

LA PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS EXTERNOS EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL

PABLO MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA*

Resumen

El presente artículo se centra en el análisis de algunas cuestiones que suscita el régimen proyectado de los grupos de sociedades en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014. Se estudian las medidas de tutela de los socios externos; en concreto, el deber de información de la pertenencia al grupo, la acción de responsabilidad en defensa del interés social de la sociedad dependiente, el derecho de separación, la indemnización en caso de adquisición por la sociedad dominante de la totalidad del capital social de la sociedad dependiente y, por último, el derecho de información contable. En todos los temas se han tenido en cuenta el Derecho de sociedades vigente, el Derecho proyectado y las aportaciones de la jurisprudencia y la doctrina.

Contenido

1. Consideraciones preliminares. – 2. Medios de tutela del socio externo. – 2.1. Planteamiento del tema. – 2.2. Deber de información de la pertenencia al grupo. – 2.3. Acción de responsabilidad contra la sociedad dominante, contra sus administradores y contra los administradores de la sociedad dependiente. – 2.4. Derecho de separación. – 2.4.1. Derecho de separación del socio externo por integración de la sociedad en un grupo. – 2.4.2. Derecho de separación del socio externo por perjuicio a la sociedad dependiente sin compensación adecuada. – 2.5. Indemnización en caso de adquisición por la sociedad dominante de la totalidad del capital de la sociedad dependiente. – 2.6. Derecho de información contable. – 3. Conclusiones.

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Sevilla

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En el concepto de grupo de sociedades se mezclan las notas económicas y las jurídicas, puesto que resulta integrado por una pluralidad de sociedades independientes jurídicamente pero sometidas a una dirección económica unitaria¹. Por un lado, hay que subrayar la unidad económica del grupo, que tiende a la realización de un interés común mediante la actividad económica que desarrolla cada una de las sociedades que lo integran. Pero, por otro lado, también han de acentuarse los rasgos jurídicos o societarios del mismo, ya que está formado por una pluralidad de sociedades independientes desde un punto de vista jurídico. Unidad económica e independencia jurídica son los rasgos que se encuentran en la base de la noción de grupo de sociedades.

La constitución de los grupos de sociedades lleva consigo importantes consecuencias jurídicas (que han sido puestas de relieve especialmente por la doctrina y la jurisprudencia laboral y fiscal, y, aunque con posterioridad pero cada vez con mayor profundidad, en el ámbito mercantil²), algunas de las cuales han sido contempladas por el Ordenamiento jurídico español. La difusión de los grupos ha exigido una constante adaptación de las normas para regular distintos aspectos, como la definición de grupo, las cuentas consolidadas, el derecho de información contable, la transmisión de acciones o de participaciones entre sociedades del grupo, o la adquisición de acciones o de participaciones emitidas por la sociedad dominante. Pero hay otras muchas cuestiones que no se han regulado en el Derecho español vigente, que carece de una disciplina sistemática de los grupos de sociedades: así, por ejemplo, la legitimación del interés del grupo, la protección de socios y acreedores de las sociedades del grupo y la responsabilidad de la sociedad matriz y de sus administradores en ciertos supuestos.

En este escenario, en el que el régimen jurídico de los grupos de sociedades en el Derecho español se caracteriza por ser heterogéneo y fragmentario, surge la regulación proyectada en los artículos 291-1 a 291-37 del Anteproyecto de Ley de Código

¹ C. PAZ-ARES, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en VV.AA., *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirección A. MENÉNDEZ y A. ROJO), ed. 12ª, Navarra, 2014, p. 642, sostiene que lo específico del grupo de sociedades no es la constatación de una situación de dominio o control de unas sociedades por parte de otras sino la existencia de una efectiva dirección económica unitaria. Sobre este concepto profundizan M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid, 2009, ed. 2ª, p. 203 y ss. y J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, “Los grupos por coordinación como instrumento de red”, en VV.AA., *Nuevas perspectivas del Derecho de Redes Empresariales* (dirección J. I. RUIZ PERIS), Valencia, 2012, pp. 260-264.

² Ya existe en España una abundante bibliografía sobre los grupos de sociedades, debiendo destacarse, por sus aspectos cualitativos y cuantitativos, la obra del profesor J. M. EMBID IRUJO. Entre muchas, *vid. Grupos de sociedades y accionistas minoritarios (La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo)*, Madrid, 1987, *Concentración de empresas y Derecho de cooperativas*, Murcia, 1991 e *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, 2003. Más recientemente, “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España”, en *RDM*, nº 284, 2012, pp. 25-52 y “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil”, en *RDM*, nº 290, 2013, pp. 53-68.

Mercantil de 30 de mayo de 2014 (ACM). La disciplina del ACM hay que valorarla positivamente, aunque sólo sea por el hecho de que se haya optado, por ser absolutamente necesario, por dotar de un cierto régimen jurídico a los grupos de sociedades. Se podrán compartir o no las soluciones jurídicas, pero resulta loable que, por fin, exista la posibilidad de contar con una disciplina reguladora de algunos de los problemas que plantean los grupos de sociedades³.

Por lo tanto, actualmente en España no hay un Derecho de grupos (a la espera de que el régimen proyectado sea finalmente promulgado) y no ha existido un criterio claro de política jurídica a la hora de tipificar los grupos de sociedades (y sin que el ACM consiga despejar las dudas en este sentido). Incluso se puede afirmar que son distintos los conceptos de grupo de sociedades en Derecho mercantil, Derecho fiscal y Derecho del trabajo.

En las páginas siguientes se abordan sólo algunos aspectos de la disciplina sobre los grupos de sociedades del ACM. Sólo se estudian las medidas de tutela de los socios externos; en concreto, el deber de información de la pertenencia al grupo, la acción de responsabilidad en defensa del interés social, el derecho de separación, la indemnización en caso de adquisición por la sociedad dominante de la totalidad del capital social de la sociedad dependiente y, por último, el derecho de información contable. El objeto de este trabajo no es tanto realizar un análisis crítico de la disciplina proyectada cuanto realizar un comentario sobre algunos aspectos de la misma. Es evidente que el ACM no regula toda la problemática que originan los grupos de sociedades, pero sí merece, en su conjunto, una valoración positiva, pues es consecuente con el supuesto de hecho que regula (el grupo de sociedades ya constituido sin mención alguna del proceso que se haya llevado a cabo para su creación o formación) y con el concepto de socio externo del que se parte (como el socio de la sociedad dependiente que no tenga participación, directa o indirecta, en el capital de la sociedad dominante; cfr. el artículo 291-15 ACM) que revela la preocupación del legislador por un tipo concreto de grupo de sociedades, de naturaleza jerárquica, en el que merecen especial protección los socios minoritarios de las sociedades dependientes.

³ De una forma brillante y sintética J. M. EMBID IRUJO expone los aspectos básicos que deben tenerse en cuenta cuando se afronta la difícil tarea de dotar de un régimen jurídico adecuado a los grupos de sociedades. Son los siguientes: 1) si el grupo es una estructura empresarial de riesgo o merece protección por el Ordenamiento jurídico; 2) si todos los tipos de grupos de sociedades merecen la misma regulación (en particular, pone de relieve la existencia de grupos en los que participan sociedades cooperativas y personas jurídicas no societarias como las fundaciones); 3) si el legislador debe partir de un grupo estático, ya establecido, o si, a la vez, ha de ocuparse del proceso de su formación; y 4) si la disciplina de los grupos de sociedades ha de ser o no esencialmente imperativa (EMBID IRUJO, “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil...”, *op. cit.*, p. 57).

