

**GRUPOS DE SOCIEDADES Y PROTECCIÓN DE
ACREEDORES (UNA PERSPECTIVA SOCIETARIA). FUENTES
NAHARRO, M. ED. THOMSON-CIVITAS, COLECCIÓN
ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL, 2007, 546 P.**

María Fernanda Vásquez*

Esta obra es el resultado de la tesis doctoral de la autora llevada a cabo en la Universidad Complutense de Madrid (España), bajo la dirección del Catedrático Gaudencio Esteban Velasco, quien desde el prólogo ya destaca las bondades de aquella. Su importancia reside en que constituye la primera monografía efectuada en España sobre esta temática en concreto y en tal contexto, contribuye a identificar y luego a resolver problemas inquietantes de no fácil respuesta, no sin dejar planteadas nuevas reflexiones y, segundo, porque su rigor científico hacen de ella una contribución notable a esta materia.

En cuanto a la metodología, este trabajo parte de las aportaciones ya realizadas por la doctrina española sobre derecho de grupos, así como de los estudios más relevantes sobre los aspectos de derecho societario general relacionados con la materia objeto de la investigación (fundamentalmente responsabilidad de los administradores y protección del capital) y la jurisprudencia local, muy especialmente aquella que dicta la doctrina del “levantamiento del velo”. Adicionalmente, cuenta con las contribuciones de Derecho comparado del Derecho alemán y Estados Unidos y su experiencia práctica, en especial del primero, básicamente porque los grupos de sociedades tiene como referente comparativo este ordenamiento que por su carácter pionero se ha convertido en el inspirador de muchos otros ordenamientos que con posterioridad han procurado un derecho de grupo a sus países¹, aunque este derecho se refiere al grupo de empresa y no necesariamente al societario².

* Profesora Derecho comercial en la Universidad de Talca. Magíster en Derecho. Doctor © Universidad Complutense de Madrid. E-mail: mfvasquez@utalca.cl.

¹ En el carácter pionero del tratamiento de “Derecho de grupos”, cabe agregar además el modelo portugués y el brasileño.

² La controversia conceptual entre “grupos de empresa” y “grupo de sociedades” tiene su origen en que por un

En términos generales, la obra trata de responder a la cuestión de por qué los acreedores de una sociedad de grupo merecen una protección específica o adicional a la ya existente en el Derecho de sociedades para las sociedades que no pertenecen a un grupo, cuya respuesta se traduce esencialmente en el análisis de una concreta actividad: el ejercicio de una dirección unitaria ejercida por la sociedad matriz dirigida a la consecución de un interés distinto al de cada una de estas sociedades que conforman el grupo. En coherencia con este planteamiento se abordan la tutela de los acreedores de las sociedades de grupo que, como resultado de la dirección unitaria que no ha respetado esos márgenes de legitimidad, sufren un daño patrimonial de tal magnitud que les impide hacer frente a sus créditos o de los que se ven directamente dañados por el acatamiento de una instrucción emitida por la matriz. En fin, se pone en evidencia la dialéctica del conflicto de intereses que se suscita: unidad de dirección de la empresa/ pluralidad de sociedades; interés de la sociedad/interés del grupo; disociación poder/responsabilidad.

La obra se divide en seis capítulos, el primero se dedica a la revisión de consideraciones generales sobre los grupos de sociedades y al planteamiento del problema. El segundo se destina a la demarcación del poder de dirección unitaria, sus caracteres y su legitimidad. El tercero propone una revisión del régimen de responsabilidad civil de los administradores de las sociedades filiales. El cuarto se adentra en la responsabilidad por el ejercicio de la dirección unitaria. El quinto efectúa una revisión del régimen jurídico de capital en las sociedades de grupo y finalmente, el sexto, plantea el estudio de otros recursos ajenos a la dogmática del Derecho de sociedades de especial relevancia en la protección de acreedores.

El estudio parte de la premisa que la realidad de los “grupos de sociedades” constituyen un eventual peligro para los acreedores y para ello intenta dar una definición de esta noción, con el objeto de visualizar cuál de ellos constituye el “peligro” potencial anunciado. El resultado de esa búsqueda se traduce en la expresión de una concreta actividad: el ejercicio y correlativo acatamiento de una dirección empresarial unitaria y externa a la propia sociedad agrupada que atiende a un interés no siempre coincidente con el de ella, razón por la que el régimen tuitivo de los acreedores sociales tendrá que constituirse necesariamente en torno a este específico tipo de dirección empresarial.

