

LA DISCIPLINA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL GRUPO DE SOCIEDADES (BURSÁTILES Y COOPERATIVAS)

*Isabel Candelario Macías**
*Luisa Rodríguez Grillo***

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la responsabilidad de los administradores en el derecho de grupos de empresas, en particular, en las sociedades cotizadas y en las sociedades cooperativas. El objetivo de este análisis es determinar una definición, características y normativa aplicable al grupo empresarial y en concreto en lo relacionado con la responsabilidad de los administradores en el funcionamiento del grupo de sociedades.

De este modo se particulariza el análisis, primero, respecto a las sociedades cotizadas y, segundo, en lo que hace a las sociedades cooperativas. Del análisis de estas normas se infiere una insuficiencia en torno a la responsabilidad de los administradores, ya que hemos de acudir a la legislación general de la sociedad anónima al no existir particularidades dentro de cada uno de los subtipos societarios. Esta insuficiencia pretende ser superada en este trabajo por mediación de una serie de soluciones de carácter genérico que delimitaría la responsabilidad de los administradores en el grupo de sociedades.

Fecha de recepción: 21 de octubre de 2003

* Licenciada en derecho por la Universidad de Salamanca. Doctora en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora de derecho mercantil en la misma universidad. Autora de varios libros y artículos sobre derecho mercantil.

** Doctora en ciencias jurídicas por la Universidad de La Habana. Curso de especialización en derecho económico en la Universidad Carlos III de Madrid. Doctora en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora de derecho mercantil en la misma universidad. Autora de varios libros y artículos sobre derecho mercantil.

Palabras clave: responsabilidad de los administradores, derecho de las sociedades cotizadas en bolsa y las cooperativas, derecho de los grupos de empresas.

ABSTRACT

This headwork presents an analysis about the responsibility of the administrators in the company groups, particularly in the public company and in the cooperative society. The object of analysis is: a) definition, characteristic, fixing by-law and b) the general legal rules applicables to the responsibility of the administrators in the context of our stock company law.

This rules are applicable to the public company and also to the cooperative society. The study of this rules demonstrate that they are insufficient in order to the company group and, more weight, the ignorancet of the particularities of each type of companies. This matter isn't contained in our company law. Bay that, in this head work are included somes solutions about the rules of the administrators responsibility that must be introduced in the Spanish companies law.

Key words: responsibility of the administrators, law of public company and cooperative society, law of company groups.

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES INICIALES
 - 1.1. Definición de grupo de empresas
 - 1.2. Características del grupo de empresas
 - 1.2.1. El control
 - 1.2.2. Dirección unitaria
 - 1.3. El interés del grupo de empresas
 - 1.4. Formas de constitución del grupo
 - 1.4.1. Forma contractual
 - 1.4.2. Forma participacional
 - 1.4.3. Forma personal
 - 1.5. Clasificaciones de grupos de empresas
 - 1.6. Las dificultades de la reglamentación del fenómeno grupo

2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN NUESTRO DERECHO SOCIETARIO
3. LA RESPONSABILIDAD DEL GRUPO QUE COTIZA EN BOLSA
 - 3.1. La sociedad bursátil
 - 3.2. La responsabilidad del grupo cotizado en Bolsa
4. FORMAS DE INTEGRACIÓN COOPERATIVA
 - 4.1. Introducción
 - 4.2. La intercooperación o integración económica cooperativa: características
 - 4.3. Marco legal actual de las principales formas de cooperación en el ámbito cooperativo
 - 4.3.1. Cooperativas de segundo grado. Caracterización general
 - 4.3.2. Beneficios que comporta este tipo de integración
 - 4.3.3. Forma de constitución y funcionamiento
 - 4.3.4. Régimen jurídico de las cooperativas de 2º o ulterior grado
 - 4.3.5. El órgano de administración de las cooperativas de 2º o ulterior grado
 - 4.3.5.1. Composición y funcionamiento del consejo rector
 - 4.3.5.2. Delegación de facultades. El director de la cooperativa
 - 4.3.5.3. Presentación, a modo de ejemplo, de algunas cooperativas de 2º grado
5. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS COOPERATIVAS DE 2º GRADO
 - 5.1. Responsabilidad de los miembros del consejo rector
 - 5.2. Ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los consejeros
6. EL GRUPO COOPERATIVO
 - 6.1. Definición y caracterización del grupo cooperativo
 - 6.2. Integración del grupo
 - 6.3. Connotación que tiene en la ley la entidad cabeza de grupo
7. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LAS COOPERATIVAS DE 2º O ULTERIOR GRADO Y EL GRUPO COOPERATIVO
8. OTRAS FORMAS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA
 - 8.1. Mondragón Corporación Cooperativa
9. CONCLUSIONES GENERALES

1. CONSIDERACIONES INICIALES

En nuestro estudio queremos poner de manifiesto, en primer lugar, la existencia y el reconocimiento práctico/económico —que no así jurídico en muchas ocasiones— del progresivo incremento de los fenómenos de integración económica —vertical, horizontal o mixta— y, en menor grado, la relevancia asumida por los problemas fiscales y laborales que han determinado, hace ya algunas décadas, la aparición de nuevas formas de organización de la actividad económica que han puesto sobre nuevas bases la relación entre empresa económica y su organización jurídica¹. Hoy en día, a la unidad de dirección administrativa y financiera corresponde una pluralidad de organizaciones autónomas, bajo el aspecto técnico, económico y jurídico. Este fenómeno se corresponde con lo que se denomina grupo, tal y como comprobaremos en las siguientes páginas.

Además, en segundo lugar, hemos de comprobar que el poder de impartir instrucciones por parte de una organización central o punto de referencia a otras sociedades —relacionadas de diversos modos— en defensa del denominado “interés de grupo” (que explicaremos en qué consiste) no puede servir para justificar actuaciones dañosas en perjuicio de otros intereses. Ello implica paralelamente una ampliación de deberes y, al mismo tiempo, fundamenta la asunción de responsabilidades², tanto para la sociedad dominante como para su órgano de administración, así como la actuación de las sociedades dominadas en determinados supuestos. Esta responsabilidad y el determinar cómo se reglamenta constituye nuestro objeto de atención. Recordar aquí que en nuestro ordenamiento jurídico existe ausencia en torno a una normativa específica sobre el fenómeno de la responsabilidad del grupo; extremo que es fundamental y es pieza clave para poder abordar con éxito cualquier intento por parte del prelegislador³ —ya sea nacional o extranjero— de legislar el fenómeno grupo.

1 Cfr. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, Torino, 1982, pág. 485. También el trabajo de LEYVA SAAVEDRA, J., “Los grupos de empresas”, en Internet: <http://derechoempresarial.deamerica.net/?art=8>

2 MANÓVIL, R.M., *Grupos de sociedades en derecho comparado*, Buenos Aires, 1998, pág. 616. También SAUERMANN y MESTMÄCKER (dir.). *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für F. Böhm zum 80. Geburtstag*. Tübingen, 1975, págs. 253 a 267. GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 21.

3 En este marco, considérese que existe un proyecto de ley, n° 137-I, 28 de marzo, 2003, por el que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y el texto refundido de la ley de sociedades anónimas (BOCG, Congreso de los diputados, serie A, 137-I, de 28/03/2003), con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. A nuestro interés, lo más relevante de este proyecto es que viene a modificar la responsabilidad de los administradores afectando a los otros tipos societarios. En concreto, se modifica el art. 127 LSA, introduciendo hasta un quáter, y particularizando, qué se entiende por deber de diligente administración; deberes de fidelidad; deberes de lealtad y deber de secreto. Igualmente, viene a modificarse el art. 133 LSA, el dedicado a la acción de responsabilidad, donde se da cabida a los grupos. Reproducimos sólo el punto 2 y 3, del art. 133: “2. El que ostente de hecho de o de derecho cargos de dirección o actué como

Más aún, nuestro interés no sólo se centra en investigar en torno al grupo y su responsabilidad, sino que se delimita dentro de un marco de actuación como es el observar la responsabilidad del órgano de administración dentro de la sociedad bursátil, —que en su gran mayoría vienen constituidas en grupos empresariales—, y, a su vez, la responsabilidad dentro de lo que es el grupo de cooperativas. Siendo, pues, estos dos últimos nuestros ejes de atención en el presente trabajo.

Antes bien, con carácter previo a nuestra investigación hemos de ofrecer una serie de consideraciones de carácter metodológico que nos ayudarán a perfilar el fenómeno grupo, para ello será necesario definir, caracterizar y constituir el grupo, además de saber las posibles formas de grupo, entre otros extremos. Adelantemos, por el momento, que el grupo viene a estar articulado de diversos modos, tanto desde una perspectiva legal como organizativa⁴. Desde la vertiente legal, el grupo se puede configurar mediante el entrecruzamiento de diversas sociedades de capital, otras sociedades mercantiles, o/y otras personas jurídicas, como asociaciones, cooperativas o fundaciones, e incluso, personas físicas como veremos. Desde la vertiente organizativa, la organización de una empresa de grupo muestra una gran variedad estructural en atención a sus propias necesidades, expresándose la dirección unitaria (presupuesto esencial para la existencia de un grupo) a través de una considerable pluralidad de supuestos que pueden reducirse esencialmente a dos: la coordinación entre las sociedades y la subordinación de todas a una. En este contexto, tal dirección empresarial puede comprender un amplio conjunto de actividades de cada sociedad (grupos centralizados) o, en cambio, reducirse a aquellas que considere esenciales (grupos descentralizados). Lo que a nadie escapa es el hecho de que las numerosas peculiaridades organizativas del grupo tienen una influencia decisiva en la formación de un régimen de responsabilidad y esto explica, a su vez, la dificultad con la que se encuentra el legislador a la hora de querer reglamentar esta materia.

Una vez puestas de relieve las cuestiones que normalmente conforman el grupo y que examinaremos con mayor detalle *infra*, pasaremos a observar la responsabilidad en los grupos: de un lado, la responsabilidad en el grupo que cotiza

administrador de hecho, o en nombre o representación de la sociedad, responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostentan con arreglo a ésta la condición de administrador. 3. Igualmente responderán los administradores de la sociedad dominante frente a la sociedad dominada, frente a sus accionistas y frente a sus acreedores, del daño que causen por las instrucciones impartidas a los administradores de la sociedad dominada cuando en virtud de las mismas éstos realicen actos contrarios a la Ley o los estatutos”.

- 4 Véase el interesante trabajo del Prof. EMBID IRUJO, J.M., “El contrato de constitución del grupo en el derecho español”, nº 15, RdS, 2000, pág. 59, “... diseñar instrumentos que hagan visible al grupo y establezcan la base adecuada para aplicar un concreto régimen jurídico”.

sus acciones en bolsa y, de otro, la responsabilidad en el grupo de cooperativas. Han sido seleccionados estos dos grupos tan dispares para demostrar la universalidad del fenómeno del grupo, así como los elementos de contactos que, respecto a este punto, se pueden encontrar. Se concluirá con las principales inferencias que se han obtenido de nuestra investigación.

1.1. Definición de grupo de empresas

Una constante presente siempre en la mayoría de países pertenecientes al sistema del *civil law* es la carencia de una normativa general de grupos de empresas; se dispone solamente de un conjunto heterogéneo de normas sectoriales⁵ que se refieren a diferentes aspectos del funcionamiento de los grupos. Esta normativa, por no mantener cierta coherencia formal y material, ha provocado lo que en el derecho comparado se denomina la fragmentación⁶ del concepto de grupo⁷, que trae como consecuencia la imposibilidad de fijar un concepto unitario⁸ del mismo. De ahí la necesidad de acudir a las características que configuran el fenómeno grupo para poder comprender su definición.

Decir que la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*⁹, viene a disciplinar en su libro VII, “De las uniones de sociedades”, en su art. 590, cuál es la noción de grupo:

-
- 5 Así, la ley española del 1º de junio de 1992, Ley 13/92, define a los grupos de sociedades en los siguientes términos: “se consideran pertenecientes a un mismo grupo, las entidades que constituyen una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto” (art. 4).
 - 6 Cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. II, Utet, Torino, 1999, pág. 272. SPADA, “Gruppi di società”, n° 2, *Rivista di diritto civile*, 1992, pág. 222.
 - 7 FERRI, *Manuale di diritto, op. ult. cit.*, pág. 485. Aunque debemos reconocer que en la doctrina comparada todavía no hay una denominación común para designar dicho fenómeno; de allí que encontremos siempre varias denominaciones como: grupos empresariales, grupos de sociedades, grupos societarios, grupos de empresarios, grupos económicos, sociedades de empresas, empresas vinculadas, etc. Nosotros preferimos utilizar la denominación grupo de empresas porque creemos que ella puede tutelar, de manera amplia y eficaz, la totalidad del fenómeno que se presenta en la realidad bajo el nombre de grupo. También, DUQUE DOMÍNGUEZ, “El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española”, n° 35, *Revista de derecho bancario y bursátil*, 1989, pág. 467. LEYVA SAAVEDRA, J., “Los grupos...”, *op. cit.*
 - 8 Conforme a ROJO, A., “Los grupos de sociedades en el derecho español”, n° 220, *Revista de derecho mercantil*, 1996, pág. 464. JAEGER, “I gruppi tra diritto interno e prospettive comunitarie”, *Giurisprudenza commerciale*, 1980, pág. 916 y sigs.
 - 9 Véase (SÁNCHEZ CALERO, BERCOVITZ, ROJO). *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles. Comisión General de Codificación*. Sección de derecho mercantil, aprobada por la sección el 16 de mayo de 2002, Ministerio de Justicia.

“1. existe un grupo de sociedades cuando una sociedad está sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resultan sometidas al poder de dirección de una misma persona natural o jurídica o de varias personas que actúan sistemáticamente en concierto. 2. Se entiende por sociedad dominante la que ostente poder de decisión sobre una o varias sociedades, que se calificarán como dominadas. Las normas contenidas en este Código relativas a la sociedad dominante se aplicarán a cualquier persona natural o jurídica que tenga poder de decisión sobre varias sociedades dominadas. 3. El grupo de sociedades carece de personalidad jurídica”.

1.2. Características del grupo de empresas

En cuanto a los elementos caracterizadores del grupo de empresas, la doctrina comparada no muestra acuerdo; pues mientras una, de inspiración francesa e italiana¹⁰, sostiene que el elemento caracterizador del grupo es la existencia de un control¹¹, otra, de orientación alemana, entiende que ese rasgo característico es la existencia de una dirección unitaria. Para nosotros, tanto el control como la dirección unitaria¹² caracterizan y evidencian la existencia de un grupo, de allí que las siguientes líneas vengan dedicadas al estudio de cada uno de ellos.

1.2.1. El control

Habitualmente observamos en el mercado que algunos sujetos económicos actúan siguiendo las directrices y, en ocasiones, los expresos mandatos de otros. Este fenómeno puede tener un carácter meramente ocasional o puede ser muestra de un comportamiento continuado. Este último caso puede ser consecuencia de la existencia de una relación obligacional que permita a uno supeditar su voluntad a las decisiones del otro. A esta situación fáctica ha venido refiriéndose la doctrina¹³,

10 FINZI, “*Società controllate*”. *Rivista del Diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1992, pág. 463. RUIZ PERIS, “Significado del control empresarial en el derecho español”, t. III, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1995, pág. 3326.

11 Cfr. FERRI, *Manuale di diritto*, op. cit., pág. 488. PAVONE LA ROSA, A., “*Controllo e gruppo nella fenomenologia dei collegamenti societari*”, n° 1, dir. Fall., 1985, pág. 19. STORCK, “*Définition légale du contrôle d’une société en droit française*”, *Revue des sociétés*, 1986, pág. 394. Además, véase en nuestra doctrina: SACRISTÁN REPRESA, M., “El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas”, n° 155-156, RDM, 1982, págs. 375 a 442.

12 Así RUIZ PERIS, “Significado del control empresarial”, op. cit., pág. 3327.

13 Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, n° 227, RDM, 1998, pág. 127. MASSAGUER, J., “La estructura interna de los grupos de sociedades (aspectos jurídicos societarios)”, n° 192, RDM, 1989, págs. 281 a 325. RUIZ PERIS, luego de destacar la importancia de contar con un concepto

jurisprudencia y legislación comparadas con los nombres de dominación, subordinación, dependencia o, simplemente, control. En nuestro idioma, el término control tiene diversos significados, tanto desde el punto de vista gramatical como desde el punto de vista económico o jurídico.

De entre las acepciones que el *Diccionario de la Real Academia* presenta destacan las de inspección, fiscalización o intervención y el de dominio, mando o preponderancia. El factor común de estos dos significados es la idea de poder. Quien ejercita una actividad de inspección, fiscalización o intervención goza de un poder de inmiscuirse en la esfera jurídica de otro.

En sentido económico, control significa dominio; aunque éste no tiene en el lenguaje económico el mismo significado que clásicamente se le otorgaba en el ámbito jurídico como sinónimo de propiedad o titularidad. Con la palabra dominio se quiere expresar el hecho que un tercero tenga un poder de dirección sobre la gestión de una empresa ajena; o mejor, el hecho que una persona física o jurídica venga investida de un poder de dirección en el seno de una empresa jurídicamente autónoma, que le dé la posibilidad de determinar las decisiones de la empresa o empresas sometidas a su control.

Desde el punto de vista económico, entonces, el control se configura como el poder del que está investida una persona física o jurídica que le permite dirigir la actividad de otro sujeto de derecho en el sentido querido por la primera. El control es, en consecuencia, un poder, pero entendido éste en sentido económico, no jurídico.

El contenido en sentido económico del control entre empresas se resume, pues, en la posibilidad de dirigir la actividad de la empresa controlada en el sentido querido por la controlante. Esta noción de control ha sido recogida por algunos ordenamientos jurídicos, como el norteamericano que, en la sec. 240.12.b-2.f de la *Securities Exchange Commision Act*, define el control como:

“La posesión, directa o indirecta, del poder de dirigir o hacer dirigir la gestión y la política empresarial de un sujeto mediante la titularidad de acciones con derecho a voto, por contrato, o de otra forma”.

En términos jurídicos, esto significa la posibilidad de determinar la voluntad de la empresa controlada en el ejercicio de su poder autónomo de gestión, lo que

jurídico unitario de control, lo define como el poder ostentado por un sujeto que le permite determinar en forma determinante, duradera y general la gestión de otro (“Significado del control empresarial”, *op. cit.*, pág. 3329).

implica la posibilidad de influir categóricamente en las decisiones que tome el órgano administrativo. Por control cabe entender, según esto, aquella situación en la que se tiene la facultad o el poder de influir, por diversas vías, de manera decisiva, duradera y general sobre la gestión de otra persona, ejerciendo sobre él un influjo dominante.

El problema de no contar todavía con un aceptado concepto jurídico de control también lo padece la legislación comparada. Algunas para evitar complicaciones no definen expresamente lo que entienden por control, aunque esto no es impedimento para su fluida utilización en leyes y reglamentos de manera enumerativa, esto es, señalando los casos en los cuales se entiende que una empresa está dominada por otra; en cambio, otras legislaciones lo intentan, pero echando mano a definiciones generales de control. Dentro de las primeras podemos incluir la legislación italiana, art. 2359 c.c.; la del Reino Unido, sección 736 de la *Company Act* de 1985; la brasileña, art. 243.2 de la Ley de sociedades anónimas de 1976. Dentro de las segundas a la legislación alemana, que sin renunciar al sistema de enumeración de supuestos en que se presume existente una situación de dependencia, ha decidido introducir conceptos generales¹⁴. Así, por ejemplo, el

14 Estos supuestos vienen indicados en la *Aktiengesetz (AktG)* del 6 de septiembre de 1965, parágrafo 15 y sigs. En el parágrafo 17.2 se establece, por ejemplo, la presunción de dependencia en aquellos casos en que una tenga participación mayoritaria en otra, estableciéndose en el parágrafo 16 los casos en que existe participación mayoritaria y las reglas de cómputo de dicha participación. Existirá participación mayoritaria, a efectos de lo dispuesto en la *AktG*, cuando la mayoría del capital o de los derechos de voto de una empresa jurídicamente independiente pertenece a otra empresa. Los supuestos de relaciones de dependencia basadas en contratos de dominación no caen necesariamente, pese a la presunción de existencia de una mayoría de control previa en la futura dominada para que se apruebe por la junta general de ésta el contrato, dentro del ámbito de aplicación del parágrafo 16.2 sino dentro de la cláusula general del parágrafo 17. El control interno puede también ser reforzado a través de otras técnicas como la adquisición temporal de la titularidad de acciones a los efectos de la junta general mediante las operaciones de doble, que permiten a quien se encuentra en posición de control disponer temporalmente de un mayor número de acciones de la sociedad controlada, o la emisión de acciones sin observar el principio de proporcionalidad entre el número de acciones y el número de votos que pueden ser emitidos en asamblea, prohibida en el ordenamiento jurídico español, ex art. 50.2 LSA, así lo explica RUIZ PERIS, "Significado del control empresarial", *op. cit.*, pág. 3339. Algunos otros contratos, como los de agencia, *franchising*, suministro, concesión mercantil, licencia de marca o patente, pueden dar lugar, unidos a las circunstancias económicas de las partes y del mercado, a verdaderas situaciones de control y, por ende, de dominación. En los contratos de agencia, por ejemplo, el control puede llevarse a cabo en aquellos casos en los cuales la revocación del encargo podría hacer esfumar la actividad del agente; en los de *franchising*, el control se puede advertir en las cláusulas que determinan la gestión y conducción del franquiciado; en los de suministro, las situaciones de dependencia y, con ello de control, se dan cuando la empresa suministradora fabrica un único producto siendo el adquirente el único demandante del mismo en el mercado; en los de concesión mercantil, el control puede observarse cuando sobre la base de la exclusiva asumida por el concesionario, éste crea una estructura organizativa no utilizable para otros fines; y, finalmente, en los contratos de licencia de patente y, en general, de licencia sobre bienes inmateriales, que se basan en un derecho exclusivo de uso de la invención, creación o signo distintivo objeto del derecho de propiedad industrial, las situaciones de control pueden darse cuando la producción de la empresa licenciataria no esté diversificada y no sea fácilmente convertible. *Cfr.*, a su vez, EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades*, *op. cit.*, pág. 66 y sigs. LEYVA SAAVEDRA, J., "Los grupos de empresas", *op. ult. cit.*

parágrafo 17.1 *AktG* establece, con carácter general, que empresas dependientes¹⁵ son empresas jurídicamente independientes, en las que otra empresa —empresa dominante— puede ejercer, directa o indirectamente, un influjo dominante.

En la doctrina¹⁶, igualmente, en atención a los medios para obtener el control o para conservarlo, se habla tanto de control interno como de control externo. El control interno, que es la vía más común de obtención y conservación del control de una empresa, se logra a través de la titularidad de cantidades importantes de acciones o participaciones en el capital de una sociedad de capitales. Esta participación de la empresa controlante en el accionariado de la controlada deberá ser lo suficientemente importante para hablar de control, ya que sólo así se estará en condiciones de nombrar, mantener o revocar a los administradores de la controlada o a la mayoría de nos mismos.

El control interno de las empresas del grupo puede hacerse directa o indirectamente¹⁷. Se hace en forma directa cuando, mediando posesión de acciones o participaciones, se determina de modo duradero y general la gestión de otra empresa; se hace de manera indirecta, en cambio, cuando la determinación de la gestión de otra empresa tiene como fundamento la participación en el capital de una o varias empresas intermedias que poseen acciones o participaciones de la empresa indirectamente controlada.

Además del control interno, aplicado exclusivamente a sociedades de capitales, en el mercado también opera el control externo, que puede ser aplicado tanto a sociedades de capitales como a sociedades de personas o empresarios individuales. Este sistema de control de la gestión de otra empresa, que se obtiene recurriendo a formas distintas de la posesión de acciones o participaciones de dicha empresa, puede tener una base contractual o

15 Véase a ZABALETA DÍAZ, M., “La explotación desleal de la dependencia económica en Alemania. Eventual incorporación de sus conclusiones al derecho español”, n° 245, RDM, 2002, pág. 1382: “la situación de dependencia es aquélla en la que se encuentran las empresas clientes o proveedores respecto de otra, que necesariamente ostenta una situación de poder relativo de mercado. Esta última es la denominada empresa fuerte. Es decir, en situación de dependencia se encuentra el sujeto pasivo de la relación, mientras que el lado activo se encuentra en situación de poder relativo de mercado. Se trata de un poder relativo porque se ejerce sobre una o varias empresas y se manifiesta exclusivamente en la relación entre la empresa fuerte y la dependiente”.

