

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ

**LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA Y SUS
TÉCNICAS DE REALIZACIÓN: LA COOPERATIVA
DE SEGUNDO GRADO**

Dirigida por el

Prof. Dr. D. José Miguel Embid Irujo



**UNIVERSIDAD DE MURCIA
FACULTAD DE DERECHO**

1999

Tesis para la obtención del grado de Doctor presentada por la Licenciada ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ y realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

Murcia, 1999

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	15
-------------------	----

PRIMERA PARTE

SIGNIFICADO Y REALIDAD ACTUAL DE LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA

CAPÍTULO PRIMERO. INTEGRACIÓN COOPERATIVA Y CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

I. GENERALIDADES SOBRE LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA	23
<i>1. LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA COMO INSTRUMENTO PARA LA AGREGACIÓN SOCIETARIA.....</i>	23
<i>2. INTEGRACIÓN E INTERCOOPERACIÓN: DELIMITACIÓN DE SUPUESTOS.....</i>	27
2.1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL PRINCIPIO COOPERATIVO DE INTERCOOPERACIÓN.....	27
2.2. SU PLASMACIÓN LEGISLATIVA.....	32
3. MARCO DE LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA.....	36
4. GRADOS DE VINCULACIÓN SOCIETARIA.....	40
4.1. CONCENTRACIÓN Y COLABORACIÓN.....	40
4.2. INTEGRACIÓN EMPRESARIAL E INTERCOOPERACIÓN ECONÓMICA.....	41
II. TÉCNICAS DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL E INTEGRACIÓN COOPERATIVA.....	42
<i>1. FUSIÓN Y ESCISIÓN COMO TÉCNICAS DE CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS.....</i>	42
1.1. LA FUSIÓN.....	42
1.2. FUSIÓN Y GRUPOS DE SOCIEDADES	44
1.3. LA TÉCNICA DE LA ESCISIÓN.....	47
<i>2. FUSIÓN, ESCISIÓN E INTEGRACIÓN COOPERATIVA.....</i>	52
2.1. CONSIDERACIÓN SUSTANTIVA.....	52
2.2. CONSIDERACIÓN SUBJETIVA.....	53

2.3.BREVE REFERENCIA A LAS NUEVAS TENDENCIAS APERTURISTAS: EL CASO DE LA TRANSFORMACIÓN.....	59
2.4.FUSIÓN «VERSUS» COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO....	63
CAPÍTULO SEGUNDO. ESTRUCTURA DE GRUPO E INTEGRACIÓN COOPERATIVA (I): ASPECTOS GENERALES	
I.TEORÍA GENERAL DEL GRUPO DE SOCIEDADES.	
ASPECTOS FUNDAMENTALES.....	69
<i>1.LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL DEL CONCEPTO DE GRUPO....</i>	<i>69</i>
1.1.NOCIÓN DE GRUPO DE SOCIEDADES.....	69
1.2.GRUPOS POR SUBORDINACIÓN Y GRUPOS POR COORDINACIÓN.	71
<i>2.MODELOS DE REGULACIÓN.....</i>	<i>75</i>
2.1.DIFICULTADES PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL GRUPO.....	75
2.2.DIVERSOS MODELOS DE REGULACIÓN.....	77
A)Modelo contractual.....	77
B)Modelo orgánico.....	79
C)Modelo armonizador.....	80
2.3.GRUPOS TÍPICOS Y GRUPOS ATÍPICOS.....	82
<i>3.CONCEPTO LEGAL DE GRUPO.....</i>	<i>84</i>
3.1.OPCIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA EN TORNO AL GRUPO DE SOCIEDADES.....	86
A)La noción de grupo basada en el control.....	87
B)La noción de grupo basada en la unidad de decisión.....	91
C)La noción de grupo basada en la influencia dominante.....	94
D)Aplicabilidad de las nociones de grupo al Derecho de sociedades.....	96
3.2.HACIA UN CONCEPTO DOCTRINAL DE GRUPO DE SOCIEDADES EN DERECHO ESPAÑOL.....	103
II.TRASLACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE GRUPO POR SUBORDINACIÓN AL ÁMBITO COOPERATIVO.....	
<i>1.PREMISA: DIFICULTAD DE LA PROPUESTA.....</i>	<i>108</i>
<i>2.EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO: UN LÍMITE PARA LA TOMA DE CONTROL DE UNA COOPERATIVA.....</i>	<i>111</i>
2.1.LA ADMISIÓN DEL PRINCIPIO PROPORCIONAL. EL CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DEL VOTO PONDERADO COMO PRIMER LÍMITE Y SALVAGUARDA DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO.....	112
2.2.MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO PROPORCIONAL	116
A)El voto proporcional en las cooperativas de base.....	116
a)En atención a la actividad cooperativizada.....	117
b)En atención al número de socios de la cooperativa o entidad asociada.....	124

<i>c)En atención a las aportaciones al capital de la sociedad cooperativa.....</i>	127
B)El voto proporcional en la cooperación secundaria	130
2.3.LAS OTRAS DOS GARANTÍAS PARA EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO: LOS LÍMITES CUANTITATIVO E INSTITUCIONAL.....	132
A)El límite cuantitativo.....	132
B)El límite institucional.....	133
3.TÉCNICAS PARA LA OBTENCIÓN DE CONTROL: SU ADMISIBILIDAD EN DERECHO COOPERATIVO.....	134
3.1.TÉCNICAS SOCIETARIAS.....	134
A)Las técnicas de adquisición inmediata del control societario.....	135
B)Las técnicas de toma sucesiva de control.....	137
C)Las convenciones de voto.....	138
3.2.TÉCNICAS CONTRACTUALES.....	144
A)En especial, el contrato de dominación.....	144
B)Celebración del contrato de dominación.....	151
<i>a)Legitimación para la celebración de un contrato de dominación.....</i>	151
<i>b)Incidencia de la previa vinculación societaria en la adopción del acuerdo por la Junta general.....</i>	153
C)Ejercicio de la dirección unitaria.....	155
D)Obligaciones para las sociedades del grupo.....	157
E)Protección de socios y acreedores.....	159
<i>a)Medidas de protección de los socios.....</i>	159
<i>b)Medidas de protección de los acreedores.....</i>	161
4.EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA: LÍMITE PARA EL EJERCICIO DE LA DIRECCIÓN UNITARIA.....	166
4.1.LA AUTONOMÍA DE GESTIÓN Y ESTATUTARIA.....	167
4.2.EL EJERCICIO DE LA DIRECCIÓN UNITARIA.....	168
5.PROPUUESTAS PARA LA OBTENCIÓN DE CONTROL Y EJERCICIO DE LA DIRECCIÓN UNITARIA EN LOS GRUPOS DE COOPERATIVAS.....	170
CAPÍTULO TERCERO. ESTRUCTURA DE GRUPO E INTEGRACIÓN COOPERATIVA (II): LOS GRUPOS COOPERATIVOS POR COORDINACIÓN	
I.EL GRUPO PARITARIO COMO MODELO DE INTEGRACIÓN COOPERATIVA.....	175
II.APUNTES PARA UN PERFIL DEL GRUPO COOPERATIVO POR COORDINACIÓN.....	179
III.ORGANIZACIÓN DEL GRUPO PARITARIO.....	182
1.EL CONTRATO DE GRUPO POR COORDINACIÓN.....	183
2.ORGANIZACIÓN DEL GRUPO POR COORDINACIÓN.....	184

2.1.GRUPOS HORIZONTALES DE ORDEN INTERNO.....	185
2.2.GRUPOS HORIZONTALES DE ORDEN EXTERNO.....	189
A)Organización separada del grupo paritario y de la sociedad órgano.....	190
B)Organización integrada del grupo paritario en la sociedad órgano.....	191
C)Consecuencia última de la distinción: grupos personificados y no personificados.....	193
IV. CREACION DEL GRUPO DE COOPERATIVAS POR COORDINACIÓN.....	194
1.FASE PRELIMINAR: EL «PROYECTO DE GRUPO».....	195
1.1.LA BASE SUBJETIVA DE LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA CON FINALIDAD DE GRUPO PARITARIO.....	195
1.2.COMPETENCIA PARA LA REDACCIÓN DEL «PROYECTO DE GRUPO».....	197
1.3.CONTENIDO DEL «PROYECTO DE GRUPO».....	200
2.FASE DECISORIA.....	202
2.1.COMPETENCIA PARA LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO.....	202
2.2.EL PRINCIPIO MAYORITARIO EN LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO..	204
3.FASE DE EJECUCIÓN.....	205
3.1.ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL GRUPO.....	205
3.2.FORMALIDADES DE CONSTITUCIÓN DEL GRUPO.....	207
A)Documentación del contrato de grupo.....	207
B)Constancia registral de la existencia del grupo.....	209
V. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA SITUACIÓN DE GRUPO.....	210
1.MODIFICACIÓN DEL CONTENIDO CONTRACTUAL.....	210
1.1.MODIFICACIÓN A PROPUESTA DE SOCIEDAD DEL GRUPO.	211
1.2.MODIFICACIÓN A PROPUESTA DEL ÓRGANO CENTRAL.....	212
2.MODIFICACIÓN DE LA BASE SUBJETIVA.....	214
3.EXTINCIÓN DE LA SITUACIÓN DE GRUPO.....	215
3.1.CAUSAS DE EXTINCIÓN GENERALES.....	215
A)Causas generales de extinción en los grupos de orden interno..	216
a)Mutuo disenso.....	216
b)Cumplimiento del término.....	217
c)Logro pleno de la finalidad económica.....	218
d)Disolución de alguna entidad partícipe.....	218
e)Insolvencia de alguno de los socios.....	219
f)Petición de embargo y remate de la parte de un socio.....	220
g)Denuncia unilateral.....	220
B)Causas generales de extinción en los grupos de orden externo..	221

3.2.CAUSAS DE EXTINCIÓN ESPECÍFICAS DE LA SITUACIÓN DE GRUPO.....	223
A)Causas objetivas.....	224
<i>a)Imposibilidad de alcanzar los fines de la concentración.....</i>	224
<i>b)Imposibilidad de ejercicio del poder de dirección.....</i>	224
<i>c)Desviación de la situación de grupo paritario hacia la de grupo por subordinación.....</i>	224
B)Causas subjetivas.....	225
<i>a)Disminución del tamaño óptimo de la agrupación.....</i>	225
<i>b)Fusión o escisión de alguna sociedad del grupo.....</i>	225
<i>c)Transformación de alguna sociedad del grupo en una forma no apta para integrarlo.....</i>	226
<i>d)Pérdida de independencia de alguna sociedad del grupo.....</i>	226
VI.EFECTOS DEL CONTRATO DE GRUPO PARITARIO.....	227
1.ADOPCIÓN Y EJECUCIÓN DE DECISIONES DEL GRUPO.....	227
1.1.DIRECCIÓN UNITARIA Y COMÚN.....	227
A)Significado de la dirección unitaria en los grupos de cooperativas por coordinación.....	227
B)La dirección unitaria en el Derecho cooperativo.....	229
C)Aspectos fundamentales de la dirección unitaria en los grupos de cooperativas por coordinación	231
1.2.LÍMITES AL PODER DE DIRECCIÓN.....	233
A)El marco de las facultades cedidas.....	234
B)Límites a la dirección unitaria.....	235
<i>a)Límites legales.....</i>	235
<i>b)Límites contractuales y/o estatutarios.....</i>	235
<i>c)Límites orgánicos.....</i>	237
<i>d)Interés del grupo «versus» interés de cada cooperativa.....</i>	238
<i>e)El principio cooperativo de puerta abierta.....</i>	239
2.POSICIÓN JURÍDICA DE SOCIOS, ACREEDORES Y TRABAJADORES DE LAS COOPERATIVAS INTEGRADAS.	240
2.1.POSICIÓN JURÍDICA DE SOCIOS Y ACREEDORES DE LAS SOCIEDADES INTEGRADAS.....	241
2.2.EL CASO ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE LAS SOCIEDADES DEL GRUPO POR COORDINACIÓN.....	243
3.EXPRESIÓN CONTABLE DEL GRUPO.....	248
4.RÉGIMEN CONCURRENTIAL.....	252
4.1.CONSTITUCIÓN DEL GRUPO Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	253
A)Constitución del grupo y control de las concentraciones económicas.....	253
B)Constitución del grupo y prácticas restrictivas de la competencia.....	257
4.2.ACTUACIÓN DEL GRUPO Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	259
A)Actuación del grupo en sede de concentraciones económicas....	259

B) Actuación del grupo en sede de acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas.....	261
---	-----

SEGUNDA PARTE
INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA. ESPECIAL REFERENCIA A LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO

CAPÍTULO CUARTO. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA. ANÁLISIS PRELIMINAR

I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	271
II. INSTRUMENTOS PREVISTOS POR EL LEGISLADOR COOPERATIVO.....	271
1. <i>LAS DIVERSAS OPCIONES.....</i>	271
2. <i>INSTRUMENTOS PARA LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA.....</i>	274
2.1. <i>FORMAS PERSONIFICADAS DE INTEGRACIÓN.....</i>	274
A) <i>Las cooperativas de segundo grado.....</i>	274
B) <i>Las cooperativas de integración.....</i>	278
C) <i>El papel de las cooperativas de servicios.....</i>	282
D) <i>El grupo cooperativo consolidable.....</i>	285
E) <i>Una fórmula transnacional: La Sociedad Cooperativa Europea (SCE).....</i>	288
2.2. <i>FORMAS NO PERSONIFICADAS DE INTEGRACIÓN.....</i>	295
A) <i>Los denominados grupos de sociedades cooperativas.....</i>	295
a) <i>Aspecto subjetivo del grupo.....</i>	295
b) <i>Aspectos sustantivos del grupo.....</i>	296
c) <i>Aspectos formales del grupo.....</i>	298
d) <i>Calificación del grupo cooperativo.....</i>	301
B) <i>Las Corporaciones Cooperativas.....</i>	302
3. <i>INSTRUMENTOS PARA LA INTERCOOPERACIÓN ECONÓMICA.....</i>	304
3.1. <i>LOS ACUERDOS INTERCOOPERATIVOS.....</i>	304
3.2. <i>LAS OTRAS FORMAS DE COLABORACION ECONÓMICA.....</i>	309
3.3. <i>INVERSIONES FINANCIERAS EN LA SOCIEDAD COOPERATIVA.....</i>	312
A) <i>El asociado, adherido o socio colaborador.....</i>	313
B) <i>Los socios titulares de partes sociales con voto.....</i>	316
C) <i>Titulares de participaciones especiales.....</i>	318
D) <i>El socio inactivo, excedente u honorífico.....</i>	320

III. ALGUNAS OPCIONES EXTRACOOPERATIVAS: LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y LA

AGRUPACIÓN DE INTERES ECONÓMICO.....	321
<i>1.LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN.....</i>	<i>323</i>
<i>2.LA AGRUPACIÓN DE INTERES ECONÓMICO COMO FÓRMULA DE COLABORACIÓN.....</i>	<i>327</i>
CAPÍTULO QUINTO. EVOLUCIÓN, NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO EN EL DERECHO ESPAÑOL	
I.EVOLUCIÓN DE LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO EN EL DERECHO ESPAÑOL DE COOPERATIVAS.....	335
<i>1.LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO EN LA LEGISLACIÓN PREVIGENTE.....</i>	<i>335</i>
<i>1.1.PRIMER PERIODO (1906-1942): FÓRMULAS DE PROMOCIÓN DE INTERESES COMUNES.....</i>	<i>335</i>
<i>1.2.SEGUNDO PERIODO (1942-1971): COOPERATIVA DE COOPERATIVAS.....</i>	<i>338</i>
<i>1.3.TERCER PERIODO (1971-1987): UN TIPO SOCIAL DIFERENCIADO.....</i>	<i>339</i>
<i>2.LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.....</i>	<i>343</i>
<i>2.1.PRELIMINAR: DIVERSIDAD Y ESPECIALIDAD LEGISLATIVA.....</i>	<i>343</i>
A)La competencia en materia de cooperativas.....	343
<i>a)El silencio del texto constitucional.....</i>	<i>343</i>
<i>b)Las Leyes Orgánicas de Transferencia de Competencias.....</i>	<i>346</i>
<i>c)La Ley estatal de Cooperativas y el problema de su ámbito de aplicación.....</i>	<i>348</i>
B)Competencia y función del Estado en la regulación de la sociedad cooperativa.....	351
<i>a)Consecuencias de la ausencia de una regulación uniforme de la sociedad cooperativa.....</i>	<i>351</i>
<i>b)Algunas propuestas.....</i>	<i>355</i>
<i>2.2.REGULACIÓN DE LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO.....</i>	<i>357</i>
A)Concreción del régimen jurídico aplicable a las cooperativas de segundo grado.....	358
<i>a)El régimen jurídico previsto en la Ley de Cooperativas.....</i>	<i>358</i>
<i>b)El régimen jurídico previsto en las leyes autonómicas.....</i>	<i>359</i>
B)Sistemas de regulación de la cooperativa de segundo grado.....	360
<i>a)En cuanto al ámbito subjetivo de esta forma de integración.....</i>	<i>360</i>
<i>b)En cuanto al grado de autorregulación societaria.....</i>	<i>365</i>
II.NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO.....	365
<i>1.EN GENERAL, LA DISCUTIDA NATURALEZA JURÍDICA DE LA</i>	<i>365</i>

COOPERATIVA.....	366
1.1.LA COOPERATIVA COMO SOCIEDAD.....	369
1.2.EL PROBLEMA DE SU MERCANTILIDAD.....	370
A)Significado del artículo 124 C. de c.	372
<i>a)Los actos incluidos en la mutualidad: la actividad cooperativizada.....</i>	376
<i>b)Los actos extraños a la mutualidad: el objeto social.....</i>	378
<i>c)El criterio de la mercantilidad por el objeto.....</i>	381
B)Su expresión constitucional.....	
1.3.EXTENSIÓN DEL REGIMEN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES A LA COOPERATIVA.....	384
A)Extensión del estatuto del empresario a las cooperativas.....	386
<i>a)Contabilidad.....</i>	386
<i>b)Libros sociales.....</i>	387
<i>c)El sistema registral.....</i>	389
<i>d)Situaciones de insolvencia.....</i>	392
B)Tratamiento paritario con respecto a otras sociedades mercantiles.....	393
<i>a)Personalidad jurídica.....</i>	393
<i>b)Impugnación de acuerdos.....</i>	394
<i>c)Regularización de balances.....</i>	394
<i>d)Verificación contable.....</i>	395
<i>e)Aportaciones no dinerarias.....</i>	397
<i>f)Concentración de empresas.....</i>	399
2.LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO EN CUANTO FORMULA DE INTEGRACIÓN.....	400
2.1.LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO COMO SOCIEDAD COOPERATIVA.....	403
A)Exigencia de identidad de aptitud objetiva entre las cooperativas de base.....	404
B)Exigencia de identidad de aptitud subjetiva entre las cooperativas de base.....	405
C)La cooperativa de segundo grado mixta.....	406
D)Clases de cooperativas inadecuadas para calificar la cooperación secundaria.....	407
2.2.LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO COMO SOCIEDAD CONSORCIAL.....	407
2.3.LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO COMO VESTIDURA JURIDICA DEL GRUPO POR COORDINACIÓN....	411
CAPÍTULO SEXTO. LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO COMO TÉCNICA DE ORDENACIÓN DE UN GRUPO PARITARIO	
I.PRELIMINAR.....	421
1.VENTAJAS DERIVADAS DE SU NATURALEZA COOPERATIVA.....	421
2.VENTAJAS DERIVADAS DE SU APTITUD COMO SOCIEDAD ORGANO DE UN GRUPO PERSONIFICADO.....	425
II.LOS ESTATUTOS DE LA COOPERATIVA DE SEGUNDO	

GRADO COMO NORMA DE ORGANIZACIÓN.....	426
<i>1. INCORPORACION DEL CONTRATO DE GRUPO A LOS ESTATUTOS SOCIALES.....</i>	<i>426</i>
1.1. LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO COMO SOCIEDAD ORGANO DE UN GRUPO POR COORDINACIÓN...	426
1.2. LOS ESTATUTOS COMO NORMA REGULADORA DEL GRUPO.....	428
<i>2. LAS CLÁUSULAS ESTATUTARIAS RELATIVAS A LA ESTRUCTURA DE GRUPO.....</i>	<i>430</i>
2.1. CLÁUSULAS INCONDICIONALMENTE OBLIGATORIAS.....	433
A) Cláusulas relativas a la actividad y a la actuación de la cooperativa de segundo grado.....	433
a) La actividad de la cooperativa de segundo grado.....	433
b) Los sectores cedidos a la dirección unitaria.....	435
c) Autonomía funcional de la cooperativa de segundo grado.....	436
d) Estabilidad de las facultades atribuidas a la cooperativa de segundo grado.....	436
B) Cláusulas relativas a los socios.....	437
C) Cláusulas relativas al régimen financiero.....	438
2.2. CLÁUSULAS CONDICIONALMENTE OBLIGATORIAS.....	440
A) Cláusulas relativas a los socios.....	441
B) Cláusulas relativas a los órganos sociales.....	442
C) Cláusulas relativas al capital social.....	445
D) Cláusulas que imponen nuevas obligaciones sociales.....	446
a) Cuotas de ingreso y cuotas periódicas.....	446
b) Otras obligaciones sociales.....	449
2.3. CLÁUSULAS FACULTATIVAS.....	453
A) Operaciones con terceros.....	453
B) Cláusulas relativas a los socios.....	456
C) Cláusulas relativas a los órganos sociales.....	457
D) Causas convencionales de disolución.....	458
<i>3. EL REGLAMENTO DE RÉGIMEN INTERNO.....</i>	<i>459</i>
3.1. FUNCIÓN DEL REGLAMENTO DE REGIMEN INTERNO.....	460
3.2. COMPETENCIA PARA LA APROBACIÓN DEL REGLAMENTO	461
A) Órgano competente para la aprobación.....	462
B) Régimen de adopción del acuerdo.....	463
3.3. CONTENIDO DEL REGLAMENTO DE RÉGIMEN INTERNO....	464
A) Contenido de organización.....	465
B) Contenido de actividad.....	466
3.4. FORMA Y PUBLICIDAD DEL REGLAMENTO DE RÉGIMEN INTERNO.....	468
 <i>4. CONSECUENCIAS DE LA NO INSCRIPCIÓN DE LA COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO PARA LA EXISTENCIA DEL</i>	

GRUPO.....	469
4.1.SOCIEDAD EN FORMACIÓN Y SOCIEDAD IRREGULAR. DELIMITACIÓN DE SUPUESTOS EN DERECHO COOPERATIVO.....	469
4.2.CONTRATO DE GRUPO Y SOCIEDAD EN FORMACIÓN.....	471
A)Régimen de responsabilidad.....	471
B)Consecuencias de la inscripción para los actos y contratos celebrados con anterioridad.....	476
4.3.CONTRATO DE GRUPO Y SOCIEDAD IRREGULAR.....	478
A)Notas para la construcción de la irregularidad en el Derecho cooperativo.....	479
a) La situación de irregularidad en las leyes que la regulan.....	479
b)La situación de irregularidad en las leyes que no la regulan.....	482
c)La disolución de la sociedad irregular.....	487
B)Valoración del sistema.....	489
III. ESTABILIDAD DEL GRUPO.....	490
1. ESTABILIDAD SUBJETIVA.....	490
1.1. RELEVANCIA PERSONAL DE LOS SOCIOS Y PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	490
A)Carácter personalista de la participación del socio.....	490
B)Principio de igualdad.....	491
1.2. PRINCIPIO DE PUERTA ABIERTA Y ESTABILIDAD DEL GRUPO.....	492
A)Incorporación de nuevos miembros al grupo.....	493
a)Libre adhesión y justas causas de inadmisión.....	493
b)Libre adhesión y silencio como declaración de la voluntad societaria.....	496
B)La baja del socio.....	499
a)Significado para la estabilidad del grupo.....	500
b)Significado como mecanismo de tutela frente al grupo.....	503
c)Significación económica de la baja del socio.....	504
1.3. TRANSMISIÓN DE APORTACIONES.....	509
2. ESTABILIDAD EN EL RÉGIMEN ORGÁNICO.....	513
2.1. PARTICIPACIÓN EN LA ASAMBLEA GENERAL.....	514
A)Sistema de representación.....	514
B)Derecho de voto.....	517
a)Criterios de atribución del derecho de voto.....	517
b)Límites cuantitativos al derecho de voto.....	520
C)Supuestos especiales de ejercicio del derecho de voto.....	524
a)Voto divergente.....	524
b)Voto por cabeza.....	527
c)Voto dirimente.....	529
d)Deber de abstención del socio en conflicto de intereses.....	531
2.2. PARTICIPACIÓN EN EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN.....	538
A)Modos de organizar la administración.....	539
B)Participación en el órgano de administración de la cooperativa de segundo grado.....	543
a)Quiénes pueden ser miembros del órgano de administración.....	543

<i>b)Organo competente para proponer o designar los Administradores de la cooperativa secundaria.....</i>	544
<i>c)Nombramiento de administradores en la cooperativa de segundo grado.....</i>	545
<i>d)Prohibición de representación simultánea en la Asamblea general y en el órgano de administración.....</i>	546
<i>e)Causas especiales de cese.....</i>	547
C)Régimen de adopción de acuerdos.....	548

CONCLUSIONES.....	551
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	565
--------------------------	------------