2. MEDIOS DE TUTELA DEL SOCIO EXTERNO

2.1. Planteamiento del tema

Las medidas que tratan de garantizar la protección de las minorías en los grupos de sociedades se suelen orientar por los Ordenamientos jurídicos hacia los socios de las sociedades dependientes, dejando en un segundo plano la tutela de los socios de la matriz. La razón de ello está en que los grupos normalmente presentan una estructura vertical y en la cúspide se encuentra la sociedad matriz. En cierto modo ésta “encarna” los intereses del grupo, por cuanto se encarga de ejercer el poder de dirección al que están sometidas las demás sociedades integradas en él. Siendo esto así se ha entendido que la posición de los socios minoritarios de la matriz es más ventajosa que la que ostentan los socios minoritarios de las sociedades dependientes, en cuanto que aquéllos no están sometidos a la “doble subordinación” que sufren éstos; es decir, la minoría en la sociedad matriz sólo necesita protección frente a la mayoría que se forma en esta sociedad, cuyos intereses y los del grupo coincidirán la mayor parte de las veces, mientras que los socios minoritarios de la dependiente sufren, de una parte, el juego de la mayoría que se forma en esta sociedad y, de otra, la subordinación de aquélla respecto de la sociedad matriz.

No obstante lo que se acaba de indicar, en el estudio de la protección de las minorías en los grupos de sociedades también se ha puesto de manifiesto la necesidad de considerar igualmente la posición de los socios minoritarios de la sociedad matriz⁴; se entiende que si se imponen, como hacen algunos Ordenamientos jurídicos, especiales obligaciones a la sociedad matriz, es necesario al mismo tiempo reforzar la protección de los socios de aquélla, la cual adquiere especial relevancia en los casos en los que la formación del grupo es consecuencia de las decisiones adoptadas por el órgano de administración de la sociedad matriz que absorbe las facultades de la propia sociedad y de sus socios. En estos supuestos de debilitamiento de las facultades de la junta general los administradores de la sociedad matriz pueden adoptar decisiones que afecten a la política de capital y a la distribución de los dividendos, favoreciendo a las sociedades filiales y produciendo, en ocasiones, una “reorganización” en el objeto social de la sociedad matriz (pues tiene lugar una segregación de activos sustanciales de la explotación). Y los socios de la sociedad matriz pueden acudir, para su protección, a los instrumentos previstos en los casos de sustitución del objeto social (derecho de

⁴ Así, entre otros, M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *op.cit.*, p. 183; J. M. EMBID IRUJO y P. GIRGADO PERANDONES, “Aproximación al significado jurídico de los órganos del grupo de sociedades. Especial referencia al papel de la junta general”, en VV.AA., *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital* (coord. J. M. EMBID IRUJO), Valencia, 2005, p. 321 y M. FUENTES NAHARRO, “Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz”, en *RDM*, nº 269, 2008, pp. 1.011 y 1.016 y ss.

separación: cfr. S.T.S. de 10 de marzo de 2011)⁵ o de modificaciones estructurales de la sociedad (fusión, escisión, transformación, cesión global del activo y pasivo, y traslado internacional del domicilio social), según la interpretación que se dé a la indicada “reorganización”. En la actualidad parece predominante la doctrina que se inclina por esta última opción, es decir, la que entiende la segregación de los activos esenciales de la sociedad como un supuesto de modificación estructural de la sociedad y, por ello, que deben aplicarse las normas de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles -LME-; en particular, privando de competencia al órgano de administración y que sean los socios los que hayan de pronunciarse a favor en la junta general debidamente convocada y constituida (artículos 194 LSC y 39 a 44 LME)⁶.

Aunque el objeto de las páginas siguientes se centre exclusivamente en la protección de los socios externos contemplada en el ACM, nos parece oportuno realizar dos consideraciones para completar la sintética referencia que se ha hecho en relación a la protección de los socios minoritarios de la sociedad dominante. De una parte, que los administradores de la sociedad matriz habrán sido elegidos por la mayoría de los socios, por lo que, en principio, no deberían adoptar decisiones contrarias al interés de la sociedad matriz y de la mayoría de sus socios. De otra, que las decisiones de política societaria que supongan un acto de “reorganización” empresarial deben corresponder a la junta general de socios, ya que la denominada “filialización o reorganización” empresarial, en cuanto que supone segregar los activos más importantes de la sociedad a favor de sociedades filiales ya existentes o constituidas *ex profeso*, supone una auténtica escisión en la sociedad matriz (artículo 68.1 LME).

Los socios externos en la regulación proyectada cuentan, de una parte, con los instrumentos de protección que, con carácter general, se regulan en el ACM para los socios minoritarios (y que coinciden con los que se prevén en el Derecho de Sociedades vigente -LSC-) y, de otra, con las medidas tuitivas que, específicamente, establecen los artículos 291-6 (deberes de información de la pertenencia al grupo), 291-12 (acción social de responsabilidad por instrucciones perjudiciales), 291-16 y 17 (derecho de separación), 291-19 (indemnización en caso de adquisición por la sociedad dominante de la totalidad del capital de la sociedad dependiente) y 291-35 (derecho de información contable), todos ellos del ACM.

A continuación, se analizan, de forma separada, los referidos instrumentos de protección del socio externo en el ACM. Prescindiremos, por ello, de otros instrumentos

⁵ Sobre el particular, cfr. N. VARA DE PAZ, “El derecho de separación del socio en el caso de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Especial referencia al supuesto de adquisición de participaciones sociales y a los grupos de sociedades”, en *RdS*, nº 40, 2013, p. 98-106.

⁶ *Vid.* C. PAZ-ARES, *op.cit.*, p. 650. También J. M. EMBID IRUJO, “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España...”, *op.cit.*, pp. 49-50, quien destaca que en la regulación del fenómeno del grupo de sociedades como proceso puede ser muy útil la normativa propia de las modificaciones estructurales, como consecuencia de los significativos vínculos que con ellas guarda tal fenómeno.

de protección de las minorías, ya estén vinculados a la junta general (en la que los socios minoritarios pueden ejercer el derecho de información, el derecho de voto, el derecho de impugnación y el derecho de separación -si bien este último puede ejercerse, en los supuestos de separación por causas estatutarias, desligado de la celebración de una junta general de socios) o al órgano de administración (mediante el sistema de representación proporcional, el derecho de impugnación de los acuerdos adoptados por el órgano colegiado de administración y los supuestos de responsabilidad). Tampoco se hará referencia alguna a las ofertas públicas de adquisición de valores de carácter obligatorio para aquellas sociedades que alcancen el control sobre otras sociedades cotizadas (artículo 60 y ss. LMV y Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores).

2.2. Deber de información de la pertenencia al grupo

En materia de publicidad del grupo de sociedades el ACM se ha hecho eco de las propuestas que venía haciendo la doctrina mercantilista especializada, las cuales se pueden concretar del siguiente modo. De una parte, se sostenía la necesidad de dar publicidad del grupo de sociedades, es decir, que los administradores de la sociedad matriz y los de las sociedades dependientes informaran en sus respectivas juntas generales de la constitución del grupo, y que ésta se publicase en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (sin que a estos efectos sea suficiente la previsión del artículo 373 del Real Decreto 1.784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil -RRM-). Y, de otra, se proponía que en la hoja abierta en el Registro Mercantil correspondiente a la sociedad matriz se hiciera constar que es la sociedad cabecera de un grupo indicando las sociedades que lo formaran, y que en las hojas de los registros en los que se hallasen inscritas las sociedades filiales se hiciera constar tal condición y la identificación de la sociedad matriz. Esta última propuesta encontró refrendo, en sede de grupo cooperativo, en el artículo 78.5 LCoop., que dispone que el acuerdo de integración en un grupo de base cooperativa se anote en la hoja correspondiente a cada sociedad cooperativa en el Registro competente.

El artículo 291-6 ACM prevé el “deber de información de la pertenencia al grupo”. La rúbrica es poco precisa, puesto que el deber de información se regula no sólo para el caso de integración sino también de separación del grupo de sociedades.