16 Cfr. LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, pág. 171. EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situación de dependencia societaria y de grupo*, Madrid, 1987, pág. 37.

17 Así, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, “Grupos de sociedades”, *op. cit.*, pág. 124.

extracontractual¹⁸. Aquí el control externo motivado por una relación contractual va más allá del simple control derivado de un contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*) o, en general, de un contrato de empresa típico del derecho de los *Konzern* alemanes; ya que incluye, además de los citados, otros contratos, que unidos a particulares situaciones económicas pueden originar la dependencia de una empresa respecto de otra y, en efecto, una posición de control. Por su lado, el control externo extracontractual se adquiere a través de sistemas distintos de la participación accionarial o de la estipulación de un contrato entre las empresas.

1.2.2. Dirección unitaria

Al igual que en el caso anterior, la doctrina¹⁹ discute qué debe entenderse por dirección unitaria. La propia expresión dista de ser pacífica, ya que pueden encontrarse autores que utilizan, incluso de forma indistinta o equivalente, las expresiones dirección unitaria, única o unificada, términos con los cuales se pretende ilustrar la existencia de una *Einheitliche leitung* que, según el parágrafo 18.1 AktG, constituye la característica definitoria del grupo de empresas.

Aunque tales expresiones pudieran considerarse equivalentes, no cabe duda que inciden sobre aspectos distintos. Así, cuando se dice que el grupo se caracteriza por la existencia de una dirección única, como lo afirma el Estatuto de Sociedad Anónima Europea (art. 223.1) y la Propuesta de IX Directiva Comunitaria sobre armonización del derecho de los grupos societarios (art. 33.1), parece sugerirse que en el grupo sólo puede existir un centro de poder, con lo que se desembocaría en la idea que en todo grupo debe haber, por definición, una y sólo una sociedad dirigente que ejerce un papel dominante. El desarrollo coherente de este planteamiento lleva, necesariamente, a negar la posibilidad de grupos paritarios o los formados por sociedades gemelas. Quizá por esto, el art. 492.1 CSC portugués se ve obligado a precisar que en los grupos paritarios existe una dirección unitaria y común.

18 Ante esta situación, RUIZ PERIS luego de preguntarse si ¿podemos afirmar con rotundidad que en ningún caso estas técnicas serán medios autónomos de obtención del control?, concluye que es perfectamente lícito afirmar la existencia de técnicas extracontractuales de control que no impliquen una participación en el capital de la controlada. Todo ello sin olvidar que las mismas técnicas pueden ser usadas como medios de reforzamiento del control ya obtenido por otros medios ("Significado del control empresarial", *op. cit.* págs. 3349 y 3352).

19 De dirección unitaria habla CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, op. cit.*, pág. 270; MASSAGUER, "La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídico-societarios)", *RDM*, 1989, pág. 303. De dirección única habla GIRÓN TENA, J., *Las grandes empresas. Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial*, Valladolid, México, 1965, pág. 124; y de dirección unificada habla EMBID IRUJO, "La problemática de los grupos", en AA.VV., *La ley de sociedades de responsabilidad limitada*, vol. II, Civitas, Madrid, 1996, pág. 1227.

Por otro lado, cuando se dice que el grupo se caracteriza por la existencia de una dirección unificada, pudiera pensarse que las sociedades del grupo desarrollan una y la misma empresa, cuando la verdad es que nada impide, y así suele suceder habitualmente, que las distintas sociedades del grupo desarrollen actividades diferentes, sin relación entre ellas. En ambos casos parece sugerirse la idea que los grupos societarios han de ser, necesariamente, centralizados.

Frente a esta realidad, lo más recomendable es utilizar la expresión dirección unitaria, que es menos radical y que por su neutralidad permite describir, de forma adecuada, lo que es característico del grupo de empresas: unidad en la diversidad. Esta noción, pues, nos permite no prejuzgar las distintas modalidades y características de la dirección, con lo que se puede aplicar a un elenco amplio y variado de formas o modalidades de organización de grupos, incluso a los descentralizados y paritarios.

Ahora bien, como adelantáramos, la doctrina no se pone de acuerdo respecto a qué debe entenderse por dirección unitaria. Para un sector, se trataría solamente de un hecho, para el otro debería considerarse como un concepto dotado de consecuencias normativas. Una tercera tesis, que compartimos, estima que ambos planteamientos no tienen por que ser incompatibles, pudiendo afirmarse que la dirección unitaria es un hecho (un acto o conjunto de actos) dotado de significado jurídico. Conviene, finalmente, siguiendo la mejor doctrina dejar muy en claro que control y dirección unitaria son conceptos diferentes, y como tales se mueven en planos diferentes. El control es, *ex definitionem*, una situación potencial de ejercicio de influencia dominante, mientras que la dirección unitaria requiere su ejercicio efectivo. Se trata, en consecuencia, de una actividad integrada por un conjunto de decisiones y de actos, en el sentido jurídico y material del término.

La *Propuesta del Código de Sociedades Mercantiles*²⁰, en su art. 591 establece que se entiende por poder de dirección (enunciando los casos posibles), a saber:

“1. En todo caso, a los efectos del artículo 590, se entenderá que existe poder de dirección en los siguientes supuestos: 1º Cuando se pueda ejercer la mayoría de los derechos de voto en la junta o asamblea de una sociedad, o se tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. A tal fin, se añadirán a los derechos de voto de la sociedad dominante los que correspondan a las sociedades dominadas por ésta, así como a otras personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de alguna de aquéllas. 2º Cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o

20 Vid., *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles. Comisión General de Codificación*, op. ult. cit., pág. 215.

altos directivos de la persona jurídica dominante o de otra dominada por ésta. 2. Salvo prueba en contrario, se presume que existe poder de dirección en los siguientes casos: 1º Cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo. 2º Cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la pertenencia de la misma al grupo”.

1.3. El interés del grupo de empresas

La caracterización del interés de grupo como categoría doctrinal o normativa ha sido objeto de una encendida polémica en la doctrina comparada. A pesar de ello, en sentido amplio, se estima que el interés de grupo aparece desde el momento en que existe una dirección y una actividad unitaria por parte de las distintas empresas que lo integran, incluso en aquellos supuestos en que se estima existente el grupo porque dos personas actúan en concierto.

A semejanza del interés de la sociedad²¹, el interés de grupo puede contemplarse como un concepto material, no procedimental y, como tal, objetable y evaluable. Se puede decir, pues, que dicho interés constituye un límite inmanente al poder de dirección de los administradores de la empresa dominante y, al mismo tiempo, un

21 Así: ARROYO, I., “Reflexiones en torno al interés social”, en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, 2º vol., McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1854 y 1855. Tal y como expresan VICENT CHULIÀ y SALINAS ADELANTADO, “Derecho de sociedades y mercado de valores”, nº 4779, *La Ley*, 21 de abril, 1999, pág. 6: “existen dos interpretaciones de esta noción de *interés social*, la institucionalista, que identifica el interés social con el de la empresa en sí misma considerada, en la que concurren los intereses de los socios, trabajadores, acreedores, proveedores, economía nacional, etc.; y la contractualista, que identifica el interés social con la finalidad de *crear valor para el accionista*, que lo identifica con el interés común de todos y cada uno de los socios, de obtener beneficios en la propia sociedad. Un sector doctrinal entiende que en el contexto del art. 159.1 de la Ley de Sociedades Anónimas el *interés de la sociedad* tiene un cierto carácter objetivo, atendiendo a la concepción institucional de la sociedad o a las características legales y circunstancias concretas de cada momento de la sociedad anónima afectada... Para los seguidores de la escuela del análisis económico del derecho, la cláusula de interés social tiene por finalidad impedir la expropiación —o el *oportunismo*— de unos contratantes por otros (socios, administradores) mediante la imposición de unos deberes fiduciarios. Pero parece razonable que *la mayoría cumple sus deberes de lealtad con la minoría persiguiendo la maximización de las ganancias comunes, esto es, el interés social*”. Véanse los comentarios de VÁSQUEZ ALBERT, D., “El conflicto entre mayoría y minoría en la exclusión del derecho de suscripción preferente”, nº 26, *Cuadernos de derecho y comercio*, 1998, págs. 178 y 180.

Entre los defensores de la corriente contractualista nos encontramos con ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 52: “la función del interés social no es señalar que exista un interés de la sociedad superior al de los socios e indisponible por éstos sino reprimir comportamientos desleales por parte de la mayoría (...) el debate debe centrarse en determinar cuáles sean las vías e instrumentos idóneos para proteger los intereses de trabajadores, terceros y del público en general en la gestión empresarial y, en particular, si el derecho de sociedades constituye un vehículo apropiado para tal fin”.

límite a la obligación de obedecer las instrucciones de la empresa dominada, y un módulo para juzgar la conducta de los administradores del grupo y de cada una de las empresas que lo conforman.

El interés del grupo, conceptualmente, es distinto del interés de cada una de las empresas que lo integran, por lo que no puede asimilarse ni confundirse con el interés de la empresa dominante. En el grupo y dentro de cada una de las empresas que forman parte de él, coexisten distintos intereses, todos ellos legítimos y de naturaleza privada: el del grupo, los de cada una de las empresas y los intereses sociales de cada uno de los socios de las empresas agrupadas. Los administradores tanto de la empresa dominante como de las dominadas, en consecuencia, están obligados a perseguir la satisfacción de estos intereses y, además, están sometidos a un doble deber de lealtad: respecto a la empresa de la que son administradores y, desde luego, al grupo.

El interés del grupo se manifiesta prevalente respecto al interés de cada una de las empresas, pues ello se explica en el hecho que la totalidad de las empresas conformantes del grupo trabajan para el fortalecimiento, crecimiento y liderazgo del grupo en el mercado tanto nacional como internacional. Aquí se da una especie peculiar de solidaridad empresarial en beneficio común; es decir, se pone en práctica aquel conocido eslogan que reza: “todos para uno y uno para todos”²².

En definitiva, la pertenencia a un grupo de empresas no supone la pérdida de identidad y de autonomía de cada una de las empresas que lo forman; ellas mantienen su propia personalidad jurídica, sus propios objetivos y, lo que es más importante, —aunque un tanto discutido—, su propio y específico interés social, el cual no se ve diluido dentro de un magmático interés de grupo. Esto es lo que explica y justifica que los administradores de las empresas dominadas estén obligados a rechazar las decisiones del grupo que conlleven pérdidas irreparables para su empresa, toda vez que la pertenencia al grupo no deroga sus propias obligaciones. Una de estas obligaciones exige, precisamente, actuar con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal (*ex art. 127 LSA*).

1.4. Formas de constitución del grupo

Existen diversas formas de constitución de los grupos de empresas; a pesar de ello, por cuestiones de espacio, nos referiremos sólo a las tres más representativas, a saber: la forma contractual, participacional y personal.

22 Siguiendo a LEYVA SAAVEDRA, J., “Los grupos de empresas”, *op. ult. cit.*

1.4.1. Forma contractual

Una de las primeras manifestaciones de concentración empresarial se presenta bajo una simple forma contractual. Es un acuerdo o convenio el que actúa de aglutinante entre las distintas empresas. Este acuerdo lo mismo sirve de instrumento para agrupar empresas en sentido horizontal como para realizar concentraciones verticales. En primer caso, uniendo empresas que desarrollan idéntica o análoga naturaleza y actúan en régimen de concurrencia en la misma fase o momento del ciclo productivo, y en el segundo caso, agrupando empresas económicamente interesadas de modo sucesivo y complementario en las distintas fases del proceso de elaboración de un determinado producto.

Las uniones de base contractual asumen, en lo habitual, forma de cártel, consorcio, *joint venture*, *pool*, asociación en participación o agrupación de interés económico. Estos unen casi siempre a empresas interesadas en la misma fase o ciclo de la producción, con el fin de limitar y regular la concurrencia recíproca en el mercado y conseguir, en lo posible, su posicionamiento en éste. Estos convenios no afectan de manera significativa la autonomía de las empresas que conforman el grupo. Así, por ejemplo, en el cártel simple, o de puro orden interno, el acuerdo apenas trasciende al exterior, cuando no se mantiene rigurosamente en secreto, y las empresas sindicadas conservan su libertad de movimiento y una autonomía plena dentro del respeto al acuerdo firmado. Cuando el cártel o sindicato se forma con un órgano central de vigilancia y control, de distribución de productos o de concentración de ventas, entonces la autonomía económica de las empresas queda supeditada, de alguna manera, a las directivas y decisiones de ese organismo central, ya que, en la medida en que esta central realiza ciertos servicios comunes a todas las empresas del grupo, éstas ceden a aquélla gran parte de su actividad económica y jurídica.

El *AktG* alemán se ha preocupado particularmente de regular y desarrollar esta forma de agrupación de empresas; con tal objeto, ha moldeado un conjunto de contratos de empresa que, unidos a determinadas situaciones económicas, pueden originar la dependencia de una empresa a otra y, por ende, su dominación. De estos contratos de empresa (*Unternehmensverträge*), destacamos: el contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*). A tenor de este contrato, regulado en el parágrafo 291 *AktG*, una sociedad anónima o una sociedad comanditaria por acciones confía su dirección a otra empresa. Según esto, los directivos de la empresa dominante tienen derecho a impartir directivas al directorio de la empresa controlada, en cuanto a la conducción de la misma, y éste está en la obligación de acatarlas. Estas directivas podrán ser de orden general o referirse a puntos específicos" (parágrafo 308.1 *AktG*).

A menos que en el contrato se diga lo contrario, pueden también darse directivas que sean desventajosas para la empresa, si ellas sirven a los intereses de la empresa dominante o de las empresas vinculadas con ella y con la sociedad en el *Konzern*. Ante esta situación, el directorio está obligado a seguir las directivas de la empresa dominante, pudiendo prescindir para ello, si fuera necesario, de la autorización del consejo de Vigilancia; en contraprestación, la dominante garantizará un determinado monto de dividendos a los accionistas. De lo dicho se desprende que la sociedad dominante estará legitimada no sólo a dirigir la empresa dominada, sino también a servirse del patrimonio de ésta en su propia ventaja o en su propio interés (parágrafo 291.3 *AktG*). Este hecho ha llevado a que se diga que el principio de separación de los patrimonios, en virtud del cual cada empresa constituye una autónoma entidad patrimonial, y el principio de la conservación del capital sufren una derogación a favor de la sociedad dominante.

1.4.2. Forma participacional

Otras veces, el vínculo que une las empresas, más que ser de naturaleza contractual, es puramente financiero. En esta forma de concentración, que es la más difundida y la que presenta práctica y jurídicamente mayor interés, el enlace entre las empresas se produce mediante la participación de unas en el capital de otras. Este es un sistema de enlace capitalista que constituye acaso el instrumento por excelencia de la concentración, por ofrecer la ventaja de su flexibilidad y permitir que se aumente o disminuya en número de empresas unidas mediante una simple operación de adquisición o venta de acciones. Al servicio de esta modalidad de vinculación empresarial se ha desarrollado modernamente una técnica de origen anglosajón, dirigida a facilitar la adquisición o fortalecimiento del control de una empresa determinada a través de una oferta pública de compra de acciones (*take over bid*) en condiciones especiales y por un valor, generalmente, superior al del mercado.

En lo sustancial, pues, el interés del grupo empresarial coincide con aquel de las empresas coligadas o controladas, ya que es, precisamente, el control de las distintas empresas por parte de un mismo sujeto el presupuesto y, al mismo tiempo, el medio para la realización de una finalidad económica unitaria.

De este modo, el control de este grupo de empresas puede ser efectuado bien por medio de un sistema en cadena o piramidal, que permite a una persona natural o jurídica controlar a una empresa, la cual a su vez controla a una segunda y ésta a una tercera y así sucesivamente; o bien por un sistema radial, que permite a una persona contemporáneamente controlar una pluralidad de empresas. Algunas veces el control se lleva a cabo combinando ambos sistemas.

La persona jurídica que ejerce el control del grupo empresarial algunas veces desarrolla una actividad económica propia de manera paralela a la actividad de controlar la actividad económica de las empresas del grupo y, otras veces, se dedica exclusivamente al control de las empresas en las que participa. En el sistema en cadena, por ejemplo, el control de las otras empresas se realiza con el ejercicio directo de una actividad empresarial, en tanto que en el sistema radial el control constituye el objeto exclusivo de la actividad de dicha persona. Este es el caso de la sociedad de participación, más conocida como *holding company* en la literatura especializada.

En un *holding*, como bien sabemos, la sociedad dominante irradia su poder sobre las otras empresas, les impone su voluntad y se erige en arbitro de sus destinos. Entre la sociedad cabeza del grupo y las empresas dominadas se establece una relación de dependencia o filiación que permite dar a la primera el calificativo de sociedad madre y a las segundas sociedades hijas o filiales. Unas veces esa relación materno-filial se consigue adquiriendo todas o la mayoría de acciones o participaciones sociales de sociedades ya constituidas; pero en otras, la sociedad madre actúa de promotora o fundadora de una segunda sociedad, en la que se reserva la totalidad o la mayoría del capital, y luego hace que esta segunda tome la totalidad o la mayoría del capital de otra tercera; ésta, a su vez, de otra cuarta, y así hasta formar una cadena de empresas, quedando sometidas a la voluntad y dominio absoluto de la primera.

La *holding company* no debe ser confundida con la sociedad de cartera o con la sociedad de inversión mobiliaria, ya que éstas, aun cuando se interesen e inviertan su patrimonio en acciones de otras empresas, no persiguen, a diferencia de la *holding*, ninguna finalidad de dominio o control de las empresas cuyas acciones adquieren.

1.4.3. Forma personal

Una tercer mecanismo para lograr la unión de empresas es el personal, que se pone en ejecución a través de la elección, nombramiento o entrecruzamiento (el denominado *interlocking directories* angloamericano) de administradores comunes. Este sistema constituye un instrumento de dirección y dominio de empresas, jurídicamente autónomas, que reporta no pocas ventajas de orden económico, suprimiendo concurrencias comerciales, asegurando colaboraciones y coordinando planes de producción. Esta forma de agrupación personal, es considerada por un sector mayoritario de la doctrina como una consecuencia, no como una causa de control; es decir, se estima que hay directores comunes por una previa situación de control, pero no hay control porque se tenga directores comunes. Similar reflexión

se formula respecto del supuesto de influencia personal ejercida mediante vínculos con los administradores.

En cuanto a la titularidad de las empresas del grupo, hay que decir que ella gira, habitualmente, en torno a una o varias personas, integrantes por lo general de una misma familia, que detentan la participación dominante en las empresas y ocupan diferentes cargos ejecutivos en ellas. A este grupo se le suele identificar con el apellido de familia.

Por último, debemos señalar que no es suficiente que haya identidad de accionistas y directores para que se conforme un grupo empresarial de carácter personal, sino que debe existir también una política empresarial común para todas las empresas que integran el grupo²³.

1.5. Clasificaciones de grupos de empresas

Son varios los criterios de clasificación que la doctrina propone para los grupos de empresas. Veamos algunos:

- Por el *objeto social* de la empresa dominante o de la mayoría del grupo, se clasifican en grupos industriales y financieros. Estos últimos, dedicados predominantemente a la captación de recursos financieros para dedicarlos a su clientela (empresas bancarias y de seguros), son los que más demuestran la existencia de una unidad económica.
- Atendiendo a la *estructura* del grupo empresarial, pueden ser radial, en la que la sociedad *holding* se sitúa al centro del grupo y a partir de allí dirige toda la actividad económica de las demás empresas; piramidal, en la que el control es realizado por la empresa dominante de manera escalonada; y circular, en la que el control tiene como fundamento las participaciones recíprocas en las empresas del grupo. El grupo circular implica, pues, que una empresa participa en el capital de otra, luego ésta hace lo mismo respecto a una tercera y así sucesivamente, hasta que la última empresa participe en el capital de la primera.
- En función a como se lleva a cabo *el control* tal y como adelantábamos, se clasifican en grupos centralizados y grupos descentralizados. En el grupo centralizado, que funciona como una sola empresa, las decisiones se adaptan al

23 Así se manifiesta LEYVA SAAVEDRA, J., “Los grupos de empresas”, *op. ult. cit.*

régimen legal y estatutario de cada una de las sociedades. Es una empresa policorporativa, integrada por una pluralidad de personas jurídicas, con su respectiva denominación, domicilio social, patrimonio y órganos sociales. El grupo descentralizado, por su parte, mantiene la unidad de decisión gracias a la colaboración entre distintas empresas, basada en un contrato de organización. Están dentro de este grupo, por ejemplo, las sociedades hermanas o gemelas (con identidad de socios, de participación de éstos en el capital, y de administradores), que se crean con distintas finalidades: ventajas en los paraísos fiscales, exigencias internacionales, etc. También ingresan aquí los *joint ventures* o filiales comunes conocidas como concentraciones cooperativas y los grupos cooperativos que serán tratados más adelante.

- Finalmente, tomando como referencia *la forma* como se constituyen los grupos, se clasifican en grupos contractuales y grupos de hecho. Los primeros se constituyen previa estipulación de un contrato de dominación o de cesión de ganancias, en el cual se acuerda entregar compensaciones a los socios externos o minoritarios; los segundos, en cambio, la dirección unitaria efectiva no se desprende de un contrato, sino de otros mecanismos.

1.6. Las dificultades de la reglamentación del fenómeno grupo

Distinto al problema que causa la recepción del fenómeno de grupo, entendido como un mero fenómeno de agrupación entre una pluralidad de empresas jurídicamente independientes, es el que despierta el grupo como nuevo modelo empresarial²⁴, que sobreponiéndose a las singulares empresas y creando un propio centro de decisiones, se convierte en el instrumento de realización de un interés unitario del grupo. Este es el problema afrontado y resuelto por la *AktG* a través de la reglamentación de los *Konzern*; es el problema afrontado, pero no resuelto, por el Proyecto de IX Directiva CEE sobre el derecho de los grupos societarios, y por la *Proposition de loi sur groupes de sociétés et la protection des actionnaires, du personnel et les tiers*, presentado al Parlamento francés.

Aquí no se trata, pues, de individualizar los límites que la acción unitaria del grupo encuentra en la autonomía de las empresas que conforman el grupo y en la exigencia de tutela de los intereses de aquellos que en cada sociedad están implicados como accionistas, trabajadores y acreedores, sino de establecer las

24 RUIZ PERIS, J.I., “Desregulación en el derecho de sociedades un estatuto flexible para las filiales comunes y sociedades intragrupo”, n° 226, RDM, 1997, págs. 1803 a 1838.

hipótesis en las cuales estas limitaciones pueden ser superadas, así como los elementos que caracterizan esta nueva estructura unitaria; las condiciones en las que el interés del grupo puede imponerse en perjuicio del interés particular de las empresas y las consecuencias que derivan para los terceros. Se trata, en suma, de establecer si esta estructura organizativa surge con la determinación de hecho de los elementos que la caracterizan (esencialmente, la creación de un centro direccional unitario que imponga una política de grupo) o surge, por el contrario, solamente sobre la base de un contrato (denominado *Beherrschungvertrag* en Alemania; *contrat d'affiliation* en Francia y contrato de predominio en el derecho comunitario) que legitime la creación de este centro direccional superior, y regule su funcionamiento y sus consecuencias.

El Proyecto de IX Directiva CEE y el proyecto francés se han inclinado por esta segunda opción, y han propuesto una disciplina jurídica para los grupos de dirección unitaria que tengan origen en un contrato. Adicionalmente el Proyecto de Novena Directiva prevé expresamente el supuesto de la responsabilidad de la empresa dominante por la influencia, directa o indirecta, sobre la sociedad dependiente, cuando aquélla produzca un perjuicio para la última (véase art. 7.1.). El perjuicio tiene que provenir de una falta de gestión, en las mismas condiciones que si la empresa dominante fuera miembro del órgano de dirección de la sociedad dependiente; o de operaciones realizadas o de medidas adoptadas no conformes con el interés de la sociedad dependiente, o de la abstención de realizarlas o de adoptarlas cuando hubieran sido conformes a ese interés.

Dicho lo anterior, corresponde realizar a continuación un repaso somero de la legislación comparada, exponiendo una breve revisión de las principales normas que hacen referencia a los grupos de sociedades y que se han dictado en Italia, la Unión Europea y, por último, en nuestro país.