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
AC	Actualidad Civil
ACI	Alianza Cooperativa Internacional
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADGRN	Anuario de la Dirección General de Registros y del Notariado
ADI	Actas de Derecho Industrial
AE	Asociación Europea
AECoop	Asociación de Estudios Cooperativos
AEIE	Agrupación Europea de Interés Económico
AL	Actualidad Laboral
AP	Audiencia Provincial
AktG	Aktiengesetz
AT	Actualidad Tributaria
BIMJ	Boletín Informativo del Ministerio de Justicia
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
C.c.	Código Civil
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
C. de las ss. cc.	Código das sociedades comerciais
CJC	Colección de Juisprudencia Civil
C. de c.	Código de Comercio
CEE	Comunidad Económica Europea
CEPES	Comité Español Permanente de la Economía Social
DA	Disposición Adicional
DD	Disposición Derogatoria
Der. de los Neg.	Derecho de los Negocios
DF	Disposición Final
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado
DLey	Decreto Ley
DO	Diario Oficial
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOCV	Diario Oficial de la Comunidad Valenciana
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DT	Disposición Transitoria
EA	Estatuto de Autonomía
E. de M.	Exposición de Motivos
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
ET	Estatuto de los Trabajadores
FAECTA	Federación Andaluza de Empresas Cooperativas de Trabajo Asociado
FCTAC	Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Cataluña
FCTAE	Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi

FEP	Fondo de Educación y Promoción
FRO	Fondo de Reserva Obligatorio
FRV	Fondo de Reserva Voluntario
GJ de la CEE	Gaceta Jurídica de la CEE
Giur. Comm.	Giurisprudenza Commerciale
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs-und Wirtschaftsgenossenschaften
GP	Grupo Parlamentario
HPE	Hacienda Pública Española
ICE	Información Comercial Española
INFES	Instituto de Fomento de la Economía Social
IPC	Indice de Precios al Consumo
LAC	Ley de Auditoría de Cuentas
LAIE	Ley de Agrupaciones de Interés Económico
LCAragón	Ley de Cooperativas de Aragón
LCCataluña	Ley de Cooperativas de Cataluña
LCCMadrid	Ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid
LCCValenciana	Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana
LCCr	Ley de Cooperativas de Crédito
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCEuskadi	Ley de Cooperativas de Euskadi
LCGalicia	Ley de Cooperativas de Galicia
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LCIRP	Ley de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LCoop	Ley de Cooperativas
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LdD	Ley del Deporte
LDIEC	Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito
LFCNavarra	Ley Foral de Cooperativas de Navarra
LGC	Ley General de Cooperativas
LGDCyU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LHC	Ley de Instituciones de Inversión Colectiva
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LMSP	Ley de Mediación en Seguros Privados
LMV	Ley del Mercado de Valores
LO	Ley Orgánica
LORAFNA	Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra
LOSSP	Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados
LPFP	Ley de Planes y Fondos de Pensiones
LRFC	Ley de Régimen Fiscal de las Cooperativas
LRPEF	Ley de Recursos Propios y supervisión en

	base consolidada de las Entidades Financieras
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSAL	Ley de Sociedades Anónimas Laborales
LSCAndaluzas	Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas
LSCExtremadura	Ley de Sociedades Cooperativas de Extremadura
LSpA.brasileña	Ley de Sociedades por Acciones brasileña
LSL	Ley de Sociedades Laborales
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
MCC	Mondragón Corporación Cooperativa
ME	Mutua Europea
OM	Orden Ministerial
OPA	Oferta Pública de Adquisición
PD	Partida Doble
PGC	Plan General de Contabilidad
PRSE	Propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Europea
Quad. Giur. Comm.	Quadernos di Giurisprudenza Commerciale
RAC	Reglamento de Auditoría de Cuentas
RAP	Revista de Administración Pública
R.Ar.	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RCCr	Reglamento de Cooperativas de Crédito
RCoopS	Reglamento de las Cooperativas Sanitarias de segundo o ulterior grado
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursatil
RDFHP	Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
RD	Real Decreto
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
RDLeY	Real Decreto Ley
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPC	Revista de Derecho Privado y Constitución
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RECMA	Revue d'etudes coopératives, mutualistiques et associatives
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
REFC	Revista Española de Financiación y Contabilidad
REVESCO	Revista de Estudios Cooperativos
RL	Revista Laboral
Rev. Ciriiec-España	Revista de Debate sobre Economía Pública, Social y Cooperativa
Rev. Crédito Cooperativo	Revista de Crédito cooperativo
Rev. de Ec. Social	Revista de Economía Social
Rev. des Sociétés	Revue des Sociétés
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia

Riv. della Cooperazione	Rivista della Cooperazione
Riv. delle Società	Rivista delle Società
Riv. Dir. Civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv. Dir. Comm.	Rivista di Diritto Commerciale
Riv. Dir. Comm. Internaz.	Rivista di Diritto Commerciale Internazionale
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
ROSSP	Reglamento de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
R.TCT	Repertorio Tribunal Central de Trabajo
RTDC	Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia
RTDCiv.	Revue Trimestrielle du Droit Civil
RTDComm.	Revue Trimestrielle du Droit Commercial et de Droit Economique
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAS	Société par Actions Simplifiée
SAT	Sociedad Agraria de Transformación
SCE	Sociedad Cooperativa Europea
S.Coop	Sociedad Cooperativa
S.Com.p.a.	Sociedad Comanditaria por Acciones
SE	Sociedad Europea
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TA	Tratado de Amsterdam
TC	Tribunal Constitucional
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UTE	Unión Temporal de Empresas

PRIMERA PARTE

**SIGNIFICADO Y REALIDAD ACTUAL DE LA
INTEGRACIÓN COOPERATIVA**

CAPITULO PRIMERO

INTEGRACIÓN COOPERATIVA Y CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

I. GENERALIDADES SOBRE LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA

1. LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA COMO INSTRUMENTO PARA LA AGREGACIÓN SOCIETARIA

El estudio de los vínculos o uniones entre sociedades constituye un tema de interés para el Derecho Mercantil y una cuestión relevante para las empresas. Éstas se ven abocadas a participar en un orden económico competitivo tanto en el ámbito del mercado interior de cada Estado como en el internacional, en el que resulta obligado alcanzar un volumen suficiente de actividad como presupuesto de permanencia en el mismo¹. A tal fin, las sociedades, cualquiera que sea su configuración jurídica o su objeto, tienden a abandonar su posición aislada y a entrar en contacto entre sí. Esto es, aún conservando su personalidad jurídica y su autonomía económica, generan situaciones vinculadas de mayor o menor intensidad según las técnicas o instrumentos utilizados², tanto jurídicos como económicos³.

Generalmente han sido las sociedades de capital las protagonistas de estos procesos de vinculación empresarial, por lo que el tratamiento legal y doctrinal del tema se ha referido, en especial, a la sociedad anónima. La cooperativa ha sido tradicionalmente excluida de tales planteamientos⁴ aunque, como sociedad,

¹ Ver E. de M. de la Ley de Cooperativas (Lcoop), publicada en el BOCG de 6-7-1999 (serie A 125-14). También así apartado I, párrafo tercero de la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas (LGC).

² Estos procesos han sido calificados por EMBID IRUJO, J.M., (*Concentración de empresas y Derecho de cooperativas*, Ed. U. de Murcia, Murcia, 1991, pág.17) como "agregación societaria", en una síntesis de todas las posibles situaciones de concentración, colaboración o cooperación empresarial y, por tanto, también de integración, y en los cuales de la "sociedad-isla" se pasa a la "sociedad vinculada a otra u otras", alterando el tipo normativo de la sociedad prefigurado por el legislador.

³ Sobre el origen del movimiento de concentración empresarial y su extensión en el ámbito internacional, véase LARGO GIL, R., *La fusión de sociedades mercantiles (Fase preliminar, proyecto de fusión e informes)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1992, págs. 32-58 y bibliografía allí citada.

⁴ WIEDEMANN, H.: "The german experience with de law of affiliated enterprises", en Hopt, K., *Groups of companies in european law/Les groupes de sociétés en Droit européen*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1982, pág. 41.

no ha permanecido (ni permanece) ajena a los mismos⁵, lo que es constatable por diversas circunstancias. Desde el punto de vista de la agregación societaria, ya en el seno de cada cooperativa se refleja el primer grado de vinculación entre las economías de cada socio [persona física o jurídica]; la agregación es, pues, algo consustancial al Derecho de sociedades y también a la cooperativa⁶. Desde un punto de vista técnico, la cooperativa se ha ido independizando de la cooperación en su más estricto sentido⁷, demostrando ser funcional para cualquier actividad económica⁸. Así, no resulta difícil distinguir en la cooperativa entre la propia «actividad cooperativizada», en la que están obligados a participar los socios para satisfacción de la necesidad socio-económica a la que aquélla responde, y el propio «objeto social», entendido como actividad externa de la sociedad que, en última instancia, posibilita la

⁵ Respecto de la virtualidad de la cooperativa como forma *per se* de concentración de empresas y como órgano de unión de empresas, VICENT CHULIA, F., *Concentración y Unión de empresas ante el Derecho español*, Ed. Confederación Española de Cajas de Ahorro, Madrid, 1971, págs. 177 y 188/ 582-586. Con referencia a los grupos en sede cooperativa (cooperativas de segundo o ulterior grado o la propia cooperativa como manifestación de un grupo no jerarquizado), DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado institucional de los grupos de empresas", en *Libro Homenaje al Prof. Roca Sastre*, T. III, Ed. Junta de Decanos de Colegios Notariales, Madrid, 1976, pág. 530 (con remisión a la doctrina alemana). En cuanto a la cooperación como fenómeno de concentración, VERGEZ SANCHEZ, M., *El Derecho de las cooperativas y su reforma*, Ed. Cívitas, Madrid, 1973, pág. 71.

⁶ Sobre esos extremos, PARRA DE MAS, S., *La integración de la empresa cooperativa (Evolución de los principios cooperativos)*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1974, págs. 94-95; MARTINEZ CHARTERINA, A., *Análisis de la integración cooperativa*, Ed. U. de Deusto, Bilbao 1990, págs. 26-27. Circunstancia que no es exclusiva del Derecho cooperativo, sino del Derecho de sociedades en general.

⁷ Como ya advirtiera GIRAN TENA, J., (*Derecho de sociedades, Parte I.*, Ed. G.T., Madrid, 1976, pág. 101), el tipo cooperativa, aún nacido con la pretensión de organizar la actividad económica que llamamos cooperación, "se nos presenta con una posibilidad de subsistencia independiente de la cooperación". Más recientemente se ha afirmado "que no estamos ante una sociedad necesariamente mutualista, sino ante un tipo societario de configuración distinta que opera, como los demás, en beneficio de sus propios socios y que, por tanto, debe extraer la máxima utilidad de las estructuras organizativas de la entidad" (GADEA, E., "Análisis histórico-legislativo en torno a la sociedad cooperativa", *AEcoop*, 1994, págs. 101-198, pág. 169). Véase también, ROSEMBUJ, T., "La organización jurídica de la cooperativa y sus consecuencias económicas. Apuntes para una reflexión", *Revista de la Economía Social y de la Empresa*, nº 16, 1993, págs. 20-29. En contra, LLOBREGAT HURTADO, M^a L., (*Mutualidad y empresas cooperativas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 22), para quien puede existir mutualidad sin cooperativa, pero no cooperativa sin mutualidad.

⁸ Así, según todas las leyes de cooperativas, cualquier actividad económica podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad cooperativa. La E. de M. de la LCoop, señala, además, que «el fin último del conjunto de socios (...) es la rentabilidad económica y el éxito de su proyecto empresarial».

consecución del fin mutualista⁹. Gracias a esta proyección externa¹⁰, la cooperativa ha dejado de ser considerada pieza marginal del sistema de economía de mercado, ofreciéndose como alternativa empresarial sólida respecto de las restantes formas de sociedad.

La concurrencia de la cooperativa en el mercado ha sido determinante de la cada vez más patente utilización de instrumentos típicamente capitalistas que hagan viable la evolución de la cooperativa hacia la nueva dimensión que el mercado impone a las empresas¹¹. Lo cual ha venido a provocar la denominada «crisis de legitimidad» del modelo tradicional de la sociedad cooperativa¹² cuya superación sólo será posible con la «re-legitimación» del modelo empresarial cooperativo a través de la renovación de su tipicidad¹³. No obstante, pese al

⁹ Sin embargo, los textos legales no dejan de confundir las referencias a ambos conceptos, con la consiguiente falta de claridad en uno de los extremos fundamentales en orden a apreciar la realización de actos de comercio extraños a la mutualidad a la que se refiere el art. 124 C. de c. Sobre estos extremos, véase *infra*, Cap. 5º, II.1.2.A).

¹⁰ Como se ha apuntado (PANIAGUA ZURERA, M., *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 490) la legislación y la doctrina cooperativa han replanteado la existencia de un pretendido principio de exclusividad cooperativa, pues aunque el carácter mutualista haya que unirlo a las relaciones entre la sociedad y sus socios, la mutualidad "no prejuzga ni juzga o regula la cuestión de la admisibilidad y régimen de la prestación por la cooperativa de sus actividades y servicios cooperativos a no socios", ni tampoco -habría que añadir- el desarrollo de su objeto social hacia y en el mercado.

¹¹ Sobre estos extremos, véase, Informe presentado por el Dr. A.F. LAIDLAW al XXVII Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) sobre "Las cooperativas en el año 2000", Moscú, octubre de 1980, recogido en la *Revista del Instituto de la Cooperación*, año 8, Rosario, 1981, págs. 79-165; BONFANTE, G., Voz "Cooperazione e impresa cooperativa", en *Digesto delle Discipline Privatistiche* (IV), Sezione commerciale, Ed. Utet, Torino, 1989, págs. 151 y ss.

¹² TOMA, F., "Necessità dell'impresa cooperativa e riforma legislativa", en AA.VV. (SCHIANO DI PEPE/GENCO) *Cooperative e gruppi di società (Le nuove dimensioni dell'organizzazione mutualistica)*, Ed. Egea, Milano, 1992, págs. 135-149, pág. 135. Véase también BONFANTE, G., "I principi della cooperazione e le grandi imprese cooperative", en *Studi in onore di Gastone Cottino*, Ed. Cedam, Padova, 1997, Vol. II, págs. 1.263-1.275; CESQUI, S.M., "La funzione sociale della cooperazione nel progetto costituzionale", *Riv. delle Società*, núms. 5-6, 1995, págs. 1.153-1.188.

¹³ Esta transformación superadora de la disciplina mutualística ha sido puesta de manifiesto por los autores italianos, sobre todo a raíz de la Ley n. 72, de 19-3-1983 (*ley Visentini bis*), en cuyo art. 18 introduce la posibilidad de participación de la cooperativa en sociedades de capital; o la Ley n. 59, de 31-1-1992 (*nuove norme in materia di società cooperative*), con la admisión de los «soci sovventori» (art. 4) y las «azioni di partecipazione cooperativa» (art. 5). Véase, sobre el particular, la obra colectiva, *Cooperative e gruppi di società*, cit., e *infra* Cap. 4º, II.3.2 y 3. En el Derecho francés la superación vino de la mano de la Ley 92-643, de 13 de julio de 1992, relativa a la modernización de empresas cooperativas

interés que suscitan estos hechos, son escasas las aportaciones doctrinales relacionadas con la concentración de sociedades cooperativas¹⁴, y las referencias legales se limitan a "anunciar" posibles supuestos de vinculación, sin detallar, por lo general, su régimen jurídico.

Al analizar los materiales normativos existentes se observa que la legislación y práctica cooperativas avanzan paralelamente a las de las sociedades de capital. Así, frente a las técnicas jurídicas comúnmente utilizadas por estas últimas para la formación de empresas de grandes dimensiones y de elevado nivel de organización, el Derecho cooperativo ha creado sus medios propios¹⁵, siendo esta realidad a la que hace referencia la denominada «*integración cooperativa*». Se trata de un instrumento genuinamente cooperativo de agregación societaria que tiende a diferenciar la unión de cooperativas respecto de la que se produce entre otras formas de sociedades mercantiles. La singularidad de la expresión empleada requiere ciertas precisiones: en primer lugar, señalar la tendencia del legislador cooperativo a utilizar una terminología propia; así, frente al término «concentración», común para las sociedades de

(que reforma la Ley 47-1775, de 10 de septiembre de 1947, reguladora de lo que se puede denominar el derecho común de las sociedades cooperativas), con medidas tales como la aportación de capital externo de «*associés non coopérateurs*» (art. 3.bis.nouveau), o la creación de «*parts sociales à régime particulier*» (art. 11). Sobre el régimen particular de las diversas modalidades de inversión financiera reseñadas, véase *infra* Cap. 4º, II.3.3, al hilo del tratamiento de la cuestión en nuestro sistema. Véase también LLOBREGAT HURTADO, Mª L., "La reforma de la legislación cooperativa", *RdS*, nº 2, 1994, págs. 146-167, págs. 150-152 y CELAYA ULIBARRI, A., *Acceso de las cooperativas al mercado de capitales*, Ed. Infes, Mondragón, 1995.

¹⁴ En nuestro Derecho destaca la aportación de EMBID IRUJO al estudio de la integración cooperativa; así en "Modelos de integración", *La integración societaria: Europa 1993 (VIII Jornadas Cooperativas de Euskadi)*, Ed. Gobierno Vasco, Bilbao, 1989, págs. 39-62; *Concentración de empresas*, *cit.*; "Presupuestos jurídicos de la concentración empresarial entre sociedades cooperativas", *Funciones y fines del Derecho (Estudios en honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista)*, Ed. U. de Murcia, Murcia, 1992, págs. 427-436; "La integración cooperativa y su tratamiento en la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi", en *Estudios de Derecho Mercantil Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Vol. I, Ed. U. de Valladolid, Valladolid, 1998, págs. 223-231. De gran interés, PARRA DE MAS, S., *La integración de la empresa cooperativa*, *cit.*; MARTINEZ CHARTERINA, A., *Análisis de la integración cooperativa*, *cit.*; PAZ CANALEJO, N./VICENT CHULIA, F., *Ley General de Cooperativas*, Vol. 3º, Ed. Edersa, Madrid, 1994, Arts. 148 y 149, págs. 851 y ss.

¹⁵ Sobre el particular, MARTINEZ CHARTERINA, A., "Internacionalismo cooperativo: Tendencias actuales", *III Jornadas cooperativas de Euskadi*, Ed. Gobierno Vasco, Vitoria, 1984, págs. 73-88, págs. 83-84.

capital, se acuña el de «integración», particular para las cooperativas¹⁶. En segundo lugar, cabe advertir que la *integración* constituye una vía independiente respecto a otra fórmula muy desarrollada en el seno del movimiento cooperativo como es la *intercooperación* representativa.

2. INTEGRACIÓN E INTERCOOPERACIÓN: DELIMITACIÓN DE SUPUESTOS

2.1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL PRINCIPIO COOPERATIVO DE INTERCOOPERACION

Conviene entonces delimitar cuál sea el ámbito de la *integración* y de la *intercooperación*, respectivamente, antes de avanzar en la consideración de la primera. Y para ello resulta obligada la remisión a los principios cooperativos, siempre presentes [no aún sin problemas¹⁷] en los perfiles que definen la forma social cooperativa¹⁸.

La referencia a los principios cooperativos no resulta gratuita, pues no se trata de principios abstractos sin concreción normativa. Por el contrario, se encuentran plenamente integrados en nuestro Ordenamiento positivo, habiendo sido defendido incluso su carácter de auténticas normas jurídicas directamente aplicables y a las que someter los estatutos y los acuerdos sociales¹⁹. Las

¹⁶ No obstante, la diferencia terminológica no es absolutamente gratuita ya que la idea cooperativa de integración encierra una marcada significación sociológica. No es sólo el aspecto material de concentración de recursos financieros, sino también el de unificación de esfuerzos [económico-sociales] en interés de un grupo (Cfr. PARRA DE MAS, S., *La integración de la empresa cooperativa, cit.*, pág. 97).

¹⁷ Así, VICENT CHULIA, F., ("El nuevo estatuto jurídico de la cooperativa de crédito (I)", *RDBB*, nº 53, 1994, págs. 9-52, pág. 15) con referencia al régimen jurídico de la cooperativa de crédito.

¹⁸ Para una rápida aproximación a esta materia, véase SALINAS RAMOS, F., "Notas para bucear en la identidad cooperativa", *REVESCO*, nº 61, 1995, *cit.*, págs. 155-177.

¹⁹ Así, PAZ CANALEJO, N., *Ley General de Cooperativas, cit.*, Vol., 1º, Art. 1, págs. 43 y ss.; VICENT CHULIA, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, 3ª ed., Tomo I,

cooperativas han de ajustarse, en cuanto a su estructura y funcionamiento, a dichos principios²⁰, aparezcan o no enumerados en el propio articulado de las leyes sobre cooperativas, llegándose incluso a configurar su transgresión como infracción muy grave²¹. No obstante, parece también oportuno advertir que dichos principios no han de tenerse como reglas inmutables, sino como referentes o directrices²².

Integración e intercooperación constituyen la concreción bipolar del *sexto principio cooperativo* («intercooperación»), formulado en el XXIV Congreso de la Alianza Cooperativa Internacional de Viena de 1966, y mantenido en el XXXI Congreso de Manchester de 1995²³. No se trata, por tanto, de uno de los

Vol. 2º, Ed., J.Mª Bosch, Barcelona, 1991, pág. 1002; SS.TS de 26-1-1983 (R.Ar. 389) y 20-3-1986 (R.Ar. 1.273).

²⁰ Arts. 1.2 LCEuskadi; 1.3 LCCataluña; 2.2 LSCAndaluzas; 3 LCCValenciana; 2 LFCNavarra; 2.3º LSCExtremadura; 1.4 Galicia; 2.2 LC Aragón; 1.2 LCCMadrid. Por su parte, la LCoop se refiere a los que denomina «principios configuradores de la sociedad cooperativa» que operan como límite a la autonomía de la voluntad en orden a incluir en la escritura constitutiva cualquier pacto o condición no expresamente prevista en la ley (art. 10.1 *in fine* LCoop; cfr. arts. 10 LSA y 12.3 LSRL). La alusión que previamente realiza el art. 1.1 LCoop a los principios cooperativos -a los que se ha de ajustar la sociedad cooperativa-, permite identificar aquéllos -los configuradores- con los tradicionales -los cooperativos-. De no ser así, el intérprete se vería abocado a su delimitación, lo que le podría conducir a resultados diferentes de los acuñados por la ACI. Sobre la relevancia de los principios cooperativos como principios configuradores, véase VICENT CHULIA, F., *Ley General de Cooperativas*, cit., Vol. 3º, art. 71, pág. 175. Para una visión del surgimiento y evolución de las leyes autonómicas de cooperativas, véase *infra* Cap. 5º, I.2.1.A).

²¹ Así lo establece la LCEuskadi, que sanciona dicha infracción con multa entre 501.000 y 5.000.000 ptas, y la posible descalificación de la cooperativa (arts. 139.3.d), 140 y 141).

²² Opinión sostenida por BORJABAD GONZALO, P., (*Manual de Derecho Cooperativo. General y Catalán*, Ed. Bosch, 2ª ed., Zaragoza, 1993, pág. 24), de la que participamos. Sin embargo esta opinión no es refrendada por la doctrina surgida en torno a los principios configuradores de las sociedades de capital; así para GIRON TENA, J., (*Derecho de sociedades*, I, cit., pág. 89) "el apartamiento de estos criterios originaría ilicitud". Destacamos la crítica que a esta concepción realiza PAZ ARES, C., (*¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?*, *Tratando de la Sociedad Limitada*, (Coord. PAZ ARES), Ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, págs. 159-205, págs. 192-194) por el límite que implican a la libertad contractual.

²³ En el Congreso de Viena los principios cooperativos adoptaron la formulación vigente hasta 1995, aunque no sin revisiones (Véase una síntesis en CRACOGNA, D., "Reflexiones sobre los valores y principios cooperativos en la Alianza Cooperativa Internacional", *AECOOP.*, 1991, págs. 97-109). En efecto, desde el XXVII Congreso Moscú (1980), en el que se abordó el tema de la "Cooperación en el año 2000", el movimiento cooperativo ha venido analizando la virtualidad de los principios cooperativos. En 1988 (Estocolmo -Informe MARCUS, "Los valores cooperativos básicos"-), se resolvió crear un comité internacional para el estudio de los principios "a la luz de los nuevos desafíos que enfrentan los miembros y las instituciones

principios originarios de los Estatutos de la *Rochdale Society of Equitable Pioneer* de 1844²⁴, sino que vino a responder a una necesidad marcada "por las exigencias de la época": el tránsito de la organización familiar a nuevas estructuras aptas para una competencia, no de grandes contra pequeños, sino de los grandes entre ellos²⁵.

Según la redacción dada a este principio en 1966, «*para poder servir mejor los intereses de los miembros de la colectividad, cada una de las organizaciones del cooperativismo deberá, en todas las formas posibles, colaborar activamente con las demás cooperativas a escala local, nacional o*

cooperativas" (SVEN AKE BÖÖK, "Resumen del Informe al Congreso de la ACI de 1992", XXX Congreso; *Orden del día y síntesis*, Ed. ICA, 1992). El documento resultante ("Valores Cooperativos en un Mundo en cambio"), objeto de debate en el Congreso de Tokio de 1992, recomendaba a la ACI desarrollar dos tipos de principios: *Principios Cooperativos Básicos* (de carácter duradero, y que contendrían la esencia universal de la cooperación) y *Prácticas Cooperativas Básicas* (subordinadas a los anteriores y de más corto plazo, donde se expresarían de forma concreta las prácticas y reglas esenciales de las actividades cooperativas). Sobre el Informe BÖÖK, CRACOGNA, D., "La identidad cooperativa en un mundo cambiante", *AECOop.*, 1993, págs. 87-96. El XXXI Congreso de Manchester (Informe McPHERSON) concreta finalmente una nueva declaración sobre la identidad cooperativa, con base en la afirmación de unos valores cooperativos y en una redefinición de sus principios (o pautas mediante las cuales las cooperativas ponen en práctica sus valores). Sobre las conclusiones de este Congreso Centenario de Manchester, véase *La identidad cooperativa tras el Congreso de Manchester*, REVESCO, n° 61, dic. 1995; CHOMEL, A./VIENNEY, C.: "Déclaration de l'ACI: La continuité au risque de l'irréalité", en *RECMA*, n° 260, 1996, págs. 64-71.