Es preciso considerar que la noción de grupo se entiende como una nueva técnica de organización de la empresa moderna, alternativa a los tradicionales modelos de empresa individual y societaria, que surge como una nueva forma de estrategia de crecimiento “externo” de las empresas a través de la adquisición del control de otros operadores económicos. Este sistema ya no se presenta sólo como el resultado de un proceso de concentración empresarial, sino también como del de descentralización o desconcentración de actividades de una empresa que devino demasiado grande o que, por razones de dispersión geográfica o de especialización, requiere la creación de sujetos societarios separados, sin por ello dejar de constituir una unidad económica y de decisión. Por ello también se ha descrito al grupo como un fenómeno de la “descentralización de la concentración” y constituye en la actualidad la forma de organización

más frecuente de los países desarrollados dado que presenta la ventaja de conservar la independencia jurídica, a diferencia de los que sucede con la fusión. La autora explica que paradójicamente este extremo produce una inevitable tensión entre la unidad económica y la pluralidad jurídica, dado que éste es el origen de la mayor parte de los problemas que este fenómeno genera y representa, a su vez, la causa de la superioridad funcional del grupo y de su gran difusión, ya que les permite moverse con mayor flexibilidad frente a las nuevas necesidades de la vida económica. Parte de la doctrina considera que se trata de una nueva forma de empresa³.

Es el elemento de la “dirección económica unitaria” ejercida por un sujeto de acuerdo a una estrategia o interés común a todos los miembros del grupo el rasgo más característico de la unidad de aquél. Entre las clasificaciones más recurrentes se distingue a los grupos en función de la naturaleza del instrumento utilizado para su constitución, dividiéndolos en grupos de base financiera, contractual o personal. Los primeros, también denominados de base societaria, se construyen a través de la adquisición de participaciones en el capital de otras sociedades; los segundos, de base contractual, son aquellos en que la unidad de dirección económica de las sociedades componentes se asientan en lazos de naturaleza jurídico-negocial; finalmente, los grupos de base personal se caracterizan porque la dirección unitaria resulta fundamentalmente de la identidad de la composición de los órganos de administración de las distintas sociedades de grupo. Por otra parte se pueden encontrar los grupos de derecho y los de hecho, dependiendo si se acomodan o no a los instrumentos jurídicos de constitución para el que determinados legisladores han previsto un régimen específico.

Igualmente, se distingue entre aquellos grupos que siguen un determinado modelo legislativo, por ejemplo el contractual y el orgánico que, a diferencia del anterior, no hace depender el reconocimiento de la existencia misma del fenómeno de la asunción de un instrumento determinado sino de la mera existencia de un ejercicio de la dirección unitaria sobre un conjunto de sociedades⁴. Así mismo se distingue entre grupos jerárquicos y paritarios, en este punto se debe considerar que la doctrina alemana parte del principio que la existencia de un grupo tiene como elemento la dirección unitaria o unificada, y en consecuencia la existencia o no de una relación de dominio-dependencia entre las sociedades que la integran no sería un factor determinante para la existencia del mismo.

lado, en los grupos que se organizan conforme a relaciones de dominio o subordinación, nos encontramos frecuentemente con que los objetos dominados tienen forma de sociedad principalmente del tipo capitalista, mientras que los sujetos que ocupan la cima de un grupo de empresas ofrecen un elenco mas variado de condiciones pudiendo incluso aparecer sin forma societaria (persona física, fundaciones, etc).

³ Los sujetos que integran este grupo no se reducen sólo a las sociedades, sino que acuden a él un amplio espectro que va desde una cooperativa hasta una fundación, resultando frecuente que se encuentre a la cabeza una persona natural o física. En todo caso, este dato es irrelevante a la hora de proporcionar una noción general del fenómeno.

⁴ Al modelo orgánico responde la última reforma legislativa italiana y los ordenamientos de países como España y Francia.

En Derecho comparado son pocos los ordenamientos que ofrecen una definición de este fenómeno, uno de ellos es el Art. 18 de la Ley Alemana (*aktiengesetz*), que otorga una noción de grupo de empresa en torno a un único concepto: el de dirección unificada, distinguiendo entre grupos por subordinación y por coordinación en función de la concurrencia o ausencia de una relación de dominio entre las empresas que la componen, por tanto el elemento de dependencia se reduce a un simple elemento caracterizador del tipo de grupo antes visto.