El deber de información recae, por un lado, en los administradores de la sociedad dominante, que deberán informar de la pertenencia o separación a los administradores de la dependiente en el plazo de un mes (plazo que habrá de computarse a partir del momento en que se produzca cualquiera de esas dos circunstancias). Y, por otro, en los administradores de la sociedad dependiente, que deberán informar, a su vez, a los socios de ésta en la primera junta que se celebre a

partir de la verificación de la integración o salida del grupo por parte de la sociedad dependiente (artículo 291-6.1 ACM).

No contempla el precepto citado cuándo se entiende producido el supuesto de hecho, esto es, la integración de una sociedad en un grupo o la separación de él. En principio, habrá de sostenerse que la primera de las hipótesis coincide con cualquiera de los casos en los que el artículo 291-1 ACM dispone la existencia del grupo de sociedades: a) cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, con independencia de cómo se haya obtenido dicho control (norma que hay que completar con el artículo 291-3 ACM); b) cuando dos o más sociedades independientes acuerden actuar de forma coordinada bajo una dirección unitaria. A sensu contrario, cuando dejen de concurrir alguno de los presupuestos del artículo 291-1 ACM, habrá de entenderse que se ha producido la separación de la sociedad o sociedades que formaban parte del mismo. En cualquier caso, no habrá dudas sobre la existencia del grupo de sociedades cuando se haya dado publicidad del grupo en los términos establecidos en los artículos 291-6 y 291-7 ACM⁷.

Además, continúa señalando el artículo 291-6.2 ACM que los administradores de la sociedad dominante y los de la dependiente (o dependientes, si hubiera varias) deben reflejar tanto la integración como la separación del grupo en el informe de gestión. Aunque la norma utilice el singular, la remisión a unos y otros administradores revela que uno u otro hecho habrán de incluirse en el informe de gestión de la sociedad dominante y en el de la sociedad dependiente, es decir, en los informes de gestión de cada una de las sociedades que formen el grupo (puesto que el objeto del informe de gestión del grupo o consolidado ex artículo 291-31 ACM no es tanto facilitar información sobre la formación del grupo cuanto de la situación del grupo de sociedades ya constituido).

En relación al contenido de los referidos informes de gestión, de la dominante y de las dependientes, el ACM distingue dos situaciones distintas: en primer lugar, que la integración en el grupo se haya producido antes de la formulación de las cuentas anuales de las respectivas sociedades. En este caso, los informes de gestión deberán precisar los respectivos sectores de actividad y las relaciones de negocio entre las sociedades del grupo (distinguiendo, entre las relaciones existentes entre la matriz y las sociedades filiales y las relaciones de negocio entre las dependientes entre sí) así como las fórmulas establecidas para resolver los conflictos de intereses⁸ que puedan presentarse (fórmulas que no son incompatibles con las reglas de los artículos 291-9 y ss. ACM, en las que se

⁷ Con razón J. M. EMBID IRUJO, “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil...” *op.cit.*, p. 60, subraya la dificultad para determinar con exactitud el momento en el que se puede afirmar con seguridad que existe el grupo de sociedades.

⁸ Sobre el conflicto sustancial de intereses que la formación del grupo puede traer consigo, *vid.* J. M. EMBID IRUJO, “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España...”, *op.cit.*, p. 31.

prevé una suerte de legitimación del “interés del grupo”, que no se concreta en qué consiste⁹, al reconocer a los administradores de la sociedad dominante la facultad de impartir instrucciones a los administradores de la dependiente que, en beneficio de aquel interés, puedan ocasionar perjuicio, que se compense de forma adecuada, a la sociedad dependiente).

En segundo lugar, que la integración o la separación del grupo se produzca entre la formulación de las cuentas anuales en las respectivas sociedades del grupo y la celebración de las juntas generales que tengan por objeto la aprobación de tales cuentas. En este caso, en los informes de gestión ya elaborados (como documento contable distinto de las cuentas anuales propiamente dichas) hay que incorporar un anexo con un informe especial, cuyo contenido es el mismo que en el supuesto anterior, y que habrán de formular los administradores de las sociedades que integran el grupo (artículo 291-6.3 ACM). Estos informes especiales se han de entregar a los socios que asistan a la junta general de cada una de las sociedades del grupo en la que haya de aprobarse las respectivas cuentas anuales (en la junta general de la sociedad dominante habrán de aprobarse también las cuentas anuales consolidadas). Creemos que esta última obligación de entrega se entenderá satisfecha si tales informes especiales se han puesto a disposición de los socios a partir de la convocatoria de la junta general, en los mismos términos exigidos para el resto de los documentos que tienen que ser sometidos a la aprobación de los socios concurrentes a la junta general (artículo 245.1 ACM).

También en sede de publicidad del grupo de sociedades y como complemento al deber de información de la pertenencia y separación del grupo se han regulado la publicación de estas circunstancias en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (previa inscripción del sujeto inscribible, es decir, de cada sociedad del grupo, en virtud del principio de tracto sucesivo ex artículo 11 RRM) y, si las hubiera, en las páginas web de las sociedades que integran el grupo (artículo 291-17 ACM). En relación con este precepto hay que indicar que la rúbrica “deber de inscripción del grupo” parece poco precisa, puesto que el grupo de sociedades no se inscribe como tal, ya que carece de personalidad jurídica (artículo 291-1.2 ACM). Por el contrario, sí se contempla la inscripción en la hoja abierta a cada una de las sociedades del grupo en el correspondiente Registro Mercantil (artículo 291-7.1 ACM), ya que cada una de ellas

⁹ Entiende F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, I, ed. 23ª, Valencia, 2012, pp. 1.242 y 1.244, que debe ser posible la armonización del interés social del grupo y del interés social de cada una de las sociedades que lo integran, bien sea mediante un plan estratégico del grupo o bien con medidas paliativas de los perjuicios derivados de decisiones emanadas de la sociedad dominante. Sobre la dificultad de concretar qué ha de entenderse por interés del grupo de sociedades se ha pronunciado reiteradamente la doctrina especializada. *Vid.*, M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *op.cit.*, pp. 221-226, M. FUENTES NAHARRO, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Navarra, 2007, p. 184 y ss. y más recientemente, comentando el alcance del artículo 204 LSC en materia de impugnación de acuerdos sociales, F. VICENT CHULIÁ, “Grupos de sociedades y conflictos de intereses”, en *RDM*, nº 280, 2011, pp. 25-26.

conserva su independencia jurídica tras su integración en el grupo y es sujeto obligado a la inscripción ex artículo 16.1.2º Cco)¹⁰.

Por último, se regula el incumplimiento de los deberes de información y de inscripción en el Registro Mercantil de forma parcialmente distinta. En ambos casos, incumplimiento del deber de información de la integración o separación del grupo e incumplimiento del deber de inscripción, se dispone la responsabilidad solidaria entre sí y con la sociedad de los administradores incumplidores de los perjuicios causados a los socios y a los terceros (artículo 291-8.1 ACM). Se trata, en definitiva, de un supuesto específico en el que procederá la acción individual de responsabilidad (artículos 241 LSC y 215-19 ACM) contra los administradores infractores, pues el daño que se reclama no recae sobre la propia sociedad (lo que daría lugar a la interposición de la acción social de responsabilidad ex artículos 238-240 LSC y 215-16 a 215-18 ACM) sino sobre los propios socios o sobre terceros. Y, además del efecto anterior, el incumplimiento del deber de inscripción de la integración y separación del grupo dará lugar a la imposición por el Director General de los Registros y del Notariado de una multa por importe de diez mil a cien mil euros a los administradores incumplidores (artículo 291-8.2 ACM). Aunque no se diga nada, creemos que el importe de la referida multa estará en función del tipo y cuantía del perjuicio causado a los socios y a terceros.