²⁴ Los principios de *Rochdale* se consideran la "primera expresión completa de economía cooperativa" (LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad y empresas cooperativas*, cit., pág. 9). Dichos propósitos fueron evolucionando y, elevados a la categoría de principios, se asumieron por el movimiento cooperativo, que propició el surgimiento de la ACI. Según pone de manifiesto LAMBERT, P., (*La doctrina cooperativa*, Ed. Intercoop, 2^a Edición en español, Buenos Aires, 1965, págs. 55 y ss.), los principios de democracia, retorno, puerta abierta y remuneración del capital por un interés, contenidos en los Estatutos y en las actas de la Rochdale, no eran nuevos, pero sí constituían una síntesis original de un pensamiento preexistente al que dieron una expresión definitiva. Tras pequeñas enmiendas de adición realizadas en 1845 (relativas a la limitación del número de miembros, a temas de democracia interna, a la libre adhesión, al principio de un hombre un voto y al tipo de interés), y tras la modificación de Estatutos de 1854, es finalmente en 1860 cuando la Rochdale somete a revisión algunos de sus objetivos iniciales. En el Congreso de la ACI de 1930 (Viena) se examinaron las condiciones en que los principios de los Pioneros se aplicaban en los diferentes países y en el Congreso de París de 1937, previa una depuración de la formulación originaria de algunos de ellos, se les dotó de alcance universal.

²⁵ Así lo entendió la comisión redactora del sexto principio, como puede verse en ABERTO FARIAS, C., "La integración cooperativa como necesidad impostergable", *AECOop.*, 1991, págs. 129-137, pág. 135.

internacional»²⁶. Y la misma pretensión se mantiene en la formulación de 1995 («cooperación entre cooperativas»), que se limita a anunciar que «*las cooperativas sirven a sus socios lo más eficazmente posible y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando conjuntamente mediante estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales*»²⁷.

Aunque, como se observa, el principio de intercooperación no especifica cuáles sean los intereses de los miembros de la colectividad, y tampoco acota las posibles formas de colaboración, la doctrina cooperativa encuentra en él el fundamento para la creación de macroestructuras cooperativas²⁸, ofreciendo dos amplios campos de incidencia y desarrollo:

1º.- Por un lado, el ámbito tradicional del asociacionismo y federalismo cooperativos en función de organizar la defensa y representación de los intereses generales de las cooperativas y del cooperativismo²⁹. Este fenómeno se subsume dentro de las llamadas «organizaciones de categoría», es decir, agrupaciones u organizaciones empresariales que reflejan simplemente un estado de colaboración entre empresas, generalmente de un mismo sector económico, tendente a la realización de actividades comunes no considerables como empresariales. Propiamente, tales entidades no llegan a tener incidencia en los diferentes sectores de la actividad empresarial de los sujetos que a ellas se asocian³⁰, lo que implica (entre otros) su matiz diferenciador con la integración.

²⁶ *Los principios cooperativos: Nuevas formulaciones de la Alianza Cooperativa Internacional*, Ed. Federación Nacional de Cooperativas de España, Zaragoza, 1977.

²⁷ *Declaración de la ACI sobre la identidad cooperativa*, versión en lengua española (SANZ JARQUE, J.J., *REVESCO*, nº 61, cit., pág. 14).

²⁸ Sobre la proyección internacional de este principio, véase THORDARSON, B., "El principio de integración en el ámbito internacional", en *La integración societaria; Europa 1993*, cit., págs. 17-23.

²⁹ Véase BORJABAD GONZALO, P., "Sexto Principio: Integración", en *Sextas Jornadas Cooperativas*, Serie Monografías Cooperativas, nº 6, Octubre 1988, págs. 115-163, págs. 117-118.

³⁰ El término "organizaciones de categoría" (*umbrella organizations*) ha sido destacado por EMBID IRUJO, J.M., ("Modelos de Integración", cit., pág. 44; "Regulación mercantil de los grupos de sociedades", *La Ley*, num. 2.158, 3-2-1989, pág. 4; *Concentración de empresas*, cit., pág. 27) con respecto a la referencia que al "grupo de empresas" realizaba el artículo 10.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCyU) -hoy modificado por la DA.Primer.Dos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC). Tal referencia motivó que algún sector de la

Esta tarea se concreta en el influjo ejercido por las asociaciones o federaciones de cooperativas al actuar, frente a los poderes públicos y a otros sectores económicos, con fines de autoorganización y autoayuda³¹. Ello, en definitiva, supone una técnica de coordinación de las relaciones entre cooperativas para cualquier actividad de interés común, que merece, a nuestro juicio, el calificativo de *intercooperación representativa*, y que responde a un planteamiento puramente endogámico³².

2º.- Por otro lado, el marco de la aplicación práctica de la colaboración entre empresas cooperativas, con la finalidad de potenciar la acción empresarial y el objeto social de las entidades que se integran, lo que nos introduce en el fenómeno de la «integración». Esta última, tiende al establecimiento de vínculos entre empresas cooperativas que se traducen en uniones económicas de mayor o menor intensidad, y cuyo reflejo en el plano jurídico varía según la colaboración pretendida. Por lo general, estas vinculaciones se han mantenido en el ámbito estrictamente cooperativo teniendo como sujetos protagonistas, con carácter casi exclusivo, a las sociedades cooperativas. Pero se advierte un [todavía tímido] proceso de apertura de la integración hacia operadores económicos no

doctrina intentara encuadrar bajo la denominación "grupo de empresas" a cualquier colectividad de éstas y, entre ellas, a las organizaciones empresariales (Así, GARCIA CRUCES, J.A., "Contratación bancaria y consumo", *RDBB*, nº 30, 1988, págs. 259-326, pág. 282; LOPEZ SANCHEZ, M.A., "Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español", *RGLJ*, nº 95, 1987, págs. 609-656, pág. 628), lo que no resultaba viable desde el punto de vista de la legislación sobre consumo al ser considerado el grupo "centro de imputación de la actividad económica y sus resultados", en su calidad de predisponente de las condiciones generales, lo que no sucedía con las organizaciones de empresas. Esta distinción resulta relevante para delimitar tanto los diversos intereses que inducen a las empresas a asociarse, como los resultados de la asociación: la integración económica y/o empresarial o la asociación representativa, siendo éstas dos realidades de todo punto diferentes (Véase al respecto, y a los efectos de determinación del concepto de grupo contenido en dicha Ley, EMBID IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español", *RCDI*, nº 599, 1990, págs. 31-54, págs. 48-49; ROJO, A., "Los grupos de sociedades en el Derecho español", *RDM*, nº 220, 1996, págs. 457-484, págs. 466-467).

³¹ Sobre el particular, VICENT CHULIA, F., "El accidentado desarrollo de nuestra legislación cooperativa", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 1.209-1.256, pág. 1.220.

³² Tanto la LCoop (arts. 117-120) como las leyes autonómicas, ordenan la asociación únicamente de entidades cooperativas excluyendo la afiliación de cualesquiera otras entidades (arts. 137-144 LCEuskadi; 110-112 LCCataluña; 94 y ss. LCCValenciana; 76-78 LFCNavarra; 182-185 LSCExtremadura; 132-134 LCGalicia; 92-93 LCAragón; 137-140 LCCMadrid). No obstante, la LSCAndaluzas admite la incorporación de Sociedades Agrarias de Transformación (SAT) y de organizaciones y agrupaciones de productores agrarios a las federaciones de cooperativas agrarias (art. 171.2 LSCAndaluzas).

cooperativos iniciado por algunas de nuestras leyes autonómicas³³. Esta circunstancia ha obtenido su respaldo conceptual en la formulación del cuarto principio cooperativo introducido en el Congreso de la ACI de 1995 («autonomía e independencia»)³⁴ que, sobre la base de asegurar tanto el control democrático por parte de los cooperativistas como la autonomía cooperativa, admite la firma de acuerdos con otras organizaciones y, lo que resulta más relevante, la obtención de capital de fuentes externas³⁵.

2.2. SU PLASMACIÓN LEGISLATIVA

³³ Arts. 77 y 79 LCoop; 129.1, 134.1, 135.5, 136 LCEuskadi; 14.1, 92.1, 93 LCCValenciana; 158.1 LSCExtremadura; 130-131 LCGalicia; 90 LC Aragón; 124.1 y 129 LCCMadrid.

³⁴ En efecto, el nuevo cuarto principio se enuncia de la siguiente forma: "Las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda gestionadas por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, lo hacen en términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa" ("Declaración de la ACI sobre la identidad cooperativa", REVESCO nº 61, cit., pág. 13).

³⁵ Lo que supone la apertura de los sistemas de financiación cooperativa. Particular atención merece a este respecto la reforma de la legislación italiana (Ley 59/1992, de 31 de enero) con la introducción de determinados instrumentos aptos para la financiación de la empresa cooperativa. Sobre el particular, BIONE, M., "Categorie di azioni e categorie di soci nelle società cooperative", en *Studi in onore di Gastone Cottino*, Vol. II, Ed. Cedam, Padova, 1997, págs. 1.277-1.295; BONFANTE, G., "Le società cooperative si rinnovano", *Le Società*, 1992, 3, págs. 294-298; COSTI, R., "La riforma delle società cooperative: profili patrimoniali e finanziari", *Giur. Comm.*, 1992, 5, págs. 935-941; FRANZONI, M., "La recente riforma delle cooperative", *Contratto e impresa*, 1992, 2, págs. 765-780; GENCO, R., "La riforma delle società cooperative: prime considerazioni", *Giur. Comm.*, 1992, 6, págs. 1.153-1.171; IANNIELLO, G., *Impresa cooperativa: Caratteristiche strutturali e nuove prospettive di finanziamento*, Ed. Cedam, Padova, 1994, págs. 117-155; MAZZARESE, S., "Le nuove norme in materia di società cooperative della legge num. 59/1992", *Contratto e impresa*, 1992, 2, págs. 781-832; RAGAZZINI, G., "Mutualità interna ed esterna nella riforma cooperativa", *Contratto e impresa*, nº 2, 1992, págs. 833-880; ROMAGNOLI, G., "L'azione de partecipazione cooperativa: un ipotesi ricostruttiva", *Giur. Comm.*, 1993 (julio-agosto), págs. 561-579. Con relación a la apertura financiera operada en Francia tras la Ley 92-643, de 13 de julio de 1992, véase LAMY, *Sociétés Commerciales*, 1995, págs. 2.015-2.019; MESTRE, J., "Sur l'originalité du droit coopératif", *RECMA*, nº 261, 1996, págs. 81-88. En nuestro Derecho, y sobre las diversas posibilidades legales proporcionadas, sobre todo, por las reformas de las leyes autonómicas, CELAYA ULIBARRI, A., *Acceso de las cooperativas*, cit., y también en *AECOop*, 1995, págs. 45-60.

En nuestro Derecho la integración y la intercooperación no han aparecido perfiladas con claridad ni por la doctrina ni por la legislación, incluyéndose entre los intereses representativos (especialmente de orden social y moral) los posibles intereses económicos³⁶, que son los verdaderos determinantes o condicionantes de la integración cooperativa³⁷.

La distinción entre integración económica y representativa no se alcanza hasta el segundo reglamento de la Ley de Cooperación de 1942 (Decreto 2396/1971, de 13 de agosto). En dicha norma, la *integración empresarial y económica* se manifestaba mediante cooperativas de segundo y ulterior grado (art. 53), asociaciones de cooperativas y conciertos cooperativos para fines determinados (arts. 55 y 22.1) -todas de constitución voluntaria-; y la *integración representativa* a través de las Uniones, de carácter obligatorio y dependientes de la Organización Sindical [aunque, por esta razón, nunca llegaron a ser auténticos órganos representativos de las cooperativas]³⁸. Fue la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas, la que introdujo como principio general «la colaboración con otras entidades cooperativas para el mejor servicio de sus intereses comunes» (art. 2). Pese a que la expresión «intereses comunes» pudiera dar a entender que los aspectos económicos y representativos de la integración se mantienen todavía unidos en esta norma³⁹, del resto del articulado se deduce ya un distinto campo de incidencia de cada una de ellas. Por lo que se refiere a la integración, el art. 50 («Agrupaciones y conciertos de las cooperativas») admitía tres posibles formas de expresión:

³⁶ Así, por ejemplo, PARRA DE MAS, S., (*La integración de la empresa cooperativa*, cit., pág. 96 a 103), incluye dentro del fenómeno integrador los aspectos económico, empresarial y representativo.

³⁷ En este sentido nos parece más clarificadora la distinción realizada por BORJABAD GONZALO, P., ("Sexto principio", cit., págs. 117-118), pues confiere a la integración el sentido económico o empresarial, y al federalismo el sentido representativo. Por su parte, VICENT CHULIA, F., ("Notas en torno a la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987", *La Ley*, nº 1.803, 22-9-1987, págs. 1-6, pág. 5; *Ley General de Cooperativas*, cit., Vol. 3º, art. 149, pág. 873) distingue entre asociacionismo económico [cooperativas de segundo grado y otras formas de colaboración] y asociacionismo político [movimiento cooperativo].

³⁸ Véase, MERINO MERCHAN, J.F., "La coyuntura actual del Derecho cooperativo español", en *Jornadas de estudio sobre cooperativismo*, Ed. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1978, pág. 28.

³⁹ Así, BORJABAD GONZALO, P., "Sexto principio", cit., pág. 130; LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad y empresas*, cit., pág. 110).

cooperativas de segundo grado, conciertos [entre cooperativas o entre éstas y otras personas y entidades], y *asociaciones* [de cooperativas con otras personas naturales o jurídicas]. El mismo precepto ampliaba la colaboración haciéndola posible, no sólo entre cooperativas, sino también con cualquier otra persona o entidad [natural o jurídica] (*ex art. 2*). Además, para los casos de asociación o de concierto, los socios podían disfrutar de los servicios u operaciones de las entidades asociadas o concertadas. Se establecía así todo un entramado de relaciones intercooperativas que ponía de manifiesto el intento legislativo de mejorar las condiciones económicas y empresariales de los entes colaboradores y sus socios. Por su parte, la intercooperación [representativa] actuaba en un plano diferente, centrada en la pretensión de organizar el movimiento cooperativo⁴⁰ por ese momento aún carente de plena autonomía, libertad asociativa o gobierno democrático.

La Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, y las leyes autonómicas coetáneas, distinguieron ya claramente la integración de la intercooperación representativa, actuante ésta de manera autónoma a través de las Uniones, Federaciones y Confederaciones de Cooperativas⁴¹. A partir de ellas, todas las normas posteriores recogen de forma independiente la doble faceta o manifestación del principio de intercooperación, advirtiendo del reflejo de cada una de ellas tanto *ad intra*, en el seno de cada cooperativa, como *ad extra*, en las relaciones de las cooperativas entre sí. De esta forma:

a) Desde un punto de vista *interno*, el principio de intercooperación condiciona e informa, en determinados aspectos, el régimen económico de la cooperativa. Lo que se puede observar, por ejemplo, cuando la Ley establece, como uno de los posibles destinos obligatorios del Fondo de Educación y Promoción -FEP-, la *promoción de las relaciones intercooperativas*⁴². Tal extremo, por un lado, mediatiza, notablemente, la libre disponibilidad de parte

⁴⁰ El movimiento cooperativo se mantenía aún integrado en la Organización Sindical (art. 53).

⁴¹ Así, arts. 148 y 149 LGC, relativos a las cooperativas de segundo o ulterior grado y a otras formas de colaboración económica; y arts. 158-161 LGC sobre asociacionismo cooperativo.

⁴² Véanse, arts. 56.1.b LCoop; 68.3.b LCEuskadi; 66 LCCataluña; 96.2.b LSCAndaluzas; 62.3 LCCValenciana; 50.4 LFCNavarra; 65.1 LSCExtremadura; 68.2.d LCGalicia; 59.4 LC Aragón -realización de actividades intercooperativas-; 64.1 LCCMadrid.

de los beneficios netos del ejercicio económico, de la que escapa el porcentaje legalmente establecido para dotación del fondo; por otro, el carácter irrepartible e inembargable de éste impide la reversión en los socios de la parte no aplicada a los fines legales. El resultado es la apropiación, pública o «parapública», de las cantidades existentes en el fondo al momento de la disolución o transformación de la sociedad cooperativa, con la finalidad de reinvertirlas en el propio movimiento cooperativo⁴³. O también, cuando *prima la cooperación entre cooperativas frente a la realizada entre éstas y otras entidades*, otorgando el carácter de beneficios cooperativos a los derivados de la primera⁴⁴, y de extracooperativos al resto⁴⁵. La consecuencia es, en el primer caso, la participación de los socios en tales beneficios vía retorno⁴⁶; en el

⁴³ En caso de liquidación, la LCoop prevé el destino de los fondos a la entidad federativa a la que esté asociada la cooperativa; de no estarlo, a la que designe la Asamblea general y, en su defecto, al tesoro público (art. 75.2.a LCoop). Para segundo grado, el FRO será transferido al de la misma naturaleza de la cooperativa socia (art. 77.4 LCoop). En el régimen anterior, tanto el activo sobrante como el remanente del FEP se habían de poner a disposición de la Dirección General de Fomento de la Economía Social, que debía destinarlo, exclusivamente, a la promoción del cooperativismo [art. 112.4º y DT.Cuarta LGC; art. 98.5. Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991; art. 2 RD 1836/1991, de 28 de diciembre y art. 2 RD 140/1997, de 31 de enero]. Para el régimen autonómico, véanse, arts. 94.2.a) LCEuskadi; 76.3 LCCataluña; 115.4 LSCAndaluzas; 71.6 LCCValenciana; 61.e) LFCNavarra; 105.3.3º LSCExtremadura -aunque con un régimen diferente para el FEP-; 93.2 LCGalicia; 59.6 LC Aragón; 101.2.a LCCMadrid. Idéntica suerte han de seguir las cantidades señaladas en caso de transformación de una sociedad cooperativa (arts. 93.3.b) LSRL; 69.6 LCoop; 85.4 LCEuskadi; 68.4 LCCValenciana; 87.1 LCCMadrid). Para una visión crítica a este respecto, ROSEMBUJ, T., "La transformación de la cooperativa en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", *La Ley*, 1995, 4, págs. 825-831; VICENT CHULIA, F., "Transformación, fusión y escisión de la sociedad", en AA.VV., *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, (Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio), Ed. Dykinson, Madrid, 1994, págs. 743-771, en especial, pág. 767. La excepción la constituye el art. 66.4 LC Aragón que prevé la transferencia a un fondo en la nueva entidad que tenga las mismas características de irrepartibilidad y destino.

⁴⁴ Arts. 57.3.a) LCoop; 67.4 LCEuskadi; 88.2 LSCAndaluzas; 58.2.A.c LCCValenciana; 49.2 y 75.6 LFCNavarra; 130.7 LCGalicia; 57.4 -sensu contrario- LC Aragón; 59.3.d LCCMadrid.

⁴⁵ Arts. 57.3 LCoop; 101.3 LCEuskadi; 62.1.2 LCCataluña; 88.4 LSCAndaluzas; 58.2.B LCCValenciana; 49.2 LFCNavarra; 61.1 LSCExtremadura; 131.2 LCGalicia; 57.4 LC Aragón.

⁴⁶ Arts. 58.3 LCoop; 130.2 LCEuskadi; 63.2 LCCataluña; 91.5 LSCAndaluzas; 59.3.B LCCValenciana; 51.1 LFCNavarra; 62.2 LSCExtremadura; 67.1.b LCGalicia; 58.4.a) LC Aragón; 60.3 LCCMadrid.

segundo, el íntegro destino, íntegro o parcial, al Fondo de Reserva Obligatorio - FRO-⁴⁷.

b) Desde un punto de vista *externo*, el sexto principio es considerado, tanto en el orden de la intercooperación representativa (asociacionismo cooperativo), como en el económico y empresarial (cooperativas de segundo y ulterior grado y otras formas de colaboración económica). En efecto, en cuanto al primero de ellos, las leyes cooperativas contienen una completa estructuración de los diversos escalones asociativos, por clases de cooperativas y por ámbito territorial, hasta concluir en organizaciones de ámbito nacional, susceptibles de integrarse en organismos supranacionales e internacionales, cuya culminación es la ACI⁴⁸. La legislación cooperativa pone, así, a disposición de las entidades que regula, estructuras representativas organizadas, con presencia económica y social y cuyo tratamiento resulta, por lo demás, homogéneo en todas las normas. En cuanto al orden económico-empresarial, son variadas las fórmulas de integración que contemplan las leyes de cooperativas, por lo que remitimos su estudio a un momento posterior⁴⁹.

3. MARCO DE LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA

En la base del principio de intercooperación se encuentra el respeto a otro principio cooperativo, el de libre adhesión, el cual fomenta y condiciona la incorporación, en calidad de socio, a cada empresa cooperativa y a los distintos niveles que conforman el movimiento cooperativo, tanto en lo que se refiere a sus estructuras representativas como a las que resultan de la agregación empresarial. En atención a estas circunstancias la integración cooperativa es

⁴⁷ Arts. 55.1.d LCoop; 62.1.2, 65.7 LCCataluña; 93 LSCAndaluzas; 62.2.c LCCValenciana; 50.2.b LFCNavarra -el 50% al FRO y el otro 50% al FRV-; 61.2 y 163 LSCExtremadura; 50% FRO y 25% a aportaciones a capital, art. 66.3 LCGalicia; 50% FRO art. 57.4 LCAragón; 60.1 LCCMadrid.

⁴⁸ Arts. 117-120 LCoop; 143-144 LCEuskadi; 110-112 LCCataluña; 171-173 LSCAndaluzas; 94 y ss. LCCValenciana; 76-78 LFCNavarra; 182-185 LSCExtremadura; 132-134 LCGalicia; 92-93 LCAragón; 137-140 LCCMadrid.

⁴⁹ Véase, *infra* Cap. 4º.

susceptible de ser analizada desde ópticas diferentes propias de disciplinas no necesariamente jurídicas, como podría ser la Economía o la Sociología⁵⁰. Ciertamente, abunda el tratamiento sociológico y con marcadas connotaciones éticas del fenómeno cooperativo, siendo menos frecuentes los estudios de carácter básicamente jurídico de la institución⁵¹. Pero desde esta última perspectiva se advierte como, cada vez más, la sociedad cooperativa va siendo objeto de estudio en el marco del Derecho de sociedades⁵². En este último se ha de centrar la labor doctrinal en torno a la cooperativa, soslayando la frecuente preocupación sociológica, que no técnico-jurídica, acompañante de estos análisis. Tal planteamiento no quiebra al tratar de ubicar el estudio de la integración cooperativa, pues, como se ha advertido⁵³, el Derecho de sociedades es también el plano de referencia permanente de la concentración empresarial, por lo que a él se debe reconducir el análisis de las diversas manifestaciones de la integración.

Lógicamente, ello no puede hacer olvidar la incidencia de otros sectores del Ordenamiento que despliegan muy directamente su vigencia sobre esta materia, como el Derecho de Defensa de la competencia⁵⁴, cuyas normas tienen por destinatarios a las «empresas» entendidas en el concepto comunitario⁵⁵ que, como ha tenido ocasión de declarar el TJUE⁵⁶, da cabida a las cooperativas⁵⁷.

⁵⁰ Al respecto, COLLANTONIO, G./ZEVI, A., "La experiencia italiana en el tema de la integración cooperativa desde el punto de vista económico y jurídico", en *VIII Jornadas Cooperativas de Euskadi*, cit., págs. 165-194; pág. 167. Desde una perspectiva económica, BALLESTERO, E., *Economía Social y empresas cooperativas*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1990.

⁵¹ En el fondo, late el temor de que, a través de los procesos de concentración, se lleguen a defraudar los fines propios del cooperativismo y su propia significación (A este respecto se muestran recelosos VERGEZ SANCHEZ, M, *El Derecho de las cooperativas*, cit., pág. 72; y BORJABAD GONZALO, P., *La empresa cooperativa*, 2ª ed., Barcelona, 1985, págs. 63-64).

⁵² En especial a partir de las modificaciones introducidas por la LSRL en el régimen de la transformación, que parece haber despertado el interés de nuestra doctrina por las sociedades cooperativas.

⁵³ EMBID IRUJO, J.M., "Presupuestos jurídicos de la concentración", cit., pág. 429.

⁵⁴ "Sede general sobre la que debe efectuarse el obligado juicio sobre la legitimidad constitucional de las vinculaciones entre los operadores económicos en el mercado" (EMBID IRUJO, J.M., "Presupuestos jurídicos de la concentración", cit., pág. 429).

⁵⁵ Arts. 81-82 TA (85-86 TUE), así como la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). El concepto *comunitario* de empresa "comprende todo sujeto, persona física o jurídica, pública o privada, titular de relaciones jurídicas de contenido económico, que

El sometimiento de la integración cooperativa a las normas de defensa de la competencia podrá ser considerado desde una doble perspectiva:

A) Respecto de las prácticas concertadas y el abuso de posición de dominio ["patologías" referidas, en esencia, a los comportamientos externos de las empresas en el mercado], interesará, sobre todo, el grado de *autonomía* de la empresa en la determinación de su propia estrategia empresarial. Esta circunstancia vendrá a cuestionar la aplicabilidad del Derecho de Defensa de la Competencia a los supuestos planteables en el seno de los grupos de sociedades⁵⁸.