El derecho portugués no aporta una definición de grupo, pero su doctrina ha elaborado un concepto basado en la construcción misma de su régimen, en tal sentido se considera grupo a toda aquella vinculación de sociedades que emplee uno de los instrumentos jurídicamente previstos por el legislador a estos efectos: contrato de subordinación, contrato de grupo paritario y de dominio total.

En el derecho estadounidense la doctrina a pesar de que históricamente ha vinculado el concepto al elemento de control o dependencia, en la actualidad se niega a sustentar el concepto en la sola presencia de dicho elemento invocando la necesaria concurrencia de una política común al conjunto, es decir, la presencia de una dirección unificada o unitaria.

La legislación británica, aunque no aborda de forma expresa esta noción, se refiere a él de una forma dispar ya que por una parte se hace referencia a la participación societaria de una en otra, pero también lo hace en el sentido de que el control puede tener su origen en cláusulas estatutarias o en un contrato, incluyendo además la expresión "sometimiento a una dirección unitaria" como elemento definidor de la relación matriz-filial.

En el derecho español, el concepto de grupo se encuentra contenido en el actual art. 42 del CCo. y se acerca claramente a la noción germana de grupo, es decir al elemento de la dirección unitaria. En tal escenario, el grupo paritario u horizontal ha encontrado reconocimiento jurisprudencial, desvinculando a la noción de dirección unitaria de la relación de dependencia.

Desde el punto de vista logístico, la dirección unificada opera a través de una red de mando jerarquizada donde los protagonistas suelen ser órganos de administración de las sociedades filiales que actuarán siguiendo los dictados del órgano de dirección de la sociedad matriz titular de la dirección unitaria. De esta forma, la ejecución de la política económica unitaria queda en manos de los administradores siendo el papel de las juntas generales pura y simplemente ignorados lo que se traduce, a su vez, en un aumento de poder de los órganos de administración de las sociedades filiales y por ende, en una pérdida mayor del poder del órgano de socios, reemplazando al principio de separación de poderes por el de la acumulación de los mismos. Esta particularidad organizativa es muy relevante dado que el funcionamiento propio del grupo altera la estructura orgánica de la sociedad destruyendo el postulado de soberanía de poder en el que se basó su entera construcción como un centro legal y social de acción por quedar esta sociedad subordinada por una dirección externa.

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

Igualmente la política de marketing y publicidad es un aspecto que se ha ido convirtiendo cada vez más en una tarea propia de la dirección unitaria del grupo, especialmente en aquellos de implantación internacional. Esta estrategia, produce un efecto de apariencia de unidad económica de responsabilidad frente a terceros que en ocasiones puede representar un presupuesto suficiente para extender la responsabilidad a la matriz por las obligaciones de sus filiales. El problema que subyace es determinar si el aprovechamiento de la imagen corporativa del grupo por parte de las sociedades que lo forman, debe tener consecuencias en materias de responsabilidad frente a los terceros que han contratado y confiado en el respaldo que el grupo y la matriz ofrecerán a la filial con la que ellos contratan⁵.

Se produce igualmente una alteración de la estructura patrimonial de la sociedad de grupo como consecuencia del ejercicio de la dirección unitaria, ya que aquél se traduce en la aplicación de una política financiera común de manera que el patrimonio de cada empresa se gestiona como un patrimonio global de la empresa-grupo, de forma tal que se produce cuando menos una atenuación de su autonomía patrimonial como consecuencia directa de la aplicación de esta política unificada. Con todo, este no es el mayor problema que se presenta para los acreedores, sino que es la posible utilización de dicho poder para dañar el patrocinio de una sociedad del grupo en beneficio de otra, de manera que la sociedad en cuestión devenga en incapacidad para cumplir las obligaciones pactadas con los acreedores⁶. En esta línea, uno de los problemas que se visualizan en Derecho comparado es que la atención "tuitiva" se orienta a proteger sólo a los acreedores de sociedades integradas en un grupo que están sometidas a una relación de dependencia, lo que por cierto es insuficiente si consideramos que un grupo no

⁵ Este es uno de los puntos más discutidos por la doctrina europea. La alemana rechaza mayoritariamente esta responsabilidad por considerarla como una categoría propia y distinta de la responsabilidad que prevé el derecho de grupo, en cambio la doctrina y jurisprudencia suiza ha sido notable en su aceptación, al igual que el derecho español.