2.3. Acción de responsabilidad contra la sociedad dominante, contra sus administradores y contra los administradores de la sociedad dependiente

El artículo 291-12 ACM legitima activamente a cualquier socio de la sociedad dependiente (incluida la sociedad matriz, aunque por lo que se expondrá a continuación no parece una hipótesis probable) a ejercer la acción de responsabilidad (hay que entender que es la acción social, pues la norma específica que se ha de ejercer en defensa del interés social y por un perjuicio causado a la propia sociedad dependiente) contra la sociedad dominante, contra sus administradores y contra los administradores de la sociedad dependiente, legitimación que extiende a cualquier acreedor en caso de insuficiencia del patrimonio de la sociedad (reproduciendo, casi literalmente, el artículo 240 LSC).

Este supuesto de responsabilidad, por “instrucciones perjudiciales”, constituye una absoluta novedad respecto al Derecho de Sociedades en vigor¹¹. Es cierto que

¹⁰ En este sentido la STS de 28 de octubre de 2013 (RJ 2013, 5364), en la que se sostiene que la norma general ha de ser la personalidad jurídica de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios ni administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley.

¹¹ Sobre la problemática que plantean las instrucciones perjudiciales en los denominados “grupos fácticos”, *vid.* M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 398 y ss.

conforme a la disciplina establecida por la LSC, el socio puede ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores de derecho y de hecho, categoría esta última en la que se pueden encuadrar a la sociedad dominante y a sus administradores¹². Pero el supuesto del artículo 236 LSC requiere acreditar la cualidad de administrador de hecho de la sociedad matriz o de sus propios administradores, concepto que la jurisprudencia ha ido configurando a falta de una noción explícita en el Ordenamiento jurídico español.

La disciplina proyectada supone un reconocimiento expreso de la posibilidad de que tanto la sociedad dominante como sus administradores puedan incurrir en responsabilidad por los perjuicios que ciertas instrucciones impartidas desde la sociedad matriz puedan causar a la sociedad dependiente. A falta de una norma como la del artículo 291-12 ACM, se han producido varios hitos importantes en materia de responsabilidad de administradores de las sociedades del grupo:

- Se ha regulado la responsabilidad de la sociedad matriz por efecto del control ejercido sobre otras sociedades del grupo en materia de competencia (artículo 61.2 LDC).
- Se han dictado pronunciamientos judiciales que han permitido algunas construcciones doctrinales sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades (entre otras, las sentencias del TS de 25 de enero de 1988 -RJ 1988, 139-, 7 de abril de 2001 -RJ 2001, 2388-, 4 de junio de 2002 -RJ 2002, 6754-, 12 de abril de 2007 -RJ 2007, 2410- y 14 de marzo de 2011 -RJ 2011, 2769-).
- Se ha admitido, con carácter general, la responsabilidad de los administradores de las sociedades dependientes que causan daños a éstas a consecuencia de la ejecución de instrucciones que reciben de la sociedad dominante (ex artículos 236 a 241 LSC). El hecho de que los actos dañosos vengan impuestos por la matriz no exonera a los administradores de las sociedades dependientes de responsabilidad.
- Se ha sostenido la posibilidad de que los socios externos puedan exigir responsabilidades a la sociedad matriz y a sus administradores ejerciendo una acción de indemnización por los daños y perjuicios causados por el

¹² Si bien, como indica F. VICENT CHULIÁ, “Grupos de sociedades...”, *op. cit.*, p. 23, esto no debe conducir a la creencia de que los Tribunales en Derecho español aplican el principio de responsabilidad objetiva de la sociedad dominante, introduciendo una “responsabilidad de grupo”. Sobre la posibilidad de ejercer la acción social de responsabilidad contra la sociedad matriz, como administrador de hecho, *vid.* P. GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, 2002, p. 175 y ss. También cfr. J. MOYA BALLESTER, “Los grupos de sociedades y la protección de los acreedores”, en *RdS*, nº 38, 2012, pp. 319-320.

ejercicio de la dirección unitaria sobre la sociedad dependiente (artículo 1.902 del Cc)¹³.

- Se ha ido asentando doctrinalmente la posibilidad de que los socios externos funden su reclamación en el deber de fidelidad del socio de control y en la doctrina de los administradores de hecho (mediante una interpretación amplia de los artículos 1.258 Cc y 236 LSC)¹⁴, entendiéndose que la propia sociedad matriz y sus administradores son administradores de hecho de las sociedades dependientes del grupo, lo cual es más notorio en los grupos centralizados¹⁵, en los que la matriz sea el socio único o muy mayoritario en las sociedades dependientes y cuando los órganos de administración sean idénticos en la sociedad matriz y otras sociedades del grupo (en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 29 de marzo de 2007 -JUR 2007, 272036-).

Para delimitar el régimen de responsabilidad del artículo 291-12 ACM es necesario ponerlo en relación con otros preceptos que regulan el “ejercicio del control y de la responsabilidad”. Así, hay que partir de una premisa fundamental: los administradores de la sociedad dominante tienen la facultad de impartir instrucciones perjudiciales para la sociedad dependiente, si tales instrucciones interesan al grupo de sociedades (artículo 291-9 ACM). Es decir, se reconoce explícitamente la existencia de un interés, el del grupo, superior a los intereses particulares de cada una de las sociedades que integran el grupo. Surge así un nuevo concepto “interés del grupo” que recuerda, en gran medida, por su difícil concreción, a la noción de “interés social”, cuya equiparación con el interés del grupo mayoritario o de control de la sociedad se ha discutido mucho.

¹³ Vid. L. F. CASTRESANA SÁNCHEZ, “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas”, en VV.AA., *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* (dirección F. SÁNCHEZ CALERO), Madrid, 1994, p. 679; J. L. DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1995, p. 386; P. PÁRAMO MONTERO, *Responsabilidad empresarial*, Valencia, 1995, p. 197; y J. RIBALTA AGUILERA y M.T. GISPERT PASTOR, “La responsabilidad de los administradores y altos cargos en los grupos de sociedades”, en AA.VV., *Responsabilidades y obligaciones de directivos y administradores*, Barcelona, 1996, p. 138-139.

¹⁴ Así, C. PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 652-653.

¹⁵ Para una completa clasificación de los tipos de grupos de sociedades, cfr. J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, “El gobierno corporativo de los grupos: problemas actuales y propuestas alternativas”, en AA.VV., *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España* (dirección C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ESTEBAN VELASCO), Tomo II, Navarra, 2011, pp. 386-390, M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 97-106 y J. M. EMBID IRUJO, “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España...”, *op. cit.*, pp. 37-41. Por otra parte, señala F. VICENT CHULIÁ que los casos judiciales permiten distinguir entre grupos de sociedades “auténticos”, organizados de forma centralizada o descentralizada, y grupo de sociedades “patológicos”, en los que se produce un abuso de la personalidad jurídica de las sociedades dominadas, generalmente mediante confusión de patrimonios, que justifica el levantamiento del velo y la declaración de responsabilidad de la sociedad dominante y de sus administradores (*Introducción...*, *op. cit.*, p. 1.240).

Consiguientemente, es lícito que los administradores de la sociedad dominante impartan instrucciones perjudiciales a los administradores de las sociedades dependientes, si aquéllas se dictan en interés del grupo¹⁶. Además, para que ciertas instrucciones se puedan calificar como “perjudiciales”, se requiere tener en cuenta el conjunto de las ventajas y desventajas que la pertenencia al grupo tenga para la sociedad dependiente cuyos administradores han ejecutado dichas instrucciones¹⁷. En otros términos, la norma exige una valoración de conjunto y no particularizada del perjuicio derivado de una o varias instrucciones concretas (artículo 291-10 ACM).