B) Desde la trascendencia que en este ámbito adquiere el fenómeno de la concentración -por el que se reduce el número de operadores en el mercado, no ya por eliminación, sino por agrupación-, pues estas prácticas resultarán

opera en el mercado, mediante la producción o distribución de bienes o la prestación de servicios" (FERNANDEZ DE LA GANDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 278).

⁵⁶ Sentencias de 25 de marzo de 1981 (Coöperatieve Stremsel -en Kleurselfabriek/Commission, 61/80, Rec., pág. 851) y de 15 de diciembre de 1994 (Gottrup-Klim e.a. Grovwareforeninger c/Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA, 250/1992). Lo que concuerda con el art. 58 TUE que (a efectos de las normas sobre libertad de establecimiento) afirma que "por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas ..." (así también, Resolución de la DGRN de 29-2-1990). Con referencia a la indiscutible aplicabilidad del derecho *antitrust* a las cooperativas, véase EMBID IRUJO, J.M., "Modelos de integración", *cit.*, págs. 42-43; "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, págs. 429-439 y bibliografía allí citada. En el mismo sentido, Resoluciones del TDC de fechas 28-3-1984 y 28-7-1992 (92 DC 44).

⁵⁷ Sobre la política comunitaria de la competencia con respecto a las cooperativas y otras entidades de la denominada Economía Social, véase HOUTMAN, A., "La politique de concurrence communautaire a l'égard des coopératives, mutuelles et associations", en *De Droit des Affaires Internationales (International Business Law)*, nº 7, 1994, págs. 851-863.

⁵⁸ Para una sistematización de la toma de postura del TJUE al respecto, véase FERNANDEZ DE LA GANDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil Internacional*, *cit.*, págs. 282-284. En nuestro Derecho, véase GALAN CORONA, E., "La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia", en *ADI*, II, 1975, págs. 316-321; RUIZ RULL, J.Mª., "La competencia entre grupos de empresas", *Der. de los Neg.*, nº 50, Noviembre, 1994, págs. 18-21; SAGRERA RULL, J., "Los acuerdos entre empresas y la nueva Ley española de Defensa de la Competencia", *Der. de los Neg.*, nº 0, 1989, págs. 25-37, págs. 27-28. Véase, *infra* Cap. 3º, VI.4.

prohibidas si la posición de dominio resultante obstaculiza significativamente la competencia efectiva⁵⁹.

Por ello, pese a que el presente estudio se desarrolla, preferentemente, desde la óptica del Derecho de sociedades, la problemática *antitrust* será considerada en la medida que interese en aspectos concretos de la articulación del régimen jurídico de la integración cooperativa⁶⁰, en la conciencia de que no siempre que se produzca un proceso integrador ha de verse alterada la competencia en el mercado, resultando, por el contrario, constantes los problemas de organización societaria⁶¹. También serán objeto de atención colateral otras ramas del Ordenamiento afectadas por los procesos de integración, como el Derecho del trabajo y el Derecho fiscal, por cuanto las implicaciones laborales⁶² y tributarias⁶³ que se podrían presentar exceden del

⁵⁹ Arts. 14-18 LDC -redacción dada por el RD Ley 6/1999, de 16 de abril-, y Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas, [DOCE, L 395, de 30-12-1989], Reglamento (CEE) núm. 2367/90, de la Comisión, de 25 de julio, que desarrolla el procedimiento del R. 4064/89 [DOCE, L 257, de 21-9-1990] y Reglamento (CEE) núm. 1310/97, del Consejo, de 30 de junio, por el que se modifica el R. 4064/89 [DOCE, L 180, de 9-7-1997]. Véase, MIRANDA SERRANO, L.M^a., *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Ed. La Ley, Madrid, 1994, págs. 55-58; *infra* Cap. 3º, VI.4.1.

⁶⁰ Véase *infra* Cap. 3º, VI.4.

⁶¹ En este sentido se pronuncia DUQUE DOMINGUEZ, J., en sus trabajos, "Los problemas generales planteados por los grupos, con especial referencia al Derecho Mercantil", en *Grupos de sociedades. Su adaptación a las normas de las Comunidades Europeas*, Ed. U. de Alcalá de Henares, Madrid, 1987, págs. 13-61, pág. 28, nota 26; "El Derecho de las empresas vinculadas en la legislación española (especialmente en la ley de reforma parcial y adaptación a las Directivas comunitarias en materia de sociedades y en la ley del mercado de Valores)", *RDBB*, 1989, págs. 465-525, pág. 467.

⁶² CAMPS RUIZ, L.M., *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986; *idem* "Tratamiento laboral de los grupos de sociedades (I y II)", *AL*, núms. 34-35, 1990, págs. 401-414 y 415-419; MONEREO PEREZ, J.L., "Aspectos laborales de los grupos de empresas", *REDT*, nº 21, 1985, págs. 83-119; DEL VALLE, J.M., "La participación de los trabajadores en los grupos de sociedades y el Derecho comunitario", en *Grupos de sociedades, su adaptación, cit.*, págs. 167-207; EMBID IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en el Derecho español del trabajo", *Tribuna Social*, nº 48, diciembre 1994, págs. 9-14; GALIANA MORENO, J.M^a., "El trabajo prestado a grupos de empresas", en *VI Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Derecho del trabajo*, Ed. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1992, págs. 103-125; *idem*, Voz "Grupo de empresas" (Derecho del trabajo y seguridad social), en *Enciclopedia Jurídica Básica (EJB)*, II, Ed. Cívitas, Madrid, 1995, págs. 3.271-3.274.

⁶³ Véase, CALVO ORTEGA, R., "Aspectos tributarios de las operaciones vinculadas y de los grupos de sociedades", en *Grupos de sociedades, cit.*, págs. 95-150; BELTRAN MENDIZABAL, F., "Los grupos de sociedades: algunos aspectos financieros, laborales y

objeto de este trabajo. No obstante resultará preciso concretar ciertos extremos fiscales de la integración cooperativa dado el régimen particular al que se someten estas sociedades⁶⁴.

4. GRADOS DE VINCULACIÓN SOCIETARIA

Con carácter general, la interrelación entre las empresas vinculadas puede realizarse por varios medios: desde la participación de unas empresas en el capital de otras hasta las meras relaciones de hecho, o bien a través de contratos que persiguen, directamente, el establecimiento de una situación de control a favor de una de ellas y la correlativa dependencia para la contraparte⁶⁵. El diferente grado de intensidad y duración de los vínculos o uniones que se establecen entre sociedades, lleva a distinguir entre concentración y cooperación empresarial⁶⁶.

4.1. CONCENTRACIÓN Y COLABORACIÓN

fiscales", *Hacienda Pública Española (HPE)*, nº 94, enero 1985, págs. 147-166; MARTINEZ GIMENEZ, C., *La imposición sobre la renta de los grupos de sociedades*, Ed. La Ley, Madrid, 1991; LOZANO ARAGÜES, R., "El grupo de sociedades. Perspectiva fiscal y contable", *Der. de los Neg.*, nº 45, 1994, págs. 15-26.

⁶⁴ Concretado en la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas (LRFC), y, con carácter particular, Norma Foral núm. 2/1997, de 22 de mayo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y Ley Foral 9/1994, de 21 de junio, reguladora del régimen fiscal de las cooperativas en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra. Será con relación a la cooperativa de segundo grado cuando resulte preciso extraer las notas pertinentes de su régimen fiscal y la virtualidad estratégica del mismo a la hora de decidir por esta fórmula de integración (*infra* Cap. 6º, I.).

⁶⁵ Al respecto, DUQUE DOMINGUEZ, J., "Los problemas generales planteados por los grupos", *cit.*, págs. 19-20.

⁶⁶ Sobre el particular, EMBID IRUJO, J.M., *Concentración de empresas*, *cit.*, pág. 23; SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria. Caracterización y problemas", *RDM*, nº 163, enero-marzo 1982, págs. 398 a 409.

La *concentración* supone un proceso de modificación sustancial del poder de decisión económica de las sociedades concentradas, ya se haga con desaparición de la personalidad jurídica de éstas (caso de la fusión) o sin ella (supuesto de los grupos), o mediante la escisión como supuesto especial⁶⁷. La concentración provoca la integración económica plena de las unidades empresariales agregadas, dando lugar a la formación de una nueva empresa, bien con titularidad jurídica unitaria (caso de la fusión) o bien con titularidad jurídica plural (caso de los grupos).

La *colaboración* implica vínculos menos intensos que los que supone la concentración y, normalmente, de duración más reducida. Como una forma de colaboración, la *cooperación* empresarial no altera la independencia económica de las sociedades que cooperan, ya se realice a través de la creación de una persona jurídica independiente o sin ella.

4.2. INTEGRACIÓN EMPRESARIAL E INTERCOOPERACION ECONOMICA

Los supuestos descritos encuentran una denominación particular cuando en ellos participan sociedades cooperativas. En un intento de enmarcar las diferentes opciones de agregación societaria que se pueden encontrar en nuestro Derecho cooperativo se propone la siguiente distinción. Se calificará de *integración empresarial* a aquéllas fórmulas coincidentes con la *concentración* que provoquen la vinculación de empresas de titulares jurídicamente independientes sin mermar su autonomía jurídica aunque con cierta disminución de la económica⁶⁸, pudiendo dar lugar, incluso, a la creación de estructuras organizadas. No se incluye entre ellas la fusión por cuanto que, aún siendo la más pura forma de concentración, supone sin embargo la unificación jurídica y no sólo económica de los sujetos intervinientes, implicando una modificación en

⁶⁷ Véase *infra* Cap. 1º, II.2.

⁶⁸ Véase SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria", *cit.*, pág. 384. Con respecto a la concentración de sociedades cooperativas, EMBID IRUJO, J.M., "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, págs. 427 y ss.

su estructura que no tiene lugar (al menos tan clara y directamente) en el resto de los procedimientos de concentración⁶⁹. Así delimitada, la integración empresarial se sitúa más cerca de los grupos de sociedades. Por su parte, denominaremos *intercooperación económica* a aquella que se desenvuelve en las más laxas coordenadas de la *colaboración o cooperación* entre empresas (v.gr. técnicas de comercialización y adquisición de materias primas o activos en general).

II. TÉCNICAS DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL E INTEGRACIÓN COOPERATIVA

1. FUSIÓN Y ESCISIÓN COMO TÉCNICAS DE CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS

1.1. LA FUSIÓN

Por lo que se refiere a su consideración como instrumento de concentración empresarial⁷⁰, la fusión de sociedades constituye el grado

⁶⁹ Véase *infra* Cap. 1º, II.1.

⁷⁰ Es lugar común en la doctrina la consideración de las operaciones de fusión en el marco de la concentración empresarial (GARRIGUES, J., "Formas sociales de uniones de empresas", *RDM*, 1947, III, págs. 51-75, pág. 51; URÍA, R., en GARRIGUES-URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T.II, 3ª ed., Ed. Cívitas, Madrid, 1976, págs. 736 y 786; DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado institucional", *cit.*, pág. 529; EMBID IRUJO, J.M., "Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles", en *Derecho Mercantil de la Comunidad Europea (Estudios en homenaje a José Girón Tena)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1991, págs. 291-302, págs. 296 y ss.; VICENT CHULIA, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, T. I, Vol. 2º, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 832; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., Voz "Fusión de sociedades", *EJB*, Vol. II, *cit.*, págs. 3.210-3.214, pág. 3.210; LARGO GIL, R. *La fusión de sociedades mercantiles*, *cit.*, págs. 58 y 104; *idem*, "Reflexiones sobre el régimen de la fusión y de la escisión en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", en AA.VV. *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Estudio sistemático de la Ley 2/1995)*, II, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 967-994, pág. 969). Opinión discrepante es la mantenida por ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., (*La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la*

máximo de vinculación societaria⁷¹. Es el "tipo de concentración donde el ayuntamiento se produce en grado superlativo"⁷², provocando la total integración económica y jurídica de las entidades que participan en ella⁷³. Pero es precisamente este último dato -integración jurídica- el que determina la frontera entre la fusión y el resto de los procedimientos de concentración⁷⁴. La inevitable extinción de las sociedades que se fusionan para constituir una nueva sociedad, o la extinción de aquellas que son absorbidas por otra, es una característica de esta técnica de concentración a valorar significativamente a la hora de proyectar una operación de agregación societaria. Aceptarla constituye, verdaderamente, una decisión de índole estratégica⁷⁵ que, dadas sus consecuencias resulta frecuentemente eludida en favor de técnicas más flexibles de agrupación de sociedades⁷⁶ y, en concreto, de la concentración en la pluralidad "actuada con el instrumento atípico del grupo de empresas"⁷⁷.

concentración de empresas, Ed. U. de Valladolid, Valladolid, 1958, págs. 5-6), pues al concebir la concentración como "coordinación de la actuación de varias empresas con el fin de mejorar sus rendimientos económicos", excluye de su ámbito la fusión al desaparecer con ella la individualidad jurídica de cada empresa y quedar integradas en una única unidad.

⁷¹ GARRIGUES, J., "Formas sociales de uniones", *cit.*, pág. 51.

⁷² URÍA, R., *Comentarios*, *cit.*, pág. 747.

⁷³ DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado institucional", *cit.*, pág. 534. Con carácter general sobre la fusión, véase ROJO, A., "La fusión de sociedades anónimas", en *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas* (ROJO Dir.), Ed. Cívitas, Madrid, 1987, págs. 345-387; SEQUEIRA MARTIN, A., "La fundación de una sociedad anónima mediante fusión por creación de una nueva sociedad", en *Derecho de Sociedades Anónimas, I, La Fundación*, Ed. Cívitas, Madrid, 1991, págs. 913-953; GOMEZ PORRUA, J.M., *La fusión de sociedades anónimas en el Derecho español y comunitario*, Ed. La Ley, Madrid, 1991.

⁷⁴ Para LARGO GIL, R., (*La fusión de sociedades mercantiles*, *cit.*, pág. 104), el criterio distintivo fundamental para llevar a cabo una clasificación de las diferentes formas de concentración empresarial lo constituye la extinción o no de alguna de las personas jurídicas que intervienen, resultando así la siguiente sistematización: procedimientos que no implican modificación de las estructuras jurídicas de las empresas (todo tipo de acuerdo de cooperación y de tomas de control); los que, por el contrario, provocan alteraciones radicales en las citadas estructuras (aquí se incluye la fusión). Sobre la disolución de alguna de las sociedades que se fusionan, como criterio distintivo de otros fenómenos jurídicos de unión de sociedades, GARRIGUES, J., "Formas sociales de uniones", *cit.*, pág. 51; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 24ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 392.

⁷⁵ Como señala LARGO GIL, R., (*La fusión de sociedades mercantiles*, *cit.*, pág. 74), "la elección de una fusión es de índole estratégica ... una vez tomada la decisión de proceder al redimensionamiento de la empresa, la opción por una u otra técnica jurídica para llevarla a cabo depende de los objetivos que se pretenden".

⁷⁶ GARRIGUES, J., "Formas sociales de uniones de empresas", *cit.*, pág. 51; ORTIZ VAAMONDE, S., "Grupos de sociedades: Problemática general y regulación en el Derecho comparado", *AC*, nº 2, 1996, págs. 25-62, pág. 27; MADRID PARRA, A., "Transformación,

Por estas razones se puede decir que la fusión constituye el polo opuesto de la integración empresarial por desencadenar resultados distintos: en un caso la concentración en la unidad (fusión); en el otro, la concentración en la pluralidad (pervivencia de las sociedades partícipes). Desde esta perspectiva, la fusión se contrapone a los grupos de sociedades, con los que, paradójicamente y por el contrario, guarda una estrecha relación⁷⁸. Y es que, mientras éstos mantienen la autonomía jurídica de las sociedades integradas, en la fusión sucede lo contrario; sin embargo, el surgimiento de una *nueva empresa*⁷⁹ articulada mediante la agrupación de varias sociedades mercantiles⁸⁰, la aparición de un nuevo operador económico organizado⁸¹, los coloca en plano paralelo a la fusión, aunque sólo sea desde una perspectiva económica.

1.2. FUSIÓN Y GRUPOS DE SOCIEDADES

Como se ha advertido, tanto el procedimiento de fusión como su resultado discurren por coordenadas diferentes a las del grupo. Las diferencias entre ambos procesos de concentración son, entre otras, las siguientes:

fusión y escisión de las sociedades mercantiles" en *Derecho Mercantil*, I, (Coord. JIMENEZ SANCHEZ), 3ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1997, págs. 516-528, pág. 520.

⁷⁷ DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado institucional", *cit.*, pág. 529.

⁷⁸ EMBID IRUJO, J.M., "En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)", *CDC*, núm. 9, 1991, págs. 13-37, pág. 16.

⁷⁹ Es lugar común en nuestra doctrina esta consideración del grupo como nueva forma de empresa, pese a la ausencia de personalidad jurídica propia. Véase al respecto, EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y de grupo*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pág. 153; DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado institucional", *cit.*, pág. 581; MASSAGUER, J., "La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídico-societarios)", *RDM*, 1989, págs. 281-325, pág. 286.

⁸⁰ EMBID IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español", *cit.*, pág. 32.

⁸¹ El operador económico organizado es el titular de la actividad de tráfico organizada en forma de empresa. Sobre este concepto, véase ALONSO ESPINOSA, F.J., *Esquemas de Derecho Mercantil*, Ed. FJAE, Murcia, 1997, págs. 21-23.

a) El grupo de sociedades viene a ser, en un sentido económico, un nuevo tipo de empresa de carácter policorporativo o articulado. La denominación empleada alude, pues, a un *resultado*: el grupo constituido⁸². Por el contrario, la fusión hace referencia a un *proceso* -jurídico-económico- que desemboca en una unidad jurídica: la sociedad nueva o absorbente⁸³. La consecuencia para nuestro Ordenamiento jurídico es relevante: mientras que el proceso de fusión culmina en las coordenadas de la sociedad «isla», eje del Derecho de sociedades, el grupo de sociedades carece de régimen jurídico específico, a excepción del previsto en las normas contables, precisando de medidas protectoras de los diversos intereses en juego⁸⁴.

b) La fusión requiere un acto corporativo o social, un acto interno y soberano de la persona jurídica ya que afecta a su propia existencia⁸⁵. No resulta suficiente el pacto entre los entes que se fusionan, sin perjuicio de la existencia de acuerdos previos sobre la operación⁸⁶. En contrapunto, el grupo de sociedades no requiere un acto corporativo, aunque puede existir⁸⁷, y tampoco es un contrato, aunque éste pueda ser su origen⁸⁸.

⁸² Sin perjuicio de que deban ser también objeto de protección por el Derecho las situaciones que se plantean a lo largo de las diversas fases y técnicas jurídicas del proceso de constitución del grupo y antes de que éste surja, en una consideración dinámica -proceso económico- y no estática del grupo (En este sentido EMBID IRUJO, J.M., "Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica", *Rev. del Col. de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 1983, págs. 13-39; *Concentración de empresas*, cit., pág. 36).

⁸³ MADRID PARRA, A., en *Derecho Mercantil*, I, (Coord. JIMENEZ SANCHEZ), cit., pág. 519; SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 20ª ed., Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 519.

⁸⁴ Tanto la viabilidad empresarial del grupo, como los intereses de socios y acreedores de las sociedades integradas. Por todos, EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, cit., págs. 153 y ss.; "Modelos de integración", cit., pág. 46. Véase también *infra* Cap. 2º, II.3.2.E) y Cap. 3º, VI.2.

⁸⁵ La fusión es considerada una modificación estructural. Sobre estas modificaciones, en nuestra doctrina, véanse por todos, EMBID IRUJO, J.M., "Notas para el estudio de las modificaciones estructurales", cit., págs. 293-302; "En torno a las modificaciones estructurales", cit., págs. 13-37; VICENT CHULIA, F., "Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y el Reglamento del Registro Mercantil", *RJC*, nº 3, 1997, págs. 47-74.

⁸⁶ MADRID PARRA, A., en *Derecho Mercantil* (Coord. JIMENEZ SANCHEZ), cit., pág. 519.; URIA, R., *Comentario*, cit., págs. 735-736.

⁸⁷ A este respecto, no es preciso el acuerdo de las "futuras" sociedades dependientes tendente a la sumisión a la dirección unitaria a ejercer por la sociedad dominante; así como tampoco resulta necesario acuerdo en esta última para la toma de control y ejercicio de la

c) La fusión provoca la confusión de patrimonios y socios en un solo ente social dada la unión jurídica y económica que tiene como resultado. El grupo, por el contrario, implica la subsistencia de las sociedades que se agregan, por lo que en él no tiene lugar ni la sucesión patrimonial universal, ni la integración de socios⁸⁹.

d) Los socios que participan en un proceso de fusión se incorporan a la sociedad resultante, adquiriendo, como consecuencia de su posición, el derecho a participar, en su caso, en los beneficios de ésta. Sin embargo, en los grupos de sociedades de estructura vertical los accionistas externos -accionistas minoritarios de la sociedad dependiente- pueden no llegar a participar en dichos beneficios⁹⁰, al menos de manera directa -como mucho a través de su sociedad dominante-. No obstante, la participación en beneficios podrá ser objeto de pacto en los grupos contractuales, posibilidad que ha sido ya objeto de previsión en nuestro Derecho positivo en el RD 1345/1992, de 6 de noviembre relativo a la tributación sobre el beneficio consolidado a los grupos de sociedades cooperativas que exige, en orden a la aplicación del régimen que regula, el

dirección del grupo; a lo sumo, dicha posibilidad deberá estar contemplada con carácter genérico en su objeto social (Sobre el objeto social de la sociedad dominante como umbral de legitimación de la dirección unitaria del grupo, MASSAGUER, J., "La estructura interna", *cit.*, págs. 306-311).

⁸⁸ En particular, el contrato de dominación, en caso de grupos por subordinación, o el contrato de grupo paritario, para los grupos por coordinación. (sobre estos extremos se volverá, *infra* Cap. 2º, II.3.2 y Cap. 3º, III.1). EMBID IRUJO, J.M., ("Notas para el estudio", *cit.*, pág. 298; "En torno a las modificaciones", *cit.*, pág. 34) incluye el grupo entre las modificaciones estructurales.

⁸⁹ "En todo caso, lo fundamental en la fusión es el acuerdo de las sociedades para integrar sus socios y patrimonios; si afectara únicamente a los patrimonios no estaríamos propiamente ante la fusión" (MARTINEZ CHARTERINA, A., *Análisis de la integración cooperativa*, *cit.*, pág. 38-39). Véanse arts. 30.2 RCCr, 67 LCCValenciana y 117 LSRL (Cesión global del activo y del pasivo). Sobre este último, véanse BELTRAN SANCHEZ, E., "Disolución y liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", *Tratando de la Sociedad Limitada*, *cit.*, págs. 933-998, págs. 980-982; LAZARO SANCHEZ, E.J., "La fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo en el proyecto de ley de sociedades de responsabilidad limitada (Reflexiones sobre los arts. 96 y 118 BOCG, 25-1-1994/Nº 48-1)", *AC*, XXXII, nº 3, 1994, págs. 609-623, págs. 617-623; MORENO VELEZ, I.J., "Comentario al art. 117 LSRL", en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, I, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, págs. 521-526; SOLER MASOTA, P., "Comentario al art. 117", en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (Coord. ARROYO/EMBID), Ed. Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1.136-1.151; VICENT CHULIA, F., "Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de sociedades limitadas", *cit.*, págs. 58-60.

⁹⁰ LARGO GIL, R., *La fusión de sociedades mercantiles*, *cit.*, pág. 82.

compromiso de las cooperativas vinculadas de redistribuir solidariamente el excedente neto obtenido por cada una de ellas (art. 1.1)⁹¹.

e) Con la fusión de sociedades se alcanza una estructura orgánica unitaria, evitándose los conflictos de intereses que pueden surgir entre los distintos órganos de administración que, por el contrario, subsisten en los de grupos de empresas⁹².

f) La situación jurídica a la que conduce la fusión, dado su carácter de permanencia, deviene, como tal, irreversible⁹³. Será preciso el recurso a la escisión, o a la disolución y posterior constitución de sociedades, para volver al punto de partida de la fusión⁹⁴. Por su parte, la situación de grupo puede cesar en cualquier momento recobrando cada sociedad su independencia económica. La celeridad con que ésto se produzca, dependerá de la específica fórmula utilizada para su constitución.

1.3. LA TÉCNICA DE LA ESCISIÓN

Al igual que la fusión, si bien no de la misma forma⁹⁵, la escisión⁹⁶ es una técnica válida a los efectos de un proceso de concentración empresarial⁹⁷.

⁹¹ Compromiso que se ha de plasmar en escritura pública y en los respectivos estatutos. Sobre esta norma y, en especial, sobre el grupo de sociedades cooperativas por coordinación que en ella se describe, véase *infra* Cap. 3º, VI.3.

⁹² LARGO GIL, R., *La fusión de sociedades mercantiles*, cit., pág. 83. Sobre conflicto de intereses intra grupo, véase *infra*, Cap. 3º, VI.2.

⁹³ Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 246 LSA. Véase EMBID IRUJO, J.M., "En torno a la nulidad de la fusión y de la escisión en la nueva Ley de Sociedades Anónimas", *RGD*, núms. 550-551, 1990, págs. 5.605-5.618.