El derecho italiano cuenta con un conjunto de disposiciones que hacen referencia a los grupos de empresas, a saber: el *Codice civile*, art. 2359 (modificado por Ley 216/1974, luego sustituido por el Dec. leg. 127/1991); la Ley 287/1990, sobre normas para la tutela de la concurrencia y del mercado, que en el art. 7 fija una noción funcional del régimen de las concentraciones, y en el art. 27, que sujeta a la autorización del Banco central la adquisición de participaciones de control en entes financieros; el Dec. leg. 127/1991, sobre balance consolidado; la Ley del 2 de enero de 1991, n° 1, que en el art. 4.3 define el grupo de sociedades de intermediación mobiliaria (SIM), de sociedades de gestión de fondos comunes de inversión mobiliaria (art. 9.13) y de sociedades fiduciarias (art. 17.1); la Ley de 9 de enero de 1991, n° 20, sobre normas de control de las participaciones de empresas o entes de seguros, art. 10.2; la Ley del 6 de agosto de 1990, n° 223, que disciplina el sistema radiotelevisivo público y privado, art. 37; la Ley de 18 de febrero de

1992, n° 149, que disciplina las ofertas públicas de venta, suscripción e intercambio de títulos, art. 10.2; el Dec. leg. 87/1992, sobre balance consolidado de los bancos, art. 25; el Dec. leg. 385/1993, sobre sociedades bancarias, arts. 23 y 59; la Ley 109/1994, sobre empresa de obras públicas, arts. 8.5, 11, 15.4; el Dec. leg. del 8 de julio de 1999, núm. 270, sobre la administración extraordinaria de la gran empresa en estado de insolvencia, art. 80, entre otras.

En el derecho comunitario se trató por primera vez el tema de los grupos de sociedades en la VII Directiva CEE 83/349 del 13 de junio de 1983, relativa a la “Ordenación de las legislaciones nacionales sobre las cuentas consolidadas”. En esta Directiva se encuentran, prácticamente, los únicos antecedentes legislativos que puedan llevar a una definición de grupo de sociedades y los rasgos típicos que lo configuran. Posteriormente, la Propuesta de IX Directiva CEE sobre estos grupos aportó algunos elementos importantes. En lo relativo al concepto de grupos de sociedades, se inclina decididamente por el llamado modelo contractual, lo que puede llevar a que tanto el concepto económico como el jurídico acrecienten su distanciamiento. Ella, además, considera que las sociedades del grupo deben estar unidas bajo una dirección única y administradas como si en realidad se tratara de una sola sociedad, pero manteniendo cada una su autonomía. De esto se desprende, pues, que el grupo no tiene personalidad jurídica por que su objetivo es desarrollar la actividad económica de las sociedades que la componen.

Actualmente, en el seno de la Unión europea se sigue trabajando el tema. La tesis que cada día capta más adeptos es la que propone elaborar un derecho comunitario de grupos de sociedades; esto es, elaborar una normativa centrada en el derecho societario, dejando fuera otras áreas jurídicas, como el laboral, concursal y fiscal.

En nuestro país no se tiene una normativa general de grupos de empresas²⁵; sólo se dispone de un conjunto de normas sectoriales que regulan diferentes aspectos del funcionamiento de los grupos. Así, se han dictado primero normas fiscales, permitiendo o imponiendo la tributación consolidada, luego ha seguido la legislación

25 Según ROJO, A., “Los grupos de sociedades en el derecho español”, n° 220, RDM, 1996, pág. 467 y sigs., “la legislación española no contiene, propiamente, un concepto general de grupo de sociedades... el art. 42 del C. de c... El problema se complica como consecuencia del hecho de que la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, contiene un concepto de grupo distinto del que se deriva de las condiciones objetivas de consolidación. Mientras que el Código de Comercio utiliza el método presuntivo de la existencia de la dirección unitaria, basado en la simple concurrencia de determinados supuestos taxativamente enumerados (art. 42.1 C. de C.), la Ley del Mercado de Valores sigue el método realista, conteniendo una auténtica definición de grupo que complementa con las presunciones del Código de Comercio en materia de consolidación a las que añade una más por razón de la composición subjetiva del órgano de administración de la dominada”.

sobre entidades financieras, para determinar las bases técnicas de solvencia, en especial su nivel mínimo de fondos propios, teniendo en cuenta la realidad y diversidad de riesgos del grupo.

Entre las normas que se mencionan como aplicables a los grupos están: el art. 42.1. del Código de Comercio de 1885, que contempla sólo datos o mecanismos jurídico-formales que permiten, en hipótesis, presumir una unidad de grupo; los arts. 87 y 105.2 de la Ley de sociedades anónimas, que considera sociedad dominante, a efectos del régimen de autocartera, la que por mayoría de derechos de voto u otros medios puede ejercer influencia dominante sobre la otra, la sociedad dominada; los arts. 4 y 53 de la Ley del mercado de valores, Ley 24/88 del 28 de julio de 1988, reformulado por Ley 13/92 del 1º de junio de 1992, que estima pertenecientes al mismo grupo todas las entidades que constituyan una unidad de decisión, entendiendo que existe ésta en los supuestos jurídico-formales que se enumeran a continuación: el art. 8 de la Ley de defensa de la competencia, Ley 16/89 del 17 de julio de 1989, que establece que a los efectos de la aplicación de esta ley se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta. Además, hay que citar el real decreto sobre recursos propios de entidades financieras, RRD 1343/1992 del 6 de noviembre de 1992, art. 6; la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, Ley 2/95 del 24 de marzo de 1995, art. 10.1; la Ley de cooperativas, Ley 27/99 del 19 de julio de 1999, art. 78, entre otras.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN NUESTRO DERECHO SOCIETARIO

La Ley de sociedades anónimas establece que los administradores²⁶ (concepto que incluye a los consejeros de administración y, por lo tanto, a su presidente) deben

26 IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Tecnos, Madrid, 1971, pág. 115 y sigs. ESTEBAN VELASCO, G., en voz "Administradores de SA", en AA.VV., *Enciclopedia jurídica básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 344. GARRIDO DE PALMA, V.M., "El órgano de administración en la sociedad anónima", t. XXX, vol. 2, AAMN, 1991, pág. 419 y sigs. En torno a una mejor delimitación del perfil jurídico de la figura del administrador puede verse MORILLAS JARILLO, M. JOSÉ, *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002, pág. 133 y sigs. y, en particular, a partir de la pág. 298 y sigs. donde la autora da buena cuenta de las cualidades y requisitos que han de concurrir en la figura del administrador. TAPIA HERMIDA, A., "Tendencia expansiva de la noción de personal de alta dirección en el ámbito de la economía financiera (el magnagerialismo financiero)", n° 80, RDBB, octubre-diciembre, 2000, pág. 300 y sigs. En torno a las funciones a desarrollar por los administradores, véase: BERGÓS TEJERO, J.J., "Responsabilidad civil y mercantil de administradores y altos directivos", en *Responsabilidades y obligaciones de directivos y administradores*, Gestión, Barcelona, 2000, 1996, pág. 10.

desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal²⁷.

La Ley de sociedades anónimas²⁸ regula dos tipos de acciones de responsabilidad²⁹ contra los administradores: acción social y acción individual.

27 Un estudio pormenorizado sobre este particular puede encontrarse en PÉREZ CARRILLO, E.F., “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, n° 14, RdS, 2000, págs. 275 a 323, en particular pág. 277, que dice: “las obligaciones y responsabilidades de los administradores sociales constituyen elementos fundamentales en el régimen jurídico de ordenación de las sociedades mercantiles. Se sitúan en el plano estático o de conservación, y en el plano dinámico o de producción”. SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en bolsa en la evolución del derecho de sociedades*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 2001, discurso leído el día 26 de marzo de 2001, en el acto de su recepción como académico de número, pág. 258 y sigs. MARTÍNEZ MACHUCA, P., “Algunas cuestiones sobre la acción social de responsabilidad [arts. 133-134 LSA]”, t. I, en *Estudios lanzas-selva*, Madrid, 1998, págs. 533 a 559. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, SONIA, “Sentencia de 28 de junio de 2000: responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima frente a los socios y terceros”, n° 55, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil, 2001, págs. 175 y 176: “debemos entender que los dos deberes de carácter general que pesan sobre los administradores son diligencia y lealtad. El primero de ellos, el deber de diligencia, actúa como criterio para determinar el comportamiento exigible a los administradores atendiendo a las circunstancias de cada caso y, además, les obliga a respetar las prescripciones legales y reglamentarias impuestas para los empresarios en general y las específicas del sector en que opere la sociedad. Por su parte, el artículo 133 de la LSA establece que los administradores responderán ‘por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo’. Tal diligencia es precisamente la que recoge el art. 127.1 de la LSA, entendiendo que la diligencia propia de los administradores, como ordenado empresario y representante leal, requiere el cumplimiento de los deberes que les imponen la ley y los estatutos”.

A su vez: LLEBOT MAJÓ, J.O., “El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia”, n° 7, RdS, 1996, pág. 61 y sigs. PEDRO MORO, J.L., y MARROQUÍN PARRA, F., “La diligencia y lealtad en la actuación de los administradores en la sociedad anónima”, t. IV, La Ley, 1999, págs. 1609 a 1618. PORTELLANO DíEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Madrid, 1996. SANTOS BRIZ, JAIME, “La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores”, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, n° 24, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2000, pág. 329 y sigs. FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 217 y sigs. Para el derecho comparado, en similares términos: PENNINGTON, R. *Directors’ personal liability*, BSP Professional Books, 1987, pág. 81, donde trata “the personal character of the duty of care and skill”. MERLE, Ph., *Sociétés commerciales*, 7ª edición, Précis Dalloz, París, 2000, sentencia de 29 de diciembre de 1999 (RA. 9619), refiriéndose al art. 128 LSA: “la representación de la sociedad corresponde a los administradores en la forma determinada en los estatutos”.

28 Para saber más sobre los antecedentes del control del órgano de administración y, en particular, la Ley de sociedades anónimas de 17 de julio de 1951 y, sobre el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, en MORILLAS JARILLO, M. J., *Las normas de conducta de los administradores*, op. cit., págs. 51 y 63 y sigs. VICENT CHULIÀ, FRANCISCO, “La sociedad anónima en el derecho comunitario europeo”, en AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 113 y sigs.

29 Cfr. ALONSO SOTO, R., “Consideraciones sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima”, n° 5090, La Ley, de 5 de julio de 2000, págs. 1 a 4. CACHÓN BLANCO, J.E., *Los mercados de valores*, Actualidad Editorial S.A., Madrid, 1995, pág. 67: “En el caso de una actuación incorrecta o negligente de los administradores de una sociedad anónima (cotizada o no), pueden aplicarse los siguientes niveles de responsabilidad: responsabilidad penal, si su actuación implicare algún tipo de delito. Se puede exigir a través de la denuncia o de la querrela. Responsabilidad administrativa o infracciones del mercado de valores. Cualquier persona puede poner en conocimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores hechos que puedan constituir infracción, tras lo cual, la CNMV puede iniciar el expediente

A lo largo del tiempo³⁰, y en los distintos sistemas jurídicos, las posibilidades de organización de las relaciones entre los administradores y la sociedad han girado en torno a dos esquemas básicos³¹: una relación contractual³² (tesis de la representación) o una relación orgánica (tesis del

correspondiente. Responsabilidad civil. Se puede exigir a través de una demanda ante los tribunales". Igualmente, SERNA, JOSÉ, "La reforma de los consejos de administración en las sociedades cotizadas", en AA.VV. *Los consejos de administración españoles en una economía globalizada*, Boletín 67, 1997, págs. 468 y 469 apunta que "el artículo 95 LMV establece el principio de responsabilidad administrativa de quienes ostenten cargos de administración o dirección de las sociedades obligadas al cumplimiento de las obligaciones anteriormente indicadas. Esta responsabilidad puede llevar aparejada la imposición de sanciones muy importantes, reguladas en el artículo 105 de la LMV... Si se pasa del ámbito administrativo al penal, los administradores sociales no escrupulosos podrían caer bajo los supuestos de aplicación de las nuevas figuras delictivas reguladas en el reciente Código Penal de 23 de noviembre de 1995. Los artículos 285 y 286 tipifican el delito de uso de información privilegiada, dentro de los delitos contra el mercado, y los artículos 290 a 297 regulan los específicamente denominados *delitos societarios*, en los que se incluyen el falseamiento de las cuentas sociales, la imposición de acuerdos abusivos, la formulación de mayorías ficticias, la negación de derechos políticos a los accionistas, la obstrucción de la autoridad supervisora o la disposición fraudulenta de los bienes sociales". Véase, además, el estudio de QUIJANO GONZÁLEZ, J., "Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores: algunas cuestiones sustantivas", n° 34, RDBB, abril-junio, 1989, pág. 301. *Id.*, a su vez: CARLÓN, LUIS, "Reflexiones sobre la tutela de la minoría en la sociedad de responsabilidad limitada", en *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, pág. 86. ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", n° 198, RDM, octubre-diciembre, 1990, pág. 670 y sigs. ARROYO MARTÍNEZ, I., "Art. 133 de la LSA", en AA.VV. vol. 2, *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1388: "además de la responsabilidad civil y penal, los administradores responden en derecho español en el ámbito administrativo. Significa que la administración pública, a través del órgano legalmente competente y respetando el procedimiento respectivo, puede imponer sanciones administrativas que se traducen normalmente en multas y sanciones de carácter económico o de otra índole. Me refiero concretamente a la responsabilidad administrativa prevista en los artículos 89 y 221 LSA. El primero hace referencia a la infracción de las normas sobre negocios de las propias acciones... El segundo, sobre infracción del depósito de las cuentas anuales".

- 30 GIRÓN TENA, "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el derecho español", vol. II, *Anuario de derecho civil*, abril-junio, 1959, pág. 421 y sigs. Explica ARROYO MARTÍNEZ, I., "Art. 133 de la LSA", *op. cit.*, pág. 1386: "el origen de la responsabilidad hay que buscarlo en el artículo 144 del Código de Comercio, que, según doctrina autorizada, fue tomado de dos preceptos franceses: el artículo 32 del *Code de Commerce* y el artículo 44 de la Ley francesa de sociedades de 1867. Posteriormente la LSA de 1951 y la LSRL de 1953 contenían un sistema de normas más completo de responsabilidad (arts. 79, 80 y 81 y art. 13.1, respectivamente)... es lo cierto que el derecho positivo ha mantenido siempre y sin solución de continuidad el principio culposo de la responsabilidad de los administradores y se ha ocupado, por otro lado, de fijar los supuestos o causas de esa responsabilidad".
- 31 MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores*, *op. cit.*, pág. 72 y sigs. PÉREZ CARRILLO, E., *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 52 a 55. *Idem*, "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", n° 14, RdS, 2000, págs. 276-277, afirma la posición mixta (orgánica y contractual) de la posición jurídica de los administradores sociales.
- 32 Según ARROYO MARTÍNEZ, I., "Art. 133 de la LSA", *Comentarios*, *op. cit.*, págs. 1393 y 1394: "el fundamento de la responsabilidad del administrador hay que buscarla en la figura del mandato porque el administrador, como todo mandatario, debe responder por las obligaciones asumidas frente al mandante... por contra, hay quienes afirman que los administradores responden porque el principio jurídico, admitido universalmente del *neminem laedere*, nadie debe causar daño a otro y si lo hace debe responder, es fundamento suficiente para articular la obligación de resarcimiento".

órgano)³³. Podemos decir que, conforme a la teoría orgánica, quien actúa es la persona jurídica con sus propios órganos, y la persona y el órgano constituyen una unidad; mientras que si seguimos la teoría de la representación, la persona jurídica actúa por medio de representantes³⁴, y la persona y el representante son sujetos diversos.

Unido a los anterior, también en el derecho positivo existe una polémica doctrinal sobre la naturaleza de la responsabilidad civil de los administradores. En otros términos, por un lado, nos encontramos aquellos que piensan que hay una responsabilidad objetiva porque ha desaparecido el parámetro de la diligencia como criterio general de imputación de responsabilidad, de suerte que se puede hablar de causas objetivas cuando los actos son contrarios a la ley o a los estatutos. En tales supuestos el administrador responde sin necesidad que el demandante aporte la prueba positiva del dolo o de la negligencia. Por otro lado, nos encontramos con aquellos que defienden la naturaleza culposa de la responsabilidad de los administradores en todos los casos. Sea como fuere, cualquiera que sea la causa que produce el daño o menoscabo, siempre hay que probar la culpa o negligencia del administrador.

Consideramos que en la acción social estamos ante una responsabilidad contractual³⁵, por incumplimiento de la obligación de administrar o ejercer

33 Cfr. ARANGUREN URRIZA, FRANCISCO J., “Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción”, en *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, nº 24, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2000, pág. 19 y sigs. SCHOLASTIQUE, E., *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droit français et anglais*, LGDJ, París, 1998, pág. 115, apunta que “la responsabilité du conseil peut bien être individuelle lorsqu’un des membres du conseil a commis directement une faute qui n’est imputable qu’à lui-même, tel administrateur qui commet une faute dans l’accomplissement d’une mission ou d’un mandat exceptionnel”.

34 ARROYO MARTÍNEZ, I., “Art. 133 de la LSA”, *op. cit.*, págs. 1391 y 1392, argumenta que “en el caso de administrador persona jurídica la imputabilidad de la conducta ilícita, y en su caso exoneración, debe realizarse a la persona física representante el art. 143 del Reglamento del Registro Mercantil exige que la persona jurídica nombrada administradora designe a una persona física que, en nombre de aquella y con carácter permanente, pueda desempeñar por sí sola todas las funciones inherentes al cargo conferido, *vid.* la RDGRN de 3 de junio de 1999, (AC 4193), si bien las consecuencias patrimoniales se imputarán al patrimonio social de la persona jurídica administradora”.

35 CADENA ESCUER, A., “Responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil. Acciones civiles, sociales e individuales”, en *Responsabilidades y obligaciones de directivos y administradores*, Gestión, Barcelona, 2000, 1996, pág. 29 y sigs., explica los presupuestos de la responsabilidad diciendo que “el daño ha de ocasionarse por culpa de los administradores... conforme al art. 1107 del CC, el administrador responderá únicamente del daño que sea consecuencia necesaria de su actuación, salvo si media dolo, en cuyo caso se agrava la responsabilidad y responderá de los que conocidamente se deriven de aquella”. Así, entre otras: sentencia de 29 de abril de 1999 (RA. 8697); sentencia de 22 de mayo de 1999 (RA. 3478); sentencia de 8 de julio de 1999 (RA 4900), donde se indica que la responsabilidad de los administradores es de tipo contractual directamente con el ente. También la sentencia de 28 de junio de 2000 (RA. 5912) y el auto del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2000 (RA. 8319).

diligentemente las competencias propias del órgano de administración, que surge de la actuación de los administradores como tales, diferenciándose así de otros supuestos de responsabilidad contractual por relaciones negociales con la sociedad, en cuyo caso el incumplimiento no tiene este carácter orgánico. En el supuesto de que se ejercitarse por la sociedad, estamos ante una aplicación especial de la acción de incumplimiento del artículo 1101 del Código Civil. En cambio, en caso de ejecutarla los socios o los acreedores estaríamos ante una variante de la acción subrogatoria.

Por otro lado, en la acción individual, se trata de una responsabilidad de origen extracontractual, aunque se origine por razón de un contrato celebrado con los administradores. Así, la acción individual de responsabilidad es un supuesto especial de la acción del art. 1902 del CC, caracterizada por referirse a actuaciones de los administradores como tales, en su condición de órgano, siendo posible la responsabilidad extracontractual general por daños originados en su actuación como particulares.

La institución de la responsabilidad civil³⁶ es utilizada, en ambos casos, por el derecho de sociedades como un elemento más de los que componen el sistema de control de la gestión³⁷, con la pretensión, común al resto de elementos de ese

36 Institución ya estudiada por QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la SA*, op. cit., págs. 47 a 55. Explicaba, a su vez SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima”, vol. IV, *Anuario de derecho civil*, octubre-diciembre, 1962, pág. 924: “su diversificación se opera, únicamente, en atención a la diversa incidencia del daño producido. Si éste produce su impacto directamente en el patrimonio de la sociedad, la responsabilidad susceptible de derivarse para los administradores culpables se dice social. Si, por el contrario, el evento dañoso incide directamente en la esfera patrimonial propia y privativa de terceras personas extrañas a la subjetividad misma de la sociedad, la responsabilidad se considera como individual. La responsabilidad social y la responsabilidad individual a que pueden quedar sometidos los administradores engendrarán para los sujetos dañados la posibilidad de utilizar un remedio sustancialmente idéntico; el planteamiento judicial de la correspondiente acción de responsabilidad para exigir a los administradores culpables la reintegración del perjuicio patrimonial experimentado”. Dice ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima”, n° 198, RDM, octubre-diciembre, 1990, pág. 661: “la responsabilidad social del art. 133 LSA, así como la individual del artículo 135, se sitúan en el marco del derecho civil o común patrimonial, concretamente en el derecho de daños, sirviendo como vía de reintegración al patrimonio social o individual perjudicado por los administradores”, GARRETA SUCH, J.M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996. HURTADO COBLES, *La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social*, Ed. Atelier, Barcelona, 1998, pág. 70 y sigs. También, CANDELARIO MACÍAS, I., “La responsabilidad de los administradores solicitada por la minoría en la sociedad bursátil”, n° 237, *Revista de contabilidad y tributación*, diciembre, 2002, págs. 185 a 234.

37 Considérese lo que apunta ARANGUREN URRIZA, FRANCISCO J., “Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción”, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, n° 24, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2000, pág. 35: “es importante, a los efectos de la acción social de responsabilidad, determinar la medida en que la junta general puede intervenir en la gestión social, cuando para determinados actos de gestión se requieran instrucciones de la junta, autorización previa o aprobación posterior. Es igualmente importante determinar qué decisiones exceden de la gestión social y quedan fuera de los poderes del órgano de

sistema (p. ej.: sistema de impugnación de acuerdos del órgano administrativo, reconocimiento de otros derechos de minoría). Con ello, se intenta estimular que la actividad de administración de la sociedad se desarrolle correctamente³⁸, es decir, de forma acorde al modelo de conducta del ordenado empresario y representante leal (art. 127³⁹ LSA como anotábamos, precepto modificado recientemente por la Ley 26/2003 sobre transparencia de las sociedades cotizadas,

administración. Y, finalmente, en qué medida afecta a la responsabilidad de los administradores la existencia de un previo acuerdo de la junta general, tanto en orden a las obligaciones que le corresponden a informar a la asamblea, como de ejecutar tales acuerdos, y en concreto, en qué medida cabe a los administradores descargarse de responsabilidad ante decisiones arriesgadas mediante obtención de un previo acuerdo de la junta general”.

- 38 MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores*, op. cit., pág. 352 y sigs., dice que “la conducta diligente del administrador no se define en la ley con una serie de reglas sino, de nuevo, de forma general, por remisión a un modelo. Se trata de un modelo objetivo o abstracto, porque el comportamiento exigible al deudor no se determina de acuerdo con las aptitudes personales del sujeto concreto -cosa que sí hace el modelo de diligencia *quam in suis*, que alude a su trayectoria personal- sino por referencia a una persona ideal, a un modelo externo a la persona del deudor”. Por su parte, apunta LEÓN SANZ, J., “La significación de la información contable en las modificaciones estructurales”, en *Derecho de sociedades, libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 2184 y sigs., que “las obligaciones específicas que han de observar los administradores en las modificaciones estructurales se habrán de interpretar e integrar conforme a los deberes generales de diligencia y fidelidad que informan la actuación de los administradores”.

Véase además en torno a la actuación diligente del administrador la sentencia de 8 de febrero de 1999 (RA 1518); la RDGRN de 13 de octubre de 1992 (RA 8308); sentencia de 14 de octubre de 1992 (RA 8309); sentencia de 15 de octubre de 1992 (RA 8313).