⁶ En la mayoría de los casos se trata de "operaciones vinculadas" que se realizan entre las distintas sociedades del grupo que, cuando no se realizan a precio de mercado, conllevan un trasvase de beneficios de una sociedad a otra que de no verse adecuadamente compensado, se traducirá en un perjuicio para la sociedad.

se define por la dependencia, sino que por la dirección económica, por tanto, los acreedores de un grupo paritario también requieren la debida protección. Igualmente, esta atención debiera recaer también en los acreedores de la sociedad matriz y no sólo de las filiales.

El instrumento jurídico que lleva a cabo la dirección unitaria es la “instrucción” a la que la autora califica como un instrumento logístico o material para la realización efectiva del poder de decisión unitaria. El sujeto que instruye ha tenido que recurrir previamente a uno o a varios instrumentos jurídicos que pueden revestir múltiples formas y todos ellos permiten instaurar una relación de dominio-dependencia entre sus componentes⁷. El poder de dominio se caracteriza porque es efectivo, puntual y estable, mientras que su ámbito objetivo, esto es la determinación de los sectores de actividad sobre los que debe recaer la determinación de su contenido, sigue de cerca la noción de dirección unitaria.

El dominio puede manifestarse en forma orgánica, jurídica y económica. En el primer caso el poder es ejercido valiéndose de los órganos de la sociedad dependiente, el poder deriva de las relaciones bilaterales entre sujetos de derecho independientes sin que los órganos de la sociedad hayan comprometido la autonomía de su funcionamiento, así bajo el dominio jurídico, los órganos de la sociedad dependiente no pueden ofrecer resistencia u oposición a aquél porque son ellos mismos los que están insertos en la mecánica de su ejercicio. En cambio, bajo el dominio económico o externo, los órganos de la sociedad dependiente no ven sometida la mecánica de la formación de la voluntad social a ningún sujeto dominante. La importancia de esta distinción subyace en que la doctrina mayoritaria considera que el dominio económico no es susceptible de generar una relación de grupo⁸.

Entre las fuentes de dominio orgánico o jurídico se encuentra: la participación societaria (derecho de voto), los contratos de dominio (normalmente dirigidos a la creación de una dirección unitaria), los vínculos personales como la coincidencia de administradores comunes en los órganos de administración de diversas sociedades, las disposiciones estatutarias, entre otros. Cuando entre las sociedades que forman parte de un grupo no existe un vínculo de dependencia, los mecanismos empleados para generar la dirección difieren de los mecanismos que sirven para articular una relación de dependencia, así en estos grupos cada una de las sociedades que lo forman procede a subordinarse de forma voluntaria y tal decisión no obedece a una relación de dominio. La forma institucional que reviste esta instancia de donde emana la dirección unitaria suele traducirse en la creación de un órgano especial de dirección en el que participan todas las sociedades agrupadas⁹.

⁷ El artículo 87.1 de la Ley de Sociedades Anónimas española define a la sociedad dominante como “la que, por cualquier medio puede ejercer una influencia dominante sobre la sociedad dominada”.

⁸ Esta es la realidad jurídica de España y Alemania.

⁹ Si bien pueden asumir otras modalidades como el contrato de comunidad de ganancia, nombramiento de administradores comunes en todas las sociedades del grupo, reuniones periódicas de los presidentes de los

Luego de analizar las bases de esta investigación que se centran básicamente en la delimitación de la noción de grupos de sociedades y su funcionamiento, se aborda la segunda de las principales temáticas tratadas en la monografía en comentario que es la del régimen tuitivo previsto por el ordenamiento español para hacer frente al conflicto que se evidencia a partir de los postulados antes anotados en lo que concierne a los acreedores. En tal escenario, explica que en España las normas tuitivas previstas en el derecho de sociedades quedan articuladas alrededor de dos pilares: el régimen jurídico de responsabilidad civil de los administradores (ya sea por daños al patrimonio social destinado a la satisfacción de sus créditos, ya sea por la lesión directa de sus intereses) y el régimen jurídico de protección de capital social que es garantía de sus créditos. Las primeras son de carácter más bien “indirecto” o “interno” ya que no están dirigidas exactamente a la protección de los acreedores, sino la del patrocinio social que es garantía de sus créditos; las segundas, en cambio, si tienen el carácter de “directas” o “externas” ya que buscan proteger precisamente los intereses de los acreedores, si bien ya no tanto en su específica condición de titulares de un crédito ocupado por la “salud” del patrimonio social garantía del mismo, como en su condición de terceros que pueden verse dañados por la actividad empresarial desarrollada por esa sociedad.