⁹⁴ Véase MOTOS, M., *Fusión de sociedades mercantiles*, Ed. Rev. de Derecho privado, Madrid, 1953, págs. 7 y 92.

⁹⁵ Cfr. SANTOS MARTINEZ, V., "La escisión de las sociedades anónimas", en *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, (Dir. QUINTANA), Ed. Trivium, Zaragoza, 1989, págs. 217-258, pág. 220; "Escisión" -Comentario a los arts. 252-259 LSA-, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (Dir. SANCHEZ CALERO), T. VII, Ed. Edersa, Madrid, 1993, págs. 331-524, pág. 336.

Su carácter de institución neutra⁹⁸ permite su utilización por las sociedades en orden a adecuar su dimensión y estructura a las cambiantes circunstancias jurídicas y/o económicas⁹⁹. Adecuación, que bien puede ser debida a un proceso de concentración empresarial¹⁰⁰, al que la escisión serviría en la medida en que la concentración es una de sus posibles funciones¹⁰¹.

⁹⁶ De interés, SANTOS MARTINEZ, V., "Escisión", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., págs. 331 y ss.; "Fundación por escisión mediante creación de nueva sociedad", en *Derecho de Sociedades Anónimas*, I, cit., págs. 995-1.005; LAZARO SANCHEZ, E.J., "La tutela de los acreedores de la sociedad anónima parcialmente escindida (reflexiones a la luz del derecho y doctrina españoles)", *RDM*, núm. 211-212, 1994, págs. 163-196.

⁹⁷ Por todos, CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Ed. Sirey, París, 1962, págs. 187-190. Para EMBID IRUJO, J.M., ("Notas para el estudio", cit., pág. 298; "En torno a las modificaciones", cit., pág. 34), el elemento teleológico que singulariza una modificación estructural es, precisamente, la finalidad de servir al propósito de la concentración empresarial. Opinión no compartida por CERDA ALBERO, F., (*Escisión de la sociedad anónima*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 141), quien considera que la esencia de la reestructuración societaria ha de buscarse en la misma modificación estructural de la sociedad.

⁹⁸ A este respecto ROJO, A., "La escisión de sociedades", en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Ed. Cívitas, Madrid, 1987, págs. 666-667; CERDA ALBERO, F., *Escisión*, cit., págs. 41-48; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión (artículos 252 a 259 LSA)", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, Vol. 3º, Ed. Cívitas, Madrid, 1993, pag. 19.

⁹⁹ Cfr. DUQUE DOMINGUEZ, J., "La escisión de sociedades", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria*, Ed. Cívitas, Madrid, 1978, págs. 125-155, pág. 131; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión", *Comentario al régimen legal*, cit., pag. 19-20; OLEO BANET, F., *La escisión de la sociedad anónima*, Ed. Cívitas, Madrid, 1995, pág. 34.

¹⁰⁰ Sobre estos extremos, véase, DUQUE DOMINGUEZ, J., "La escisión", cit., pág. 131; ROJO, A., "La escisión", cit., pág.; CERDA ALBERO, F., *Escisión*, cit., págs. 70-80; OLEO BANET, F., *La escisión*, cit., págs. 41-42.

¹⁰¹ La doctrina ha destacado el carácter polivalente de la escisión (DUQUE DOMINGUEZ, J., "La escisión", cit., págs. 131-133; CERDA ALBERO, F., *Escisión*, cit., pág. 41; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión", *Comentario al régimen legal*, cit., pág. 19; OLEO BANET, F., *La escisión*, cit., pág. 45), al servir de instrumento de ejecución de muy diversos fines de política empresarial y de ordenación societaria (EMBID IRUJO, J.M., "En torno a las modificaciones", cit., pág. 31; ROJO, A., "La escisión de sociedades", cit., págs. 666-667; SANTOS, V., "La escisión de sociedades anónimas", cit., págs. 212-222). Entre ellas, se señalan las siguientes: a) descentralización, desconcentración y especialización empresariales; b) regionalización de la empresa; c) solución a problemas internos (conflictos entre dos o más grupos de socios, saneamiento de la sociedad si alguna de sus empresas no resulta viable o se encuentra en una situación de crisis); d) remedio frente a un crecimiento exagerado o imprudente de las unidades societario-empresariales; e) instrumento válido para la concentración de empresas.

En efecto, en cuanto instrumento de concentración de sociedades, la escisión puede ser utilizada desde una triple perspectiva: como complemento [anterior o posterior] de un proceso de esta índole; como forma autónoma para la obtención de tal finalidad; y como vehículo de reorganización y reestructuración de sociedades agregadas.

Desde la primera perspectiva, la escisión puede venir a preparar o a perfeccionar operaciones de concentración posteriores o anteriores a ella¹⁰². Con la escisión se produce la división del patrimonio de una sociedad de forma que parte de ese patrimonio pueda servir para constituir una nueva sociedad -o varias-, o tenga lugar su fusión con otras sociedades o su absorción por otra sociedad¹⁰³, con participación directa de los socios de la sociedad escindida en las sociedades beneficiarias de la escisión¹⁰⁴. En este caso, la escisión sería el primer paso en el proceso integrador llevado a efecto por la/s sociedad/es beneficiaria/s de aquélla¹⁰⁵. Pero este instituto puede también servir para perfeccionar el proceso de concentración que se hubiere iniciado con una fusión, racionalizando, por la vía de la descentralización y especialización empresariales, la sociedad resultante de aquélla. Claro está, que este último supuesto sólo podrá ser calificado de concentración en la medida en que las sociedades beneficiarias mantengan relaciones de dependencia societaria con la escindida.

Tal exigencia, permite enlazar el supuesto con la segunda perspectiva anunciada, según la cual, la escisión es apta como fórmula *ad hoc* para la concentración de sociedades¹⁰⁶. A estos efectos, presenta, con carácter general,

¹⁰² Se considera así la escisión como *presupuesto* de un fenómeno de concentración (Cfr. ROJO, A., "La escisión", *cit.*, pág. 667; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión", *Comentario al régimen legal, cit.*, pág. 20).

¹⁰³ SANTOS, V., "La escisión de las sociedades anónimas" *cit.*, págs. 221 y 228; "Escisión", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, cit.*, pág. 337). Véase art. 68.1 LCoop.

¹⁰⁴ ALONSO ESPINOSA, F.J., *Esquemas de Derecho Mercantil, cit.*, págs. 258-259.

¹⁰⁵ Como se ha señalado, (OLEO BANET, F., *La escisión, cit.*, pág. 42) la dispersión patrimonial sería el instrumento preparatorio de procesos de concentración concretados en las sociedades beneficiarias.

¹⁰⁶ Sobre el reconocimiento de la escisión como operación unitaria, OLEO BANET, F., *La escisión, cit.*, pág. 43.

una notable diferencia con respecto a la fusión. Mientras ésta particular técnica hace factible el crecimiento por «unificación», aglutinando en la empresa resultante de la fusión (absorbente o de nueva creación) a la/s sociedad/es que se extingue/n¹⁰⁷ -y a sus socios-, la escisión puede provocar el fenómeno opuesto¹⁰⁸: el crecimiento por «multiplicación»¹⁰⁹. La sociedad se escinde, parcial o totalmente, dando origen a una o más sociedades beneficiarias. Aunque, en realidad, en esta hipótesis sólo se asistirá a un proceso de concentración si ese es el propósito perseguido con la escisión, lo que se constatará, entre otros aspectos, en el resultado de la operación. Habrá que estar, pues, al nivel de *dependencia* que subsista entre las sociedades afectadas¹¹⁰, para determinar si, pese a la disgregación que la escisión en sí misma implica, ésta ha servido para una finalidad de concentración. La escisión cobra, así, sustantividad propia en el marco de la constitución de grupos de sociedades¹¹¹, o, si se quiere, en la concentración de tipo secundario¹¹². La formación del grupo se alcanzaría, por ejemplo, a través de una escisión parcial, con creación de una o varias empresas filiales¹¹³ y subsistencia de la sociedad

¹⁰⁷ Supuesto que CERDA ALBERO, F., (*Escisión, cit.*, pág. 76) califica de *concentración primaria*. Estas operaciones tienen por objeto aumentar las dimensiones y el empuje económico de las empresas disminuyendo su número.

¹⁰⁸ En expresión de SANTOS MARTINEZ, V., ("La escisión de las sociedades anónimas", *cit.*, pág. 228; "Escisión", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, cit.*, pág. 374), *escisión pura y simple o directa* (bien total o parcial).

¹⁰⁹ Cfr. CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentration, cit.*, pág. 189.

¹¹⁰ En cuanto a la exigencia de sumisión a una dirección económica unitaria a estos efectos, y sobre las técnicas comunmente empleadas, véase CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentration, cit.*, pág. 193.

¹¹¹ Con respecto a la escisión como fórmula apta para la constitución de grupos de sociedades, véase DUQUE DOMINGUEZ, J., "El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española (Especialmente en la Ley de Reforma Parcial y Adaptación a las Directivas Comunitarias en materia de sociedades y en la ley del Mercado de Valores)", *RDBB*, 1989, págs. 465-525, pág. 496, si bien con cautela, dadas las referencias a la segregación como forma de escisión por tratarse de un análisis a la luz del Proyecto de T.R. de la LSA.

¹¹² Así, CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentration, cit.*, pág. 189, CERDA ALBERO, F., *Escisión, cit.*, pág. 80.

¹¹³ MOTOS, M., *Fusión de sociedades mercantiles, cit.*, págs. 7-8; SANTOS MARTINEZ, V., "La escisión", *cit.*, pág. 220; *idem*, "Escisión", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, cit.*, pág. 336. Este último autor (pág. 337) parece apuntar la virtualidad de la escisión parcial a los efectos de constitución de una sociedad *holding* cabeza de un grupo industrial (así también CHAMPAUD, C., *Le pouvoir, cit.*, pág. 193; CONFALONIERI, M., "Le situazioni patrimoniali negli scorpori d'impresa", *Riv. Soc.*, n° 25, 1980, págs. 836-868, págs. 842-843), lo que contrasta con el concepto de *holding* en nuestra doctrina en cuanto

escindida, que pasaría a asumir la condición de sociedad matriz; o con motivo de una escisión total y constitución de varias sociedades beneficiarias, ostentando una de ellas la dirección del grupo. Incluso, la escisión parcial de varias sociedades y constitución de nueva sociedad beneficiaria, a la que se le encomienda el ejercicio de tal dirección¹¹⁴.

Finalmente, la escisión sirve de vehículo para la reorganización, reestructuración o reordenación en el seno de los grupos de sociedades¹¹⁵, tanto desde el punto de vista de la composición societaria del grupo, como del de la redistribución de patrimonios¹¹⁶. Gracias a esta técnica, el grupo puede

sociedad de cartera (Véase DE LA CAMARA, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. 2º, Ed. Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1972, págs. 208-209; DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado institucional", *cit.*, pág. 543), y con el más frecuente recurso a las operaciones de segregación a tales efectos (Sobre el particular, EMBID IRUJO, J.M., "Notas para el estudio", *cit.*, pág. 298; "En torno a las modificaciones estructurales", *cit.*, pág. 34). Para el análisis de la sociedad holding en el marco del derecho de grupos, véase VELLA, F., *Le società holding*, Ed. Giuffrè, Milano, 1993 (*Quad. Giur. Comm.*, nº 148).

¹¹⁴ La circunstancia relativa al ejercicio de la dirección unitaria se convierte en materia relevante en los supuestos de referencia, por su necesaria inclusión en los acuerdos previos, por su consideración de condición esencial para la escisión, y por la repercusión en el marco de tales operaciones (Cfr. CHAMPAUD, C., *Le pouvoir*, *cit.*, pág. 193). A este respecto, OLEO BANET, F., (*La escisión*, *cit.*, pág. 132) echa en falta en nuestro Derecho, la inclusión, en el proyecto de escisión, de una suerte de preámbulo o apartado en el que se exprese la modalidad, las condiciones y los objetivos de la operación. Sería aquí donde concretar la finalidad concentracionista de la escisión, así como las circunstancias relativas a la mencionada dirección unitaria del grupo resultante. Ante tal omisión, se indica (CERDA ALBERO, F., *Escisión*, *cit.*, pág. 274) que será el informe de los administradores el que recoja dichos extremos, pues "la plurifuncionalidad de la escisión tiene que concretarse en la operación propuesta, con lo que la neutralidad generalmente afirmada de la escisión se colora con los tintes propios del caso". Por el contrario, LARGO GIL, R., (*La fusión de sociedades mercantiles*, *cit.*, págs. 439-443), advierte la conveniencia de incluir en el propio proyecto ciertas rúbricas relativas al objetivo último que se pretende alcanzar (en el caso que ocupa a la autora, con la fusión), sin encontrar obstáculo aparente a tales efectos (En el mismo sentido, SEQUEIRA MARTIN, A., "Fusión - Comentario a los Artículos 233-251 LSA-", en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. VII, *cit.*, págs. 79-328, pág. 132). La cuestión no deja de tener trascendencia, pues, tal y como apunta OLEO BANET, F., (*La escisión*, *cit.*, pág. 132), es cualitativamente distinto el alcance en cada supuesto; objeto inalterable de decisión de la Junta es el proyecto de escisión, pero no el informe de los administradores.

¹¹⁵ Así, CHAMPAUD, C., *Le pouvoir*, *cit.*, pág. 190; CERDA ALBERO, F., *Escisión*, *cit.*, pág. 79; OLEO BANET, F., *La escisión*, *cit.*, pág. 44.

¹¹⁶ Quedan al margen, por su diversa naturaleza, la segregación, las aportaciones de activo y otros procedimientos análogos, válidos también como instrumentos de "ingeniería jurídica, societaria o financiera" [según las expresiones recogidas de la literatura especializada por SANTOS MARTINEZ, V., "Escisión", *Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas*, *cit.*, pág. 338. También al respecto, RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "Escisión", *Comentario al régimen legal*, *cit.*, pag. 20], y que, eventualmente, se pueden combinar con fusiones y

redimensionar su estructura y reagrupar sus elementos patrimoniales en unidades más especializadas y eficaces¹¹⁷. Los ejemplos pueden ser numerosos: escisión parcial y transferencia de actividades o departamentos entre las sociedades agregadas; escisión total y reparto del patrimonio de una de las sociedades entre dos o más miembros del grupo, o creadas al efecto; escisión de la filial, etc.¹¹⁸. Habrá que salvaguardar, en todo caso, la relación de dependencia y de control vigente en el grupo, siendo el mecanismo preciso para ello diferente según cada supuesto¹¹⁹.

No obstante lo expuesto, la escisión quedará también al margen de nuestro objeto de estudio puesto que dicha técnica afecta el sustrato patrimonial y personal de las sociedades partícipes. Nuestro interés se centrará en aquellas instituciones que presenten la característica de unir o vincular -con más o menos intensidad- tan sólo las actividades empresariales de las sociedades que intervienen en la agregación¹²⁰.

2. FUSIÓN, ESCISIÓN E INTEGRACIÓN COOPERATIVA

2.1. CONSIDERACIÓN SUSTANTIVA

En sede cooperativa fusión y escisión mantienen igualmente su significado en cuanto mecanismos para la concentración de empresas, por lo que, así

escisiones (Véase CHAMPAUD, C., *Le pouvoir, cit.*, pág. 190). De interés, para la distinción entre alguna de estas técnicas en nuestro Derecho, CERDA ALBERO, F., "Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (A propósito de las Res. DGRN de 10 de junio y de 4 de octubre de 1994, así como del UmwG alemán de 28 de octubre de 1994)", *RDM*, 1994, págs. 925-971.

¹¹⁷ Cfr. OLEO BANET, F., *La escisión, cit.*, pág. 44.

¹¹⁸ Sobre el particular, CHAMPAUD, C., *Le pouvoir, cit.*, pág. 189; OLEO BANET, F., *La escisión, cit.*, pág. 44.

¹¹⁹ Sobre estos extremos, OLEO BANET, F., "La escisión", *cit.*, pág. 44.

¹²⁰ Véase, EMBID IRUJO, J.M., "Notas para el estudio", *cit.*, pág. 298; "En torno a las modificaciones", *cit.*, pág. 34.

consideradas, vienen a ser una manifestación más del principio cooperativo de intercooperación. Sin embargo, en la base de este principio se encuentra el respeto, respaldo y mantenimiento de las unidades de base que se agrupan¹²¹, independientemente de cuáles sean los móviles de tal agregación (económico-empresariales o representativos), presupuesto que no se cumple en la fusión ni en la escisión. Por ello, la necesaria desaparición de todas, o de todas menos una o algunas, de las sociedades que se fusionan, aleja este instrumento del ámbito de la integración; y lo mismo sucede con la escisión en tanto que afecta el sustrato personal y patrimonial de las sociedades partícipes. Precisamente, la exigencia de la extinción de alguna cooperativa, o la afectación personal y patrimonial, distinguen a la fusión y a la escisión de otros fenómenos jurídicos que, inspirados en fundamentos similares de potenciación económica, no las requieren: este es el caso de las cooperativas de segundo o ulterior grado, del grupo cooperativo, o de cualquier otra modalidad de colaboración económica, tal y como señalan los arts. 77, 78 y 79 LCoop¹²².

2.2. CONSIDERACIÓN SUBJETIVA

Existe, además, otro argumento que coadyuva al alejamiento de la fusión y de la escisión del resto de los procesos de integración cooperativa y es el tradicional planteamiento endogámico que presentan en el Derecho cooperativo, circunstancia que contrasta con la apertura subjetiva que se observa en el resto de las fórmulas de integración empresarial¹²³.

¹²¹ Como pone de manifiesto PARRA DE MAS, S., (*La integración de la empresa cooperativa, cit.*, pág. 143), en el campo del integracionismo cooperativo "se prefiere engarzar la sociedad, siempre que es posible, en el entramado asociacionista, potenciando sus posibilidades, que hacerla desaparecer, eliminando una valiosa célula básica".

¹²² Sobre esta materia, SANZ JARQUE, J.J., *Cooperación. Teoría general y régimen de las sociedades cooperativas. El nuevo Derecho cooperativo*, Ed. Comares, Granada, 1994, págs. 594-597.

¹²³ Pese a todo, cabría dudar de la rigidez práctica del citado planteamiento endogámico de las fusiones y escisiones, sobre todo tras la apertura de otra modificación estructural, la transformación, operada por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL). La admisibilidad de la transformación de cooperativas en sociedades limitadas [y a la inversa] puede ser utilizada como técnica, eso sí, más lenta y costosa, tendente a

En efecto, hasta fechas recientes, la fusión y la escisión han sido concebidas por el legislador cooperativo con carácter homogéneo, esto es, quedando limitada la participación en las mismas a las sociedades cooperativas¹²⁴. Y ello ha sido así, no sólo por la interpretación literal de las normas, sino por la dificultad de admitir fusiones y escisiones en las que participen sociedades de estructura organizativa diferente¹²⁵. La doctrina, por su parte, es unánime al admitir la fusión y la escisión entre sociedades mercantiles por la forma, pero diverge respecto de las fusiones o escisiones mixtas o heterogéneas (sociedades mercantiles y civiles u otras entidades)¹²⁶, siendo éstas

conseguir finalmente un resultado de fusión o escisión. El proceso sería el siguiente: transformación de cooperativa en sociedad limitada y posterior participación en cualquier modificación estructural que *ab initio* le estuviera prohibida (con resultado de sociedad anónima, por ejemplo). Sobre estos extremos, véase ALFONSO SANCHEZ, R., "Ambito subjetivo de la transformación en la legislación cooperativa (Algunos aspectos críticos)", *RdS*, nº 8, 1997, págs. 178-193.

¹²⁴ Con respecto a la fusión de sociedades cooperativas, Cfr. arts. 76-84 LCEuskadi; 71-72 LCCataluña; 103-106 LSCAndaluzas; 65 LCCValenciana; 55-57 LFCNavarra; 75-82 LCGalicia; 70-77 LCCMadrid; (algunas leyes autonómicas exigen incluso compatibilidad entre los objetos sociales de las cooperativas a fusionar, v.gr. arts. 103.1 LSCAndaluzas y 71.1 LCCataluña). La excepción la constituyen la LCoop (art. 67) y la LSCExtremadura (arts. 82-88), al regular las fusiones especiales. Por su parte, con respecto a la escisión, cfr. arts. 68 LCoop; 84 LCEuskadi; 72 LCCataluña; 107 LSCAndaluzas; 65 LCCValenciana; 57 LFCNavarra; 83 LCGalicia; 78-80 LCCMadrid. La excepción, nuevamente, la LSCExtremadura, arts. 90-95, y la LCoop, al remitir su art. 68.5 a las normas de la fusión. Sobre estos procesos, BORJABAD GONZALO, P., *Manual de Derecho Cooperativo, cit.*, pág. 188.

¹²⁵ Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25-3-1991 (Sala 3ª-Sección 6ª, R.Ar. 3.097). Se trataba de una sociedad cooperativa, cuyo Consejo rector acordó presentar a la Asamblea proyecto de cambio de cooperativa a sociedad anónima, lo que fué ratificado por aquélla. Posteriormente, se inscribió una sociedad anónima con la misma denominación que la cooperativa, y la Asamblea acordó la fusión por absorción de ésta en aquella, otorgándose escritura pública a tal efecto, siendo presentada al Registro de Cooperativas para la inscripción. El acto cuya inscripción se instaba era la disolución de la cooperativa verificada a través de su fusión-absorción en una anónima, lo que fué denegado por el Registrador. Ante los hechos expuestos, la Sala entendió que «*el paso de cooperativa a sociedad anónima puede realizarse, previa la disolución y liquidación de la Cooperativa a través de cualquiera de las causas, contempladas en la normativa antedicha [legislación cooperativa], pero no mediante la fusión directa entre ambos tipos de sociedad no contemplado ni permitido por la legislación específica de cooperativas*» (Fundamento 4º).

¹²⁶ Se manifiestan con menos recelos respecto a su admisión y con argumentos similares: URÍA, R., *Derecho Mercantil, cit.*, pág. 393; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., Voz "Fusión de sociedades", *EJB*, Vol. II, *cit.*, pág. 3.212; SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil, cit.*, pág. 519; MADRID PARRA, A., en *Derecho Mercantil*, (Coord. JIMENEZ SANCHEZ), *cit.*, págs. 519-520. En contra, GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. U. de Valladolid, Valladolid, 1952, págs. 619-620; EMBID IRUJO, J.M., "Caracteres generales de la fusión en la nueva Ley de Sociedades Anónimas", *Noticias CEE*, nº

posibles únicamente cuando la ley así lo disponga. Pero dicha habilitación legal para la apertura del perímetro subjetivo de la fusión y de la escisión se ha producido, bien en sectores concretos de regulación de la actividad empresarial, bien respecto de entidades que guardan estrecha similitud, por sus condicionantes subjetivos, con la fórmula cooperativa¹²⁷, o bien con una fórmula amplia que incorporan la LSCExtremadura y la LCoop¹²⁸.

En el primer grupo de supuestos se incluye la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito (art. 10) y su Reglamento (arts. 30 y 32 del RD 84/1993, de 22 de enero) que parecen avalar las fusiones y escisiones mixtas, en las que participen cooperativas de crédito, pero cuya sociedad resultante sea una entidad de crédito no cooperativa¹²⁹. También pertenece a

76, 1991, págs. 21-27, pág. 23; VICENT CHULIA, F., *Compendio Crítico, cit.*, págs. 836-838; *idem*, *Introducción al Derecho mercantil*, 10ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 359-360. La regulación de los procedimientos de fusión y escisión a efectos registrales contenida en el nuevo RRM (RD 1784/1996, de 19 de julio, arts. 226-237), parece confirmar esta última concepción.

¹²⁷ En el Derecho comparado la admisión de las fusiones mixtas se inicia en Italia con el Decreto Legislativo n. 22, de 16 de enero de 1991, (de incorporación de las Directivas de la CEE sobre sociedades III, IV, VI, y VII, que es el desarrollo de la Ley n.º 69, de 26 de marzo de 1990) al regular la fusión entre cooperativas y sociedades (el art. 4.a) obliga a extender el régimen de la fusión y de la escisión a otras sociedades con actividad mercantil y a las cooperativas (Véase comentario al Decreto en SERRA, A./SPOLIDORO, M.S., *Fusioni e scissioni di società*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 1994). Esta línea directriz continúa con la Ley francesa n.º 92-643, de 13 de julio, relativa a la modernización de empresas cooperativas, que admite que la sociedad cooperativa pueda entrar a participar en una operación de fusión con otras sociedades, incluso no cooperativas (A este respecto, véase JEANTIN, "Un nouveau champ d'application du droit des fusions: la loi du 13 juillet 1992", *Bull. Joly* 1993), y con la Ley Alemana de Depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de la RFA, de 28 de octubre de 1994, que permite que las cooperativas registradas participen como entidades transmitentes, adquirentes o nuevas entidades, en la fusión con entidades de diferente forma jurídica (art. 3.3 y 4) (Véase traducción y notas VAZQUEZ LEPINETE, T., VAÑO VAÑO, M.ª J., GUILLEN FERRER, M.ª J., bajo la supervisión de VICENT CHULIA, F., *RGD*, núms. 609 y 615, 1995, págs. 7.231-7.283, 13.683-13.762. También en *RdS*, n.º 6, 1996, págs. 363-382 y n.º 7, 1996, págs. 373-401, traducción BAENA VALBUENA, J.M., y estudio preliminar de LEON SANZ, F.J., págs. 363 y ss). El art. 3 reconoce a las cooperativas registradas capacidad para fusionarse; los arts. 79 y 96 disponen que una entidad de distinta forma jurídica sólo podrá fusionarse con una cooperativa registrada si la cooperativa adquirente acuerda la modificación de sus estatutos al mismo tiempo que la fusión; el art. 88 regula la participación de sociedades de capital y asociaciones con capacidad jurídica como transmitentes en una fusión con resultado de cooperativa (absorbente o nueva). Con respecto a la escisión, art. 150, y en cuanto a la transformación, arts. 191.1.3 y 251-272.

