antes señalada del Derecho alemán.

(42) Sobre la cuestión, EMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, cit., pág. 194.

(43) La bibliografía sobre la protección de los socios externos en los grupos de sociedades es muy abundante. Vid. una ex-

posición de la misma en EMBID, La protección de los socios externos, cit., págs. 204 y sigs.

(44) Más que de un porcentaje concreto, en el tema que nos ocupa sería más correcto partir de una fórmula más vaga, y, consiguientemente, de mayor campo funcional de aplicación, como, por ejemplo, participación "relevante" en el capital de la sociedad dominante.

(45) Al respecto, EMBID, La segunda proposición de ley del diputado Cousté sobre los grupos de sociedades en Francia, RDM, 1978, pág. 568, nota 14.

(46) Al respecto, HUCHTING, Abfindung und Ausgleich im aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag, Köln, 1972.

(47) Cfr. CERRAI, I gruppi di società, cit., págs. 465 y sigs.

(48) Sobre convocatoria y deliberación de la Junta general, a tal efecto, vid. arts. 22 y sigs. del proyecto de quinta directiva, en versión modificada, de 19 de agosto de 1983.

(49) La norma del proyecto de directiva no parece excesivamente considerada con el propósito de tutelar la posición del socio externo. Se trata de un precepto similar al del Derecho alemán, justamente criticado por la doctrina germánica (EMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, cit., pág. 151).

(50) Del procedimiento establecido por el parágrafo 306 de la ley alemana se ha hecho un uso relativamente abundante en aquél país, si bien hay que señalar negativamente la duración, demasiado larga, de los trámites procesales.

(51) Cfr. EMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, cit., págs. 179

y sigs.

(52) Con detalle sobre las cuestiones de la anualidad, en el ámbito del Derecho alemán, NIEMANN, Die Ansprüche der Minderheitsaktionäre bei Abschluss eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages, Frankfurt, 1969, págs. 122-123.

(53) Sobre la compleja situación del Derecho alemán, que el texto comunitario aclara y mejora, EMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, cit., pág. 173.

(54) Cfr. EMBID, La protección de los socios externos, cit., pág. 268.

(55) En tal sentido, IMMENGA, Der Preis der Konzernierung, en Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für BOHM, Tübingen, 1975, págs. 253 y sigs.

(56) Al respecto, EMBID, La protección de los socios externos, cit., págs. 273 y sigs.

(57) Sobre el problema genérico de la adquisición de acciones propias en el marco del Derecho comunitario, vid. GARCIA VILLAVERDE, Algunos temas en torno al régimen del capital social en el proyecto de estatuto para una sociedad anónima europea, en GIRON TENA (ed.), Estudios y textos de Derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea, Madrid, 1978, págs. 101 y sigs.

(58) Sobre la protección de los acreedores en el grupo, vid. DREGER, Probleme des Gläubigerschutzes im Konzern, Mannheim, 1966, TARDIEU-NADET, Les créanciers du groupe des sociétés, Aix, 1973.

(59) En este sentido, CERRAI, I gruppi di società, cit., págs. 512-513.

(60) En detalle, MARTENS, Grundlagen des Konzernarbeitsrechts, ZGR, 1984, págs. 421 y sigs., así como la bibliografía citada en nuestro trabajo, Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en Derecho del Trabajo, RL, 1985, en especial, pág. 874, nota 45.

(61) Al respecto, WESTERMANN, Tendenzen der gegenwärtigen Mitbestimmungsdiskussion in der europäischen Gemeinschaft, Rabèls Z, 1984, págs. 123 y sigs.

(62) Cfr. ESTEBAN VELASCO, El poder de decisión en las sociedades anónimas, cit., y del mismo autor Participación de los trabajadores y reforma de la sociedad anónima, Madrid, 1980.