Para el derecho comparado: BADUINO, A. y FRASCINELLI, *Gli amministratori delle società per azioni e a responsabilità limitata*, Giuffrè, Milano, 1996, pág. 196, puntualizan ambos autores como la jurisprudencia italiana además de aplicar el parámetro de la diligencia del mandatario del art. 1170 del CC, también recurre al art. 1176, que establece que, tratándose de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse con relación a la naturaleza de la actividad ejercitada. BERG, A., “The company law review: legislating director’s Duties”. *Journal Business Law*, septiembre, 2000, págs. 472 a 491. BALOTTI, R. ELSON, CH. LASTER, J., “Equity Ownership and the Duty of Care: Convergence, Revolution, or Evolution?”, vol. 55, n° 2, *Business Lawyer*, 2000, págs. 661 a 692.

- 39 DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La administración de la sociedad anónima”, n° 4, *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre, 1992, pág. 132 y sigs. ESTEBAN VELASCO, G., “La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, n° 24, Estudios de derecho judicial, Madrid, 2000, pág. 63. Jurisprudencialmente, véanse entre otras la sentencia de 13 de febrero de 1990 (RA 681) y sentencia de 28 de febrero de 1996 (RA 1608), si bien en múltiples ocasiones la responsabilidad está establecida por la propia ley con relación a las obligaciones que se les imponen, es fácil colegir que la responsabilidad que está relacionada simplemente con el desempeño del cargo no se determina *a priori* en una serie de casos. En estos supuestos el contenido de la prestación debida se define en virtud del criterio de la diligencia. Diligencia que el art. 127.1 LSA remite al estándar abstracto del ordenado empresario y representante leal. MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores*, op. cit., pág. 256 y sigs., “somos partidarios de una interpretación amplia, porque la tarea de los administradores no se desenvuelve en un universo jurídico integrado sólo por disposiciones legales con rango de ley, ni, entre éstas, cabe deducir el ámbito de incumplimiento generador de responsabilidad a la LSA y las que la complementan”. MARTÍNEZ SANZ, F., “Art. 127 de la LSA”, en AA.VV., vol. 2, *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1324 y sigs.

donde se contempla entre los deberes de los administradores el deber de diligencia, deber de secreto, deber de lealtad y de fidelidad) para proteger los intereses concretos de la sociedad, de los socios, de los acreedores o de los terceros en general. Nótese aquí que el deber genérico de administrar comporta dos facetas, cuales son la gestión y la representación sociales⁴⁰ y tales son las competencias de los administradores conforme al art. 8-f de la Ley de sociedades anónimas. No se trata de poderes de ejercicio discrecional, sino que son otorgados para la consecución del interés social, dentro de los límites que impone el objeto social.

El régimen de responsabilidad civil de los administradores⁴¹ cumple, además de las funciones⁴² preventiva y reparadora del daño y sancionadora de la conducta, una función de control de la gestión.

A la vista de lo expresado, analicemos a continuación cómo la responsabilidad viene a derivarse y ordenarse en el grupo de empresas o sociedades.

40 MORILLAS JARILLO, M.J., *op. ult. cit.*, pág. 181, “facultades de gobierno (convocar la junta, presentar balance, depositar cuentas, proporcionar información a los socios, ejecutar los acuerdos de la junta); facultades de gestión económica empresarial (dirigir la marcha de las inversiones, aspectos financieros, relaciones y actividades comerciales); facultades jurídicas, consistentes en la representación de la sociedad”. Por su lado, precisa MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª, ed., Bosch, Barcelona, 1998, pág. 25 y sigs., existe una imposibilidad de tipificar los deberes de los administradores. La sentencia de 26 de mayo de 1994 (RA 3747), afirma “el principio de que las facultades de los administradores [...] comprende desde el más sencillo acto de gestión hasta el más importante de disposición”. Por su parte, la RDGRN de 31 de octubre de 1989 (RA 7052), dice: “la función de la gestión social atribuida a los administradores es incompatible con las especiales características de un órgano colegiado como es la misma facilidad que las acciones (título de vocación circulatoria) se transmiten y, generalmente, se desinteresan de la actividad diaria; su régimen, convocatoria, etc., se caracteriza por una rigidez que mal se aviene con las exigencias puntuales de la administración de los asuntos sociales [...] sin que la ocasional reunión en pocas manos de todas las acciones permita eludir esta exigencia, toda vez que en cualquier momento puede desaparecer dicha circunstancia con el consiguiente entorpecimiento de la vida social”. La RDGRN de 22 de julio de 1991 (RA 5446): “la enunciación detallada en los estatutos de los actos concretos que, al amparo de esa capacidad general, puede realizar la sociedad resulta en todo caso innecesario...”.

41 DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, 2ª, ed., Montecorvo, Madrid, 1993, págs. 275-276. MORILLAS JARILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores*, *op. cit.*, pág. 224.

42 Puntualiza en relación a la finalidad: CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 39: “la acción social de responsabilidad tiene por finalidad conseguir la reintegración del patrimonio social dañado como consecuencia de la actuación antijurídica o negligente de los administradores. Lo que se pretende con el ejercicio de la acción es la condena del administrador a indemnizar a la sociedad por el perjuicio económico causado”.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL GRUPO QUE COTIZA EN BOLSA

3.1. La sociedad bursátil

Se ha discutido tanto en torno a la naturaleza⁴³ de esta estructura societaria, como en relación a su terminología⁴⁴. Así, nos encontramos con aquellos autores⁴⁵ que identifican sociedad cotizada con las sociedades abiertas que apelan al ahorro

43 Dice CACHÓN BLANCO, J.E., “El régimen jurídico de la sociedad cotizada en Bolsa de Valores, con especial referencia a la incidencia en el tema de las leyes 37/1998, 50/1998 y 55/1999 y de otros desarrollos propios del mercado de valores”, en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, 3º vol., McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 845: “no se trata de configurar un tipo societario a añadir a los conocidos, puesto que se parte de la base de que la sociedad cotizada es una sociedad anónima, pero sí de reconocer la existencia de unas características propias, así como de un régimen jurídico específico para dicha sociedad anónima cotizada”. Por su parte, declaran VICENT CHULIÁ y SALINAS ADELANTADO, “Derecho de sociedades y mercado de valores”, nº 4779, La Ley, 21 de abril 1999, pág. 2: “el tema doctrinal y de política legislativa más discutido es si la sociedad cotizada debe considerarse un tipo especial, que merezca un estatuto jurídico diferenciado del derecho común de la sociedad anónima. En general, la doctrina ha considerado la sociedad cotizada o bursátil como un mero subtipo de la sociedad anónima, que no merece por ello un estatuto jurídico-privado especial (y no sólo un estatuto o disciplina jurídico-pública superpuesta a su régimen sustantivo)”.

Muy clarificador, en este sentido, es el Prof. SÁNCHEZ CALERO, F., “Las sociedades cotizadas o bursátiles en el derecho español”, nº 44, rdbb, octubre-diciembre, 1991, págs. 910 y 911: “si nos ponemos de acuerdo en que empleamos la expresión de tipo social como equivalente a la de forma social, podemos llegar a la conclusión de que la sociedad anónima es una de esas formas o tipos previstos por la ley y que la *sociedad cotizada*, no es sino una subespecie o subtipo de la sociedad anónima”, aunque precisa que “la consideración de la sociedad cotizada como un subtipo de la sociedad anónima tiene la ventaja de que con ello se pone de manifiesto que aun cuando se admitan las acciones de la sociedad a cotización en bolsa, *la sociedad no pierde su adscripción a un tipo social determinado reconocido por la Ley, el de sociedad anónima*”. También dice ESTEBAN VELASCO, G., “Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación”, nº 2, RdS, 1994, pág. 138: “estos subtipos proceden unos casos de la autonomía estatutaria, lo que nos permite hablar de la lícita configuración de *subtipos estatutarios* de SA y en otros casos, es el propio legislador el que establece un régimen o estatuto especial en atención, p. ej.: al tipo de actividad desempeñada (mercado de crédito, valores y seguros) o a las características del accionista como inversor en determinado tipo de sociedades (sociedad bursátil o abierta), dando lugar a la heterogénea categoría de *SA especiales* o de *subtipos legales* de la SA”.

44 Explica TAPIA HERMIDA, J., “La junta general de accionistas de la sociedad anónima cotizada”, en vol. III, *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Sánchez Calero*, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 2918: “las SSAA cotizadas o bursátiles constituyen un subtipo de las SSAA abiertas que se caracterizan por presentar, junto a los caracteres generales de estas últimas (elevado número de accionistas, fungibilidad de la condición de socio, disociación entre propiedad y control de la gestión social, etc.), la nota definitoria de la negociación de sus acciones en las bolsas de valores, que son —de acuerdo con lo dispuesto en el art. 46 de la LMV— los únicos mercados secundarios oficiales de valores en los que aquellas acciones pueden ser negociadas”.

45 ALONSO LEDESMA, CARMEN, “El papel de la junta general en el gobierno corporativo de las sociedades de capital”, en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 618: “las sociedades abiertas o bursátiles”. *Vid.*, ESTEBAN VELASCO, G., “Propuesta de reforma del derecho alemán de sociedades anónimas (el *referenten-entwurf* de 1996 sobre control y transparencia)”, nº 8, RdS, 1997, pág. 536: “sociedades abiertas al mercado de valores”. FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. y HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *El gobierno de las sociedades cotizadas: situación actual y reformas pendientes*, nº 56, *Papeles de la Fundación*, 2000, pág. 9: “sociedades que apelan a los mercados de capitales”.

público⁴⁶. Por otro, a aquéllos⁴⁷ que hablan de sociedades cotizadas como sociedades bursátiles.

Baste recordar, igualmente, las palabras del maestro GIRÓN TENA⁴⁸, que apunta que la

“Gran sociedad anónima contemporánea, que tiende a definirse como un tipo propio de sociedad anónima (o de empresa), porque, de hecho, sucede que esa gran sociedad anónima es la sociedad anónima bursátil”.

Identifica la gran sociedad anónima con la sociedad bursátil o cotizada; si bien no siempre toda gran sociedad anónima puede tener sus acciones cotizadas en bolsa, aunque es cierto que es lo más frecuente. Con esto se quiere expresar que el hecho importante no es tanto la dimensión o tamaño de la estructura societaria como del dato singular de que las acciones se negocien en bolsa⁴⁹.

46 Entiende TRIAS SAGNER, M., “El sistema de protección del accionista inversor”, n° 14, RdS, 2000, págs. 198 y 208: “la sociedad anónima abierta, entendiendo por abierta aquella cuyas acciones se negocian en los mercados de valores”. Apunta acertadamente SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en bolsa*, op. cit., pág. 79: “el calificativo americano de sociedad pública, que en principio puede dar lugar a equívocos, refleja no obstante con intención de ofrecer al público en general una amplia información, una revelación o difusión de la vida de la sociedad emisora de los valores, como contrapartida a la petición genérica a todos los inversores de que adquieran las acciones que emite, con invitación a que participen en la sociedad”. ALONSO UREBA, A., “El gobierno de la sociedad anónima cotizada (reforma legal *versus* códigos de conducta)”, en AA.VV., *Instituciones del mercado financiero*, Madrid, 1999, pág. 3257, habla de: “sociedad abierta al mercado de capitales”. Por su parte: RECALDE CASTELLS, A., “Organización y ‘buen gobierno’ de las sociedades anónimas cotizadas”, n° 210, *Noticias de la Unión Europea*, 2002, pág. 80: “se configurarán como sociedades ‘abiertas’, entendido el término como sociedades con una estructura accionarial caracterizada por un número enorme de pequeños y dispersos accionistas y en las que falta un accionista que domine efectivamente la sociedad”.

47 SÁNCHEZ CALERO, F., “Las sociedades cotizadas o bursátiles en el derecho español”, op. cit., pág. 909, “podemos llamar sociedad cotizada, según la terminología usual, o bien sociedad bursátil, según dice un sector doctrinal”. El mismo autor en *La sociedad cotizada*, op. ult. cit., pág. 31, la gran sociedad anónima, en especial aquella que tiene su capital disperso entre multitud de accionistas y cotiza sus acciones en bolsa. También, precisa ALBELLA, SEBASTIÁN, “El estatuto de las sociedades cotizadas”, n° 3415, *La Ley*, 1993, pág. 1: “la condición de sociedad emisora de valores admitidos a negociación en bolsa, en particular la de sociedad con capital total o parcialmente admitido, determina la aplicación de un régimen jurídico diferenciado, en muchos e importantes aspectos, del general aplicable a las sociedades en las que no se dan tales circunstancias; hasta el punto de que la doctrina ha hablado, aludiendo a este dato, de *sociedad anónima bursátil*...”. A su vez, LORING, CARLOS, “Sociedades cotizadas”, en *Manuales de la reforma mercantil en España*, t. I., Derecho, tipología y estructura de las sociedades, Expansión, Madrid, 1999, pág. 64: “el término de sociedades cotizadas que acuña la LSA responde en buen grado a lo que en la práctica viene siendo utilizado comúnmente para referirse a aquellas sociedades cuyas acciones cotizan en bolsa”.

48 GIRÓN TENA, J., “Las reformas varias, pendientes y andantes, de la sociedad anónima en España”, *La Ley*, 17 de enero de 1989, pág. 925.

49 Se reafirma el Prof. GIRÓN TENA, J., “Sociedades y bolsa”, en *Coloquio de derecho bursátil*, Universidad de Bilbao, 1970, pág. 90, que utiliza indistintamente: “las sociedades que cotizan en bolsa... la gran sociedad anónima”. Señalaba, por su parte, GARRIGUES, J., “La reforma de la sociedad anónima y el régimen de la bolsa”, en *Coloquio de derecho bursátil*, Universidad de Bilbao, 1970, págs. 366 y 367: “las leyes mercantiles

La entidad cotizada en Bolsa de Valores es fundamentalmente la sociedad anónima, aunque no sea ésta la única susceptible de tener valores admitidos a negociación bursátil. La sociedad cuyas acciones cotizan en bolsa es una sociedad anónima, pues (con la única excepción, prácticamente inexistente, de las sociedades comanditarias por acciones) es la única que puede emitir acciones, las cuales constituyen el valor negociable ('activo financiero', en sentido económico) básico de una Bolsa de Valores, pues representan partes del capital social de la sociedad, cuya rentabilidad depende, directa o indirectamente, del resultado económico que dicha sociedad obtenga ('renta variable')⁵⁰. Adicionalmente, hay que señalar que la gran mayoría de ocasiones estas sociedades cotizadas vienen a integrarse dentro del fenómeno de grupo de empresas descrito en las anteriores páginas de nuestro trabajo. No obstante, lo dicho debe apuntarse que en el ámbito cooperativo, excepcionalmente, se manifiesta la cotización en bolsa —*Mondragón Corporación Cooperativa*— según veremos al final del trabajo.

Considérese aquí el dato de que ni la Ley del mercado de valores define qué se entiende por *sociedad cotizada*, ni tampoco lo realiza la ley de sociedades anónimas.

modernas han sometido todas las acciones y todos los accionistas al mismo patrón... Pero no la funda en un criterio dimensional, como es el que atiende al número de socios o a la cuantía del capital, sino en otro criterio que en definitiva es el que nos interesa en este momento: en el hecho de estar o no admitida la sociedad anónima a la cotización en bolsa. Aparece así por primera vez una contraposición desconocida por los códigos de comercio del siglo XIX, entre sociedades que cotizan y sociedades que no cotizan en bolsa". En este sentido, véase además CACHÓN BLANCO, J.E., "El régimen jurídico de la sociedad anónima cotizada en Bolsa de Valores", n° 42, *Actualidad civil*, noviembre, 1994, pág. 846, que opina que "la sociedad bursátil tiende a identificarse con la gran sociedad anónima, especialmente cuando el Reglamento General de Bolsas de 30 de junio de 1967, vigente aún en este campo, establece como primer requisito de admisión a cotización un elemento puramente cuantitativo, como es disponer de un capital superior a una cifra dada". Acertadamente distingue y precisa que "de ello parece derivarse la necesidad de que la sociedad cotizada sea una sociedad de cierto tamaño y dimensión, pero no se puede efectuar una identificación entre gran sociedad y sociedad bursátil, en la medida que la situación recíproca no es cierta, es decir, no toda sociedad de gran tamaño es una sociedad cotizada, pues puede comprobarse con facilidad que existen sociedades anónimas de gran tamaño que no solicitan la cotización bursátil". *Cfr.*, a su vez JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., "La acción como parte del capital y como conjunto de derechos en la Ley de sociedades anónimas", *Derecho de los negocios*, 1991, pág. 238. GUADARRAMA LÓPEZ, E., *Las sociedades anónimas (análisis de los subtipos societarios)*, México, 1993, pág. 102. Por último, precisa el Prof. SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en bolsa. op. cit.*, págs. 79 y 121: "en el régimen de la sociedad cotizada ha de incidir necesariamente el hecho de acudir al ahorro público, de insertarse en el mercado de valores, y por consiguiente, se ha de ver influido por las preocupaciones relevantes del derecho de ese mercado, de modo primordial en lo relativo a la necesaria transparencia y difusión de la situación de la sociedad para el general conocimiento de sus hechos relevantes... dentro del derecho de sociedades la noción de sociedad cotizada debe ser más amplia, de forma que comprenda aquellas que cotizan sus acciones bien en una bolsa española o en un mercado secundario de otros países, sea comunitario o no, de ahí que sea conveniente la referencia a la admisión a cotización en un mercado secundario oficial, sin aludir a la nacionalidad de este mercado".

50 Siguiendo la argumentación de CACHÓN BLANCO, J.E., "El régimen jurídico de la sociedad anónima cotizada en Bolsa de Valores, con especial referencia a la incidencia en el tema de las leyes 37/1998, 50/1998 y 55/1999 y de otros desarrollos propios del mercado de valores", en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, 3° vol., McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 2628 y 2629.

Además, subráyese el hecho de que las sociedades cuyas acciones están admitidas a cotización en un mercado secundario oficial español, suelen ser —en gran parte de las ocasiones— sociedades integradas en un grupo de empresas tal y como comentábamos. Es común que una sociedad cotizada sea la dominante de otra sociedad cuyos títulos cotizan también en bolsa. Ejemplos de este tipo son los grupos de entidades financieras⁵¹. Materia de grupos —insistimos— deficitariamente reglamentada en nuestra legislación.

Una de las escasas definiciones que se realiza de sociedad cotizada o bursátil en nuestras normas la encontramos en el artículo 1.3 del real decreto 377/1991, de 15 de marzo sobre comunicación de participaciones significativas, que indica que debe entenderse por sociedades cotizadas:

“aquellas que tienen admitidas a negociación en una Bolsa de Valores española todas o parte de sus acciones”⁵².

Se establece en el libro III, de las sociedades cotizadas, en la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*⁵³, en su art. 367, la admisión a cotización:

“1. la solicitud de admisión a cotización de las acciones en mercado secundario oficial exige previo acuerdo de la junta general de accionistas adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales. 2. En ningún caso podrán ser admitidas a cotización en mercado secundario oficial las acciones de una sociedad que no cumpla con lo establecido en este libro”.

El art. 368, por su parte, indica que:

“1. El capital de una sociedad cotizada no podrá ser inferior a diez millones de euros. 2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, para determinar la cifra del capital de la sociedad cotizada, se deducirá la participación correspondiente al accionista que, directa o indirectamente, posea un porcentaje igual o superior al diez por ciento de dicho capital”.

51 Así RUIZ PERIS, JUAN I., “Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores”, n° 218, *Revista de Derecho Mercantil*, 1995, pág. 1496.

52 Se pone de manifiesto por el Prof. MENÉNDEZ, A., en su *Laudatio* al profesor SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 354: “las sociedades anónimas cotizadas dentro del derecho de sociedades, y entendidas éstas, por referencia al derecho español, como aquellas que tienen admitidas a negociación en una bolsa española todas o parte de sus acciones (RD. de 15 de marzo de 1991)”.

53 Véase, *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles. Comisión general de codificación. Sección de derecho mercantil*, (SÁNCHEZ CALERO, BEROVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y ROJO FERNÁNDEZ RÍO), Ministerio de Justicia, 2002, en pág. 137 y sigs.

El art. 369, es el encargado de estipular el número mínimo de acciones y de accionistas:

“1. El número de acciones de una sociedad anónima admitida a cotización en mercado secundario oficial no podrá ser inferior a doscientas mil. 2. El número de accionistas de una sociedad anónima admitida a cotización en mercado secundario oficial no podrá ser inferior a mil”.

Esta *propuesta* viene a delimitar de manera más correcta los requisitos necesarios para constituirse en sociedad bursátil.

Por su lado, en el derecho comparado, el decreto legislativo italiano de 24 de febrero de 1998 (en adelante TU), entiende por sociedades cotizadas en su art. 119:

“sociedades italianas con acciones cotizadas en mercados italianos reglamentados o de otros países de la Unión Europea (sociedad cotizada por acciones)”.

Por su parte, la ley alemana de 27 de abril de 1998 (en adelante *KontraG*), que modifica una vez más la Ley de 1965 (*AktG*), declara en su nuevo párrafo 2º del artículo 3º que:

“en el sentido de esta ley, sociedades cotizadas son sociedades cuyas acciones se negocian regularmente en un mercado regulado y supervisado por instancias reconocidas, y que son directa o indirectamente accesibles para el público”.

En definitiva, de lo dicho se desprende que la sociedad cotizada viene a ser aquella sociedad cuyas acciones se negocian en bolsa y que, por ello, constituye una especialidad⁵⁴ respecto a la sociedad anónima en general. De esta opinión —clarificadora en este caso— es la de CACHÓN BLANCO⁵⁵, que identifica y caracteriza a la sociedad cotizada como aquella:

54 Al respecto, COTTINO, G. y WEIGMANN, R., “Primeras impresiones sobre el nuevo texto único italiano de las disposiciones en materia de mercados financieros”, n° 10, RdS, 1999, pág. 187: “la sociedad cotizada es una sociedad anónima cuya disciplina se conecta a la común, diferenciándose de ésta por un dato no definitivo y más bien mudable, como es el de la cotización, que puede existir, permanecer, cesar”.

55 Cfr., CACHÓN BLANCO, J.E., “El régimen jurídico”, *op. cit.*, págs. 846 a 848. ESTEBAN VELASCO, G., “Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación”, *op. cit.*, pág. 137: “en nuestro ordenamiento, siguiendo la pauta común a los ordenamientos latinos el legislador establece una forma jurídica de SA diseñada para permitir la organización de la gran empresa que recurre al ahorro público, con una determinada estructura del capital y composición del accionariado (numeroso y heterogéneo que normalmente implicará los típicos conflictos de intereses entre accionistas/administradores y entre mayoría/minoría)”. Véase, además, *Informe Olivencia sobre el gobierno de las sociedades cotizadas*, febrero, 1998, pág. 7: “las sociedades que apelan a los mercados financieros... sociedades, fundamentalmente de aquellas cuyas acciones cotizan en los mercados de valores”.

“sociedad anónima con cotización en bolsa que presenta un conjunto de particularidades que deben ser objeto de consideración. En primer lugar, la sociedad cotizada es una sociedad abierta en cuanto el accionariado, es decir, es una sociedad de múltiples accionistas e incluso en busca del accionista, con continuos cambios en el accionariado. En segundo lugar, la disociación entre titularidad o propiedad y control o gestión de la sociedad encuentra su mayor exponente en la sociedad cotizada, la cual, debido al acceso a un mercado público, dispone de un número elevado de accionistas. La junta general de accionistas no asume su papel teórico de órgano soberano de la sociedad, sino que constituye un órgano de refrendo o ratificación de las propuestas de los administradores, que en la práctica, conforman las verdaderas decisiones de la sociedad. En tercer lugar, las sociedades bursátiles no sólo tienen una pluralidad (frecuentemente masiva) de accionistas, sino que además hay una diversidad de intereses entre los mismos, luego, los intereses individuales de éstos son radicalmente distintos: el accionista de control, que domina los órganos sociales; el accionista de participación significativa y los accionistas minoritarios o puramente inversores. En cuarto lugar, las sociedades cotizadas presentan un recurso mucho más frecuente a las emisiones de valores por cuanto se facilita la realización de ampliaciones de capital, de emisiones de valores de renta fija y ofrece otros instrumentos que sirven para una gestión financiera de la sociedad mucho más eficiente. Por último, la sociedad cotizada tiene un precio público diario de sus acciones lo que provoca que la información y el deber de transparencia sean principios rectores de las relaciones existentes entre la sociedad y sus socios”.