¹²⁸ Cfr. arts. 67 LCoop, y 89 y 90.2 LSCExtremadura.

¹²⁹ La redacción del art. 10 LCCr ["En el caso de que la entidad resultante ... fuera una cooperativa de crédito"] admitiría una interpretación *contrario sensu* que vendría a convalidar

este grupo la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados (LOSSP), que admite la fusión de entidades aseguradoras (entre ellas, la cooperativa)¹³⁰ con resultado de sociedad anónima de seguros, o la absorción de aquéllas por ésta¹³¹, aunque no a la inversa. Las cooperativas a prima fija pueden, asimismo, absorber cualesquiera entidades aseguradoras¹³², excepto anónimas de seguros (art. 23.2 LOSSP)¹³³.

A la segunda posibilidad responden, por su parte, las *fusiones especiales* de algunas leyes autonómicas¹³⁴, que admiten la fusión de sociedades [anónimas] laborales con cooperativas de trabajo asociado¹³⁵, o de cooperativas

este tipo de modificaciones estructurales mixtas: puede que la entidad resultante sea de distinta naturaleza. Todavía avanza más el Reglamento al contemplar la posibilidad de que una cooperativa de crédito sea absorbida no sólo por otra, sino también por una sociedad anónima bancaria o una caja de ahorros (art. 30). A estos efectos, el Reglamento ofrece una confusa regulación de la situación del socio cooperativo a incorporar a la entidad resultante, y con una previsión poco ortodoxa, desde el punto de vista cooperativo, respecto del tratamiento de los fondos irrepantibles. La doctrina ha criticado tanto la admisión de las fusiones y escisiones heterogéneas (una interpretación sensu contrario no podía invalidar la prohibición que contenía la LGC, cfr. SANCHEZ MOLINER, J.L., "La transformación de la sociedad anónima y de la cooperativa", *RGD*, n° 584, 1993, págs. 4.839-4.876, pág. 4.870), como la técnica elegida para la habilitación (no basta un Real Decreto para permitirlo, cfr. VICENT CHULIA, F., "El nuevo estatuto jurídico de la cooperativa de crédito (II)", *RDBB*, n° 54, 1994, págs. 305-337, pág. 333).

¹³⁰ Cuya naturaleza, forma y denominación vienen recogidas en el art. 7 de la Ley.

¹³¹ Lo que supone un avance respecto a la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado, que sólo autorizaba la absorción de cooperativas y mutuas por las anónimas de seguros -nunca el proceso inverso- (cfr. art. 28.1° LOSP de 1984), pero no la fusión de cualesquiera de estas entidades con resultado de anónima, tal y como ahora admite la ley vigente (art. 23.2 LOSSP). Sobre aquélla norma, véase, EMBID IRUJO, J.M., "Caracteres generales de la fusión", *cit.*, pág. 22; VICENT CHULIA, F., "El nuevo estatuto jurídico de la cooperativa de crédito (II)", *cit.*, 329-330.

¹³² Solución ya reclamada bajo la vigencia de la Ley de 1984 al no entender que, dadas las "concomitancias entre el fenómeno mutualista y cooperativo", no se admitieran estas operaciones de concentración de empresas de seguros. A este respecto, TIRADO SUAREZ, F.J., *Ley Ordenadora del Seguro Privado -exposición y crítica-*, Ed. U. de Sevilla, Sevilla, 1984, pág. 161.

¹³³ El resto de los supuestos indicados en el art. 23.2 LOSSP se refieren a fusiones o absorciones homogéneas, entre sociedades de la "misma naturaleza y forma". De esta manera, las mutuas a prima fija sólo pueden fusionarse entre ellas, y lo mismo respecto de las cooperativas a prima fija, las mutuas y cooperativas a prima variable y las mutualidades de previsión social. Estas tres últimas pueden absorber entidades aseguradoras "de su misma forma jurídica" (no se exige identidad de naturaleza).

¹³⁴ Así, arts. 83 LCEuskadi, 65.2.g LCCValenciana y 64.7 y 8 LCAragón.

¹³⁵ Con respecto a la referencia a la sociedad anónima laboral, hay que tener en cuenta su nuevo régimen jurídico, contenido en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales

agrarias con sociedades agrarias de transformación, siempre que la resultante sea una entidad cooperativa y no exista precepto legal que lo prohíba¹³⁶.

En el tercer grupo de supuestos se incluye la LSCExtremadura y la LCoop. La primera admite la fusión de cooperativas y otras formas sociales, no exigiendo que haya de ser cooperativa, necesariamente, la sociedad resultante, y declarando aplicables a estas fusiones, de forma directa o analógica, las normas jurídicas reguladoras de las sociedades que se fusionan¹³⁷. En caso de escisión, las sociedades beneficiarias podrán ser «cooperativas o tener cualquier otra forma mercantil», sin condicionar tal admisibilidad a que la ley reguladora de cada forma social así lo permita o, al menos, no lo prohíba¹³⁸. La segunda también permite que las cooperativas se fusionen con sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase, pero se muestra más respetuosa con el Derecho de sociedades al señalar que la fusión será posible «*siempre que no exista una norma legal que lo prohíba*»¹³⁹.

La conveniencia de la miscibilidad de la cooperativa con otras entidades es una de tantas cuestiones pendientes de nuestro Derecho de sociedades. Las

(LSL), por lo que cabría incluir en el círculo de sujetos de la fusión no sólo a la sociedad *anónima* laboral sino también a la sociedad *limitada* laboral (art. 1 LSL).

¹³⁶ Por su parte, la LCCValenciana permite dichas fusiones sin especificar clase alguna en la cooperativa absorbente o resultante.

¹³⁷ Art. 89.1 LSCExtremadura. No obstante, la aplicación analógica de las normas de la LSA o de LSRL, por ejemplo, resultará inviable puesto que tales normas no permiten la fusión propuesta por la ley autonómica. No se alcanza a entender, por otro lado, la previsión de la norma relativa al destino de los fondos no repartibles, que, se dice, será el mismo que para caso de disolución. En primer lugar porque en sede de fusión lo que existe es una transmisión en bloque de activo y pasivo, una sucesión patrimonial universal, sin remanente a repartir. En segundo lugar, porque la intención de la norma de dejar ajenos a la operación los fondos irrepartibles, disponiendo para ellos el mismo destino que en caso de disolución, se puede defender si la resultante de la fusión no es cooperativa evitando con ello que el montante de los fondos no revierta al cooperativismo, pero no se justifica si el proceso culmina en una sociedad cooperativa.

¹³⁸ Art. 90.2 LSCExtremadura.

¹³⁹ Art. 67 LCoop, que reclama la aplicación de la normativa reguladora de la sociedad absorbente o de nueva creación. Si la sociedad resultante no fuese cooperativa, la liquidación de las aportaciones al socio que ejercita el derecho de separación deberá tener lugar en el mes siguiente a la fecha en que haga uso del mismo, quedando mientras tanto paralizada la fusión. Los fondos repartibles seguirán el mismo destino que en caso de disolución. Por lo que respecta a la escisión, la aplicación de las normas reguladoras de la fusión que dispone el art. 68.5 LCoop, permite admitir también las escisiones heterogéneas.

razones de su «aislamiento»¹⁴⁰ tienen que ver con la tradicional configuración de la cooperativa como sociedad de fin mutualístico¹⁴¹. Así, en un primer análisis no se considera apto el tránsito hacia otros tipos sociales mercantiles, o desde éstos hacia la cooperativa, a través del «puente» que pueden suponer las modificaciones estructurales, dada la falta de identidad de causa¹⁴². Más concretamente, la admisión de una heterogeneidad subjetiva en dichas técnicas, en las que no se produce liquidación del patrimonio social, podría ser utilizada para burlar la irrepartibilidad de los fondos cooperativos, transfiriendo el montante de éstos a otra sociedad ya no cooperativa y no sujeta, por tanto, a esa imposibilidad de reparto si, llegado el caso, se liquidara. Las modificaciones estructurales se constituirían, así, en vías indirectas a través de las cuales conseguir la prohibida participación de los socios cooperativos en el patrimonio irrepartible¹⁴³. Incluso se ha llegado a apuntar la posible utilización de alguna

¹⁴⁰ Cfr. ALFONSO SANCHEZ, R., "Ambito subjetivo de la transformación", *cit.*, págs. 179-181.

¹⁴¹ Con relación a la mutualidad como principio ordenador del fenómeno cooperativo, LLOBREGAT HURTADO, M^a L., *Mutualidad y empresas cooperativas*, *cit.*, págs. 139-223; "La reforma de la legislación", *cit.*, págs. 150-152.

¹⁴² Con referencia a la transformación, apunta ROSEMBUJ. T., ("La transformación de la cooperativa", *cit.*, págs. 825-826), el alto contenido ideológico y el prejuicio doctrinario que subyace en los defensores de la intransformabilidad de la cooperativa; la «barrera del tipo» "hace imposible la transformación de la cooperativa en otra sociedad porque no se compadece con su esquema causal". Sobre los recelos de un sector de la doctrina italiana por la sustitución del fin lucrativo por el mutualismo, y viceversa, RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "Transformación de entidades aseguradoras", en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, (DIR. VERDERA), Ed. Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1988, págs. 654-697, pág. 662.

¹⁴³ La prohibición de reparto de los fondos sociales no se formula por la ACI de forma estricta, por lo que la LCoop (art. 76.2.c) permite el reintegro a los socios de su participación en los fondos de reserva voluntarios repartibles, decidiendo los estatutos o la Asamblea general el carácter, repartible o no, de los mismos. Por el contrario, el tercer principio cooperativo (*Participación económica de los socios*), reformulado en el Congreso de Manchester de 1995, sólo exige que parte del patrimonio sea "propiedad común de la cooperativa" (*Declaración de la ACI sobre la identidad cooperativa*, versión en lengua española [SANZ JARQUE, J.J., en *REVESCO*, nº 61, 1995, pág. 13]). Sobre las conclusiones del Congreso Centenario de Manchester, véase *La identidad cooperativa tras el Congreso de Manchester*, *REVESCO*, nº 61, *cit.*; CHOMEL, A./VIENNEY, C.: "Déclaration de l'ACI: La continuité au risque de l'irréalité", *cit.*, págs. 64-71. En las leyes autonómicas, la excepción -convertida ya en regla- a la irrepartibilidad de los fondos de reserva voluntarios, característica de nuestra tradición cooperativa, la constituyen la LCCValenciana (art. 61) y la LSCExtremadura (art. 62.2.b) en lo relativo a los «fondos de retornos»; la LCEuskadi (art. 67), la LFCNavarra (art. 51.1) y la LCGalicia (art. 93.2.c) en cuyo ámbito son los estatutos o la Asamblea general los que deciden sobre el carácter (repartible o no) de los fondos voluntarios; y la LCAragón (art. 60) y la LCCMadrid (art. 63.1) que reservan a los estatutos la decisión al respecto.

de esas técnicas (en concreto, la transformación) como vehículo de fraude de ley¹⁴⁴. Éste se produciría al constituir la cooperativa pretendiendo beneficiarse de un tratamiento fiscal más ventajoso, de prerrogativas de las que carecen el resto de los tipos societarios, o de ayudas económicas privativas para esta sociedad, para, en última instancia, buscar la salida de este tipo social¹⁴⁵. Pero en realidad, la autorización o prohibición de estas técnicas entre sociedades cooperativas y mercantiles depende más de motivaciones políticas que de dificultades técnicas¹⁴⁶. Bastaría con articular un sistema garante del respeto al régimen económico de la cooperativa y no desvirtuador de los principios cooperativos inspiradores del mismo para dar carta de legalidad a las modificaciones mixtas. Tanto más, cuando la exigida homogeneidad de las modificaciones estructurales es, con frecuencia, soslayada por vías indirectas que, aunque más lentas y costosas, ofrecen a la cooperativa el resultado inicialmente propuesto sin infringir la Ley¹⁴⁷.

2.3. BREVE REFERENCIA A LAS NUEVAS TENDENCIAS APERTURISTAS: EL CASO DE LA TRANSFORMACIÓN

¹⁴⁴ Cfr. ROSEMBUJ, T., "La transformación de la cooperativa", *cit.*, pág. 825-826.

¹⁴⁵ Más ampliamente sobre estos extremos, ALFONSO SANCHEZ, R., "Ambito subjetivo de la transformación", *cit.*, págs. 180-181.

¹⁴⁶ En este sentido se manifiesta, aunque con referencia sólo a la transformación, LEON SANZ, F.J., "Transformación en sociedad de responsabilidad limitada", *RdS*, nº extraord.: *La reforma del derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, 1994, págs. 533-550, págs. 538-539.

¹⁴⁷ Así, por ejemplo, para una fusión de cooperativas con resultado de entidad de naturaleza diversa, propone VICENT CHULIA, F., ("El nuevo estatuto jurídico (II)", *cit.*, pág. 334) la transmisión global del patrimonio de la cooperativa, a cambio, no de derechos de participación de socio en la entidad destinataria, sino de un precio a hacer efectivo a la cooperativa, que procederá a su liquidación tras un acuerdo de disolución por "conclusión de la empresa que constituye su objeto" (art. 70.1.e LCoop: por realización de su objeto social o la imposibilidad de su cumplimiento), supuesto en el que quedaría incluida la transmisión del patrimonio (Cfr. arts. 117 LSRL; 67 LCCValenciana; 102 LSCExtremadura; 81-82 LCCMadrid y 30.2 RCCr). En cuanto a la transformación, ésta se consigue con la disolución y liquidación de la cooperativa y la constitución del tipo social deseado (incluso adquisición de la cooperativa "a transformar" por otra de nueva creación, como apunta BORJABAD GONZALO, P., *Manual de Derecho cooperativo*, *cit.*, pág. 189).

La apertura del planteamiento endogámico de las modificaciones estructurales se manifiesta en el nuevo régimen jurídico de la transformación de sociedades cooperativas. Éste se ensaya, si bien parcialmente, en las últimas reformas legislativas¹⁴⁸ operadas por algunas leyes autonómicas¹⁴⁹, así como por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o la LCoop¹⁵⁰.

En el ámbito autonómico, la LCEuskadi, la LCCValenciana, la LSCAndaluzas, la LSCExtremadura, la LCGalicia y la LCCMadrid han admitido la posibilidad de transformar una cooperativa en sociedad civil o mercantil de cualquier clase¹⁵¹, si bien, en algunos casos, condicionada a la existencia de una "causa" objetiva [necesidad empresarial que exija soluciones societarias inviables en el sistema jurídico cooperativo o que no pueda atenderse razonablemente en éste]¹⁵²; o, cuando menos, a que se realice de conformidad con las normas reguladoras de la sociedad resultado de la transformación¹⁵³.

¹⁴⁸ Hasta ahora, el régimen jurídico de la transformación cooperativa era inexistente, con la salvedad de los supuestos contemplados en la DA.Tercera LGC o de la LOSSP (art. 23.1 -con anterioridad, art. 28.3 LOSEP-). Para una rápida visión sobre el tratamiento de este instituto en la legislación mercantil y cooperativa, véase ALFONSO SANCHEZ, R., "Ambito subjetivo de la transformación", *cit.*, págs. 181-185.

¹⁴⁹ En concreto, arts. 85-86 LCEuskadi; 108-109 LSCAndaluzas; 68-69 LCCValenciana; 74-81 LSCExtremadura; 84-85 LCGalicia; 66 LC Aragón -aunque este último sólo prevé la transformación en cooperativa-; 83-92 LCCMadrid.

¹⁵⁰ Cfr. Arts. 87-93 LSRL (Véase comentario a estos preceptos de LEON SANZ, F.J., en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (Coord. ARROYO/EMBID), *cit.*, págs. 851-931) y art. 69 LCoop.

¹⁵¹ Arts. 68.1 LCCValenciana; 108.1 LSCAndaluzas; 85 LCEuskadi; 74 LSCExtremadura; 84.1 LCGalicia; 84 LCCMadrid. Cabe advertir que la fórmula con la que se indican los posibles tipos resultado de la transformación en dichas normas es más amplia que la utilizada por la LSA (art. 223), por la LAIE (art. 19.2) o por la LSRL (art. 87).

¹⁵² Arts. 68.1.a) LCCValenciana; 85 LCEuskadi; 75.a LSCExtremadura. Según tales normas, se autoriza la transformación cuando el sistema jurídico cooperativo devenga incapaz de articular soluciones o atender las necesidades empresariales de las sociedades que regula. Tal condicionante no viene sino a restar credibilidad al sistema. A nuestro juicio, no hay solución inviable, sino intención de atender la necesidad de que se trate fuera del sistema jurídico cooperativo. Dicha exigencia, probablemente, enmascara la decisión de los socios de abandonar la forma cooperativa cuando la causa mutualista coarte el desarrollo empresarial. (Con respecto al interés de los socios por abandonar la fórmula cooperativa, como verdadera justificación de la voluntad de transformar, véase ROSEMBUJ, T., "La transformación de la cooperativa", *cit.*, pág. 827).

¹⁵³ Así, la LCCMadrid condiciona la transformación a que ésta no esté prohibida, o expresamente excluida por las normas reguladoras de la sociedad resultado de tal modificación (art. 84 LCCMadrid); la LCGalicia, a la conformidad con la normativa que le resulte de

Con respecto al proceso inverso, las mismas leyes -a las que se une la LC Aragón- autorizan la *transformación de sociedades y agrupaciones no cooperativas en este tipo de entidades*, «siempre que no exista precepto legal que lo prohíba expresamente»¹⁵⁴. No cabría esperar mayor generosidad, desde el punto de vista subjetivo, para esta modificación estructural. Pero es una previsión territorialmente fragmentaria, no contemplada para el resto del Estado¹⁵⁵.

En este último ámbito (el estatal), la LSRL constituye el exponente de una moderada tendencia aperturista¹⁵⁶, al introducir la posibilidad de transformación, tanto directa -de sociedad limitada en cooperativa-¹⁵⁷, como

aplicación (84.1); y la LSC Andaluzas remite a lo previsto en la normativa estatal aplicable (art. 108.1).

¹⁵⁴ Arts. 69.1 LCC Valenciana; 86 LCEuskadi; 81.1 LSC Extremadura; 85.1 LCGalicia; 66.1 LC Aragón; 109.1 LSC Andaluzas -de conformidad con las disposiciones vigentes-. El art. 91 LCC Madrid no alude a estos aspectos. Con respecto a la prohibición expresa, ésta tan sólo se produce en el sector del seguro, donde el art. 23.1 LOSSP sanciona con nulidad las transformaciones de entidades aseguradoras en tipos distintos de los que en dicho artículo se señalan.

¹⁵⁵ Críticamente sobre estos extremos, ALFONSO SANCHEZ, R., "Ambito subjetivo de la transformación", *cit.*, págs. 188-189.

¹⁵⁶ Con respecto al nuevo régimen, sobre la base de la regulación proyectada, véase DIAZ MORENO, A., "La disciplina de la transformación en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", *CDC*, nº 13, 1994, págs. 151-194; LEON SANZ, F.J., "Transformación en sociedad de responsabilidad limitada", *cit.*, págs. 533 y ss., en especial, págs. 548 a 550; PAZ CANALEJO, N., "La transformación en cooperativa de otras sociedades", *REVESCO*, nº 60, 1994, págs. 129-144; SANCHEZ MOLINER, J.L.: "La transformación de la sociedad anónima y de la cooperativa", *cit.*, en especial, págs. 4.862 y ss.; RUIZ PERIS, J.I., "La transformación en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", en *Estudios Duque*, Vol. I, *cit.*, págs. 593-611; VARA DE PAZ, N., "Transformación de la sociedad de responsabilidad limitada en otro tipo societario", *RdS*, nº extraordinario, 1994, págs. 519-531, en especial, pág. 521; VICENT CHULIA, F., "Transformación, fusión y escisión de la sociedad", *cit.*, págs. 743 y ss. Respecto del régimen vigente, BERCOVITZ, A., "Transformación", en *La sociedad de responsabilidad limitada* (Coord. BERCOVITZ), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 535-567; EIZAGUIRRE, J.M., "La transformación de la sociedad de responsabilidad limitada", *Tratando de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *cit.*, págs. 861-883; LEON SANZ, F.J., "La transformación en una sociedad de responsabilidad limitada", *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, *cit.*, págs. 929-965; ROSEMBUJ, T., "La transformación de la cooperativa", *cit.*, 825-831; VARA DE PAZ, N., "La transformación de la sociedad de responsabilidad limitada en otro tipo societario", *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, *cit.*, págs. 905-927; VICENT CHULIA, F., "Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de sociedades limitadas", *cit.*, págs. 47-74.

¹⁵⁷ Cfr. arts. 87.3 LSRL y 222 RRM.

inversa -de cooperativa en sociedad limitada-¹⁵⁸. En efecto, cualquier cooperativa puede transformarse en sociedad de responsabilidad limitada, lo prevea o no su ley reguladora. La LSRL, consciente de la posible inexistencia de normas específicamente aplicables a tal extremo¹⁵⁹, dicta una serie de disposiciones a las que debe quedar sometida dicha transformación¹⁶⁰. Más dificultades entraña el supuesto de transformación de sociedad limitada en cooperativa, que parece posible pero sólo si es «de conformidad con lo previsto en la legislación reguladora de esta última»¹⁶¹; previsión que ha sido desarrollada por el art. 222.2.a RRM, que exige la constancia en la escritura de la legislación que *admite o permite* la transformación. Parece entonces que la admisión que de esta técnica realiza la LSRL no sea una regla absoluta al existir leyes de cooperativas que la admiten¹⁶² y leyes que no¹⁶³. Esto es tanto como declarar inadmisibles, por vía reglamentaria, la transformación de sociedades de responsabilidad limitada en cooperativa que pretendiera la LSRL, salvo que se circunscriban al ámbito de aplicación de las leyes autonómicas que la admiten; o incluso de la LCoop, conclusión que parece contravenir el espíritu inicialmente permisivo del art. 87.3 LSRL¹⁶⁴. Es, precisamente, la LCoop la que viene a confirmar la tendencia aperturista de la LSRL, admitiendo la transformación de cualquier «sociedad que no tenga carácter cooperativo o agrupación de interés económico» en sociedad cooperativa, «siempre que la normativa específica a que esté sujeta no lo prohíba»; así como la transformación de cooperativas en

¹⁵⁸ Cfr. arts. 93 LSRL y 218 RRM.

¹⁵⁹ Como sucede en la LCCataluña y en la LFCNavarra.

¹⁶⁰ Art. 93 LSRL. Transformación que se articula sobre el respeto al destino de los fondos irrepartibles, que será "el establecido para el caso de disolución de las sociedades cooperativas" (art. 93.3.b) LSRL). Sobre el peligro de despatrimonialización de la sociedad que esta norma encierra, véase VICENT CHULIA, F., "Transformación, fusión y escisión de la sociedad", *cit.*, pág. 767. Para este autor, resulta más acertada la solución prevista en la LCEuskadi, que sustituye la entrega en efectivo (al menos) del valor nominal de las dotaciones del FRO y de las reservas voluntarias irrepartibles al Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi por títulos de cuentas en participación referidos a la sociedad resultante del proceso transformador (art. 85.4 LCEuskadi).

¹⁶¹ Art. 87.3 LSRL.

¹⁶² LCEuskadi, LSCAndaluzas; LCCValenciana, LSCExtremadura, LCGalicia; LC Aragón; LCCMadrid.

¹⁶³ O al menos, no expresamente, pues guardan silencio sobre tales extremos. Es el caso de las leyes catalana y navarra de cooperativas.

¹⁶⁴ Véase al respecto, ALFONSO SANCHEZ, R., "Ambito subjetivo de la transformación", *cit.*, págs. 190-191.

«sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase». Supera la LCoop el régimen de la transformación societaria previsto en la LSRL o en las leyes autonómicas, en la medida en que se abre a otras formas sociales, establece el procedimiento y los requisitos de la operación, y se aplica a las cooperativas de ámbito estatal¹⁶⁵.

Pero, en definitiva, y pese a todo, son razones de economía y de seguridad jurídica las que abogan por la conveniencia de una regulación completa (y uniforme) de las modificaciones estructurales de la cooperativa, y de su apertura hacia el resto de las sociedades¹⁶⁶, sin perjuicio de las peculiaridades impuestas por razón del tipo, en la línea que se están produciendo los cambios legislativos en los Ordenamientos europeos¹⁶⁷.

2.4. FUSIÓN «VERSUS» COOPERATIVA DE SEGUNDO GRADO

¹⁶⁵ La norma se ocupa de extremos tales como la adopción del acuerdo, el derecho de separación y de reintegro, el régimen de participación de los socios en la sociedad transformada y el de responsabilidad por deudas, las menciones de la sociedad transformada, los trámites registrales y el destino de los fondos irrepartibles (art. 69 LCoop). Por otra parte, la apertura subjetiva de la transformación que prevé la LCoop no plantea problemas competenciales al ser el legislador estatal el que la habilita, haciendo uso de la reserva al Estado de la legislación mercantil (art. 149.1.6º CE). Sobre el ámbito de aplicación de la LCoop, véase *infra* Cap. 5º, I.1.A).