Teniendo en cuenta las premisas expuestas, si una vez valorados el conjunto de las ventajas y desventajas que le reporta su pertenencia al grupo, puede afirmarse que la sociedad dependiente ha sufrido un perjuicio a consecuencia de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad matriz, aquélla habrá de ser compensada por la propia sociedad dominante en el plazo de máximo de un año, para cuyo cómputo se distinguen dos situaciones: a) si el perjuicio fuera objetivamente previsible, se contará desde la fecha en la que se impartió la instrucción perjudicial (artículo 291-11.1 ACM); b) si el perjuicio no fuera objetivamente previsible, aunque la norma no diga nada al respecto, habrá de entenderse que el plazo empezará a contar desde que se haya verificado la existencia del perjuicio, una vez realizada la valoración del conjunto de las ventajas y desventajas de la pertenencia de la sociedad dependiente al grupo.

Tanto la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad dependiente por la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante cuanto las condiciones de la compensación habrán de reflejarse en el informe de gestión de la sociedad dependiente (artículo 291-11.2 ACM).

Es necesario subrayar que la compensación ha de satisfacerla la sociedad dominante siempre que concurren tres requisitos: 1) que el perjuicio derive de las instrucciones impartidas por los administradores de la matriz a los de la sociedad dependiente; 2) que las instrucciones perjudiciales se hayan dictado en interés del grupo y que no sean contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dependiente ni pongan en riesgo la solvencia de ésta (artículo 291-9.2 ACM)¹⁸; 3) que el perjuicio causado a la

¹⁶ Para un tratamiento del tema en el ámbito de las sociedades cooperativas, que tienen un régimen particularizado al respecto, *vid.* M. ÁNGEL SANTOS, “Las situaciones de control en la sociedad cooperativa”, en *RDM*, nº 293, 2014, pp. 256-259.

¹⁷ Lo que, como viene poniendo de relieve la doctrina mercantilista española, permite afirmar que la disciplina proyectada ha tenido muy en cuenta el Derecho italiano (así, *cfr.* el artículo 2.497, párrafo primero, del Código Civil italiano).

¹⁸ Entiende J. M. EMBID IRUJO que se echa en falta una toma de postura que permita delimitar el ámbito material de la facultad de impartir instrucciones, lo que no se consigue con los límites que establece el artículo 291-9.2 PCM. Este ámbito material, en su opinión, podría identificarse mediante la fórmula “giro o tráfico del grupo”. Además no debería obviarse el deber de diligencia de los

sociedad dependiente por las instrucciones no se haya compensado con el conjunto de las ventajas y desventajas que le reporta la pertenencia al grupo de sociedades (que, a su vez, se regula también como uno de los supuestos que dan lugar al ejercicio por el socio externo del derecho de separación ex artículo 291-17 ACM).

Sobre la base de los requisitos anteriores, se regula un supuesto de responsabilidad, denominada “responsabilidad por instrucciones perjudiciales”, al que resultan de aplicación los requisitos generales establecidos en el artículo 236 y ss. LSC (artículos 215-14 a 215-21 del ACM¹⁹). Así, se contempla la responsabilidad solidaria de la propia sociedad dominante, de sus administradores y de los administradores de la sociedad dependiente. Son presupuestos de esta responsabilidad: una acción consistente en la impartición, por los administradores de la sociedad dominante, de instrucciones a los administradores de la sociedad dependiente; un daño o perjuicio causado a la sociedad dependiente que no se haya compensado con el conjunto de ventajas y desventajas derivadas de su pertenencia al grupo de sociedades; y una relación de causalidad entre la acción y el daño causado (artículo 291-12.1 ACM).

La regulación de los presupuestos o requisitos, para que nazca la responsabilidad solidaria de los sujetos indicados anteriormente, se completa con los instrumentos a través de los cuales los administradores de la sociedad dependiente pueden eludir su responsabilidad (exigencia que debe entenderse complementaria de la general que disponen los artículos 237 LSC y 215-15 ACM, esto es, la prueba de que, no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo o acto lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron a él expresamente). En este caso concreto, se exige, además, que los administradores de la dependiente prueben que han cumplido con el deber de información y que existen elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible y que la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad dependiente (artículo 291-12.2 ACM).

No precisa la norma a qué deber de información se está haciendo referencia. Si al deber de información ex artículo 291-6 ACM de pertenencia al grupo o al deber de información, a través del informe de gestión, ex artículo 291-11.2 ACM o a ambos. Creemos que la trascendencia del tema exige la máxima transparencia y cumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador. Por ello, hay que pensar que los administradores de la sociedad dependiente, para eludir la responsabilidad solidaria ex

administradores de la sociedad dominante, que podría denominarse “diligencia de grupo” (cfr. “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil...”, *op. cit.*, p. 63).

¹⁹ Un comentario sobre estos artículos, referido a la entonces Propuesta de Código Mercantil, lo encontramos en I. GONZÁLEZ CABRERA, “Primeras reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores sociales en la Propuesta de Código Mercantil”, en *RdS*, n° 41, 2013, pp. 356-363.

artículo 291-12.2 ACM, deben probar que: a) han informado a los socios de la dependiente de la integración o separación del grupo (no puede descartarse que sea precisamente la separación la que motive el ejercicio de la acción de responsabilidad) en la primera junta que se celebre (artículo 291-6.1 ACM); b) que han incluido en el informe de gestión de la sociedad dependiente tanto el hecho de la integración como, en su caso, de la separación en el grupo de sociedades (artículo 291.6.2 ACM); y c) que han incluido en el informe de gestión de la sociedad dependiente la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a dicha sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante así como las condiciones de la compensación de dicho perjuicio (artículo 291-11.2 ACM).

Además, los administradores de la sociedad dependiente tienen que probar que existen elementos objetivos para considerar que la compensación era adecuada y posible. Se exige, por ello, una adecuación entre la compensación y el perjuicio causado a la sociedad dependiente (teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que la valoración habrá de realizarse sobre el conjunto de las ventajas y desventajas que produzca la pertenencia de la aquélla al grupo ex artículo 291-10 ACM) así como que la compensación sea posible, es decir, que la sociedad matriz, sujeto pasivo de la misma, tenga los recursos económicos suficientes para pagar la compensación en el plazo máximo de un año en los términos que se han expuesto anteriormente al hilo del comentario del artículo 291-11.1 ACM.

Y, por último, los referidos administradores han de probar que la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante no ha puesto en riesgo la solvencia de la sociedad dependiente²⁰. Ello no significa, naturalmente, que no se haya producido perjuicio económico alguno, pues en tal caso no habría responsabilidad por faltar uno de sus elementos necesarios. Tal exigencia ha de ponerse en relación con la legitimidad del interés del grupo, en el sentido de que el límite es el siguiente: la búsqueda del interés del grupo no justifica, en ningún caso, el que se pueda poner en riesgo la solvencia de las sociedades dependientes. Y ello, aunque la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante, que pusieron en riesgo dicha solvencia, se compense de forma adecuada. Consiguientemente, el límite del riesgo de insolvencia es infranqueable. Obsérvese, por lo demás, que la prueba debe alcanzar, simultáneamente, a los tres hechos reseñados (cumplimiento del deber de información, consideración objetiva de la

²⁰ Opina J. M. EMBID IRUJO, “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil...”, *op. cit.*, pp. 64-65, que no parece coherente exonerar a los administradores de la sociedad dependiente en tal supuesto y no hacerlo cuando la instrucción respetó otro u otros límites del ejercicio del poder de decisión, como el interés del grupo. Tampoco comparte que la exclusión no se extienda también, en la misma hipótesis, a los administradores de la sociedad dominante que son, en definitiva, quienes han impartido la concreta instrucción que no ponía en riesgo la solvencia de la dependiente.

compensación adecuada y posible y la inexistencia de riesgo para la solvencia de la sociedad dependiente).