3.2. La responsabilidad del grupo cotizado en bolsa

El sistema de responsabilidad reglamentado en nuestro derecho societario resulta bastante insuficiente; en efecto, esta afirmación de insuficiencia del sistema se completa aún más si cabe, cuando observamos que no existe normativa expresa sobre la responsabilidad de los administradores en el grupo de empresa, cuando generalmente es aquí donde se ubica, por ejemplo, la sociedad bursátil⁵⁶.

Para el derecho italiano: FICO, DANIELE, “*Il Diritto di voto per corrispondenza nelle società quotate*”, nº 6, *Le società*, 1998, pág. 643, “*società con azioni quotate in borsa (società nelle quali il capitale sociale è estremamente frazionato)*”.

56 SÁNCHEZ CALERO, F., “La posición de los accionistas y la reforma de la sociedad anónima”, en *El accionariado popular en la España actual*, ASEP, Madrid, 1979, págs. 156 y 157: “se ha de buscar una protección especial de los accionistas minoritarios de las sociedades filiales o dependientes, en cuanto que los intereses de esos socios están en constante conflicto con los de la sociedad dominante (que frecuentemente es el accionista mayoritario): este conflicto no puede encontrar una justa composición con las normas generales de las sociedades anónimas, sino que los accionistas minoritarios o —más en general— libres del control o dominio, han de tener una protección especial, que puede consistir en otorgarles la facultad de desprenderse de las acciones por un precio especial (superior al del mercado o de bolsa) que sea justa contraprestación de su valor, o en concederles la posibilidad de que cambien o permuten sus acciones por otras de la sociedad madre; esta posibilidad de cambio de las acciones requiere una valoración económica efectuada por personas independientes y que ofrezcan garantías a los accionistas libres”.

El hecho que en nuestro ordenamiento no exista una regulación específica sobre los grupos de sociedades⁵⁷ conlleva a que las responsabilidades de los administradores⁵⁸ solamente podrán ejercitarse por la vía de la responsabilidad social, es decir, por la propia sociedad, por los accionistas y por los acreedores, en caso de que los administradores hubieran acatado indebidamente las instrucciones de la sociedad dominante⁵⁹ y, por lo tanto, hubieran originado una falta de diligencia en su actuación. Esto es: hemos de acudir al sistema de responsabilidad impuesto para el grupo de la sociedad no cotizada, o mejor dicho al sistema de responsabilidad general de la Ley de sociedades anónimas.

Resulta lógico que la integración de una sociedad en un grupo implica una evidente alteración en cuestiones referentes a la gestión de la sociedad. En efecto, como precisa GIRGADO PERANDONES⁶⁰:

“se debe de recordar que todo poder tiene su consabida responsabilidad, por lo que si aquél se modifica, ésta también se altera. Con ello se evita que el reconocimiento del poder de dirección única implique el reconocimiento de una arbitrariedad o discrecionalidad para los administradores de la dominante en el ejercicio de sus funciones”.

57 SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en bolsa*, op. cit., pág. 309: “un derecho de grupos más perfeccionado debería ocuparse también de las especialidades que puede ofrecer la protección de los socios minoritarios de la sociedad dominante”. Según ROJO, A., “Los grupos de sociedades en el derecho español”, op. cit., pág. 464: “los principales problemas que plantean los grupos de sociedades —tutela del socio externo—, ... tienen que solucionarse en el derecho español con normas legales concebidas con el presupuesto implícito de la sociedad-isla. De ahí el permanente recurso a cláusulas generales del derecho privado —abuso del derecho, fraude de ley— o del derecho de sociedades —interés social—, con resultados que, a la vista de la poca jurisprudencia sobre la materia, pueden calificarse de escasamente satisfactorios”. EMBID IRUJO, J.M., “Evolución y perspectivas del derecho de los grupos de sociedades en la Unión Europea”, n° 210, Noticias de la Unión Europea, 2002, págs. 11 y 16: “por ser su repercusión de extraordinario relieve en la realidad económica contemporánea... la propuesta elaborada por el *Forum Europaeum* sobre los grupos de sociedades, ‘con el fin de alcanzar un estándar mínimo para la dirección de los grupos y la protección de los inversores, socios minoritarios...’”.

58 DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., “Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho”, en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez-Calero*, vol. I, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 1299 y sigs., espec., pág. 1311, opina que debe atenderse a cuál sea en cada caso el ámbito de poder de los administradores, porque su actuación viene caracterizada por la unidad de gestión y ha de enmarcarse además en las obligaciones generales del administrador.

59 Opinan RIBALTA AGUILERA, J., y GISPERT PASTOR, M.T., “La responsabilidad de los administradores”, op. cit., pág. 140: “en sede de grupos, la responsabilidad de los administradores de la sociedad subordinada es una responsabilidad cuasiobjetiva —por una simple falta de diligencia en el desempeño de su cargo—, que se establece con carácter solidario, recayendo sobre los administradores la carga de la prueba de haber observado el estándar de diligencia que les incumbe. Esta diligencia, con relación al grupo, consiste en el deber de seguir fielmente las instrucciones lícitas impartidas por la sociedad dominante”.

60 *Cfr.*, GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Comares, Granada, 2001, pág. 397.

Así las cosas, reiteramos que en nuestro ordenamiento no existe una legislación específica sobre la materia de grupos y sobre su responsabilidad tal y como indicábamos, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones de derecho comparado⁶¹, por ejemplo, el derecho alemán parágrafos 308 a 310 y portugués arts. 504.1 CSC y sigs. En cualquier caso y pese a esta carencia normativa, resulta oportuno acudir a otras posibilidades *de lege data*, —basadas en las normas de referencia genéricas en materia de responsabilidad contenidas en los arts. 133 a 135 LSA ya expresados—, a saber:

1. *La consideración del administrador de la sociedad dominante como administrador de hecho de la dominada*. Esto implicaría grandes ventajas, pero también importantes obstáculos⁶². La ventaja se presenta en que nos permite aplicar la normativa existente de responsabilidad de los administradores. No obstante, la aplicabilidad de tal criterio no es tan fácil de probar y no se extendería a todas las situaciones de grupo⁶³. En este contexto, si al administrador de la sociedad dominante se le considera como administrador de hecho u oculto de la dominada, los socios de esta última podrán ejercitar la acción social al amparo del art. 133 LSA. Por el contrario, tal acción no se podría, en principio, ejercer por los socios de la dominada si el administrador de la dominante no se calificase de igual forma (como administrador de hecho) en la dominada. En cambio, el criterio siguiente se orienta en exclusiva hacia los socios de la sociedad dominante para reclamar de los miembros del órgano de administración el cumplimiento de sus deberes de diligencia como administrador del grupo, ya que, como es sabido, se ha producido una modificación implícita de la estructura

61 Véase lo que sucede en el derecho francés: SEQUEIRA MARTIN, A., “La ley francesa n° 2001-420”, *op. cit.*, pág. 266: “la Ley 2001-420 francesa ha procedido a introducir una serie de preceptos tendentes a posibilitar un mejor control de los grupos de sociedades (art. 120), que afectan a disposiciones dispersas del Código de Comercio... se ha establecido la posibilidad de que los accionistas minoritarios de una sociedad dominante, que representen al menos el 5% del capital, puedan solicitar por escrito cuestiones sobre las sociedades controladas, y a pedir judicialmente, a falta de respuesta, un experto que presente un informe sobre una o varias operaciones de gestión (artículo 114 de la ley, que modifica el artículo 225-231 del Código de Comercio)”.

62 DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., “Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho”, *op. cit.*, pág. 1309: “la necesidad de que se arbitre algún instrumento que permita diferenciar el citado supuesto dentro del marco general de responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles, pudiendo incluso llegarse a articular algún mecanismo de exoneración sobre la base de las ‘instrucciones’. La exoneración puede venir por la vía del art. 133.2 de la LSA, no pudiendo imputarse la responsabilidad por ciertos actos lesivos a la sociedad, a los administradores de la filial ya que los causantes serán los administradores de la dominante o la propia dominante”.

63 Así se manifiesta GUERRERA, F., “*Gestione di fatto e funzione amministrativa nelle società di capitali*”, n° 1-4, *Riv. Dir. Comm.*, 1999, págs. 131 a 209. A su vez: GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo*, *op. ult. cit.*, pág. 398.

social, asumiendo la sociedad el papel de cima de una empresa de grupo y, consecuentemente, los administradores ejercerán la gestión del mismo⁶⁴.

En este contexto de actuación, es de singular relieve el hecho de diferenciar el grado de centralización empresarial, puesto que determina la aplicación de este criterio. De tal modo que a mayor nivel de centralización aumenta su responsabilidad en las decisiones que adopta el órgano de la dominada y, por tanto, se le puede considerar como administrador de hecho de la misma; por el contrario, disminuye su responsabilidad y pierde tal calificación de hecho cuando la empresa de grupo funciona de manera descentralizada.

En el ámbito del grupo de empresas, hay algunos autores⁶⁵ que opinan que la subsistencia de la sociedad dependiente constituye un límite esencial al poder de dirección unitario que emana de la sociedad madre o dominante. Por lo tanto, según esta teoría, son ilícitas todas las decisiones que puedan causar perjuicios exorbitantes a la sociedad dependiente (protegiendo a ésta como tal independientemente de que existan en la misma socios minoritarios o no), aunque estas decisiones se tomen en interés del grupo. Además, —y también como límite—, se admite que pueda atribuirse a los órganos de administración de las sociedades dependientes la facultad de rechazar la ejecución de esas instrucciones, que afectan a la totalidad del grupo.

2. Otra alternativa: *una visión amplia de la obligación del administrador contenida en el art. 127 LSA*. Esto supondría una nueva visión del papel desempeñado por el administrador en relación con la empresa de grupo como nueva forma de organizar una estructura económica de empresa. La responsabilidad exigida comprende, por un lado, el respeto a la ley y a los estatutos; y, por otro lado, el ejercicio diligente de dicho cargo (*cfr.* art. 133.1 LSA).

Si nos fijamos en el régimen legal general vigente sobre la responsabilidad, no existe norma alguna que expresamente imponga responsabilidad a los administradores de la dominante por su actuación en la dominada. De modo tal que aquí hemos de considerar un aumento de los deberes de gestión y supervisión de los administradores, como en el supuesto contemplado en nuestra normativa contable (*ex* art. 171 LSA que los administradores de la sociedad están obligados a formular no sólo sus cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado,

64 GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo*, *op. ult. cit.*, pág. 398.

65 *Cfr.*, al respecto: RIBALTA AGUILERA, J., y GISPERT PASTOR, M.T., “La responsabilidad de los administradores”, *op. cit.*, pág. 137.

sino que además, para el caso de sociedad dominante de un grupo, las cuentas y el informe de gestión consolidado) o también en aspectos fiscales.

En lo tocante a los estatutos como fuente que puede vulnerarse y derivar en responsabilidad (*ex art. 133 LSA*), sería interesante como ha indicado GIRGADO PERANDONES⁶⁶ que:

“se incluyeran normas de conducta exigibles a los administradores de la sociedad... En este sentido, los recientes códigos de conducta para las sociedades cotizadas podrían cobrar sentido en cuanto impusieran deberes en tal sentido para los órganos de administración a través de su incorporación a los estatutos y no quedasen en meras declaraciones de principios sin valor normativo alguno”.

En cualquier caso, el art. 127 de la LSA plantea una diligencia que el administrador de una sociedad dominante matriz de un grupo no se limita sólo a dicha sociedad sino que, en virtud del papel que cumple como rectora de otras sociedades reclama igual régimen. Si bien es cierto que será preciso reglamentar los actos incluidos dentro de la mencionada responsabilidad en atención al grado de centralización de la empresa de grupo. Así esta norma se extiende a los administradores del grupo en tanto en cuanto son también administradores de sociedades. En el supuesto del administrador de la dominante, el deber se extiende no sólo a su papel como administrador de su propia sociedad, sino también del grupo como empresa multisocietaria, como consecuencia de la atribución del ejercicio del poder de dirección.

Así las cosas, en un *grupo fuertemente centralizado*, el administrador de la dominada actúa determinado por las instrucciones que recibe y sometido fáctica o contractualmente a ellas. Como se plantea la doctrina, en este supuesto, ¿hasta qué punto el art. 133.2. LSA afecta a los administradores de una sociedad dominada integrada en un grupo altamente centralizado? Lo que parece claro es que no es una responsabilidad colectiva del consejo de administración sino una presunción de culpabilidad de sus integrantes, a no ser que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos se opusieron al mismo (*ex art. 133 LSA*).

En cambio, fijémonos que —por lógica— si nos encontramos en un *grupo descentralizado*, la responsabilidad del administrador de la sociedad dominada es mayor dada su autonomía de gestión. En tal supuesto, el administrador de la

66 GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo*, op. ult. cit., pág. 399.

dominante no es responsable *per se*, como se puede llegar a entender en aplicación de la teoría del levantamiento. Aquí la responsabilidad sólo se deriva cuando las órdenes se engloban en el ámbito esencial que supone la dirección unitaria⁶⁷; de este modo, y fuera de este mínimo esencial, son los administradores de las dominadas los que asumen su responsabilidad.

Las consideraciones generales precedentes vertidas en torno al grupo de sociedades no cotizadas podemos trasladarlas, *mutatis mutandi*, a la sociedad bursátil destacando y resumiendo aquellos aspectos que son de especial relieve, así:

La dirección unitaria como característica del grupo tal y como hemos tenido ocasión de observar, unido a la función de control que ha de realizarse, se traduce en una serie de instrucciones que el órgano de administración/dirección de la sociedad dominante puede proporcionar a las sociedades dominadas, y ello puede acarrear las siguientes consecuencias⁶⁸:

- instrucciones favorables a la sociedad dominante y perjudicial para alguna sociedad dominada;
- instrucciones favorables a alguna sociedad dominada y perjudicial para la sociedad dominante.

El ejercicio de la dirección unitaria puede tener consecuencias perjudiciales bien en el orden interno, bien en el orden externo del grupo de las cuales surge la responsabilidad de los administradores por la mencionada dirección⁶⁹. La responsabilidad jurídico-societaria sólo aflora cuando dicha actuación pueda incidir en dos esferas distintas: en la esfera interna, afectando a los socios de las sociedades miembros del grupo o a las mismas sociedades; y en la esfera externa, frente a terceros acreedores de tales sociedades o frente al mismo mercado societario (por ejemplo, derecho del mercado de valores).

Adicionalmente, hay que decir que la responsabilidad puede originarse en una doble vía: por ejercicio del poder de dirección (activa) —el supuesto

67 Al respecto: GALGANO, FRANCISCO, “*Direttive della capogruppo e abuso della direzione unitaria: responsabilità degli amministratori*”, n° 10, *Il Fallimento*, 2000, pág. 1096 y sigs.

68 Siguiendo a GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el derecho de sociedades. op. cit.*, pág. 394 y sigs.

69 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Poder de dirección y responsabilidad de los grupos de sociedades*, Fundación Juan March, Madrid, 1972. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, n° 227, *RDM*, 1998, pág. 117 y sigs. Más reciente en GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo, op. ult. cit.*, pág. 394.

tradicionalmente señalado por la doctrina— o por la dejación o inacción del poder de dirección (pasiva), entendido como deber de ejercicio. Otra cuestión más complicada es el tema de la prueba de tal responsabilidad, extremo que debe conectarse con el estándar de la diligencia debida que dispone el art. 127 LSA.

La *responsabilidad hacia dentro* se concibe frente al grupo como unidad, es decir, la responsabilidad del órgano de dirección del grupo frente a los demás órganos del grupo. En definitiva, se trata de una responsabilidad por la dirección empresarial de una entidad plurisocietaria. Así el art. 127 de la LSA (art. 61 LSRL) representa de este modo la clave conforme a la cual el administrador debe desempeñar su cargo, como consecuencia de la existencia de ese derecho-obligación (*poder-función*) del poder de dirección. En este supuesto, estamos ante la responsabilidad del órgano de administración de la sociedad dominante que, como consecuencia de la ampliación de sus funciones, ejerce el mencionado poder (responsabilidad *ad intra* y orgánica, frente a los socios y a las sociedades del grupo).

Así, la *responsabilidad corresponde a los miembros del órgano de dirección del grupo*, función esta última que, como se deriva, compete al *órgano de administración de la sociedad matriz*.

Por otro lado, la *responsabilidad hacia fuera* implica un beneficio para el grupo, pero un perjuicio a otros sujetos (accionistas minoritarios, acreedores). Con ello nos referimos a la responsabilidad no orgánica, sino a la responsabilidad que asume la sociedad dominante como consecuencia de la adquisición del poder de dirección. En este marco se presenta el conflicto ya mencionado de intereses entre la legitimidad del interés de grupo y la independencia de las sociedades miembros en defensa de su propio interés. Aquí se plantea, pues, el conflicto de la responsabilidad de la sociedad dominante como consecuencia de su dominio sobre la dominada. Nuestro ordenamiento carece de un precepto semejante al parágrafo 311 AktG o de las conclusiones alcanzadas por la jurisprudencia francesa⁷⁰.

Esto es, estamos ante la responsabilidad de la sociedad dominante como consecuencia de haber asumido el poder de dirección del grupo (responsabilidad *ad extra*). *La responsabilidad se impone a la sociedad matriz del grupo*.

Sea como fuere, la responsabilidad *ad intra* o *ad extra* tienen su origen en la legitimidad del grupo como forma de ejercitar una actividad de empresa, por lo

70 GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo*, op. ult. cit., pág. 396.

cual la naturaleza jurídica de tal responsabilidad sirve de contraste entre ambos, pues mientras que la de la sociedad dominante puede, según los casos merecer el calificativo de contractual o extracontractual, la de los administradores, en cambio, es orgánica. Tanto en un sentido u otro, ambos supuestos de responsabilidad pueden complementarse. Además, aquí siempre habrá que estar a la realidad económica que implica contemplar al grupo como organización a la hora de abordar el sistema de responsabilidad⁷¹ que le caracteriza.

Llegados hasta aquí, habrá que determinar, pues, *quiénes pueden ser sujetos de esta responsabilidad* nacida del ejercicio del poder de dirección por la sociedad dominante, con independencia del carácter más o menos favorable y/o perjudicial para la propia sociedad dominante o dominadas. Así las cosas, entre los titulares no hay que pensar solamente en los administradores de la dominante, como administradores del grupo, sino que también puede verse incluido el órgano de administración de la sociedad dominada por infracción de sus obligaciones frente a sus socios; claro que aquí cabría la posibilidad de exonerarse en el supuesto de que tal obligación sea impuesta por la sociedad dominante, sin su consentimiento. Esta responsabilidad es consecuencia del deber de fidelidad y de actuación como un diligente empresario de los representantes orgánicos de las sociedades⁷² (art. 127 LSA). Además, este deber se puede aplicar también a aquellos socios que, si bien directa o formalmente no dirigen la sociedad, su condición de socio de control determinan el nombramiento o la destitución de los administradores de la sociedad.

Podemos vislumbrar en materia de grupos, por tanto, el hecho de que los sujetos en quienes pueden recaer la responsabilidad son: en primer lugar, la sociedad dominante en cuanto depositaria del poder de dirección y además los miembros de su órgano de administración; y en segundo lugar, los administradores de las sociedades dependientes, si han ejecutado instrucciones de la sociedad dominante a cuyo seguimiento no estaban obligados, siempre que hayan transgredido el estándar de diligencia que les viene atribuido por el derecho societario de grupos y que suele reproducir el correspondiente al administrador de una sociedad independiente (que es el de ordenado comerciante y representante leal).

71 GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 23.

72 En similares términos para Italia: PAVONE LA ROSA, A., “Azioni e Gruppi”, en AA.VV., *Tratatto della società per azioni*, vol. 2, Utet, Torino, 1991, págs. 625 a 628.

Estos sujetos asumen la responsabilidad derivada de la exlimitación en el ejercicio del poder de dirección con carácter solidario, y la exigencia de la misma por quien está legitimado activamente⁷³.

Otro dato que hemos de considerar brevemente en nuestro análisis referido a la responsabilidad del grupo de la sociedad que cotiza sus acciones en bolsa, es la disciplina existente en el mercado de valores (LMV), que sanciona la infracción de determinadas normas administrativas con responsabilidad de idéntico rango para las sociedades bursátiles que actúan integradas en una empresa de grupo. Esta reglamentación sectorial disciplina, en buena medida, un régimen riguroso a las entidades que comprenden el grupo, en cuanto a su marcha económica (por ejemplo, en relación a las exigencias de márgenes de solvencia, coeficiente de caja, cuentas consolidadas, etc.). En este marco de actuación se establece un régimen de responsabilidad siempre administrativa⁷⁴ y no civil que afecta también a las empresas de grupo por la complejidad de su organización.

En definitiva, podemos concluir este apartado que el régimen del derecho de sociedades tradicional no soluciona de forma satisfactoria la problemática creada por la existencia de la dirección única cuando se pone en relación con la disciplina de la responsabilidad de los administradores de las sociedades del grupo. En efecto, cuando un administrador de una sociedad dependiente recibe unas instrucciones que estima no convenientes para los intereses concretos de su sociedad, cabe pensar que ha de adoptar alguna de estas dos soluciones:

- a) afirmar que como administrador de una sociedad que goza de personalidad jurídica propia no debe obedecer a los administradores de la sociedad dominante para no incidir en responsabilidad, en especial a la vista de lo establecido en el artículo 133 LSA vigente, exponiéndose por ese desacuerdo con los

73 En este sentido aparecerían como sujetos legitimados para solicitar la acción según RIBALTA AGUILERA, J., y GISPERT PASTOR, M.T., "La responsabilidad de los administradores", *op. ult. cit.*, págs. 138 y 141: "los sistemas oscilan entre los que atribuyen el ejercicio de la acción de responsabilidad a los socios en general, al margen de que en ellos concurra la condición de socios externos (socio minoritario de las sociedades dependientes integradas en el grupo), como es el caso del derecho alemán, y otros como el derecho portugués, el derecho brasileño y proyecto comunitario, que lo restringen exclusivamente a éstos".

74 Consideramos junto a GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz. op. cit.*, pág. 67, que "es importante hacer una valoración de la mencionada regulación que reconozca que la responsabilidad administrativa que pueda afectar en cierta medida a la empresa de grupo, carece, en principio, de validez para fundamentar una responsabilidad civil. Como es sabido, aquéllas responden a distintos supuestos de hecho (infracción de determinado estándar de conducta) y a la protección de diferentes intereses (seguridad y confianza en el sector correspondiente), en cambio, la responsabilidad civil es una responsabilidad por daños fundada, al menos teóricamente, en la culpa o negligencia y tendente a la reintegración del patrimonio social perjudicado".

administradores de la sociedad dominante a su destitución, salvo que previamente renuncie a su puesto. Esta solución no es realista.

- b) la otra posibilidad es reformar el derecho de sociedades, con reconocimiento expreso de la existencia de los grupos, de forma que el ordenamiento jurídico respete el lazo de dependencia de una sociedad con respecto a otra y autorice a los administradores de la sociedad dependiente a obedecer las ordenes emanadas de la sociedad dominante, aun cuando se consideren perjudiciales para su sociedad. Para esto hace falta exonerarles de responsabilidad, mediante una norma especial que reconozca la existencia de dos regímenes de gestión diferentes: el de las sociedades independientes y el de las filiales⁷⁵.

Esto es: se hace necesario una reglamentación específica de la sociedad cotizada y de los grupos donde temas como la responsabilidad de los administradores tenga acogida.

En tal sentido la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*⁷⁶ en su libro VII disciplina las *Uniones de sociedades*, siendo el capítulo IV el dedicado a reglamentar “De la responsabilidad en los grupos de sociedades”, con dos únicos preceptos con el siguiente tenor:

“Art. 601. *Responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante*: 1. La sociedad dominante responderá subsidiariamente de las deudas de la sociedad dominada cuando, en el momento de contraer la deuda, la sociedad dominada hubiera hecho constar en la documentación o resultare de la publicidad su pertenencia al grupo. 2. Si la sociedad dominante no tuviera su domicilio en España, las demás sociedades del grupo que tengan el domicilio en territorio español serán subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad dominada”.