Luego identifica las posibles lagunas de que adolece el derecho societario español para hacer frente a los efectos perjudiciales referidos, aportando propuestas para su solución. Para ello se propone articular un régimen tuitivo que “neutralice” el peligro que para los acreedores representa el ejercicio de una dirección unitaria lo que obliga a conceptualizar jurídicamente un fenómeno de carácter económico¹⁰; una vez definido el contenido de la dirección unitaria adopta una postura sobre la legitimidad misma de su ejercicio, razonamiento que en definitiva contribuirá en la política jurídica que finalmente se adopte, en tal sentido, llega a la conclusión que esta dirección no es en sí misma “ilegítima”, por tanto el régimen tuitivo de los acreedores no debe partir desde la prohibición o limitación excesiva en su ejercicio.

Por otra parte, aborda una cuestión que trasciende la dogmática societaria, se trata de las doctrinas relacionadas con la protección de la apariencia y la confianza generada por el grupo en los terceros, así como a las tendencias especialmente proteccionistas de que vienen siendo objeto los acreedores extracontractuales y sus consecuencias de la extensión de las responsabilidades en el seno del grupo.

Igualmente, hace mención a la doctrina del “levantamiento del velo” como uno de los principales instrumentos utilizados por los tribunales para proteger a los acreedores integrantes

respectivos órganos de administración de las distintas sociedades, o la creación de una sociedad en la que todos los miembros del grupo participen de forma igualitaria y que será la encargada de ejercer la dirección unitaria convirtiéndose en una matriz no dominante, entre otros.

¹⁰ Por otra parte, la noción de grupo de empresa construida desde el punto de vista del derecho mercantil difiere de la noción aportada por el derecho tributario y del derecho laboral.

de un grupo. Arguye que su invocación se efectúa en muchos casos desde una perspectiva poco afortunada guiada por la única voluntad del tribunal de alcanzar una “justicia material”, entregando a los acreedores un patrimonio de responsabilidad más amplio que el proporcionado por su sociedad filial deudora con el objeto de compensarles de algún modo los perjuicios sufridos a causa de la existencia del grupo, lo que ha generado una visión patológica del grupo a su juicio equivocada.

En efecto, sostiene que esta doctrina no es del todo adecuada ya que la existencia del grupo, por sí sola, no lleva aparejada una utilización abusiva de las personas jurídicas que lo forman, antes al contrario, se trata de una realidad jurídica reconocida y legitimada por el ordenamiento jurídico español. Además, no es posible cubrir un vacío legal en torno a la atribución de responsabilidad en el seno de los grupos, imputando tales responsabilidades sólo a los sujetos que se valen del poder de dirección, en otras palabras, no se puede sólo responsabilizar a la dirección con independencia de que las mismas sean consecuencia directa de la actuación de aquella, de modo de convertir al grupo o a la matriz en el único patrimonio de responsabilidad afecto al cumplimiento de las obligaciones de cualquiera de sus miembros.

De este modo concluye que el levantamiento del velo no es un instrumento apropiado para resolver los problemas derivados del derecho de los grupos, ya que atiende a solventar problemas de uso de la institución de la persona jurídica con un ánimo fraudulento o abusivo, problemas que pueden presentarse tanto en el seno de los grupos como en el de las sociedades-isla, de modo que no forman parte de la idiosincrasia misma del fenómeno grupal. En tal contexto, la dirección externa (unidad de decisión o de dirección unitaria), con independencia de la intensidad con que se ejerza, no constituye un presupuesto autónomo de levantamiento del velo, sino la necesidad de aplicar e interpretar en “clave de grupo” la normativa societaria sobre responsabilidad de los administradores, aplicando incluso la doctrina del administrador de hecho.