No quedaría completo el régimen proyectado de responsabilidad en los grupos de sociedades sin una referencia, aunque sea brevísima, a la rubricada como “responsabilidad por apariencia”. La razón de su ubicación en este apartado obedece a que representa una medida tuitiva del socio externo que, además, sea acreedor de la sociedad dependiente²¹. Así, el artículo 291-13 ACM dispone que la sociedad dominante responda subsidiariamente de las deudas de la dependiente, si las circunstancias concurrentes son suficientes por sí mismas para generar en el acreedor la apariencia de que la entidad dominante responde por las deudas de la dependiente. El supuesto de hecho es, por consiguiente, la “apariencia de responsabilidad”, lo que excluye la existencia de cualquier garantía específica constituida en los términos del artículo 291-14 ACM.

Téngase en cuenta que el artículo 291-13 ACM regula la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante por las deudas de la dependiente, lo cual constituye una modulación, si las circunstancias concurrentes son suficientes para acreditar que esa ha sido la voluntad de las sociedades del grupo, de uno de los elementos definidores del grupo, es decir, de la independencia jurídica de cada una de las sociedades que lo integran. Cada sociedad tiene su personalidad jurídica y su propio patrimonio, que constituye un centro individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades carece de patrimonio propio, de forma que, como regla general, cada sociedad responde de sus propias obligaciones. En definitiva, no existe un principio de comunicabilidad de responsabilidades de los distintos patrimonios de las diversas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo²².

2.4. Derecho de separación

El derecho de separación del socio ha sido objeto, en los últimos años, de importantes reformas legales que, además, han merecido una particular atención por parte de nuestros tribunales de justicia. En el Derecho español vigente, el derecho de separación puede ejercerse por causas legales (artículo 346 LSC) y por causas estatutarias (artículo

²¹ J. MOYA BALLESTER se pregunta acerca de la adecuación de la acción individual de responsabilidad del artículo 241 LSC como instrumento de protección de los acreedores de las sociedades filiales (*op. cit.*, pp. 320-322).

²² Esta es, básicamente, la doctrina de la STS de 17 de julio de 2014 (RJ 2014, 4081), que añade que el “levantamiento del velo” puede ser esgrimido por el tercero frente a quienes pretenden aprovechar una personalidad jurídica formalmente diferenciada para obtener consecuencias antijurídicas, normalmente fraudulentas, de esa separación formal, cuando esa diferenciación de personalidades no responda a una justificación lícita. Sobre el particular, aunque especialmente centrado en su aplicación en el orden jurisdiccional social, *vid.* J. HURTADO COBLES, *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*, Barcelona, 2005.

347 LSC)²³. Tradicionalmente se ha entendido que el derecho de separación exige la concurrencia de una de las causas concretas reguladas por la Ley o contemplada en los estatutos sociales, es decir, que tal derecho es una consecuencia de un cambio que se ha producido en la sociedad. Sin embargo, recientemente va predominando la idea de que es posible un derecho de separación “*ad nutum*” o sin causa, tesis que había sido defendida por una doctrina muy minoritaria y que, tras algunas reformas legales que contemplan un derecho de separación más amplio (artículo 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales y artículo 348 *bis* LSC), ha sido refrendada por los tribunales de justicia (*vid.* la STS de 14 de marzo de 2013 -RJ 2013, 2421-)²⁴.

No obstante, en todas aquellas sociedades que no contemplen un derecho de separación sin causa, el ejercicio de tal derecho será consecuencia de algún cambio que se ha producido en la sociedad. Ese “algo nuevo” afecta a la posición del socio que viene facultado a ejercer el derecho a separarse de la sociedad. Que se produzca una circunstancia nueva en la sociedad para que el socio se pueda separar también se verifica cuando se constituye un grupo de sociedades, pues parece claro que, tras la formación del grupo, tienen lugar cambios importantes en las sociedades que lo integran. Así, algunas de ellas, antes independientes económicamente, pasan a depender de la sociedad matriz. En términos generales se puede afirmar que, como consecuencia del ejercicio de la dirección unitaria, los intereses de las sociedades dependientes quedan subordinados a los intereses del grupo; los administradores de aquéllas quedan sujetos a las directrices impartidas por los administradores de la sociedad matriz, produciéndose una pérdida de autonomía económica por parte de las sociedades dependientes. Por consiguiente, hay razones que justifican la afirmación de que la constitución de un grupo de sociedades lleva consigo “algo nuevo”, especialmente para la sociedad o las sociedades dependientes de la matriz.

²³ Mención aparte merece el derecho de separación “en caso de falta de distribución de dividendos” del artículo 348 bis, cuya entrada en vigor está pospuesta, de momento, hasta el 31 de diciembre de 2016 (conforme establece la disposición transitoria de la LSC, modificada por la disposición final primera del Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal). Anteriormente el citado artículo había sido suspendido hasta el 31 de diciembre de 2014 (disposición transitoria de la LSC introducida por el apartado cuatro del artículo primero de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital). En relación a esta particular causa de separación del socio, *vid.* J. BRENES CORTÉS, “El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades”, en *RdS*, nº 37, 2011, pp. 31-33; I. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, “La separación y exclusión de socios en las sociedades de capital”, en *RdS*, nº 41, 2013, pp. 295-300; A. GARCÍA SANZ, “Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos”, en *RdS*, nº 38, 2012, pp. 55-72; P. RODAS PAREDES, *La separación del socio en la Ley de sociedades de capital*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, p. 66 y ss.; y F. VILARRUBIAS GUILLAMET y A. FAURIA PLANAS, “Alcance de la suspensión del derecho de separación del socio por falta de reparto de dividendos”, en *RdS*, nº 41, 2013, pp. 429-443.

²⁴ Sobre este tema, J. BRENES CORTÉS, *ob. cit.*, pp. 36-39; N. IRÁCULIS ARREGUI, “La separación del socio sin necesidad de justificación: por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio”, en *RdS*, nº 38, pp. 237-240; y P. RODAS PAREDES, *op. cit.*, pp. 89-93.

Si la constitución de un grupo de sociedades lleva consigo cambios importantes que afectan a los socios de las sociedades dependientes, no debería haber inconvenientes para que los estatutos de una sociedad de capital dependiente previeran, de acuerdo con lo establecido por el artículo 347 LSC, la integración de la sociedad en un grupo como causa para ejercer el derecho de separación. Este precepto exige que los estatutos determinen el modo en que se debe acreditar la existencia de la causa de separación²⁵, la forma de ejercer el derecho de separación y el plazo para su ejercicio. Si los estatutos nada dicen sobre la forma y el plazo para ejercer el derecho de separación, se aplicará lo dispuesto en los artículos 348, 353 y 356 LSC.

El ACM prevé dos supuestos distintos en los que el socio externo puede ejercer el derecho de separación (naturalmente, estos casos han de añadirse a todos los demás contemplados en la normativa reguladora de las sociedades mercantiles): por integración de la sociedad dependiente en un grupo de sociedades (artículo 291-16 ACM) y por perjuicio a la sociedad dependiente sin compensación adecuada (artículo 291-17 ACM). Como premisa general aplicable a ambos supuestos se exige que el capital de la sociedad dependiente no esté dividido en acciones admitidas a negociación en un mercado secundario oficial.