¹⁶⁶ En esta línea, véase ROJO, A., ("La transformación de sociedades", en *El nuevo Derecho de sociedades de capital*, *cit.*, págs. 195-215, pág. 198), según el cual "cuando las formas sociales, despojándose de elementos estructurales de épocas pasadas, caminan aceleradamente hacia la condición de simples formas neutras de organización, los límites dogmáticos procedentes de aquéllas pierden su justificación".

¹⁶⁷ Sobre las dificultades para adoptar tal solución en nuestro Ordenamiento dada la distribución competencial en materia de cooperativas, véase LEON SANZ, F.J., "Modificaciones estructurales de sociedades cooperativas. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", en *Estudios Duque*, Vol. I, *cit.*, págs. 465-488, págs. 478-481 (también en *RdS*, nº 9, 1997, págs. 25-59). Sobre la práctica española en cuanto a las modificaciones estructurales, véase LARGO GIL, R., "Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de Registros y del Notariado", en *Estudios Duque*, Vol. I, *cit.*, págs. 431-463.

Se ha afirmado¹⁶⁸ que las técnicas de fusión y absorción sobrevienen en el ámbito de la integración cooperativa cuando las razones "técnicas" lo aconsejan, pero no son el resultado normal de procesos de concentración. La extinción de las cooperativas partícipes en la fusión, y la endogamia subjetiva son razones por considerar al optar por esta técnica. Se apunta también como argumento reticente al recurso a la fusión, la posible ruptura del principio democrático en la macrocooperativa resultante si se atenúa o restringe la participación del socio¹⁶⁹. Resultan, así, más atractivas las opciones que respetan los tres argumentos anteriores: subsistencia de personalidad jurídica, posibilidad de vinculación con otras entidades o personas jurídicas cuya constitución no aparezca determinada por la causa mutualista, y respeto al principio democrático. Estas coordinadas son las que rigen (en mayor o menor intensidad, según la legislación que tomemos de referencia) en la cooperativa de segundo grado y en alguna otra modalidad análoga¹⁷⁰. La cooperación secundaria se presenta en el vértice opuesto de la fusión, y como se ha dicho¹⁷¹, constituye el destino "natural" de la mayor parte de los procesos de integración cooperativa.

Son varias las razones para tal preferencia: En primer lugar, la cooperativa de segundo grado es la fórmula de integración empresarial que consigue compatibilizar el mantenimiento de la independencia jurídica de las entidades que en ella se agrupan con la concesión de una personalidad jurídica diferente y autónoma a la entidad resultante de la agregación societaria. En segundo término, la cooperativa de segundo grado, pese a partir de un planteamiento homogéneo, esto es, exigir su constitución por sociedades cooperativas de primer grado, abre la admisión hacia otros socios no cooperativos¹⁷². Ello

¹⁶⁸ Así PARRA DE MAS, S., *La integración de la empresa, cit.*, pág. 143.

¹⁶⁹ A este respecto, ROSEMBUJ, T., (*La empresa cooperativa, cit.*, pág. 64), se muestra receloso de las operaciones de fusión en cuanto obstaculicen la participación democrática, señalando que la utilización de un proceso de esta naturaleza, aunque justificable por motivos económicos y de mercado, deberá ser sopesada para proteger el protagonismo que corresponde al socio.

¹⁷⁰ Por ejemplo, las Corporaciones cooperativas reguladas en el art. 135 LCEuskadi. Véase, *infra* Cap. 4º, II.2.2.B).

¹⁷¹ EMBID IRUJO, J.M., "La integración cooperativa y su tratamiento", *cit.*, pág. 225.

¹⁷² Véase, con respecto a la "homogeneidad morfológica" PAZ CANALEJO, N., *Ley General de cooperativas, cit.*, Vol. 3º, Art. 148, pág. 860; EMBID IRUJO, J.M., "La integración cooperativa y su tratamiento", *cit.*, pág. 225.

sucede de forma muy limitada en algunas normas, pero con un carácter más abierto en el resto, destacando entre ellas, por su mayor flexibilidad, la LCEuskadi, la LCCValenciana, la LSCExtremadura, la LCGalicia, la LCCMadrid y la LCoop¹⁷³. Conviene advertir, sin embargo, del recelo de estas últimas normas a la pérdida del control cooperativo en las entidades de grado superior, lo que se suele evitar atribuyendo un porcentaje máximo de votos a las personas jurídicas no cooperativas¹⁷⁴. Finalmente, en la cooperativa de segundo grado, la pervivencia de las entidades de base garantiza la vigencia del principio democrático, tanto en estas últimas como en la nueva sociedad, y ello pese a la admisión del voto ponderado en su Asamblea general dada la eficacia de los límites correctores impuestos al mismo¹⁷⁵. Por estas razones la cooperativa de segundo grado se convierte en merecedora de una especial atención; el hecho de la pervivencia de las cooperativas de base integradas en la de grado superior nos acerca al fenómeno de los grupos de sociedades, pero habrá que analizar hasta qué punto la cooperativa de segundo grado participa, o puede participar, de las características de aquéllos¹⁷⁶.

Por último, se ha de hacer referencia al procedimiento de «transformación-fusión» que prevé la LCoop al regular las cooperativas de segundo grado, según el cual, éstas pueden *transformarse* en cooperativas primarias *absorbiendo* a sus cooperativas socios, las cuales tienen derecho de separación en caso de disconformidad con el acuerdo de transformación y absorción; derecho que también asiste a los socios de las cooperativas de base. A través de este extraño procedimiento las cooperativas secundarias se convierten en cooperativas de grado inferior, pero la referencia a la absorción de éstas por aquélla acerca el supuesto al ámbito de la fusión más que al de la transformación resultando, en cualquier caso, notable la diferencia entre ambas opciones. De tratarse en verdad de una transformación, las cooperativas de base mantendrían su personalidad jurídica y su condición de socios en la cooperativa de segundo grado que, por virtud de tal conversión, desciende de nivel. Por el contrario, en caso de absorción, las cooperativas primarias quedarían extinguidas, pasando a

¹⁷³ Sobre estos extremos, véase *infra* Cap. 5º, I.2.2.B).a).

¹⁷⁴ Véase, *infra* Cap. 6º, III.2.1.B).

¹⁷⁵ Véase, *infra* Cap. 6º, II.2.B).

¹⁷⁶ Véase *infra* Cap. 5º, II.2.3.

ser sus socios los nuevos socios de la cooperativa «degradada». Parece que el derecho de separación que acompaña a este régimen encuentra una mejor justificación en la segunda de las interpretaciones propuestas, ya que, en la primera, el simple paso de una cooperativa de segundo grado a una de primero, con mantenimiento de la base subjetiva inicial, no altera sustancialmente el régimen jurídico aplicable ni la posición de socio. En tal hipótesis el socio dispone ya del derecho a causar baja en la cooperativa, en el entendimiento de que lo que se ha producido es un supuesto análogo al «cambio de clase» de la cooperativa. En cambio, si se trata de una fusión por absorción, los socios de las cooperativas absorbidas pasarán a ser los socios de la cooperativa, ahora, primaria, resultando el derecho de separación un mecanismo protector de los socios disconformes con la alteración de su *status*, análogo al que la LCoop les concede en sede general de fusión¹⁷⁷. Desde esta perspectiva, la vaga indicación de la LCoop de que las cooperativas quedarán absorbidas «mediante el procedimiento establecido en la presente Ley» debe entenderse como remisión a las normas sobre fusión previstas en la LCoop y no a las de transformación. Con este sistema, la concentración en la pluralidad propia de la cooperativa de segundo grado se torna en concentración en la unidad, característica de la fusión. Una vez más, en consecuencia, aparecen ligados ambos instrumentos desde la óptica de la integración cooperativa.

¹⁷⁷ Cfr. arts. 77.5 y 65 LCoop.

CAPITULO SEGUNDO

ESTRUCTURA DE GRUPO E INTEGRACIÓN COOPERATIVA (I): ASPECTOS GENERALES

I. TEORÍA GENERAL DEL GRUPO DE SOCIEDADES. ASPECTOS FUNDAMENTALES

Las precisiones anteriores aproximan la *integración empresarial* (y en especial, la cooperativa de segundo grado) al ámbito de los grupos de sociedades, si bien la participación de las cooperativas en tales estructuras modula su conceptualización y funcionamiento, ofreciendo matices particulares. La razón estriba en que, en esta sede, se sitúan en un plano esencialmente relevante los principios cooperativos de gestión democrática, autonomía e independencia, informadores de la actuación de cada cooperativa y a los que también debe acomodarse la estructura de grupo resultante. Por eso creemos oportuno realizar una breve descripción del fenómeno representado por los grupos de sociedades, sus manifestaciones y referencias en Derecho interno, para, posteriormente, reseñar el encaje de los pretendidos grupos cooperativos en dicho sistema.

I. LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL DEL CONCEPTO DE GRUPO

1.1. NOCIÓN DE GRUPO DE SOCIEDADES

La noción de grupo es fundamentalmente una construcción doctrinal¹ pues no existe, en nuestro Derecho, una regulación suficiente de los grupos de

¹ Construcción doctrinal a la que han contribuido, entre otros, (se citan, por orden cronológico, trabajos de carácter general) URÍA, R., "Teoría de la concentración de empresas", *RDM*, Vol. VIII, 1949, págs. 315-348; ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., *La sociedad de responsabilidad limitada*, *cit.*; GIRON TENA, J., "Los grupos de sociedades", en *Las grandes empresas, problemas jurídicos actuales de tipología empresarial*, Ed. Seminario Facultad de Derecho, Méjico-Valladolid, 1965, págs. 97-142; DUQUE DOMINGUEZ, J., "Groupements d'entreprises et groupes de sociétés en droit espagnol", en *Evolution et perspectives du droit des sociétés a la lumière des différentes expériences nationales*, II, Ed. Giuffrè, Milano, 1968, págs. 277-315; "Concepto y significado institucional", *cit.* págs. 527-586; "El posible encuadramiento de las llamadas empresas o filiales comunes en los grupos de empresas", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje del Prof. Batlle Vazquez*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, págs. 289-319; "Los problemas generales planteados por los grupos", *cit.*, págs. 13-61; "El Derecho de las empresas vinculadas", *cit.*, págs. 465-525; FERNANDEZ DE LA GANDARA,

sociedades². Recordemos que el *grupo* es una forma de concentración empresarial en la que no hay correspondencia plena entre entidad económica y sujeto jurídico. Se trata de un conjunto de sociedades que, con personalidad

L., *Poder de dirección y responsabilidad en los grupos de sociedades (Contribución al estudio de la concentración de empresas)*, Ed. Fundación March, Madrid, 1972; SANCHEZ CALERO, F., "Grupos de sociedades y Mercado de Valores", en *Boletín Financiero de la Bolsa de Barcelona (BFBB)*, n° 69, 1979, págs. 38-58; FONT I RIBAS, A., "Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses", *RJC*, 1982, págs. 827-884; SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria", *cit.*, págs. 375-442; MASSAGUER, J., "La estructura interna", *cit.*, págs. 281-325, y en *Riv. delle Società*, 1991, 4, págs. 1.174-1.207; EMBID IRUJO, J.M., "Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica", *cit.*, págs. 13-39; "El planteamiento general del Derecho comparado y comunitario, y su repercusión en el Derecho español desde la perspectiva mercantil", en *Grupos de Sociedades*, *cit.*, págs. 65-91; "La regulación de los grupos de sociedades en el Derecho comunitario europeo y su incidencia en el Derecho español", *Il Diritto Fallimentare*, 1987, págs. 695-733; *Grupos de sociedades*, *cit.*; "Regulación mercantil de los grupos de sociedades", *cit.*, págs. 1 y ss.; "Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español", *cit.*, págs. 31-54; "La problemática de los grupos", *RdS*, n° ext. 1994, *cit.*, págs. 617-631; "Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos", *RGD*, n° 615, 1995, págs. 13.415-13.429; también en *I gruppi di società, Atti del Convegno internazionale di studi*, Vol. II, Ed. Giuffrè, Milano, 1996, págs. 1.213-1.231; "La protección de la minoría en el grupo de sociedades (El punto de vista del Derecho español)", *RDM*, n° 214, 1994, págs. 913-923; "Grupos y gobierno corporativo", en *El gobierno de las sociedades cotizadas* (Coord. ESTEBAN VELASCO), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 595-614; ROJO, A., "Los grupos de sociedades en Derecho español", *cit.*, págs. 457-484; *idem* en *I gruppi di società, Atti del Convegno*, Vol. I, *cit.*, págs. 389-420, y en *La disciplina del gruppo di imprese: il problema oggi*, Ed. Giuffrè, Milano, 1997, págs. 104-126; RUIZ PERIS, J.I., "Significado del control empresarial en el Derecho Español", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje del Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 3.315-3.353; *idem*, "Los grupos de sociedades en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada. Valoración crítica de una regulación fragmentaria", *Der. de los Neg.*, n° 68, 1996, págs. 8-27.

² Véase, *infra* Cap. 2º, I.3. En la elaboración de la "teoría general" sobre grupos se han tomado como referencia aquellos Ordenamientos en los que la figura ha sido objeto de regulación: El *Derecho alemán* [Ley de sociedades por acciones (Aktengesetz -AktG-), de 6-9-1965], el *Derecho brasileño* [Ley n° 6404, de 15-12-1976 de sociedades por acciones (LSpA.brasileña)], y el *Derecho portugués* [Código de las sociedades comerciales de 2-9-1986 (C. de las ss.cc.)]. Sin olvidar los intentos relativos al establecimiento de un régimen jurídico para el grupo del *Derecho francés* [las dos proposiciones de Ley del diputado COUSTÉ -de fechas 19-2-1970 (Cousté I) y 1-8-1974 (Cousté II)], y el *Derecho comunitario* [Propuesta de Reglamento sobre la *Sociedad Anónima Europea (PRSE)* -en sus versiones de 30-6-1970 (DOCE C 124/1, de 10/10/1970), 13-5-1975 (Bol.CE.Sup. 4/75), 16-9-1989 (DOCE C 263, de 16/10/1989), 22-5-1991 (DOCE C 176, de 8/7/1991), a las que se ha de añadir el documento interno del Consejo de 1993-, y 7º *Directiva sobre cuentas consolidadas* (83/349/CEE de 13-6-1983). También ha tenido su importancia el proyecto de 9ª *Directiva sobre grupos de sociedades* -versiones de 1974/1975 (XI/328/74-F y XII/593/75-F, así como su unificación (III/D/3), y la de 1984 (III/1639/1984)-, al parecer retirado por la Comisión, sin que aparezca en las bases de datos comunitarias (CELEX/INFO92)]. Por el contrario, no ha sido objeto de estudio por nuestra doctrina la regulación jurídica del grupo con la que cuenta el *Ordenamiento húngaro* (Código Comercial de 1989), sobre la que pueden encontrarse referencias en ANTUNES, J.A., *Os grupos de sociedades*, Ed. Almedina, Coimbra, 1993, pág. 139.

jurídica propia, aparecen sometidas a la dirección económica unificada de otra sociedad o empresa. Sus notas definitorias son, por tanto, la carencia de personalidad y de capacidad jurídica de la unidad, la independencia y autonomía jurídica -que no económica- de las sociedades integrantes del grupo, así como su vertebración a través de la dirección unitaria ejercida por la sociedad dominante³, lo que nos conduce a un particular "tipo de empresa de naturaleza policorporativa"⁴.

La dirección económica unificada se ejerce por la sociedad dominante sobre todas las sociedades del grupo con el propósito de lograr una nueva unidad empresarial (pese a que el grupo carece de personalidad jurídica). De ese modo, su presupuesto será la pérdida de [cierto grado de] independencia económica en las sociedades que forman el grupo, asumiendo la sociedad dominante una serie de competencias necesarias para decidir sobre los sectores o ámbitos integrantes de la actividad empresarial.

1.2. GRUPOS POR SUBORDINACIÓN Y GRUPOS POR COORDINACIÓN

³ Sobre el particular, véase, *in extenso*, EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, cit., págs. 25-26, 73-79, 113-160; *Concentración de empresas*, cit., pág. 34. La dirección unitaria es considerada "piedra de toque" en orden a la comprobación de la existencia de un grupo de sociedades (DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado institucional", cit., pág. 558; EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, cit., págs. 154-155; "Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español", cit., pág. 33; ROJO, A., "Los problemas de adaptación del Derecho español al Derecho comunitario en materia de sociedades anónimas", *Rev. de Der. Com. y de las obligaciones*, 1988, págs. 127-179, pág. 71). Sobre los diferentes aspectos en que inciden las expresiones dirección única, unificada o unitaria, véase SANCHEZ ALVAREZ, M.M., "Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores", *RDM*, n.º 227, 1998, págs. 117-153, págs. 124-125.

⁴ En expresión de DUQUE DOMINGUEZ, J., en "Concepto y significado institucional" cit., págs. 570-589; id., "El derecho de las empresas vinculadas", cit., pág. 469. Véase también, FONT I RIBAS, A., "Algunas reflexiones", cit., pág. 854 y ss.; EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, cit., pág. 153 (nota 1); MASSAGUER, J., "La estructura interna", cit., pág. 282. Como advierte FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., (*La atipicidad en derecho de sociedades*, Ed. Pórtico, Zaragoza, 1977, págs. 123-124), el grupo, "como forma asociativa, está destinada a incrementar el número de las reguladas por el legislador". Destaca el autor la singularidad tipológica del grupo (frente a la sociedad anónima), y reclama su tipificación y régimen jurídico.

El grupo de sociedades, como nuevo tipo de empresa de naturaleza plural, no tiene una manifestación unitaria sino que es susceptible de múltiples expresiones que inducen a un tratamiento jurídico diverso. Por esta razón, la doctrina suele establecer clasificaciones de los grupos en atención a criterios dispares⁵.

De todas las posibles, la clasificación que atiende al criterio del ejercicio efectivo de la dirección unitaria⁶ es la que ha encontrado respaldo positivo en los Ordenamientos que han regulado los grupos de sociedades, pudiéndose

⁵ Así, a) *En atención al carácter del vínculo*, es decir, desde el punto de vista de las técnicas jurídicas empleadas para alcanzar la integración, se distingue entre *grupos por participación* (o de control interno) y *contractuales* (o de control externo), clasificación a la que se suelen añadir los *grupos personales*; b) *Por el objeto de la actividad de las sociedades agrupadas*, puede suceder que todas las empresas del grupo se dediquen a la misma actividad (*grupo de actividad homogénea*), originando una concentración horizontal, o que, por el contrario, se trate de empresas interesadas en actividades económicamente relacionadas (*grupo de actividad complementaria o plurisectorial*), provocando, en este caso, una concentración vertical. Incluso puede suceder que las empresas del grupo se dediquen a actividades sin vinculación alguna, en cuanto a producto o a fase de mercado (*grupo diagonal o conglomerado*). Estos dos últimos supuestos -plurisectoriales y conglomerados- se integran en la categoría de los *grupos de actividad heterogénea*; c) *En atención al contenido de la dirección unitaria*, cabe distinguir entre *grupos centralizados*, en los que a las sociedades dependientes apenas les queda libertad de decisión empresarial, y *grupos descentralizados*, donde a las sociedades dependientes les está reservada una cierta esfera de comportamiento empresarial autónomo. Sobre estos extremos véase, ABBADESSA, P., "I gruppi di società nel diritto italiano", en PAVONE DE LA ROSA (ed.), *I gruppi di società*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1982, págs. 103-116, págs. 105 y 112; CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentration*, cit., págs. 210-217; DE LA CAMARA, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, cit., págs. 199-222; DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado institucional", cit., págs. 540-549; "Los problemas generales planteados por los grupos", cit., pág. 43; EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, cit., págs. 37, 158; "Regulación de los grupos de sociedades en el Derecho comunitario europeo", cit., pág. 698; "La regulación mercantil de los grupos", cit., pág. 2; Voz "Grupo de sociedades", *EJB*, Vol. II, cit., págs. 3.276-3.280, pág. 3.276; MASSAGUER, J., "La estructura interna de los grupos", cit., págs. 292-293; ORTIZ VAAMONDE, S., "Grupos de sociedades: problemática general", cit., págs. 33-34, 48; ROJO, A., "Los problemas de adaptación", cit., pág. 172; RUIZ PERIS, J.I., "Significado del control empresarial", cit., págs. 3.329-3.330, 3.349-3.352.

⁶ Sobre esta clasificación, véase, DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado institucional", cit., pág. 550-551; EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, cit., pág. 159; "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (Séptima y Novena Directivas)", en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, T. III, Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 73-110, pág. 85; "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (El proyecto de novena directiva)", *CDC*, n^o 5, 1989, págs. 359-417, pág. 387; SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria", cit., pág. 390.

entonces distinguir entre grupos por subordinación y grupos por coordinación⁷. En el supuesto de *grupos por subordinación* (o verticales) el ejercicio efectivo de la dirección unitaria corresponde, por regla general, a la sociedad dominante, sobre la base de haber alcanzado ésta, previamente, un estado de dominación con técnicas societarias o contractuales. Su estructura será jerárquica. En los *grupos por coordinación* (u horizontales) todas las empresas participan en la elaboración de la política del grupo, en general, de forma proporcional a su contribución al interés del mismo. No obstante su sujeción a una dirección unitaria, entre las empresas agrupadas no existe dependencia, pues la unidad de dirección no disminuye la autonomía jurídica de sus titulares⁸. De esta manera, a diferencia del grupo por subordinación en el que dicha dirección unitaria es resultado de la imposición de una sociedad sobre otra u otras, en el grupo por coordinación son las propias sociedades las que, con base en un acuerdo paritario y libre, establecen el régimen del ejercicio de la dirección unitaria. Dirección que resulta, así, compatible en su ejercicio con la

⁷ No es menos cierto que los Ordenamientos también reflejan las técnicas jurídicas con las cuales se alcanza la integración cobrando así relieve la clasificación que distingue entre grupos por participación, contractuales o personales. En los primeros (*grupos por participación*) la agregación se consigue gracias a técnicas societarias de toma de participación en el capital de unas sociedades en otras. Según la entidad económica de tal participación, el grupo será de participación *mayoritaria* (capaz de determinar la voluntad de la Junta y el dominio del órgano de administración), o *minoritaria* (pudiendo generar un dominio de hecho si el resto de las participaciones se encuentra dispersado). Además, desde el punto de vista de las relaciones que mantienen entre sí las sociedades agrupadas, se estará ante un grupo de participación *directa* cuando no existan empresas intermedias entre la dominante y sus subsidiarias o filiales, ni vinculación entre ellas. Por el contrario, será de participación *indirecta* cuando la sociedad dominante participe en las filiales y éstas, a su vez, en otras, convirtiéndose así en subtenedoras y proporcionando la participación de la primera en las últimas. Por su parte, los grupos *contractuales* se basan en la existencia de un contrato que, o bien faculta a una de las partes para influir (unilateralmente) en la formación de la voluntad del resto de las sociedades partícipes, o bien compromete a todas a actuar según las directrices previamente concertadas. Finalmente, en los grupos *personales*, la unidad de dirección económica resulta, no tanto de los lazos financieros o contractuales que puedan existir entre las sociedades agrupadas, como de la identidad de las personas que las controlan y administran. Las hipótesis son variadas, pudiendo en algunos casos determinar una situación de grupo de manera autónoma, o siendo tan sólo consecuencia de una previa vinculación, que parece ser la interpretación mayoritariamente aceptada por la doctrina. Véase, ABBADESSA, P., "I gruppi di società", *cit.*, pág. 105; CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentración*, *cit.*, pág. 210, 213, 215-217; DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado institucional", *cit.*, pág. 541, 545-549; EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, *cit.*, pág. 37; ORTIZ VAAMONDE, S., "Grupos de sociedades: problemática general", *cit.*, pág. 34, 48; RUIZ PERIS, J.I., "Significado del control empresarial", *cit.*, págs. 3.349-3.352.

⁸ Véase SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria", *cit.*, págs. 375, 376, 391.

independencia económica de las empresas coordinadas y que no va a corresponder a ninguna de las entidades del grupo sino que, de alguna manera, será asumida por un «órgano de dirección» que puede o no tener personalidad jurídica.

La dificultad de conjugar la no dependencia con la dirección unitaria, convierte al grupo por coordinación en una categoría polémica. En efecto, en atención a la ausencia de dependencia económica⁹, la doctrina no se muestra pacífica a la hora de conceder a este grupo no jerarquizado una individualidad propia al lado del grupo por antonomasia, el de subordinación. Así, predomina la opinión de quienes consideran discutible la existencia de dirección unitaria sin previa relación de dependencia en el grupo por coordinación: negada la nota esencial delimitadora del grupo (la dirección unitaria), el fenómeno se desplazaría hacia el terreno de la cooperación y colaboración interempresarial, pudiendo encuadrarse entre los acuerdos destinados a limitar la competencia entre las empresas¹⁰. Pese a todo, el grupo por coordinación ha encontrado

⁹ Para RUIZ PERIS, J.I., ("Grupos de empresas", *cit.*, pág. 1.461, nota 25) "la dependencia constituye el reverso del control; mientras éste es un poder, la dependencia es la situación en que se encuentra la empresa sobre la que se puede ejercer el poder de control".