Por su parte, el art. 602. *Responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante*:

“1. Los administradores de la sociedad dominante responderán frente a la sociedad dominada, frente a sus accionistas y frente a sus acreedores, del daño que causen por las instrucciones impartidas a los administradores de la sociedad dominada sin compensación adecuada. 2. Los administradores de la sociedad dominada responderán solidariamente con los anteriores a menos que prueben que el acto del que hubiera derivado daño para la sociedad se realizó siguiendo instrucciones escritas de los administradores de la

75 Siguiendo al Prof. SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en bolsa*, op. cit., págs. 315 y 316.

76 Vid. *Propuesta. Comisión General de Codificación*, op. ult. cit., pág. 219.2

sociedad dominante. La exoneración de responsabilidad no tendrá lugar si el acto fuera contrario a la Ley o a los estatutos sociales. 3. Si los administradores de la sociedad dominante fueran insolventes, responderá solidariamente la propia sociedad dominante”.

Como puede inferirse del texto proyectado se viene a ilustrar, en gran medida, las soluciones comentadas a lo largo del presente trabajo, si bien no se ha aprovechado la oportunidad para ir incluso más allá en esta reglamentación.

4. FORMAS DE INTEGRACIÓN COOPERATIVA

4.1. Introducción

El desarrollo económico y tecnológico y con él la ampliación de la competencia en el mercado, han hecho que la práctica de integración de grupos empresariales haya aumentado sensiblemente en los últimos años, no sólo en las sociedades mercantiles sino también en el ámbito cooperativo.

La intercooperación es un principio que las cooperativas han venido defendiendo a través de los años. Fue formulado como tal por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI), en 1966 y modificada su redacción en 1995 estando esta última vigente:

“Las cooperativas, para servir mejor los intereses de sus miembros y la colectividad, deben colaborar activamente en todas las formas posibles con las demás cooperativas en los niveles local, nacional e internacional”. (Londres 1966).

“Las cooperativas sirven más eficazmente a sus socios y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando conjuntamente mediante estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales” (Manchester, 1995).

En la práctica, las cooperativas, a las que podemos considerar —salvo excepciones como, por ejemplo, Mondragón, ANECOOP y otros— comprendidas entre las PYME, se ven en la necesidad de establecer estructuras de intercooperación por diversas causas⁷⁷, a saber:

- Evitar ser expulsadas del mercado.

77 CHAVES, RAFAEL, “*La cooperación empresarial en la economía social*”, Ed. CIDIEC España (Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa), Generalitat Valenciana, 1996, págs. 54 y 55.

- Aprovechar o crear oportunidades de negocios que de modo individual, dada su capacidad limitada, no podrían llevar adelante.
- Posibilidad de enriquecer sus conocimientos sobre distintas cuestiones de interés común e incorporar elementos innovadores más ventajosos.

A pesar de estas ventajas, la realidad nos muestra que esta tendencia a la integración no se encuentra muy extendida, debido fundamentalmente a que conlleva riesgos y costes que muchas veces las cooperativas no están en condiciones de afrontar. A ello puede agregarse que no siempre la integración se ha producido por las causas antes apuntadas, sino por factores de distinta naturaleza como por ejemplo, su promoción por parte de las administraciones que han impuesto fórmulas prefabricadas que chocan con la realidad.

Contrariamente a lo que sucede en el ámbito mercantil, cuya legislación emana del Estado, las cooperativas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 129.2, 148 y 149 de la Constitución, pueden estar reguladas por leyes autonómicas

El hecho de que reiteradamente haya sido negado su carácter mercantil unido a que el artículo 149.3 de la Constitución dispone que las materias *no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución, podrá corresponder a las comunidades autónomas en virtud de sus respectivos estatutos* ha dado como resultado que en la actualidad, excepto las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, las comunidades autónomas han reflejado en sus estatutos la competencia exclusiva en materia de cooperativas. En estos momentos suman 10 las leyes cooperativas de ámbito autonómico así como una Ley estatal de cooperativas. Esta última se aplicará en los siguientes casos:

- Directamente a las cooperativas que desarrollan su actividad cooperativizada en el territorio de varias comunidades autónomas.
- Con carácter supletorio en las comunidades autónomas que no tienen todavía leyes propias.
- Con carácter supletorio en caso de lagunas de las leyes autonómicas.

4.2. La intercooperación o integración económica cooperativa: características

Las cooperativas son entidades económicas, que adoptan la forma de una sociedad que opera una empresa pero cuyos objetivos las diferencian de las sociedades

mercantiles. En este sentido cabe decir que su finalidad fundamental es la prestación de servicios a favor de sus socios, es decir, la satisfacción de las necesidades económicas y sociales de sus socios.

No tienen un fin lucrativo en el sentido de obtener una ganancia o lucro máximo, sino simplemente una ganancia justa que permita repartir los beneficios obtenidos entre sus socios después de satisfacer la dotación de los fondos sociales de carácter obligatorio que ellas tienen: la reserva obligatoria y la reserva de educación y promoción del cooperativismo.

Otras de sus características más importantes son:

- Rige, en sentido general, el principio de un socio un voto. El voto plural o ponderado es una excepción y es tratado en la legislación con sumo cuidado a fin de evitar que el porcentaje de los mismos sea superior a los votos individuales. Por eso se plantea que se trata de sociedades en las cuales el factor humano predomina sobre el capital y que en ellas se produce una genuina gestión democrática.
- Los beneficios obtenidos no se reparten en correspondencia con lo aportado por cada miembro al capital social, como sucede en las sociedades capitalistas, sino sobre la base de su participación en la actividad cooperativizada.

Sin pretender entrar en un análisis de la naturaleza jurídica de la cooperativa —por cierto, muy debatido— sí queremos destacar el carácter especial de este tipo de sociedad, en la cual se aprecian marcados rasgos mutualistas al lado de la actividad económica empresarial que realizan. Esta última, deberá ser ante todo eficiente, una forma de implantarse en el mercado y llevar a cabo con éxito su objeto social. Es precisamente esta última cuestión la que plantea la necesidad de integrarse con otras cooperativas o con otras organizaciones económicas.

Dadas las características peculiares de las cooperativas, encontramos que algunos autores⁷⁸, en el ámbito de la integración empresarial se decantan por la figura del grupo paritario o de coordinación, en el cual *la dirección unitaria es el resultado de la libre voluntad de las cooperativas que se agrupan, sin que ninguna de ellas dependa de otra* en contraposición al denominado *grupo jerarquizado o por subordinación*.

⁷⁸ EMBID IRUJO, J.M., “Problemas actuales de la integración cooperativa”, revista CIRIEC España, *Legislación y Jurisprudencia*, nº 9, octubre de 1998.

Este criterio tiene como base el permitir una participación mayor de las entidades que integran el grupo para definir, sobre una base de autonomía y cooperación, los objetivos a alcanzar, así como establecer la organización y funcionamiento del grupo. Dice al respecto el profesor EMBID IRUJO⁷⁹ que:

“en la concepción cooperativista la existencia del grupo se produce desde la voluntad libre de las entidades cooperativas, que en uso de su autonomía deciden articular por la vía de la coordinación sus intereses empresariales”.

4.3. Marco legal actual de las principales formas de cooperación en el ámbito cooperativo

De las distintas formas de integración cooperativa que se encuentran reflejadas en la legislación, habremos de profundizar en dos de las que consideramos más importantes. No obstante, se hará una breve reseña de otras modalidades que también se recoge en la legislación. Para su análisis hemos tomado como base la Ley estatal de cooperativas, Ley 27, de 16 de julio de 1999, (en adelante LEC), lo que no excluye que en el desarrollo del tema hagamos referencia a alguna legislación autonómica, principalmente cuando consideremos que dan una versión mejor o más completa de determinado tópico o bien, cuando intentamos que el lector tenga una visión más amplia mediante la posibilidad de la comparación.

4.3.1. Cooperativas de segundo grado. Caracterización general

La forma tradicional de cooperación cooperativa ha sido realizada mediante las denominadas cooperativas de segundo o ulterior grado, las cuales se regulan en el artículo 77 de la vigente LEC. Sobre este tipo de cooperativas algunos autores⁸⁰ consideran que ellas son la fórmula que ha preferido el legislador como *destino natural* para la integración cooperativa, entre ellos se encuentra VINCENT CHULIÁ⁸¹ cuando plantea que las mismas constituyen el *grupo de cooperación* específico del derecho de cooperativas.

⁷⁹ EMBID IRUJO, J.M., *op. cit.*

⁸⁰ EMBID IRUJO, J.M., *Concentración de empresas y derecho de cooperativas*, Universidad de Murcia, 1991, pág. 31 y sigs.

⁸¹ VICENT CHULIÁ, F., “Mercado, principios cooperativos y reforma de la legislación cooperativa. Estudio introductorio y de síntesis”, *Revista CIRIEC España*, nº 29, 1998, pág. 14.

4.3.2. Beneficios que comporta este tipo de integración

Esta forma de agrupación resulta beneficiosa para sus socios en la medida que permite tener una demanda más estabilizada durante todo el año y eliminar gestiones que individualmente tendrían que hacer las cooperativas. Ofrece, además, un peso mayor a la hora de negociar, todo lo cual redundaría en una mayor rentabilidad⁸². La agrupación es un elemento indispensable para aumentar la competitividad y, por tanto, para mejorar sus posiciones en el mercado.

4.3.3. Forma de constitución y funcionamiento

Las cooperativas de 2º grado es una persona jurídica que se constituye mediante escritura pública y la inscripción en el registro de cooperativas correspondiente. Esto la diferencia de las uniones de sociedades comprendidas en la “Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles” que, como se ha expuesto, dispone expresamente que el grupo carece de personalidad jurídica.

Se constituyen por, al menos, dos cooperativas de la misma o distinta clase, lo cual no obsta para que puedan integrarse, en calidad de socios, otras personas jurídicas, públicas o privadas así como también, empresarios individuales. Debe señalarse que la presencia de estos últimos se encuentra limitada. Así, por ejemplo, en la LEC sólo podrán alcanzar el 45% del total de socios; en la Ley de cooperativas de Madrid el 30% y en la Ley de cooperativas de la comunidad valenciana, el 40%.

La flexibilidad en lo que respecta a la composición de estas cooperativas en la LEC, se hace palpable al contrastarla con la concepción sostenida por la antigua Ley general de cooperativas de 1987, que en su art. 148.1, 2º párrafo, disponía que estarían integradas sólo por cooperativas, con la única excepción de las formadas por cooperativas agrarias en las que podían formar parte las sociedades agrarias de transformación integradas únicamente por titulares de explotaciones agrarias y/o trabajadores agrícolas.

La LEC regula de forma escueta este tipo de cooperativas, por lo que resulta conveniente acudir a la legislación autonómica, concretamente a la Ley de cooperativas de la comunidad de Madrid que en su artículo 123 precisa algunas cuestiones de interés como son las siguientes:

82 Revista CIRIEC nº 22 de 15/7/1997, *Empresas de la economía social*, ANNECOOP, págs. 62 y 63.

- En los supuestos en que la finalidad de la integración tenga carácter empresarial, serán los estatutos quienes determinarán las *áreas de actividad empresarial integradas, las bases para el ejercicio de la dirección unitaria del grupo y las características de este*.
- También corresponderá a los estatutos regular aquellas materias o áreas respecto a las cuales *las propuestas de las entidades socias serán meramente indicativas y no vinculantes para la cooperativa de 2º o ulterior grado*⁸³.
- Cuando existan dudas en cuanto al punto anterior, *se presumen transferidas a la cooperativa de 2º o ulterior grado todas las facultades directamente relacionadas con su objeto social, teniendo prioridad los acuerdos e instrucciones de la misma frente a las decisiones de cada una de las entidades agrupadas*.

En forma similar son reguladas las cooperativas de 2º o ulterior grado en la Ley de cooperativas de *Euskadi*.

Por su parte, en el artículo 157 de la Ley de cooperativas de Extremadura, encontramos una precisión que consideramos importante. Ésta consiste en el mandato de incluir en los estatutos:

“la enumeración de las facultades esenciales que, por ser precisas para el desarrollo de aquel objeto, quedan transferidas a los órganos de dicha sociedad cooperativa; tales facultades tendrán la misma permanencia que el propio objeto social y su ejercicio o podrá ser revisado ante los órganos de las sociedades integradas, sin perjuicio de la tutela judicial que, en su caso, proceda”.

De lo expuesto hasta aquí podemos extraer las siguientes conclusiones:

- A. Las cooperativas de 2º o ulterior grado constituyen una forma de integración de carácter económico que posee personalidad jurídica.
- B. Pueden incluir entre sus miembros no sólo cooperativas sino también otros tipos de entidades.
- C. La creación de estas cooperativas tiene como propósito completar, promover, coordinar, reforzar o integrar la actividad económica de las entidades miembros y del grupo resultante.

83 Este elemento refuerza una característica fundamental de las agrupaciones cooperativas: la participación de las entidades que la integran en la toma de decisiones.

- D. Tienen protagonismo los estatutos al ser los encargados de precisar y perfilar las funciones que corresponderá desarrollar a la cooperativa de 2º grado.
- E. Esta forma de integración propicia la formación de *la voluntad del grupo mediante la cooperación de todas las entidades agrupadas*⁸⁴.
- F. Las entidades de base traspasan determinadas competencias a la cooperativa de 2º grado, de manera que ésta pueda ejercer la dirección del grupo.
- G. Debe garantizarse, por una parte, la autonomía de las entidades de base y, por otra, la de los órganos de gobierno de la cooperativa de 2º grado.

4.3.4. Régimen jurídico de las cooperativas de 2º o ulterior grado

La LEC, además del mencionado artículo 77, nos remite a su parte general con carácter supletorio. Sin embargo, esto no es así en algunas leyes autonómicas de cooperativas que se pronuncian en el sentido de que las cooperativas de 2º grado se rigen, en ausencia de normas específicas, por sus estatutos y *supletoriamente* por las normas generales de la ley,⁸⁵ mientras otras leyes especifican que el carácter supletorio corresponde a las normas generales de la ley, respecto a las normas específicas del tipo de cooperativa mayoritarias⁸⁶. Recuérdese que las cooperativas que la integran pueden ser de distintas clases, por ejemplo, cooperativas agrarias, cooperativas de crédito, cooperativas de trabajo asociado u otras.

4.3.5. El órgano de administración de las cooperativas de 2º o ulterior grado

Después de haber apuntado brevemente algunas cuestiones generales que consideramos imprescindibles para comprender el mundo cooperativo, corresponde ahora tratar algunos aspectos de interés concernientes, específicamente, al órgano de administración (consejo rector), tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el punto de vista legislativo. Para este último enfoque tomaremos como punto de referencia la LEC y lo regulado por ésta en su parte general para el consejo rector, a tenor de lo dispuesto en el artículo 77.6 de esta ley⁸⁷.

84 DUQUE, J. y RUIZ, J., “Los grupos en el ordenamiento cooperativo, parte I, Grupos de sociedades cooperativas”, *Revista CIRIEC España*, 1999, pág. 114.

85 *Cfr.*, Ley de cooperativas de *Euskai*, arts. 128 y 133; Ley de cooperativas de Extremadura, art. 162.

86 Ley de cooperativas de Andalucía, art. 158.10.

87 Art. 77.6. En lo no previsto en este artículo, las cooperativas de 2º grado se regirán por la regulación de carácter general establecida en esta ley en todo aquello que resulte de aplicación.

El consejo rector es un órgano de alta gestión y representación permanente de la cooperativa; *sus facultades representativas se extienden a todos los actos relacionados con las actividades que integran el objeto social de la cooperativa, sin que surtan efecto frente a terceros, las limitaciones que en cuanto a ellos pudieran contener los estatutos.* En resumen se puede afirmar que es el órgano de gobierno, gestión y representación de la cooperativa

El presidente del consejo rector y, en su caso el vicepresidente, lo serán también de la cooperativa y *ostentarán la representación legal de la misma, dentro del ámbito de facultades que les atribuyan los estatutos.*

Funciona de manera colegiada y asume *cuantas facultades no estén reservadas por la ley o los estatutos a otros órganos sociales.* Serán los estatutos o en su defecto la *asamblea general* los encargados de establecer las normas de funcionamiento del consejo rector así como de las de competencia de sus miembros.

Consideramos importante y, por tanto, digno de mención lo dispuesto en la Ley de cooperativas de Galicia, la cual en su artículo 130.2 trata con mayor detalle las competencias del consejo en las cooperativas de 2º grado. Al respecto dispone que *los estatutos de estas cooperativas sociales podrán prever que se deleguen en el consejo rector de la cooperativa de 2º grado las siguientes competencias:*

- *La elaboración y presentación del plan empresarial básico común a todo el grupo.*
- *La representación legal de la sociedad cooperativa en los términos establecidos en la escritura de apoderamiento, que únicamente podrá afectar al giro y tráfico ordinario de la empresa.*
- *La presentación del informe de gestión social relativo a las áreas de actividad empresarial integradas, como mínimo una vez al año.*
- *La cooperativa de 2º grado velará por la integración de la actividad empresarial de sus socios, formulando las directrices de actuación conjunta del grupo, en las que deberá enmarcarse el plan empresarial de todas las cooperativas socias.*

Como se puede apreciar, la ley de Galicia, en primer lugar, mantiene la flexibilidad normativa, la cual se expresa en la atribución a los estatutos la facultad de establecer las normas de funcionamiento del consejo rector, pero a la vez dispone, a modo de orientación, un conjunto de cuestiones básicas que a nuestro juicio resultan muy acertadas para el funcionamiento armónico de las cooperativas de 2º grado, en primer lugar, la existencia de un plan que sirva de guía para la actuación del grupo y la labor de vigilancia para que se cumplan sus directrices; en segundo

lugar, las medidas para garantizar la transparencia en la gestión administrativa, expresada en la obligación de presentar un informe de la gestión social, referido a las áreas de actividad integradas, al menos una vez al año y, en tercer lugar, la delimitación de la función representativa del consejo rector. Todas estas cuestiones es conveniente que estén presentes en las leyes cooperativas porque, sin dudas, contribuyen a que los estatutos que se redacten para estas cooperativas reflejen claramente las funciones que corresponden al consejo.

4.3.5.1. Composición y funcionamiento del consejo rector

En cuanto al número de miembros que han de integrarlo, la LEC establece un mínimo de 3 y un máximo de 15, uno de ellos será el presidente, otro el vicepresidente y otro el secretario. En aquellos casos en que la cooperativa tenga más de 50 trabajadores con contrato por tiempo indefinido y esté constituido el comité de empresa, uno de ellos integrará el consejo en calidad de vocal.

En la composición del consejo rector, tanto la LEC, la Ley de la comunidad de Madrid⁸⁸ y la Ley de cooperativas valencianas⁸⁹, entre otras, prevén la posibilidad que formen parte de este órgano *consejeros independientes*, es decir, personas que no son socios de la/s cooperativas y que deben reunir toda una serie de requisitos de carácter ético y profesional tales como la honorabilidad y la cualificación y experiencia profesional. La proporción de estos consejeros está sujeta a límites en cuanto al porcentaje que deben representar respecto a los consejeros miembro de la/s cooperativas de forma que sean siempre estos últimos los que tengan el control por contar con la mayoría de los votos.

Nos parece muy importante que la nueva legislación sobre cooperativas admita el hecho de incorporar al órgano de administración, personas ajenas a éstas y dotadas de los requisitos que en ellas se especifican. Esto contribuye, indudablemente, al fortalecimiento del órgano al proporcionársele así de mayor objetividad, cualificación y experiencia; elementos que han demostrado su eficacia en otros tipos societarios.

88 Art. 77.2 "... los estatutos podrán prever que formen parte del consejo rector personas cualificadas y expertas que no serán socios ni miembros de las entidades socias, hasta un tercio del total. Art. 41 de la Ley de cooperativas de Madrid: "... podrán los estatutos prever la existencia de consejeros independientes, no socios, en número no superior a la cuarta parte del total de los consejeros. Y más adelante señala como requisitos "... la honorabilidad, la cualificación profesional y experiencia técnica o empresarial adecuadas en relación con las funciones del consejo y con el objeto social de la cooperativa".

89 Art. 92.4 de la Ley de la comunidad valenciana dispone que podrán ser nombrados como miembros del órgano de administración personas que no sean socios, las cuales no podrán superar en número al de socios administradores.

También la ley fija plazos máximos y mínimos en cuanto a la duración del cargo, en este caso será entre 3 y 6 años y regula, de forma general lo concerniente al cese y vacante de los consejeros.

Con independencia de las necesarias regulaciones estatutarias concernientes a la forma de actuación de este órgano, las distintas leyes cooperativas establecen determinados requisitos de carácter imperativo. Así, por ejemplo, para que el consejo quede válidamente constituido se requiere que concurren personalmente a la reunión más de la mitad de sus componentes. Los acuerdos a los que se arribe en las reuniones, se adoptarán por más de la mitad de los votos válidamente expresados; cada consejero tendrá un voto y el voto del presidente será dirimente.⁹⁰

De cada reunión deberá levantarse un acta en la cual deben quedar claramente expresado el contenido de los acuerdos adoptados. Estos acuerdos podrán ser impugnados cuando se consideren nulos o anulables, los primeros en el plazo de dos meses y los segundos de un mes. Estarán legitimados para su impugnación todos los socios, los miembros del consejo aun cuando hayan votado a favor del acuerdo en cuestión, los que se hubiesen abstenido y los ausentes a la reunión.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos concluir que el órgano de administración de las cooperativas estatales de 2º grado será un consejo rector el cual, al realizar la alta gestión de estas cooperativas, detenta el poder de dirección, con lo cual, las entidades integrantes ceden parte de su autonomía para someterse a las directivas superiores.

Algunas de las reglas contenidas en la antigua Ley general de cooperativas, específicamente en su artículo 148.3 que disponía que los miembros del consejo rector *de las cooperativas de segundo o ulterior grado serán elegidos de entre los candidatos presentados por las respectivas cooperativas socios*, pueden servir de punto de referencia al tratar actualmente este asunto en los estatutos de estas cooperativas.

De gran importancia para el tema que nos ocupa resulta el apartado 4 del mismo artículo al disponer que:

“en las reuniones de la asamblea general de las cooperativas de segundo o ulterior grado..., no podrán representar en dichas asambleas generales a las cooperativas socios, sin perjuicio de su obligación de asistir a las mismas con voz y sin voto”.

90 Art. 36, apartados 3, 4 y 5 de la LEC.

Resulta evidente la intención del legislador de dejar claro que los consejeros de estas cooperativas de 2º grado representan los intereses de éstas y no de las cooperativas de base de la que son socios. Los intereses de cada cooperativa serán representados en las asambleas por los presidentes de éstas⁹¹.

4.3.5.2. Delegación de facultades. El director de la cooperativa

Es facultad del consejo rector, según el artículo 32.2 de la LEC conferir apoderamientos y revocarlos, a *cualquier persona*, debiendo constar en la escritura correspondiente, las facultades representativas de *gestión o dirección* que se deleguen.

Podrá también el consejo *nombrar y revocar al gerente, director general o cargo equivalente, como apoderado principal de la cooperativa*. En los casos en que este cargo tenga carácter permanente deberá inscribirse la escritura en el Registro de Sociedades Cooperativas.

La figura del director, recogida en las distintas leyes autonómicas⁹², no es más que un apoderado general, cuyos poderes deben ser recogidos en escritura pública e inscrito en el Registro de Cooperativas correspondiente. Aunque la legislación no lo especifica, el cargo de director obviamente debe ser cubierto por personas con capacidad y experiencia en la gestión empresarial. Pensamos que, al igual que los consejeros independientes, es una figura que contribuye a agilizar y profesionalizar técnica y profesionalmente las funciones administrativas.

En la Ley de cooperativas de Extremadura, se regula en el artículo 39 la figura del gerente, similar a la del director, pero su redacción es más precisa al excluir de sus facultades algunas cuestiones como son:

- a) *Fijar las directrices generales de actuación en la gestión de la sociedad cooperativa.*
- b) *Presentar a la asamblea general la rendición de cuentas, la propuesta de imputación y asignación de resultados y la memoria explicativa de la gestión del ejercicio económico.*

91 Con estos mecanismos se intenta lograr el balance adecuado entre las facultades de dirección del consejo rector de la cooperativa de 2º grado y la autonomía y participación democrática de las cooperativas que la integran.

92 Ley de la Comunidad de Madrid, art. 45; Ley de cooperativas de Cataluña, arts. 44 y 46; Ley de cooperativas valencianas, art. 43.3; Ley de cooperativas de Extremadura, art. 39, entre otras.

c) *Solicitar la suspensión de pagos o la quiebra.*

Esto es así, ya que si bien al gerente, o en su caso al director, se le confiere un poder que abarca los actos relativos al tráfico empresarial ordinario, ello no puede mermar o modificar las facultades y competencias correspondientes a los consejeros.