Fundación Juan March

SERIE UNIVERSITARIA

TITULOS PUBLICADOS

Serie Azul

(Derecho, Economía, Ciencias Sociales, Comunicación Social)

- 17 Ruiz Bravo, G.:
Modelos econométricos en el enfoque objetivo-instrumentos.
- 34 Durán López, F.:
Los grupos profesionales en la prestación de trabajo: obreros y empleados.
- 37 Lázaro Carreter, F., y otros:
Lenguaje en periodismo escrito.
- 74 Hernández Lafuente, A.:
La Constitución de 1931 y la autonomía regional.
- 78 Martín Serrano, M., y otros:
Seminario sobre Cultura en Periodismo.
- 85 Sirera Oliag, M.^a J.:
Las enseñanzas secundarias en el País Valenciano.
- 108 Orizo, F. A.:
Factores socio-culturales y comportamientos económicos.
- 124 Roldán Barbero, H.:
• **La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma.**
- 128 De Esteban Alonso, J.:
Los condicionamientos e intensidad de la participación política.
- 135 Santillana del Barrio, I.:
Evaluación de los costes y beneficios de proyectos públicos: referencia al coste de oportunidad en situaciones de desempleo.
- 153 Maravall Herrero, F.:
Organización industrial, estructura salarial y estabilidad de la inversión: Un análisis del caso español.
- 155 Alcántara Sáez, M.:
La ayuda al desarrollo acordado a Iberoamérica. Especial referencia al papel concesionario de la C. E. E.
- 162 Vanaclocha Bellver, F. J.:
Prensa político-militar y sistema de partidos en España (1874-1898).
- 170 Solé Puig, C.:
La integración socio-cultural de los inmigrantes en Cataluña.
- 184 Morán Aláez, E.:
La evolución demográfica en España: un test de la teoría de la respuesta multifásica de K. Davis.
- 185 Moreno Feliú, P. S.:
Análisis del cambio en las sociedades campesinas. Un caso de estudio: Campo Lameiro (Pontevedra).
- 187 Lojendio Osborne, I.:
La transmisión por endoso del certificado de depósito.
- 188 Arias Bonet, J. A.:
Lo Codi y su repercusión en España. Los manuscritos 6.416 y 10.816 de la Biblioteca Nacional.
- 192 Embid Irujo, A.:
Las libertades en la enseñanza.
- 198 Escuin Palop, V.:
Análisis de las soluciones italianas a los problemas del denominado regionalismo cooperativo.

- 201 **González Rus, J. J.:**
Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría).
- 204 **Sorribes Monrabal, J.:**
Crecimiento económico, burguesía y crecimiento urbano en la Valencia de la Restauración (1894-1931).
- 209 **López Alonso, C.:**
Los rostros y la realidad de la pobreza en la sociedad castellana medieval (siglos XIII-XV).
- 210 **Iglesias Cano, M.ª C.:**
Paradigma de la naturaleza: Montesquieu, Rousseau, Comte.
- 212 **Moliní Fernández, F.:**
Ensayos de un geógrafo sobre el federalismo fiscal de los Estados Unidos.
- 213 **Amadeo Petitbó, J.:**
La rentabilidad de las grandes empresas industriales españolas.
- 218 **Menéndez de la Hoz, M.:**
Alternativas del sector pesquero nacional frente a la política común de pesca comunitaria.
- 219 **Alborch Bataller, C.:**
Las sociedades financieras regionales en Italia.
- 220 **Madrid Conesa, F.:**
Reserva de ley en materia penal y capacidad normativa de las Comunidades Autónomas.
- 221 **Ruesga Benito, S. M.:**
Métodos de estimación de la economía oculta. Su incorporación a los sistemas de cuentas nacionales.
- 222 **Ruigómez Gómez, J. M.:**
La tendencia centralizadora del sistema federal de los Estados Unidos: evolución y causas.
- 223 **García Azcárate, T.:**
Consecuencias sobre las agriculturas regionales de la adhesión de España a las Comunidades Europeas.
- 226 **Izquierdo de Bartolomé, R.:**
Evolución, presente y futuro de la política común de transporte.
- 228 **Martínez Lillo, P. A.:**
Una introducción al estudio de las relaciones hispano-francesas (1945-1951).
- 229 **Boccio Vázquez, J. M.ª:**
Comunidades Europeas y Derechos Humanos.
- 230 **Fernández Álvarez, A.:**
El impacto de la política agrícola común en la integración española.
- 231 **Alberti Rovira, E.:**
Las relaciones cooperativas en el orden federal alemán.
- 232 **González Rodríguez, J. J.:**
La patronal agraria. Estrategias de política agraria y de negociación colectiva.
- 233 **Cabrales Arteaga J. M.:**
La Edad Media en el Teatro Español, entre 1875 y 1936.
- 234 **Santaolalla López, F.:**
Sistema electoral del Parlamento Europeo.