2.4.1. Derecho de separación del socio externo por integración de la sociedad en un grupo

Se reconoce el derecho a separarse de la sociedad dependiente al socio externo por el hecho de que la sociedad se integre en un grupo de sociedades²⁶. Es decir, el presupuesto es la integración en el grupo, la cual se produce, como ya se ha puesto de

²⁵ En cuanto a la acreditación de la existencia del grupo de sociedades se plantean algunas dificultades en el Derecho societario vigente, dada la escasa regulación de los grupos de sociedades. Así, el socio que quiere separarse de la sociedad debe probar que ésta se ha integrado en un grupo de sociedades. La LSC no ha establecido expresamente la obligación de dar publicidad de ese hecho, pero los socios disponen de varios instrumentos para informarse de la constitución de un grupo. En primer lugar, a través del informe de gestión de los administradores que incluye la incorporación al grupo entre los puntos que afectan a la situación de la sociedad; no parece apresurado afirmar que la incorporación de una sociedad a un grupo es una circunstancia que influye de forma significativa en la situación de la sociedad, por lo que entendemos que los administradores deberían incluirla en el informe de gestión, e incluso deberían ponerla en conocimiento de los socios en la primera junta general que se celebrara tras dicha integración, si ésta se ha producido una vez cerrado el ejercicio (artículo 262 LSC). En segundo lugar, a través de las cuentas anuales en las que deben figurar los créditos y las deudas con sociedades del grupo y las participaciones en las sociedades del grupo (artículo 260 LSC, artículo 42 y ss. del C. de c. y artículos 372-374 RRM, que presuponen la identificación registral de las sociedades que integran el grupo), así como una partida específica en el balance consolidado para reflejar “*la participación correspondiente a los socios externos o intereses minoritarios del grupo*” (artículo 45.4 del C. de c.); consiguientemente el socio puede acreditar que se ha producido la causa de separación presentando copia de las cuentas anuales o del informe de gestión (artículo 272 LSC).

²⁶ Que, en opinión de J. M. EMBID IRUJO, debería ir acompañado de alguna forma de tutela patrimonial del socio externo que quisiera permanecer en la sociedad, una vez constituido el grupo (“Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil...”, *op. cit.*, p. 66).

manifiesto, en los casos del artículo 291-1 ACM (noción de grupo), que han de completarse con las presunciones del artículo 291-3 ACM (presunciones legales de control de una sociedad por otra). Basta con que el socio externo tenga conocimiento de la integración de la sociedad dependiente en un grupo, sin que se requiera, además, que se haya verificado la publicidad del grupo (por cumplimiento de los deberes de información de la pertenencia al grupo o de inscripción de las sociedades que integran ex artículos 291-6 y 291-7 ACM).

Este derecho de separación del socio externo se configura como un derecho mínimo de tal socio, pues no se requiere titular un determinado porcentaje del capital social para su ejercicio (artículo 291-16.1 ACM).

El plazo para ejercer el derecho de separación es de tres meses, plazo que se computa desde que se haya constatado la primera de estas dos circunstancias: la publicación de la integración de la sociedad en la Boletín Oficial del Registro Mercantil o que el socio hubiere tenido conocimiento, por cualquier otro medio, de la integración de la sociedad dependiente en un grupo (artículo 291-16.2 ACM).

El socio externo que se separe tendrá derecho a obtener el valor razonable, a la fecha en que se hubiere producido la integración, de las acciones o participaciones de que fuere titular en la sociedad dependiente. De este importe habrán de deducirse las cantidades que, en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones, hubiere percibido con posterioridad a la integración de la sociedad dependiente en el grupo (artículo 291-17.3 ACM). Aunque la normativa proyectada no realice ninguna remisión expresa, habrán de entenderse aplicables las demás normas que regulan la separación del socio en cuanto sean compatibles (contenidas en el Título IX LSC y en el Capítulo I del Título VII ACM).

2.4.2. Derecho de separación del socio externo por perjuicio a la sociedad dependiente sin compensación adecuada

El segundo de los supuestos de ejercicio del derecho de separación del socio externo hay que ponerlo en relación con las normas relativas al ejercicio del control y de la responsabilidad (artículos 291-9 a 291-13 ACM), por cuanto las mismas regulan como presupuesto de la responsabilidad en los grupos de sociedades la existencia de instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante que hayan causado un perjuicio no compensado adecuadamente en el patrimonio de la sociedad dependiente.

El artículo 291-17 ACM prevé el derecho de separación del socio externo cuando la sociedad dominante hubiere causado un perjuicio a la sociedad dependiente, si ésta no hubiere recibido una compensación adecuada. Son extrapolables aquí las

mismas consideraciones que se han hecho con anterioridad, en relación con los presupuestos de la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante, de sus administradores y de los administradores de la sociedad dependiente²⁷.

En este caso el plazo es de un año a contar desde que el socio externo hubiera conocido o hubiese debido conocer la existencia del perjuicio, no compensado adecuadamente, sufrido por la sociedad dependiente (artículo 291-17.2 ACM). Con independencia de que el socio externo tenga conocimiento de tal perjuicio por cualquier otro medio, el *dies a quo* para computar el plazo no podrá pretenderse que sea posterior al momento en que se hayan aprobado las cuentas anuales de la sociedad dependiente, pues uno de los documentos que serán sometidos a la aprobación de los socios en esa junta general será el informe de gestión en el que se indique la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad dependiente por la ejecución de las instrucciones impartidas por los administradores de la sociedad dominante y las condiciones de la compensación, si la hubiere (artículo 291-11 ACM).

Se aplican las mismas reglas que en el supuesto anterior en relación al importe que tiene derecho a percibir el socio externo que se separa, aunque con dos diferencias provocadas por las características del supuesto de hecho: de una parte, que la valoración de las acciones o participaciones se realizará a la fecha en que se hubiere causado el perjuicio sin compensación adecuada; y, de otra, que deben deducirse también (además de las cantidades percibidas por el socio externo en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones) las cantidades que, en concepto de compensación parcial, “hubiere podido” percibir la sociedad. Esta última expresión no es afortunada, pues parece decir (aunque creamos que no es así) que se deben descontar aunque no las hubiere percibido efectivamente. Hubiera sido mejor la expresión “hubiere percibido” la sociedad. Por otra parte, no entendemos por qué han de deducirse las cantidades que la sociedad dominante hubiere pagado a la dependiente como compensación parcial, ya que son cantidades que percibe la propia sociedad filial y no el socio externo. Y se presupone que han compensado un perjuicio patrimonial que ha sufrido la sociedad dependiente, así que parece razonable que sean tenidas en cuenta para fijar el valor de la participación del socio que se separa (el perjuicio sigue existiendo, porque la compensación es parcial y, precisamente, esta circunstancia justifica el ejercicio del derecho de separación).

2.5. Indemnización en caso de adquisición por la sociedad dominante de la totalidad del capital de la sociedad dependiente

El artículo 291-19 ACM prevé que la sociedad dominante pueda adquirir la totalidad de las acciones o participaciones de la sociedad dependiente. Tal adquisición se caracteriza por varios aspectos:

²⁷ *Vid., supra*, apartado 3.

1º) La adquisición puede ser directa o indirecta. En este supuesto, la adquisición indirecta se ciñe a la que realice la sociedad dominante a través de las sociedades dependientes (sin que haya de excluirse necesariamente aquella cuyo capital es adquirido en su totalidad, siempre que se respeten las normas reguladoras de la autocartera) y sin que se haya hecho referencia a la posibilidad de adquisición a través de una persona interpuesta.

2º) La adquisición no requiere el consentimiento individual de los socios externos.

3º) La adquisición sí requiere que concurran dos condiciones: a) que la sociedad dominante tenga, directa o indirectamente, el noventa por ciento del capital de la sociedad dependiente; b) que la sociedad dominante tenga, al menos, los tres cuartos de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital de la sociedad dependiente (artículo 291-19.1 ACM).

El socio externo que se ve obligado a salir de la sociedad dependiente tendrá derecho a percibir, al contado o previa consignación, una cantidad en dinero igual a la que recibiría si ejerciera su derecho de separación, más una indemnización, en dinero o en acciones o participaciones de la sociedad dominante, equivalente al diez por ciento de la cantidad principal (artículo 291-19.2 ACM).