Salvo excepciones, como la ley extremeña⁹³, resulta omisa o incompleta la legislación en lo referente a la responsabilidad del director, no obstante sería lógico plantear, de manera general, que para que surja la misma deben darse al menos las siguientes circunstancias: que el director, de manera culpable, haya actuado en contra de lo dispuesto en la ley o en los estatutos, o se haya extralimitado respecto a los poderes que le fueron conferidos; es preciso, además, que esa conducta haya sido la causante de un daño a los intereses de la cooperativa, a sus socios o a terceros.

La Ley foral de cooperativas de Navarra, en el apartado 2 del artículo 39 referido al director, prevé la posibilidad de que en las cooperativas de 2º o ulterior grado se pueda establecer

“un consejo de directores o gerentes con las facultades que el consejo rector y los estatutos determinen. En ningún caso el consejo de directores o gerentes podrá asumir las facultades indelegables de otros órganos”.

Este planteamiento se corresponde con la línea que viene siguiendo el legislador de las cooperativas de fortalecer la dirección administrativa de éstas.

4.3.5.3. Presentación, a modo de ejemplo, de algunas cooperativas de 2º grado

Para concluir con el tema de las cooperativas de segundo grado nos ha parecido interesante dar a conocer algunas experiencias concretas de estas cooperativas:

La Agrupación de Cooperativas “Valle del Jerte”, Sdad. Coop. Limitada

93 “Art. 39 Ley de cooperativas de Extremadura: el gerente deberá realizar sus funciones con la diligencia de un ordenado gestor y un leal representante y está obligado al sigilo profesional durante y después de su contrato con la sociedad en un período de dos años. Responderá frente a la sociedad cooperativa de cualquier perjuicio que cause a los intereses de la misma por haber procedido con dolo, negligencia, exceso en sus facultades o infracción de las órdenes e instrucciones que hubiera recibido del consejo rector. También responderá el gerente personalmente, frente a los socios y frente a terceros, por los actos que lesionen directamente los intereses de éstos”.

Se encuentra integrada por un total de catorce cooperativas socias. Los agricultores de estas cooperativas representan la casi totalidad de los agricultores del valle, lo que asciende a más de 4,500 socios.

El órgano de gobierno de la agrupación es el consejo rector, que se encuentra formado por un representante de cada una de las cooperativas socios y el presidente de la agrupación; dicho consejo es el máximo responsable en la toma de decisiones⁹⁴.

Otro ejemplo lo constituye ANECOOP, cooperativa de 2º grado surgida en 1975 y constituida entonces por 31 cooperativas. Su objetivo no fue otro que poder dar respuesta a la necesidad de agrupar la producción para poder comerciar con los países del Este, para ello era preciso, además, incrementar el nivel de profesionalización en el sector agrario⁹⁵. Desde 1988 se considera *la empresa líder en comercialización de productos hortofrutícolas en España*, agrupa más de 130 cooperativas y cien mil agricultores, extendidos a lo largo de todo el país. Su producción supera el 1.500.000 toneladas de los productos que comercializa. En la actualidad dispone de 5 empresas de distribución en Europa⁹⁶. Su facturación anual alcanza unos 350 millones de euros.

Según su presidente, ANECOOP se propone, entre otras cosas, asumir *políticas empresariales comunes; mejorar la gestión interna y de relación entre el grupo y sus cooperativas socias*, así como también *abrirse a nuevos socios, que hasta ahora eran sociedades agrarias y cooperativas y que en el futuro podrá ser cualquier empresa agraria de producción, “incluso productores individuales, siempre que tengan la suficiente potencia económica”*⁹⁷.

ANECOOP ha creado recientemente un grupo de carácter agroindustrial denominado *Nature*, cuyo objetivo es complementar la gama de productos que comercializa. Su capital social inicial es de cerca de 9 millones de euros con el objetivo de duplicarlo a mediano plazo. Cuenta con un área de explotación de 450 hectáreas ubicadas en Huelva y Sevilla. Este grupo *se constituye conjuntamente con PORTIVAL, con una participación del 25% que se podrá ampliar hasta el 40 % si las cooperativas socias quieren participar en el proyecto*⁹⁸

94 <http://www.ac-valljerte.es/agrupación/agrupación.htm>

95 Revista CIDIEC nº 22, 15 de julio de 1997, pág. 33.

96 <http://www.herfruit.es/anecoop/>

97 <http://www.herfruit.es/anecoop/>

98 <http://neptuno.net/2003/02/07/act15.html>.

5. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS COOPERATIVAS DE 2º GRADO

5.1. Responsabilidad de los miembros del consejo rector

El punto neurálgico para establecer un correcto control así como la necesaria transparencia en la actividad de cualquier grupo empresarial es precisamente, el tema de la responsabilidad.

El acercamiento que se viene experimentado en la regulación de las cooperativas respecto a las normas que rigen las sociedades mercantiles se hace patente en un asunto tan importante como lo es la responsabilidad de los consejeros. En efecto, el artículo 43 de la LEC nos remite directamente a lo dispuesto sobre el tema en la Ley de sociedades anónimas tal y como hemos puesto de manifiesto para el subtipo de la sociedad cotizada en bolsa.

El artículo 42, párrafo 2º LEC relativo a la responsabilidad de los administradores, establece que:

“Responderán solidariamente todos los miembros del órgano que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción o ejecución, desconocían su existencia o al menos se opusieron expresamente a aquéllas. A lo que añade que no exonerará de responsabilidad el hecho de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la asamblea general”.

Al analizar el texto de otras leyes autonómicas encontramos que, aunque no hay una remisión a la LSA en este particular, sí que en sus preceptos se recogen toda una serie de puntos coincidentes con la misma, aunque con determinadas matizaciones.

Así, la Ley de cooperativas de la comunidad de Madrid establece en su artículo 43 que:

“los miembros del consejo rector desempeñarán su cargo con la *diligencia debida*, asimismo dispone que deberán *respetar los principios cooperativos y guardar secreto* sobre los datos que tengan carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones”.

En el propio precepto se establece la responsabilidad *solidaria* tanto frente a la cooperativa como frente a los socios en ocasión de *acciones dolosas o culposas y, en todo caso, cuando se extralimiten en sus facultades*.

Aún más detallada resulta la Ley de cooperativas de Aragón al disponer en su artículo 42 que:

“los miembros del consejo rector han de ejercer sus cargos con *la diligencia y buena fe* que corresponde a un *representante leal y ordenado gestor*. Responderán de los daños y perjuicios causados a la sociedad por su *actuación maliciosa, abuso de facultades o negligencia grave*”.

A continuación se señala que quedan exentos de responsabilidad los consejeros que hicieron constar en acta su voto contrario a las actuaciones que causaron el perjuicio, así como también aquellos que no asistieron a la reunión donde se tomó el acuerdo.

Si se compara la ley aragonesa con la LEC apreciamos un diferente tratamiento respecto al grado de culpabilidad exigible a los administradores.

En general podemos afirmar que en la legislación cooperativa se exige, al igual que en la LSA, el deber de *diligencia y buena fe*, que como señala LEFEVRE⁹⁹, tiene como objetivo evitar que los administradores gestionen negligentemente la empresa, esto es, que dediquen más tiempo a sus intereses personales y presten menos atención a la administración de la empresa en lugar de dedicarle más tiempo y desarrollar una actividad más diligente. A esto se agrega que la conducta diligente es la que cabe esperar de un ordenado empresario, al cual ha de exigírsele prudencia en la toma de decisiones así como una actuación competente desde el punto de vista profesional.

Para que los administradores actúen en la forma antes señalada, es preciso que, por una parte, se encuentren bien informados y que investiguen acerca de todas las circunstancias presentes, antes de tomar cualquier decisión que pueda afectar el desenvolvimiento de la empresa¹⁰⁰.

Este autor, al referirse al deber de *lealtad*, plantea que su objetivo es el de evitar que los administradores obtengan beneficios a expensas de la sociedad, a través de distintas actuaciones maliciosas.

El consejo rector, al igual que el órgano de administración de la S.A. responde solidariamente, lo cual concuerda con la forma de actuar de este órgano que, como se ha expresado anteriormente, es colegiada.

99 LEFEVRE FRANCIS, *Responsabilidad de los administradores. Levantamiento del velo*, Ed. Francis Lefevre, S.A., 1998, pág. 13 y sigs.

100 Han sido consideradas por la jurisprudencia como conductas no diligentes, por ejemplo, el incumplimiento en la llevanza de los libros de contabilidad y demás registros, imposibilitando conocer la situación patrimonial de la sociedad sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17/1/1995; comprar mercaderías con pleno conocimiento de que no las va a poder pagar y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12/4/1994.

Antes de cerrar este tópico consideramos que, frente a la amplia facultad conferida a los socios para desarrollar en los estatutos la responsabilidad que corresponde a los consejeros de la cooperativa de segundo grado, se tuvieran en cuenta al momento de redactarlos cuestiones de gran importancia como son, por una parte, las normas que regulen la posibilidad de que los administradores de las entidades integrantes de este tipo de cooperativa puedan rechazar los acuerdos adoptados por aquéllas que lesionen gravemente sus intereses particulares. Por otra parte, debe fijarse la forma de compensar a la/s cooperativa/s de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de dicho acuerdo. Consideramos que el resarcimiento de estos daños y perjuicios deben ser asumidos, en primer lugar y de forma solidaria por los miembros del consejo rector de la cooperativa de segundo grado y, subsidiariamente por ésta.

5.2. Ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los consejeros

Si revisamos la LEC (que nos remite a la LSA) tenemos que esta acción, encaminada a proteger los intereses de la sociedad, podrá ser ejercitada, en primer lugar, por la sociedad, mediante acuerdo tomado al respecto por la asamblea general; en segundo lugar por los socios que detenten el 50% del capital social, los cuales pueden solicitar la convocatoria de la asamblea para exigir responsabilidad y en tercer lugar, los acreedores sociales; sólo en último extremo, es decir, cuando la acción no haya sido ejercitada por la sociedad o los socios y cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

Consideramos que en el caso de las cooperativas, al igual que sucede con otras sociedades mercantiles cabe aplicar la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, consagrada por la doctrina alemana y presente en la jurisprudencia española. Ella permite establecer una diferencia entre la persona jurídica (colectiva) atribuida de personalidad jurídica y los miembros que la integran. Esto tiene su base en el hecho de que existen casos en los cuales resulta necesario investigar en el interior de la persona jurídica,

“para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y bienes que bajo su manto se cobijan, con la finalidad de sancionar abusos escandalosos o para aplicar medidas defensivas o represivas”¹⁰¹.

101 MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma*, Ed. Ibidem, pág. 406.

Afirmamos esto ya que aunque las cooperativas pueden constituirse con responsabilidad ilimitada, en la realidad ello es una excepción y, por supuesto, no se manifiesta en las cooperativas de segundo o ulterior grado cuya responsabilidad es limitada al capital social.

Por último, decir que la cooperativa de segundo grado se acerca a la figura del grupo centralizado, tratado en la primera parte de este trabajo y que, como se decía constituye una empresa policorporativa, integrada por una pluralidad de personas jurídicas.

6. EL GRUPO COOPERATIVO

La LEC se ha hecho eco de la necesidad de incentivar la intercooperación al establecer distintas estructuras capaces de servirle de base.

Con ello se cumple lo señalado en la exposición de motivos acerca de que:

“son de especial interés las formas de colaboración económica entre cooperativas, procurando su ampliación y facilitando la integración” —a lo que se agrega que— “las especiales características de las sociedades cooperativas han hecho necesaria la regulación del grupo cooperativo, con la finalidad de impulsar la integración empresarial de este tipo de sociedades ante el reto de tener que operar en mercados cada vez más globalizados”.

El grupo es una nueva fórmula introducida en la LEC para conseguir la agrupación económica de las cooperativas. Esta fórmula se suma a la de las cooperativas de 2º o ulterior grado que han sido, durante mucho tiempo, la forma principalmente utilizada para llevar a cabo acciones en común.

Ya antes de publicarse esta ley, la doctrina se pronunciaba acerca de las distintas formas que podría adoptar la integración económica cooperativa. Al hablar de los grupos se señalaban, como características tradicionales del mismo, las siguientes¹⁰²:

- la integración y la colaboración empresarial cooperativa tiene que compatibilizar un alto grado de unión económica con el mantenimiento de la autonomía de quienes la componen.

102 EMBID IRUJO, J.M., *Problemas actuales de la integración cooperativa*, CIRIEC, Legislación y Jurisprudencia, nº 9, octubre 1998.

- Teniendo en cuenta la base democrática que caracteriza la cooperativa¹⁰³, al grupo no le sería aplicable la estructura jerarquizada o por subordinación.
- La figura idónea para aplicar al grupo cooperativo es el grupo paritario, también denominado *por coordinación*, en el cual la *dirección unitaria es el resultado de la libre voluntad de las cooperativas que se agrupan, sin que ninguna de ellas dependa de otra*. A diferencia de los grupos integrados por sociedades mercantiles en los que prima el control de la sociedad dominante, en las cooperativas se produce el hecho de que son las cooperativas integradas, las que de forma autónoma definen la organización y funcionamiento del grupo.

No obstante, el profesor EMBID IRUJO plantea que la legislación más reciente en materia de cooperativas va introduciendo nuevas concepciones, tales como la heterogeneidad del grupo (cuidando siempre que predominen las entidades mutualistas) y la posibilidad del establecimiento de estructuras que permitan *la dirección unificada, aunque pueda producir perjuicios para alguna o varias de las entidades integradas*, siempre que ello signifique beneficios a los intereses del grupo.

El precepto legal encargado de la regulación del grupo es el artículo 78 de la LEC, en el cual podemos encontrar las siguientes especificaciones:

6.1. Definición y caracterización del grupo cooperativo

El grupo, que no constituye una persona jurídica, está formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase (de viviendas, de trabajo, agraria u otras) y la entidad cabeza de grupo, que emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión. No constituye una persona jurídica.

Los sectores que pueden resultar afectados por la emisión de dichas instrucciones abarcan distintos ámbitos de la gestión, administración o gobierno. Ejemplo de ellos son, el establecimiento en las cooperativas de normas estatutarias y reglamentarias comunes. Consideramos que este es un aspecto importante en cuanto

103 En la cooperativa este carácter democrático se materializa, por una parte, en el principio de un socio un voto últimamente este principio está siendo objeto de excepciones, al admitirse la posibilidad del voto plural o ponderado; los beneficios se reparten de acuerdo con la participación en la actividad cooperativizada y no con respecto al capital aportado y; por último, el carácter obligatorio que tiene la participación de los socios en dicha actividad.

a las posibilidades de actuación coordinada del grupo, más aún, cuando como se ha podido constatar que, en gran medida son los estatutos los encargados, conforme a la ley, de regular la organización y funcionamiento de las cooperativas.

Digno de destacar es el apartado 6 de este artículo que preceptúa:

“La responsabilidad derivada de las operaciones que realicen directamente con terceros las sociedades cooperativas integradas en un grupo no alcanzará al mismo, ni a las demás sociedades cooperativas que lo integran”.

Esto significa que, al mantenerse la autonomía de las entidades que conforman el grupo, las mismas son responsables de las actividades que puedan realizar con terceros.

6.2. Integración del grupo

Como paso previo e indispensable, la asamblea general de cada una de las cooperativas que van a integrar el grupo, deberán tomar el acuerdo correspondiente a su integración¹⁰⁴. Es precisamente en este acuerdo donde deben quedar claramente plasmadas las competencias que serán transferidas a la entidad cabeza de grupo.

Es lógico pensar que para llegar a este acuerdo tienen que haberse producido toda una serie de contactos previos entre los miembros de los consejos rectores de las distintas entidades participantes en la creación del grupo. En esos encuentros se analizarán, entre otras cuestiones, la viabilidad del proyecto, la forma en que se afecta cada una de las entidades de base, los beneficios que pueden alcanzarse con la integración, la forma en que quedará organizado el grupo, en fin, todas las cuestiones de interés que permitan a los socios de dichas entidades pronunciarse en su momento a favor o en contra de la integración.

A esto podemos agregar, según lo establecido en el apartado 4 del art. 78, que será la forma contractual, el instrumento mediante el cual se constituye el grupo. Esto queda reflejado en la redacción de este precepto que dispone que:

“los compromisos generales asumidos ante el grupo —por las entidades integrantes— deberán formalizarse por escrito, sea en los estatutos de la entidad cabeza de grupo, si es sociedad cooperativa, o mediante otro documento contractual”.

104 El art. 21.2.h) de la LEC, relativo a la competencia de la asamblea general dispone que una de dichas competencias es la *constitución de cooperativas de segundo grado o de grupos cooperativos o incorporación a éstos si ya están constituidos...*

Este documento debe reflejar necesariamente, la duración del mismo, que en caso de ser limitada; deberá incluir el procedimiento para su modificación y para la separación de una sociedad cooperativa así como también *las facultades cuyo ejercicio se acuerde atribuir a la entidad cabeza de grupo...* El documento contractual deberá elevarse a escritura pública y se inscribirá en la hoja correspondiente a cada sociedad cooperativa del Registro correspondiente.

Llegados a este punto cabría preguntarse si de acuerdo con lo establecido en este artículo resulta posible la creación de grupos de subordinación en el ámbito cooperativo.

Ya se ha dicho que este tipo de grupo no se adapta a los principios y características de las cooperativas. Al respecto¹⁰⁵, cabe reiterar que las cooperativas integrantes de estos grupos son entidades autónomas,

“independientes entre sí, de manera que no exista lazo de subordinación entre una posible empresa dominante y otras dominadas”.

6.3. Connotación que tiene en la ley la entidad cabeza de grupo

Sabemos que se trata de una entidad capaz de tomar decisiones unitarias, sin embargo, ello no significa que se encuentre en una situación dominante, sino que se trata más bien de una situación instrumental¹⁰⁶ en la medida en que:

“se le atribuye el poder de impartir instrucciones de obligado cumplimiento, pero que se habrán tomado mediante la cooperación de todos los integrantes del grupo”.

También surge el interrogante acerca de qué tipo de entidad debe ser la cabeza de grupo y surge porque la ley cuando habla de los integrantes del grupo se refiere siempre a las cooperativas, lo que no sucede con la cabeza de grupo a quien se refiere con el amplio término de “entidad”. Según DUQUE y RUIZ esta redacción daría lugar a interpretar *que la entidad cabeza de grupo podría ser una sociedad de otro tipo*¹⁰⁷.

105 DUQUE, J.F. y RUIZ, J.I., *op. cit.*, pág. 117 y sigs.

106 DUQUE, J.F. y RUIZ, J.I., *op. cit.*, pág. 117.

107 El apartado 4 del art. 78 de la LEC al referirse a que los acuerdos deben constar en los estatutos de la entidad cabeza de grupo añade “*si es sociedad cooperativa*”.

Ante tal posibilidad aparece el temor de que una entidad no cooperativa asuma esta posición que la sitúa como “unidad de decisión”, con lo cual se afectarían los principios cooperativos. En la concepción de la legislación vigente, resulta inadmisibles que las cooperativas puedan subordinarse a sociedades no cooperativas. Sí que puede darse el fenómeno inverso, ya que los socios de la cooperativa pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas, públicas o privadas, en cuyo caso la cooperativa llega a dominar éstas a través de los mecanismos establecidos en cuanto a la votación.

De lo dicho cabe inferir que la dirección del grupo quedaría en manos del consejo rector de una cooperativa, a diferencia de lo que sucede en las cooperativas de 2º o ulterior grado, que como se ha visto, tienen un consejo rector propio en el que están representadas las entidades de base.

La composición del consejo rector de la cooperativa cabeza de grupo sería la establecida con mucha flexibilidad en el art. 33 de la LEC, que como se ha dicho, remite a lo dispuesto en los estatutos, siempre dentro de los parámetros fijados en el propio artículo.

En cuanto a la responsabilidad del grupo hay que tener en cuenta que éste no tiene personalidad jurídica, por lo que es lógico sostener que la responsabilidad corresponderá a cada una de las entidades que lo integran. Sin embargo, como algunas de las decisiones de las cooperativas de base se tomarán siguiendo orientaciones emanadas de la entidad cabeza de grupo, coincidimos con aquellos que sostienen que hubiera resultado conveniente determinar la responsabilidad frente a terceros de quien ostenta el poder de dirección del grupo, así como si dicha responsabilidad tiene carácter solidario o no¹⁰⁸.

Aunque la doctrina se pronuncie en el sentido de que la entidad cabeza de grupo debe ser una cooperativa, no es menos cierto que, por una parte, la redacción de la ley es dudosa y, por otra parte, que cada día se hace mayor el acercamiento de la legislación cooperativa a la legislación mercantil; es por ello que no sería descabellado pensar en la posibilidad futura de que la misma fuera una sociedad no cooperativa: de carácter mutualista, una sociedad civil o una sociedad mercantil. En este caso la responsabilidad de los administradores sería la establecida legalmente para el tipo de sociedad en cuestión.

En cualquier caso nos enfrentamos a la necesidad de fijar muy claramente en el contrato, las competencias que transfieren las cooperativas de base a la entidad cabeza de grupo, así como la responsabilidad exigible a esta última cuando sus decisiones causen desventajas para éstas. Asimismo pensamos que sería conveniente

108 MORILLAS JARILLO, M.J. y FELIÚ REY, M.I., *Curso de cooperativas*, Ed. Tecnos, Madrid 2000, pág. 586.

que se formularan contratos tipos que reflejaran las condiciones básicas para el funcionamiento del grupo, teniendo en cuenta los principios cooperativos.

Las cooperativas, al ser sociedades por regla general pequeñas y medianas, así como poco conocidas, necesitan sin duda alguna, ser transparentes en cuanto al manejo de sus fondos y excelentes en sus resultados, única forma de poder entrar y mantenerse en el mercado. Es por ello que la LEC, al igual que otras leyes autonómicas, han acudido a la legislación mercantil en lo relativo a la auditoría de cuentas. Al respecto, el artículo 62 de la LEC dispone que las cooperativas:

“vendrán obligadas a auditar sus cuentas anuales y el informe de gestión en la forma y en los supuestos previstos en la Ley de auditoría de cuentas y sus normas de desarrollo o por cualquier otra norma legal de aplicación, así como cuando lo establezcan los estatutos o lo acuerde la asamblea general”.

Relacionado con lo expuesto anteriormente, encontramos plausible que las cooperativas, ya no sólo las cotizadas en bolsa como es el caso de “Mondragón Corporación Cooperativa”, hicieran suyas algunas de las recomendaciones del *Código de Buen Gobierno de las Sociedades*, conocido como *Código Olivencia*, principalmente aquellas que contribuyen a la obtención de mayor efectividad, transparencia y confiabilidad y que son compatibles con los principios cooperativos, como son las siguientes:

- Que los consejeros independientes, admitidos en la legislación cooperativa, deben reunir los requisitos de experiencia y cualificación necesarios de acuerdo con el tipo de cooperativa que se trate.
- Que el consejo rector tenga una dimensión ajustada para lograr un funcionamiento más eficaz y participativo.

No obstante, hay otras cuestiones contenidas en tales recomendaciones que pudieran ser también incorporada en la regulación de las cooperativas a través de sus estatutos. Entre ellas tenemos:

- Que el consejo de rector tenga un catálogo de materias reservadas a su conocimiento y que se expresen concretamente cuáles tienen carácter delegable.
- Que, para asegurar el adecuado funcionamiento del consejo, sus reuniones se celebren con la frecuencia necesaria para el cumplimiento de su misión; que se cuide especialmente la redacción de las actas y se evalúe, al menos anualmente, la calidad y eficiencia de sus trabajos.
- Que se adopten las medidas necesarias para asegurar que los consejeros cuentan con antelación, con una adecuada y suficiente información, específicamente elaborada y orientada para preparar las sesiones del consejo.

- Que se reconozca el derecho de los consejeros de recabar y obtener la información y el asesoramiento necesario para el cumplimiento de sus funciones y se establezcan los cauces adecuados para el ejercicio de este derecho, incluso acudiendo a expertos externos en circunstancias especiales.
- Que la política de remuneración de los consejeros, tanto los independientes como el resto, tenga en cuenta no sólo la actuación individual de éstos sino también los rendimientos de la sociedad.
- Que en los estatutos de la cooperativa se detallen las obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y lealtad de los consejeros, contemplando, en particular la situación de conflicto de intereses, el deber de confidencialidad, la explotación de oportunidades de negocio y el uso de los activos sociales.
- Que los miembros del consejo rector vigilen las situaciones que puedan suponer riesgo para la independencia de los auditores externos de la sociedad y, en concreto, que verifiquen el porcentaje que representan los honorarios satisfechos por todos los conceptos sobre el total de los ingresos de la firma auditora, y que se informe públicamente de los correspondientes a servicios profesionales de naturaleza distinta a los de auditoría.

7. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LAS COOPERATIVAS DE 2º O ULTERIOR GRADO Y EL GRUPO COOPERATIVO

DIFERENCIAS

COOPERATIVAS DE 2º O ULTERIOR GRADO	GRUPOS COOPERATIVOS
• Agrupa entidades cooperativas así como otras entidades, públicas y privadas y también empresarios individuales. • Es una persona jurídica y, por tanto, tiene sus órganos sociales. • La asamblea general Está compuesta por los presidentes de las cooperativas que la integran. • El consejo rector tiene un presidente y, en su caso, un vicepresidente, que lo serán también de la cooperativa de 2º grado y que ostentan su representación.	• Pese a las dudas que al respecto se suscitan, la opinión más generalizada es que agrupa sólo a sociedades cooperativas. • No constituye una persona jurídica. • La integración del grupo se realiza mediante contrato. • En su estructura posee una entidad cabeza de grupo, que según opinión mayoritaria de los especialistas, debe ser una cooperativa.

SEMEJANZAS

- Coinciden en la finalidad de trazar estrategias comunes que permitan alcanzar mejores resultados económicos y mantenerse en el mercado con buenos niveles de competitividad.
- En ambos casos se consagra el predominio de las cooperativas en su composición.
- Sus estructuras permiten un funcionamiento participativo acorde con los principios democráticos cooperativos, de manera que no se produzca la existencia de una sociedad dominante, con las características que tienen éstas en la legislación mercantil.
- La responsabilidad de los administradores (consejeros) se regula según lo dispuesto al respecto por la ley de sociedades anónimas.

8. OTRAS FORMAS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

Independientemente que dada la extensión que debe tener el trabajo hemos hecho énfasis en las cooperativas de 2º grado y los grupos cooperativos, no queremos dejar de mencionar el hecho de que tanto en la LEC como en la legislación autonómica encontramos otras formas de llevar a cabo la integración.

Así, la LEC dedica su artículo 79 a regular “otras formas de colaboración económica”, en el que da un amplio margen para establecer vínculos de distinto tipo, de acuerdo con sus necesidades y objetivos, con otras cooperativas así como con otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. Los resultados derivados de estas operaciones deberán engrosar el fondo de reserva obligatorio de las cooperativas en cuestión.

En la Ley de cooperativas andaluzas, art. 159, se regulan las denominadas *cooperativas de integración*, las cuales agrupan, igualmente, tanto a cooperativas como a entidades o personas jurídicas, públicas o privadas, a los efectos de cumplir planes de desarrollo comunes. En este caso la ley precisa que:

“los estatutos de la cooperativa deben recoger los principios y caracteres cooperativos que habrán de aplicar a su estructura, finalidad y funcionamiento”.

Asimismo dispone que la asamblea general deberá estar compuesta por cada uno de los representantes de los socios personas jurídicas y que la mayoría de socios y de votos deberán corresponder a las cooperativas siempre que el número

de representantes de éstas lo permita. Para el caso de estas cooperativas, los estatutos podrán prever el sistema de voto plural en proporción a la actividad cooperativizada que realicen cada una de las cooperativas integradas y, en su caso, al número de socios de dichas entidades, con la limitación de que ningún socio podrá disponer de más del 50% de los votos sociales.

En cuanto a las normas reguladoras de las cooperativas de integración serán, en lo no previsto en el mencionado art. 159, las correspondientes al tipo o clase de cooperativas que resulten mayoritarias, por ejemplo, cooperativas de trabajo, de vivienda, agrarias, etc., y, en su defecto, por las normas contenidas en la parte general de la ley.

No se pronuncia este precepto en relación con la forma de administración de las cooperativas de integración, por lo que debemos acudir, en primer lugar a la parte de la ley en que se regulan las distintas clases de cooperativas y ver si se fijan normas sobre el consejo rector¹⁰⁹, ya que no siempre se hace mención a este aspecto en esa parte de la ley. En estos casos debemos atenernos a lo dispuesto en la parte general de la Ley en los artículos 57 a 64 y 70 a 74. El art. 72 trata conjuntamente la responsabilidad del consejo rector y de los interventores¹¹⁰, a los que se les exige:

“realizar sus funciones con la diligencia que corresponde a un ordenado gestor de cooperativa y a un representante leal”.

Asimismo dispone que esta responsabilidad será solidaria (al respecto se mencionan las excepciones)¹¹¹, y que deberán responder frente a la cooperativa y los socios por:

“los perjuicios que causen por los actos u omisiones contrarios a la ley o los estatutos o los realizados sin la diligencia con que deben desempeñar el cargo”.

109 En el caso de las cooperativas de viviendas el art. 135 *Normas especiales sobre el consejo rector* se hace referencia a las características específicas que debe tener, como por ejemplo, que sus miembros no pueden ostentar su condición simultáneamente en más de una cooperativa; que no podrán recibir remuneraciones por el desempeño del cargo aunque sí serán resarcidos por los gastos en que incurran el ejercicio del cargo, etc.

110 Los interventores constituyen un órgano preceptivo de fiscalización interna de las cooperativas. Le corresponde, fundamentalmente, evaluar y dictaminar sobre las cuentas anuales y el informe de gestión de la cooperativa.

111 Por ejemplo, quienes prueben que no asistieron a la reunión en la que se tomó el acuerdo y no ha tenido posibilidad alguna de conocerlo, o, habiéndolo conocido hicieron todo lo conveniente para evitar el daño y no han intervenido en su ejecución.

Siguiendo con la Ley andaluza, advertimos que prevé en su art. 160 *otras formas de vinculación*, para las cuales se requiere el acuerdo de la asamblea general. Estos vínculos podrán adoptar distintas formas, por ejemplo conciertos, consorcios y, en general, vínculos societarios con otras personas o entidades *sin desvirtuar su específico objeto social* y con el objetivo de *facilitar o garantizar el mejor desarrollo de sus actividades empresariales*.

En el resto de la legislación autonómica encontramos preceptos similares, que bajo distinta denominación y con algunas matizaciones prevén la posibilidad de que las cooperativas se agrupen entre sí y con otras personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas con fines determinados de orden económico¹¹².

No podemos dejar de mencionar la figura de las *corporaciones cooperativas*, reguladas en el art. 135 de la Ley de cooperativas de *Euskadi*, precisamente porque el más importante grupo cooperativo de España —Mondragón— ha adoptado esta forma jurídica. Sus caracteres los reseñaremos a continuación:

Se trata de agrupaciones empresariales en las que la mayoría de sus integrantes son cooperativas de primero, segundo o ulterior grado.

El objeto de esta corporación es la definición de políticas empresariales, su control y, en su caso, la planificación estratégica de la actividad.

Las facultades de administración serán reflejadas en los estatutos y deberá distribuirse entre un consejo de control y un órgano de dirección que puede ser unipersonal o colegiado. No se podrá simultanear el cargo en ambos órganos.

Corresponde al consejo de control fiscalizar la gestión que lleva a cabo la dirección. Tendrá, además, entre sus facultades, las referidas a la admisión y baja de socios y la aplicación del régimen disciplinario. Puede asimismo asumir determinados *actos de administración extraordinaria* que hayan sido previstos y autorizados por los estatutos.

112 Véanse, a modo de ejemplo, el art. 91 de la Ley de cooperativas de Aragón; 134 y 134 bis de la Ley de cooperativas de *Euskadi*; art. 131 de la Ley de cooperativas de Galicia; art. 129 de la Ley de cooperativas de Madrid.

A la Dirección le corresponden *las funciones gestoras y directivas de la corporación cooperativa y la representación de ésta ante terceros*. Sus miembros serán designados y revocados por el consejo de control.

En lo no regulado en este artículo el mismo dispone que se aplicará lo dispuesto para las cooperativas de segundo o ulterior grado.

8.1. Mondragón Corporación Cooperativa

Sus orígenes se remontan a principios de la década de los años cuarenta, al llegar a la villa de Mondragón el sacerdote JOSÉ MARÍA ARIZMENDIARRIETA, que fue el precursor y el alma de este proyecto que comenzó con la creación de la hoy llamada *Eskola Politeknicoa*, donde se formaron los primeros miembros del movimiento cooperativo en la zona.

Hacia finales de 1956 un grupo de jóvenes provenientes de dicha escuela crearon la primera empresa industrial denominada ULGOR (hoy FAGOR Electrodomésticos) en la villa de Mondragón iniciando así la experiencia de producción cooperativa. Hacia finales de esta década se instalan en la zona ULGOR Asarrate (hoy FAGOR Arrasate) y EROSKI así como la cooperativa de crédito Caja Laboral Popular, la cual desempeña la importante misión de actuar como banco cooperativo y se ha convertido en un punto neurálgico para el desarrollo de este proyecto cooperativo.

Un poco después surgen otras cooperativas como FAGOR Electrónica, FAGOR Ederlan y DOBANAT, también se constituye la División Empresarial de la Caja Laboral Popular. En la década de los setenta fue creado el Centro de Investigaciones Tecnológicas IKERLAN.

La estructura comarcal existente se transforma en la década de los ochenta en una estructura sectorial. En su primer congreso cooperativo, celebrado el 2 de diciembre de 1987 las cooperativas participantes en el congreso adoptaron la denominación de “Grupo Cooperativo Mondragón”. Sería más tarde, en su tercer congreso, que el grupo adoptaría la denominación de Mondragón Corporación Cooperativa (en adelante MCC) que tiene actualmente.

La actividad de esta corporación ha ido creciendo hasta formar tres grupos o divisiones:

Grupo financiero	Grupo industrial	Grupo de distribución
Integrado por: • La Caja Laboral Popular • LAGUN-ARO (entidad de previsión social) • AROLEASIN (negocios de arrendamiento financiero)	Integrado por: • Siete divisiones que tienen como base la homogeneidad producto-mercado • Dentro de estas divisiones encontramos agrupaciones sectoriales que logran obtener sinergias y economías de escala.	Integrado por: • EROSKI y CONSUM hoy día unidas. • EROSMER S.A. participada por EROSKI, ONCE, Caja Postal, BBK y LAGUN-ARO (MCC)

En el grupo financiero, es la Caja Laboral Popular la que tiene mayor peso. Es una cooperativa de crédito que desarrolla sus funciones preferentemente dando servicio al movimiento cooperativo.

Las entidades integrantes del grupo industrial tienen alianzas, desde 1997 con empresas francesas, coreanas y norteamericanas. Los autobuses IRIZAR tienen plantas de producción en Marruecos y China y circulan en diferentes países del mundo.

En 2002 se sintieron, en el grupo financiero, las caídas que se produjeron en los mercados bursátiles, lo que ha lesionado la rentabilidad total aun cuando el volumen invertido en ellos es moderado dentro de la cartera de inversión total.

Por otra parte, el lanzamiento del producto “Aportaciones Financieras Subordinadas EROSKI”, duplicó las expectativas de posibles inversores, lo cual reafirma:

“las posibilidades de captación de recursos en los mercados financieros por parte de las cooperativas. Los principales bancos y cajas de ahorro, con la participación destacable de Caja Laboral, fueron los colocadores de la emisión”¹¹³.

Dentro del volumen de negocios, destacan los recursos de clientes intermediados por Caja Laboral que, al cierre del pasado ejercicio se situaban en 8.474.079 miles de euros, lo que representa un crecimiento del 7,4% respecto al ejercicio anterior (2001).

113 Véase página *web* de MCC, específicamente Balance anual.

El grupo de distribución tiene como objetivos continuar aumentando su expansión nacional así como las exportaciones. Continuar y consolidar su desarrollo en el sur de Francia y crear hipermercados en este país, como las empresas mixtas que tiene junto a PROMODES. En 2002 este grupo incrementó su cifra de ventas en un 12% por encima del ejercicio anterior.

La facturación del grupo industrial en 2002 ascendió a 4.017.200 miles de euros, con un incremento del 15,6% respecto al ejercicio anterior. MCC tiene un total de 4 centros de educación reglados¹¹⁴ y 6 centros no reglados¹¹⁵, así como también unos centros de investigación y desarrollo¹¹⁶.

Una visión global desde el punto de vista económico nos la ofrece los siguientes datos estadísticos:

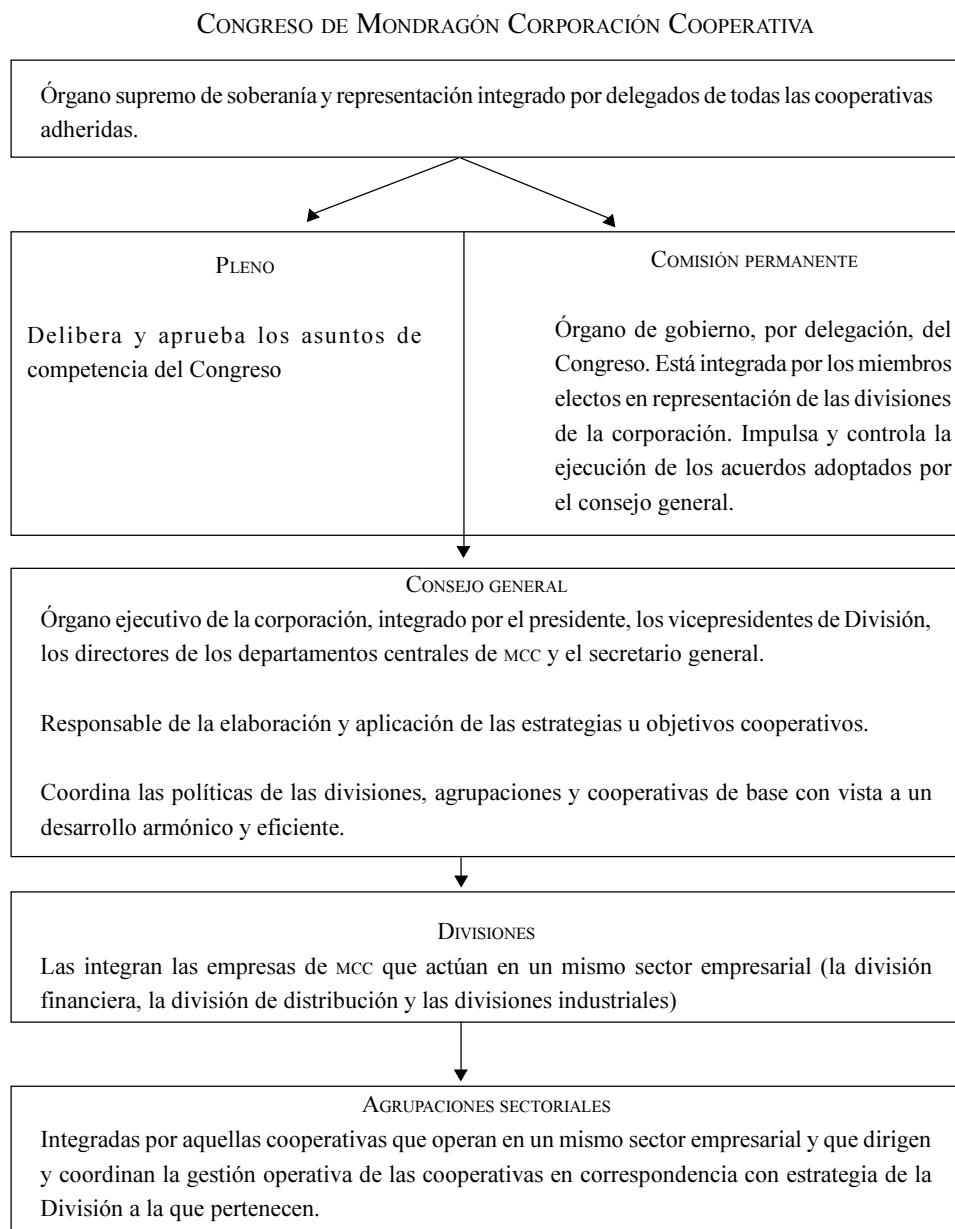
Concepto	2002	2001	Variación 02/01
Ventas	9.210.457	8.105.678	13,6
Puestos de trabajo	67,034	60.200	11,4
Inversiones	589.926	872.408	-32,4

Su estructura jurídica se corresponde con lo preceptuado respecto a las corporaciones cooperativas en la Ley de cooperativas del País Vasco. Su concreta forma de organización es como sigue:

114 *Eskola Politeknikoa* José María Arizmendiarieta (formación profesional); ETEO (escuela de empresariales); IRAKASLE (escuela de magisterio) y Universidad Mondragón.

115 IRAUNKOR (reciclaje y formación permanente de trabajadores); SAIOLAN (formadora de empresas); DIARA (instituto de diseño industrial); GOIER (gestión de estudios de posgrado para ingenieros técnicos y licenciados en empresariales); EUROPACE (seminarios de alto nivel técnico) y ALECOP (cooperativa que emplea a estudiantes en régimen de media jornada).

116 IKERLAN (centro de investigación aplicada que tiene acuerdos con el Gobierno Vasco, a fin de permitir que el desarrollo de las innovaciones técnicas estén al alcance de todas las empresas de *Euskadi*); IDEKO y Mayer Technonology Center estas últimas orientadas a las máquinas de herramientas y el plástico.



Como estrategia empresarial, MCC se caracteriza por un reforzamiento de los planes de gestión de las cooperativas integrantes pero siempre integrados dentro del plan, más amplio, que corresponde a la política empresarial de la corporación.

9. CONCLUSIONES GENERALES

Como podemos observar, el fenómeno de los grupos de empresas es uno de los más complejos que debe enfrentar el derecho actual. A diferencia de los que piensan que los problemas que generan los grupos son, sobre todo, problemas de derecho común de las sociedades, particularmente de las sociedades de capitales, creemos que los problemas van más allá de éstas, ingresando al campo mismo del derecho de la empresa. Pero, siendo realistas, no podemos pretender una regulación integral de los grupos de empresas, ya que los problemas que se derivan de éstos en el marco constitucional, tributario, contable, concursal, etc., y los intereses que involucran, bien pueden encontrar resolución si proyectamos una reglamentación específica sobre los grupos de empresas, elaborada fundamentalmente con materia prima societaria¹¹⁷.

En este contexto, tanto el subtipo de sociedad bursátil como la sociedad cooperativa se remiten a la Ley general que dispone la reglamentación de la responsabilidad de los administradores, siendo los trazos principales que se infieren de esta responsabilidad los que siguen:

- Los administradores deben actuar con *diligencia* en el ejercicio de su cargo, o lo que es lo mismo, no debe actuar negligentemente.

Esto significa que a los administradores se les puede exigir responsabilidad no sólo en los casos en que actúe con malicia, mala fe, o con negligencia grave.

- Los actos por los que responden son aquellos que sean contrarios a la ley, a los estatutos sociales o los que realicen sin la diligencia que requiere el cargo y que causen daño.

Como es natural, debe existir una relación de causa-efecto entre la conducta culpable y el daño ocasionado. Respecto a esto último es conveniente señalar la posición asumida por la jurisprudencia, la cual se ha pronunciado unánimemente acerca de la existencia del daño para que surja la responsabilidad de los miembros del órgano de administración¹¹⁸.

- Todos los administradores responden solidariamente, excepto los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evita el daño o,

117 Así se manifiesta LEYVA SAAVEDRA, J., “Los grupos...” *op. ult. cit.*

118 Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 12/4/1989 y la de 5/3/1992.

al menos, se opusieron expresamente a aquél. A esto se añade que en ningún caso se exonerará de responsabilidad por el hecho de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general (en el caso de la cooperativa, la asamblea general).

Queda claro, por tanto, que se trata de una responsabilidad colectiva, se presume la culpa de todos, y sólo pueden ser exonerados los que prueben el conjunto de circunstancias mencionadas. De esta forma se evita que se pueda evadir una conducta despreocupada o lo que es igual, negligente.

En lo tocante a la responsabilidad de los administradores en el grupo, hemos de considerar lo que sigue:

El grupo debe fundarse sobre un contrato de afiliación o contrato de asociación (en las cooperativas de 2º grado) que permita acoger con claridad la estructura del mismo. Pueden, a tal fin, echarse mano a las normas del *AktG* y del CSC portugués.

Antes que discutir sobre el nombre que debe tener el contrato, es decir, si debe llamarse contrato de dominación, de afiliación o contrato grupal, debemos centrar nuestros esfuerzos en construir el contenido contractual.

La normativa debería asegurar una adecuada información sobre las vinculaciones del grupo, sobre las relaciones financieras y comerciales entre las empresas del grupo, así como su situación patrimonial y los resultados económicos del grupo unitariamente considerado.

Debería, igualmente, evitarse que el diseño unitario que inspiran las elecciones operativas de las empresas del grupo perjudique las expectativas de aquellos que han confiado exclusivamente en la consistencia patrimonial y en sus resultados económicos de una empresa en particular.

En cuanto a la responsabilidad civil de los administradores del grupo, se deberían considerar las siguientes reglas:

1. Los administradores de la empresa controlada responden por su propia gestión;
2. Los administradores de la empresa controlante y los de la controlada responden solidariamente por los daños causados a la controlada, a sus socios o a los terceros por aquellos acuerdos adoptados y actos realizados que se enmarquen dentro de la estrategia del grupo;

3. En los grupos de hecho, los administradores de la empresa controlante responden solidariamente con los de la controlada por los daños causados a la sociedad, socios y terceros.
4. Debería protegerse a los acreedores y a los accionistas minoritarios de las empresas dominadas, haciendo responsable a la empresa controlante con todo el patrimonio del grupo.

Nos parece pertinente que exista una reglamentación más particular con relación a la responsabilidad que puede solicitárseles a los administradores del grupo de sociedades bursátiles respecto de aquel que no lo es. En otros términos, si bien los estándares de conducta¹¹⁹ han de ser iguales o similares con independencia de si estamos en una sociedad cotizada o no, en cambio, pensamos que la responsabilidad, por ejemplo, sanciones y control del órgano de administración ha de ser más riguroso al encontrarnos con sociedades con un mayor número de accionistas y repercusión social, cuya posibilidad de defensa frente a una sociedad más reducida, no ha de menoscabar ni sus expectativas, ni tampoco sus intereses sociales y económicos. Nótese que la mala gestión se traduce en una reducción de la cotización de las acciones, cuyo corolario -por lógica- es la toma de control por un grupo hostil y el consiguiente desplazamiento de los directivos ineficientes¹²⁰.

En lo concerniente a la responsabilidad de los distintos tipos de integración económica cooperativa en los que, al menos teóricamente, no existen entidades dominantes, resulta necesario precisar la responsabilidad de los administradores cuyas decisiones afecten a las entidades integrantes, así como también los supuestos en los cuales los administradores de éstas pueden o deben rechazar tales decisiones. Como elemento integrante de la figura de la responsabilidad debe establecerse las normas que regulen la forma en que se resarcirá a las entidades afectadas y a quién corresponderá hacerlo.

119 Piensa MORILLAS JARILLO, M. J., *Las normas, op. ult. cit.*, pág. 9: “por su tamaño o por el hecho de que coticen o no en bolsa, con accionariado disperso o concentrado, o por su carácter abierto o cerrado. Estimamos que las diferencias que derivan de esas características no determinan que los estándares de comportamiento de los administradores deban necesariamente variar”, precisa además a nota de pie de página: “por encima de las peculiaridades nos interesa destacar la necesidad común a todas las sociedades: clarificar la conducta que deben llevar a cabo quienes se encargan de la función de administrar de forma que sea más fácil saber qué se debe hacer para cumplir adecuadamente dicha tarea y que sea más sencillo detectar los incumplimientos en orden a aplicar las sanciones correspondientes”.

120 *Cfr.*, TERMES, R., “Un aliciente para modificar anquilosadas estructuras”, n° 159, *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 1998, págs. 48-55. HOPT, K.J., “Derechos y obligaciones de la dirección en relación con la ‘composición del accionariado’”. Acerca del deber de neutralidad frente a una oferta pública de adquisición y a otros supuestos de cambios de socios”, n° 209, *RDM*, julio-septiembre, 1993, págs. 863 a 912.