Esta medida tuitiva se puede contemplar como una modalidad de separación forzosa o “exclusión”; no, en cambio, como un derecho del socio externo, puesto que éste puede tener la intención de abandonar la sociedad dependiente pero la dominante no está obligada a comprarle su participación en el capital y a indemnizarlo en los términos expuestos anteriormente. En otros términos, la adquisición de la totalidad de las acciones o participaciones de la sociedad dependiente se regula como una facultad de la sociedad dominante y no como un derecho del socio externo. Se trata, por consiguiente, de un instrumento de protección relativo, pues depende de la voluntad de la sociedad matriz del grupo.

2.6. Derecho de información contable

El derecho de información se ha erigido, posiblemente, en el instrumento de protección más eficaz para los socios minoritarios de las sociedades de capital. La trascendencia del mismo se deduce de las numerosas resoluciones judiciales relativas a los requisitos y límites de su ejercicio, que han generado una abundantísima casuística cuyos rasgos definidores no resulta fácil de resumir de una forma precisa.

Aunque no sea propiamente este el lugar designado para hacer referencia a la contabilidad mercantil nos parece conveniente hacer una somera alusión a las cuentas anuales consolidadas del grupo de sociedades, pues el derecho de información del artículo 291-35 ACM (artículo 42.5 Cco en el Derecho vigente) está vinculado inseparablemente a la consolidación contable. Interesa precisar que en esta materia la disciplina proyectada reproduce, casi literalmente, la regulación existente en el Derecho Societario vigente, de ahí que hayamos optado por exponerlas paralelamente.

El régimen jurídico de las cuentas consolidadas está constituido por los artículos 42 a 49 Cco (en la redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea), desarrollados por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre (cfr., también, los artículos 291-20 a 291-37 ACM).

La necesidad de establecer un método de consolidación contable obedece a que la situación financiera real del grupo no resulta de la suma de las cuentas anuales de cada una de las sociedades que forman el grupo. Las cuentas consolidadas o cuentas del grupo de sociedades representan una técnica contable que tiene por finalidad reflejar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados económicos del conjunto de las sociedades que integran el grupo. Para ello se utilizan unos métodos contables muy complejos, que pretenden eliminar las distorsiones provocadas por las operaciones que se realizan entre las sociedades del grupo a los efectos de evitar una doble anotación contable, que repercuta negativamente en la transparencia de la información financiera del grupo. Tales métodos son el de “integración global”, que se aplica imperativamente si existe control (artículos 46 Cco y 291-27 ACM); el de “integración proporcional”, para el supuesto en que exista influencia significativa (artículos 47 Cco y 291-28 ACM); y el de “participación o puesta en equivalencia”, que se reserva para los demás supuestos (artículos 47.4 Cco y 291-29 ACM).

La obligación de presentar las cuentas anuales consolidadas (artículos 291-20 y 291-21 ACM) recae sobre la sociedad matriz, en los supuestos regulados por el artículo 42 Cco (existencia de una relación de control entre la sociedad dominante y las dependientes; cfr. artículo 291-1 ACM). La sociedad matriz deberá, por consiguiente, presentar las cuentas del grupo y sus propias cuentas anuales; y cada sociedad del grupo deberá presentar sus propias cuentas anuales (*vid.*, también, los artículos 372-374 RRM, que regulan la presentación y depósito de las cuentas consolidadas y presuponen la identificación registral de las sociedades que integran el grupo).

Los artículos 42.5 Cco y 291-35.2 ACM han establecido una regulación específica para el derecho de información contable en el ámbito de los grupos de sociedades. Dicho precepto no legitima a los socios de las sociedades del grupo (tampoco a los socios externos) para solicitar cualquier tipo de información a los administradores de la sociedad matriz. Sólo pueden obtener las cuentas anuales consolidadas, el informe de gestión consolidado y el informe de los auditores de cuentas. Por consiguiente se trata de un derecho de información restringido a la contabilidad del grupo (así, la STS de 21 de mayo de 2012 -RJ 2012, 6536-).

Los socios externos pueden ejercer el derecho de información contable contemplado en los preceptos indicados anteriormente desde el momento en el que

tengan conocimiento de la convocatoria de la junta general de la sociedad obligada a consolidar (la sociedad dominante), cualquiera que sea el medio establecido para dar publicidad de dicha convocatoria. En la actualidad el ejercicio de tal derecho resulta más sencillo en las sociedades que utilizan la comunicación personal a cada socio de la convocatoria o su propia página web como medio para publicar la convocatoria de sus juntas generales (página web que sólo es obligatoria en las sociedades cotizadas según disponen los artículos 11 bis LSC y 212-15 ACM). En estos casos el socio minoritario de las sociedades dependientes tiene un instrumento de fácil consulta para conocer la existencia de la convocatoria de la junta general de la sociedad del grupo obligada a la consolidación contable. Pero en aquéllas sociedades en las que la convocatoria de la junta general se realice mediante publicación en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social (artículos 173 LSC y 231-59 ACM) el conocimiento de dicha convocatoria es más complicado para los socios que están completamente desvinculados del devenir de la sociedad matriz.

Téngase en cuenta, además, que si la integración de la sociedad dependiente en el grupo se ha producido entre la formulación de las cuentas anuales en las respectivas sociedades del grupo y la celebración de las juntas generales que tengan por objeto su aprobación, es necesario incorporar a los informes de gestión ya elaborados un informe especial que habrán de formular los administradores de las sociedades que forman parte del grupo. Y que tales informes especiales se han de entregar a los socios que asistan a la junta general de cada una de las sociedades del grupo (artículo 291-6.3 ACM), por lo que puede que no estén disponibles con anterioridad y, por consiguiente, que el socio externo no tenga conocimiento de los mismos pese al ejercicio de su derecho de información contable.

Si la sociedad matriz no facilita a los socios externos la información contable del grupo, éstos podrían impugnar los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad matriz relativos a las cuentas consolidadas (artículos 204.1 LSC y 214-13.1 ACM). También podrían, si se dan los presupuestos necesarios para ello, ejercer una acción individual de responsabilidad contra los administradores de la sociedad matriz (artículos 241 LSC y 215-19 ACM).

Por último, no cabe extender a las cuentas consolidadas la regla de los artículos 272.3 LSC y 245-1.3 ACM, según la cual los socios externos de una sociedad dependiente de responsabilidad limitada, que representen al menos el 5 por 100 del capital social, pueden examinar los documentos que sirven de antecedente y de soporte a las cuentas anuales de su sociedad (si bien en la regulación proyectada se ha suprimido la necesidad de representar un determinado porcentaje de capital). Es decir, tales socios no están legitimados, puesto que los artículos 42.5 Cco y 291-35 ACM no establecen nada al respecto, para extender dicha facultad a los documentos que sirven de antecedente y de soporte a las cuentas anuales consolidadas (distintas, como es sabido, de las cuentas anuales de cada una de las sociedades del grupo individualmente consideradas).

3. CONCLUSIONES

La disciplina sobre los grupos de sociedades del ACM debe ser valorada positivamente. Sería muy conveniente que la misma llegara a promulgarse como Derecho positivo y que se continuara avanzando en un derecho de grupos más completo.

Los medios de tutela del socio externo suponen una innovación importante respecto al Derecho actualmente vigente. No resuelven toda la problemática presente en los grupos de sociedades pero sí contemplan algunas de las cuestiones más relevantes, destacando especialmente entre todas ellas el reconocimiento por primera vez en el Derecho español del concepto, aunque no se haya precisado, de “interés del grupo”, al que han de subordinarse los respectivos intereses particulares de las sociedades que integran el grupo.