¹⁰ Véase EMBID IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (Séptima y Novena Directivas)", *cit.*, pág. 85; "El planteamiento general del Derecho comparado y comunitario", *cit.*, pág. 81; *Grupos de sociedades*, *cit.*, págs. 159-161; "La regulación de los grupos de sociedades en el Derecho comunitario europeo y su incidencia en el Derecho español", *cit.*, pág. 712; "La regulación mercantil de los grupos de sociedades", *cit.*, pág. 2; "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (El proyecto de novena directiva)", *cit.*, pág. 387; *Concentración de empresas*, *cit.*, pág. 52. Así, también VICENT CHULIA F., (*Ley General de Cooperativas*, *cit.*, Vol. 3º, Art. 149, págs. 874-875) lo incluye en el fenómeno de las uniones, que para este autor vienen a constituir formas de cooperación empresarial. Sobre el dudoso encaje del grupo por coordinación en el ámbito del Derecho de grupos, CHAMPAUD, C., "Recherche des critères d'appertenance à un groupe", en *Droit des groupes de sociétés*, Ed. Sirey, París, 1972, págs. 27 y ss., pág. 35; KEUTGEN, G., *Le droit des groupes de sociétés dans la CCE*, Ed. Bruylant, Bruxelles, Louvain, 1973, pág. 201. En sentido contrario y, en consecuencia, defensores de la categoría del grupo por coordinación como tipo de empresa policorporativa, DUQUE, J., "Concepto y significado institucional", *cit.*, pág. 553; *idem*, "El derecho de las empresas vinculadas", *cit.*, pág. 472; SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria", *cit.*, págs. 391, 433, 440.

respaldo en los Ordenamientos que cuentan con un Derecho de grupos¹¹, si bien, el peculiar régimen con el que se les norma contribuye a su crítica¹².

2. MODELOS DE REGULACIÓN

2.1. DIFICULTADES PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL GRUPO

La complejidad de las situaciones calificables de grupo dificulta la posibilidad de dotar de un concreto régimen jurídico a una organización (la empresa plural) cuya estructura no se adapta a un molde rígido¹³. Cualquier intento de regulación unitaria del grupo de sociedades precisaría su previa tipificación. Tarea ésta prácticamente inabarcable dadas las manifestaciones que tal realidad económica puede tener en el plano jurídico, habida cuenta de que las relaciones entre el grupo (la nueva empresa) y las partes en él integradas (las sociedades) no se establecen de manera uniforme en todos los supuestos.

En estas condiciones, se ha de decidir, de una parte, "si el régimen jurídico a establecer para el grupo ha de estar influido por la variedad estructural descrita, procediéndose a tal efecto a un *tratamiento jurídico diversificado*, o si es posible pensar en un *régimen jurídico unificado* al margen de la diversidad

¹¹ Sobre el particular, véase *in extenso*, SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria", *cit.*, págs. 387-391; DUQUE, J., "Concepto y significado institucional", *cit.*, págs. 550-553; EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, *cit.*, pág. 159, nota 16.

¹² Respecto del régimen previsto en el Derecho alemán, en nuestra doctrina, EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, *cit.*, págs. 159-161; *idem*, *Concentración de empresas*, *cit.*, pág. 52; DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado institucional", *cit.*, págs. 550-554; SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria", *cit.*, pág. 432. En relación con el *consorcio* del Derecho brasileño, EMBID IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña de sociedades anónimas", *RDM*, 1979, págs. 461-482, pág. 480; SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria" *cit.*, pág. 391, nota 24. Con respecto al Derecho portugués, ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, págs. 755-757.

¹³ EMBID IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea", *cit.*, págs. 365-366; "La regulación de los grupos de sociedades en el derecho comunitario europeo", *cit.*, págs. 697-698.

organizativa señalada"¹⁴. De otra, la perspectiva desde la cual concebir dicho régimen¹⁵: a) como *derecho de las sociedades dependientes*, b) como *derecho de la sociedad dominante*, o c) como *derecho del propio grupo*¹⁶. La respuesta a estas cuestiones no resulta del todo unitaria lo que justifica [en alguna medida] el retraso en que están incurriendo las legislaciones a la hora de regular el supuesto, así como la denunciada falta de operatividad del régimen previsto en los Ordenamientos que han acometido tal empeño. Hasta el momento, tan sólo el alemán, brasileño, portugués y húngaro contienen una regulación del grupo de sociedades¹⁷, toda vez que los intentos que al respecto se realizaron en el Derecho francés y en el ámbito comunitario resultaron infructuosos¹⁸.

En general, los Ordenamientos *convergen* en la concepción del derecho de grupos como derecho protector de la sociedad dependiente¹⁹, pudiéndose extraer unos [a modo de] principios generales de regulación. El primero, el reconocimiento jurídico del grupo de sociedades, lo que implica no sólo la legitimación del ejercicio del poder de dirección, sino la supremacía de los intereses del grupo sobre los intereses particulares de las sociedades que lo componen. El segundo, la protección de las sociedades dependientes, de sus socios y acreedores, a través de mecanismos especiales de tutela, sustitutivos de los generales del derecho de sociedades. El tercero, el deber de formular una

¹⁴ EMBID IRUJO, J.M., "Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en Derecho del Trabajo", *RL*, núm.5, 1985, págs. 861 y ss., pág. 867; "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea", *cit.* pág. 367; "La regulación de los grupos de sociedades en derecho comunitario", *cit.*, pág. 699. (La cursiva es nuestra).

¹⁵ En relación a esta materia, véase ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, pág. 140.

¹⁶ En el primer supuesto, el régimen jurídico estaría orientado a la protección de las sociedades dependientes, de sus socios y de sus acreedores; en el segundo caso, a regular la distribución de competencias legales desde el vértice jerárquico del grupo; y en el tercer supuesto a consagrar a la empresa plurisocietaria como nueva forma jurídica de empresa, al lado de las tradicionales empresas individual o societaria.

¹⁷ Estos Ordenamientos han optado por el sistema denominado de "*reglamentación global*" de los grupos, consistente en la elaboración de una disciplina propia y específica para su problemática en el cuadro general del derecho de sociedades. Sistema contrapuesto al de la llamada "*reglamentación parcial*", que intenta disciplinar los diversos problemas suscitados por la constitución y funcionamiento de los grupos a través del recurso a los institutos clásicos del derecho de sociedades y del derecho privado en general. Véase en ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, págs. 138-140.

¹⁸ V.gr. Cousté I y II y Proyecto de 9ª Directiva.

¹⁹ Sobre todos estos extremos, Cfr. ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, pág. 140-141 y EMBID IRUJO, J.M., "Grupos y gobierno corporativo", *cit.*, pág. 598.

contabilidad relativa al grupo en su conjunto, a través de la técnica de la consolidación contable²⁰. No obstante, existen *divergencias* que permiten distinguir tres modelos de regulación del grupo de sociedades: el contractual, el orgánico y el armonizador²¹.

2.2. DIVERSOS MODELOS DE REGULACIÓN

A) Modelo contractual

Según este modelo la aplicación de las reglas sobre grupos tiene lugar cuando surge el presupuesto de hecho necesario a tal fin, que no es otro que la conclusión entre las sociedades agrupadas de un concreto negocio jurídico. Por regla general, se trata de un contrato de dominación²², pero también se produce con una declaración relativa a la integración de las sociedades en el grupo²³. No es suficiente, por tanto, la existencia "económica" del grupo ni el cumplimiento de las condiciones que lo definen para que se reconozca esta realidad en el plano jurídico. Como consecuencia, el poder de dirección de la empresa dominante tan sólo resulta legítimo si deriva de un contrato específico, cuyo contenido marque las líneas en que aquél se ha de ejercer²⁴.

²⁰ Cfr. EMBID IRUJO, J.M., Voz "Consolidación de Cuentas", pág. 1.514, y "Grupo de Sociedades", pág. 3.278, ambas en *EJB*, Vols. I y II, respectivamente.

²¹ A fin de obtener una visión general de los modelos que se ofrecen, consideraremos tanto las normas vigentes como las [en su día] proyectadas, señalando las diferencias en cuanto a la delimitación del supuesto de hecho -el grupo- a efectos de la aplicación de su régimen jurídico.

²² Cfr. pars. 291 y ss. AktG. En Derecho portugués recibe el nombre de *contrato de subordinación* (arts. 493 y ss. del C. de las ss.cc.); en el Derecho brasileño, *convención* (art. 265 y ss. LSpA.brasileña); y en la Cousté II, *contrato de afiliación* (arts 7-33). Con respecto al contrato de grupo paritario, pars. 18.2 y 291.2 AktG; art. 492 C. de las ss.cc.; arts. 278 y ss. LSpA.brasileña; arts. 40-41 proyecto de 9ª Directiva.

²³ Se trata de una declaración formal de integración societaria, que recibe diversos nombres: *incorporación* (par. 319 AktG), *subsidiaria integral* (arts. 251-253 LSpA.brasileña), *comunicación* (arts. 489.5-490.1 C. de las ss.cc.), *declaración unilateral* (art. 33 proyecto de 9ª Directiva), o *integración* (arts. 47-56 Cousté II).

²⁴ Cfr. EMBID IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en el derecho comunitario y español", *cit.*, pág. 38.

Esto no significa que no se reconozca la existencia de grupos no contractuales (esto es, los creados u organizados al margen de los instrumentos taxativos descritos). Sucede, sin embargo, que tales realidades (grupos de hecho) pueden ver limitado el ejercicio del poder de dirección de la sociedad dominante, especialmente en lo que se refiere a la impartición de instrucciones perjudiciales para las sociedades dominadas²⁵. Y, al mismo tiempo, son objeto de un especial sistema de responsabilidad en materia de administradores sociales²⁶, tanto de la sociedad dominante²⁷ como de la/s dependiente/s²⁸, por los perjuicios causados a esta/s última/s. Perjuicios cuya causa puede estribar, no sólo en la situación de dependencia, sino también en la inobservancia de ciertas normas tendentes a asegurar una adecuada transparencia y publicidad de las relaciones intersocietarias²⁹.

²⁵ Este es el régimen previsto para los grupos de hecho por el par. 311.1 de la AktG: "Si no se ha concluido contrato de dominación alguno, la empresa dominante no podrá utilizar su influencia para inducir a una sociedad dependiente (...) a que concluya un negocio jurídico o adopte medidas en perjuicio suyo u omita uno y otras, salvo que se compensen los perjuicios" (Véase traducción de EMBID IRUJO, J.M., en *DJ*, n° 55, 1987, págs. 609-801, pág. 754). En el derecho brasileño, cuando no existe *convención*, la sociedad dominante se encuentra sometida a las restricciones que los arts. 116 y 117 imponen al accionista controlador, pudiendo, además, ejercitarse contra ella la acción de daños y perjuicios prevista en el art. 246, en el supuesto de que dirija a la controlada hacia fines extraños a su objeto social o que favorezcan a la controladora (Cfr., TEXEIRA, E./GUERREIRO, J.A., *Das sociedades anónimas no direito brasileiro*, Vol., 2, Ed. J. Bushatsky, Sao Paulo, 1979, págs. 699-700). La Cousté II también preveía el régimen de ejercicio del poder de dirección en caso de ausencia de contrato de afiliación (arts. 34-37, relativos a los grupos fácticos). En el derecho portugués, por el contrario, no existen disposiciones semejantes, por lo que el ejercicio de una dirección unitaria fuera de los casos previstos en los arts. 488 y ss., sólo será posible en la medida en que tal dirección se muestre compatible con el respeto a los intereses sociales particulares de las sociedades participadas (Véase, ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, págs. 47-48).

²⁶ Véase, ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, pág. 145 (nota 326).

²⁷ Cfr. par. 317 AktG; art. 36.1 Cousté II.

²⁸ Cfr. par. 318 AktG; art. 36.2 Cousté II.

²⁹ Como es el caso de la elaboración de un informe anual por la dirección de la sociedad dependiente relativo a los negocios jurídicos concluidos con la empresa dominante o sus vinculadas, así como a las medidas que haya adoptado u omitido a instancia o interés de tales empresas durante el ejercicio social (Cfr. pars. 312-315 AktG). Véanse también arts. 38-46 Cousté II. Por las circunstancias expuestas se ha afirmado que el modelo contractual constituye un modelo de carácter dualista y dispositivo. *Dualista* en cuanto comprensivo tanto de situaciones de dependencia como de grupo. *Dispositivo* porque la aplicación del especial régimen jurídico previsto para el grupo depende de la voluntad que tenga la sociedad dominante de someterse al mismo (Así, ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, págs. 145-148).

B) Modelo orgánico

El modelo orgánico se basa en el «principio de facticidad», según el cual la aplicación y vigencia del régimen jurídico previsto por el Ordenamiento para el grupo de sociedades se vincula a la mera constatación de su existencia económica³⁰. Para ello, tan sólo es preciso que concurren control societario y ejercicio de dirección unitaria, independientemente de cuál sea el origen o la fuente de esta última. En este sistema no se requiere el cumplimiento de requisito legal alguno para que el grupo lo sea de derecho³¹; lo que sucede es que el grupo es, en sí mismo, atípico (si bien, no de hecho). La norma viene a establecer las consecuencias que jugarán a posteriori, esto es, una vez constatado el grupo, aunque incluye, eso sí, determinadas presunciones relativas a la situación de dependencia o, incluso, una caracterización general de ésta³². Adquiere así relevancia la prueba de la existencia de la dirección unitaria, articulándose, incluso, procedimientos judiciales para su constatación³³, cuya

³⁰ En este sistema el grupo existe desde el momento en que existe una pluralidad de empresas jurídicamente independientes reunidas bajo el ejercicio de una dirección unitaria (EMBED IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña", *cit.*, págs. 471-472, nota 28). El modelo orgánico no ha encontrado hasta el momento el respaldo del Derecho positivo en ningún Ordenamiento de nuestro entorno.

³¹ Este es el modelo de la Cousté I, del anteproyecto de LSA de 1979 español, y de las versiones iniciales del proyecto de estatuto de sociedad anónima europea (1970/1975). Las ulteriores versiones de este último han ido abandonando el originario objetivo de proporcionar a los fundadores de una SE un estatuto especial de grupo, que facilitara la gestión de la sociedad como unidad económica y garantizara la protección de los intereses de terceros. Actualmente se entiende que dichas normas no son indispensables, quedando remitido el régimen a la legislación del Estado del domicilio de la SE.

³² Véase, art. 1 Cousté I (Cfr. FERNANDEZ DE LA GANDARA. L., "Problemas actuales del Derecho de sociedades", *RDM*, 1972, págs. 221-244, págs. 232-233); art. 233 y ss. del Anteproyecto LSA de 1979 (Sobre el régimen para los grupos de sociedades en esta propuesta, BROSETA PONT, M., "Reforma del derecho de sociedades anónimas", en *La reforma de la legislación mercantil*, Ed. Cívitas, Madrid, 1979, págs. 183-203, pág. 202); arts. 223 y ss. Proyecto de Reglamento sobre la Sociedad Anónima Europea -versiones de 1970 y 1975- (Sobre la primera de ellas, véase PEREZ ESCOLAR, R., *La sociedad anónima europea*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1972, págs. 347-364; con relación a la segunda, AA.VV., *Estudios y Textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, (Dir. GIRON TENA), Ed. U. Complutense, Madrid, 1978; CERRAI, A., "I gruppi di società nel diritto comunitario", en *I gruppi di società* (PAVONE LA ROSA), *cit.*, págs. 451-522, págs. 456-472).

³³ Cfr. art. 225 de la PRSE -1970/1975-, que preveía el recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para que determinara si una SE era una empresa de grupo, o si una empresa nacional era dependiente en el seno de un grupo dominado por una SE (A este respecto, PEREZ ESCOLAR, R., *Sociedad Anónima Europea*, *cit.*, pág. 350-352; CERRAI, A., "I gruppi di società", *cit.*, págs. 461-462). También la Cousté I (arts. 31-33) preveía un

finalidad parece ir orientada a evitar la aplicación del régimen jurídico del grupo, correspondiendo la carga de la prueba a la sociedad interesada en ello. Es, entonces, la autoridad judicial la que debe, en última instancia, señalar la presencia, en cada caso, de las circunstancias delimitadoras del grupo³⁴.

C) Modelo armonizador

El modelo «armonizador» puede considerarse presente en los intentos llevados a cabo en el Derecho comunitario. Al mismo respondía el [ya abandonado] Proyecto de 9ª Directiva sobre grupos de sociedades³⁵ que, previa delimitación del grupo con arreglo al modelo contractual³⁶ -regulación principal y vinculante-³⁷, dejaba la puerta abierta a los Ordenamientos nacionales para que en sus legislaciones introdujeran otras disposiciones relativas a la

Tribunal especial sobre grupos y concentraciones. Con respecto al mismo, véase FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., "Problemas actuales", *cit.*, págs. 233-234.

³⁴ La crítica a este modelo se centra, sobre todo, en la consideración reduccionista que realiza del fenómeno de la concentración empresarial al quedar subsumidos los diferentes supuestos en una categoría única: el grupo. Desde tal perspectiva, se considera que es un modelo *unitario*. Esta circunstancia determina, a su vez, la excesiva rigidez del sistema, que predispone una disciplina unitaria para un fenómeno plural y dinámico. Señala EMBID IRUJO, J.M., (*Grupos de sociedades*, *cit.*, pág. 171) que la rigidez de este modelo parece que pretende desvincular la aplicación del régimen del grupo de la voluntad de la sociedad dominante (a contrario de lo que sucede en el modelo contractual) con la intención de proteger a socios externos y acreedores de las sociedades dependientes. Frente a lo que argumenta que no siempre la sociedad dominante tiende al expolio de las dominadas, y que en numerosas ocasiones éstas encuentran la forma más adecuada de realizar su interés particular a través de su inserción en un grupo (véase nota 50 y bibliografía allí citada). Es por ello que se le caracteriza como modelo *imperativo* (En cuanto al carácter unitario e imperativo, véase, ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, pág. 148-151).

³⁵ Arts. 13 a 37. Véase el texto en *Riv. Soc.*, 1985, págs. 1.071 y ss. y en *Gaceta Jurídica de la CEE*, nº 25, enero 1987. Propuesta que ha sido retirada por la Comisión (Sobre esta circunstancia, ORTIZ VAAMONDE, S., "Grupos de sociedades: problemática general", *cit.*, pág. 58). Para un estudio del contenido de esta Propuesta, EMBID IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea", *cit.*, págs. 359-417. Con referencia a la propuesta originaria (*docs. XI/328/74-F y XI/593/75-F*), véase CERRAI, A., "I gruppi di società", *cit.*, págs. 472-481.

³⁶ El proyecto de Directiva regulaba dos formas de constituir un grupo de sociedades desde la perspectiva contractual. De un lado, la formalización de un contrato (de carácter organizativo). De otro, una declaración unilateral de la empresa que detentara al menos el 90% del capital de aquella a la que fuera dirigida.

³⁷ Razón por la cual la doctrina incluye el proyecto de 9ª Directiva en el modelo de regulación contractual.

constitución del grupo -regulación alternativa y facultativa-³⁸. La exigencia para ello era el establecimiento de garantías idénticas a las señaladas en los arts. 14 a 32 con respecto al grupo contractual (art. 38). Pero, pese a la aparente flexibilidad de la norma, el sistema devenía, en todo caso, imperativo pues los Ordenamientos debían incluir el modelo contractual, aunque podían regular el grupo desde otra perspectiva. De hacer uso de esta facultad, convivirían grupos contractuales y orgánicos, lo que encerraba, en cierto modo, un contrasentido. En efecto, si, por un lado, el modelo contractual se basa en la existencia jurídica del grupo, y el orgánico en la estrictamente económica, y por otro la práctica demuestra que el grupo jurídico tan sólo viene a plasmar la realidad económica, las normas del modelo contractual resultarían raramente aplicables, pues [siempre] lo serían las del modelo orgánico³⁹. En cualquier caso, la propuesta de 9ª Directiva no ha visto la luz, presumiblemente por la dificultad de establecer un régimen jurídico unitario cuya introducción en los Ordenamientos nacionales sea respetuosa con los que tienen regulada la materia y de fácil implantación en los que de ella carecen.

La pretensión armonizadora y de respeto a la legislación de los estados miembros en materia de grupos de sociedades cabe entonces observarla tan sólo en el ámbito del Derecho uniforme. En tal sentido, las últimas propuestas de reglamento sobre la Sociedad Europea (SE) han considerado más oportuna la técnica del reenvío que la elaboración de un régimen unitario del grupo; así, los Considerandos de las propuestas de 1989, 1991, y el documento interno de 1993, reflejan la nueva concepción de la Unión Europea⁴⁰: no es necesaria una

³⁸ El grupo contractual se complementaba así con "normas destinadas a prevenir las situaciones «fácticas» de grupo, esto es, aquéllas que se constituyen al margen del mecanismo contractual establecido" (Cfr. EMBID IRUJO, J.M., "El planteamiento general del derecho comunitario", *cit.*, pág. 73).

³⁹ Contrasentido puesto de manifiesto por EMBID IRUJO, J.M., ("Los grupos de sociedades en la Comunidad", *cit.*, pág. 377; "Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario", *cit.*, pág. 39), pues, como señala, "no hace falta esperar a la conclusión del contrato de dominación para la aplicación del régimen, por cuanto antes de la misma existe ya grupo (en sentido jurídico) desde la perspectiva del modelo orgánico". Se trata -continúa- de un error de concepción por parte del legislador comunitario, ya que no es irrelevante que el supuesto de hecho normativo del grupo coincida con el supuesto de hecho económico del mismo, o al contrario, de lo que se deriva el carácter (automático u optativo) de la aplicación del régimen jurídico del grupo.

⁴⁰ El hecho de que la realidad que representan, desde un punto de vista económico, los grupos de sociedades, no se halle siempre recogida expresamente en el Derecho de sociedades de

normativa específica para el grupo, resultando de aplicación las normas y principios generales de cada Ordenamiento⁴¹.

2.3. GRUPOS TÍPICOS Y GRUPOS ATÍPICOS

La realidad de los Ordenamientos que regulan (o proyectaron regular) los grupos de sociedades permite ensayar una distinción entre «grupos típicos» y «grupos atípicos». Los *grupos típicos* serían aquellos constituidos conforme a las normas jurídicas aplicables a los grupos, lo que presupone la existencia de una regulación del fenómeno en el concreto Ordenamiento. Con carácter general, los Ordenamientos que siguen esta opción exigen un dato (jurídico) objetivo, que: a) viene a constatar legalmente la existencia del grupo [ya sea ésta previa⁴² o

los Ordenamientos internos, vino a sembrar dudas acerca de la oportunidad de regular el supuesto en el ámbito de la Sociedad Europea. Ya en el Libro Blanco sobre mercado interior (Bol. CE 6-1985, puntos 1.3.1-1.3.9) la Comisión anunciaba el examen de una propuesta de coordinación de los derechos nacionales en materia de grupos, a la luz de los estudios de Derecho comparado. El Memorandum de la Comisión sobre el estatuto de la sociedad europea (Bol. CE 6-1988, punto 2.1.127 y Suplemento 3/88 del Bol. CE) cuestionaba si dicho Estatuto era lugar apropiado para establecer un grupo de normas en materia de Derecho de grupos de sociedades. (Véase comentario a este respecto de GONZALEZ PINO, L., *La sociedad anónima europea (propuesta de reglamento del estatuto de la sociedad europea)*, Ed. Analíticas Europeas, Madrid, 1991, págs. 112, 137-138). La cuestión se decidió suprimiendo de los nuevos textos la referencia al grupo. En el proyecto de 1989 se mantenía la definición de "empresa controlada" y de "empresa que ejerce el control" (art. 6), así como la norma que remitía a los Ordenamientos nacionales (art. 114). Esta última referencia se eliminó en el proyecto de 1991, desapareciendo en el documento de 1993 también el art. 6. Tan sólo en sede de fundación se alude en la actualidad a esta materia, ya que de los tipos de constitución de una SE que se prevén, dos de ellos (creación de una sociedad holding o una filial común) implican la formación automática de un grupo de sociedades (arts. 2, 31-35 del documento de 1993).

⁴¹ Las propias normas y principios generales del derecho internacional privado ofrecen la solución en cuanto al régimen jurídico aplicable al grupo: La protección de accionistas minoritarios, acreedores y terceros, se regirá por la legislación del Estado del domicilio de la sociedad controlada; la empresa controladora, por su parte, debe respetar las normas que le imponga su propio Ordenamiento. Sobre el régimen del grupo previsto en la propuesta originaria, véase DE LA CUESTA RUTE, J.M^a., "El grupo de empresas en el Estatuto de la Sociedad Europea", *RDFHP*, Vol. XXV, n^o 118, 1975, págs. 807-848.

⁴² En el Derecho alemán, el dato objetivo que legitima el ejercicio del poder de dirección de la sociedad dominante es la suscripción de un *contrato de dominación*. Pero tal contrato no constituye una técnica de obtención de control, sino que se celebra entre sociedades que ya se encuentran en situación de dependencia (párrafo 2^o del par. 291 AktG). Y lo mismo se puede decir respecto de la *convención* del Derecho brasileño (art. 265). También existe esa previa dependencia en la llamada *incorporación* del derecho alemán (pars. 308 y ss. AktG), en las

posterior a aquel dato⁴³], b) legitima el ejercicio del poder de dirección, y c) determina la aplicación del régimen jurídico del grupo⁴⁴. El presupuesto suele ser un contrato o, incluso, una declaración unilateral de la sociedad dominante⁴⁵; circunstancia por la cual la categoría de referencia se identifica con la de los grupos contractuales. Los *grupos atípicos*, por su parte, serían aquéllos cuya existencia y constatación no depende de la suscripción de un contrato entre las sociedades agregadas, ni de declaración alguna por parte de la sociedad dominante; no se exige la realización de ningún negocio jurídico en concreto. El grupo existe cuando, en el supuesto de hecho, confluyen las notas teóricas que lo caracterizan, con independencia de los vínculos jurídicos empleados a tal fin⁴⁶. Y en este caso, la constatación del presupuesto de hecho (el grupo teórico), es la que permite aplicar las normas sobre esta materia⁴⁷. Tal es la regulación del grupo que preconiza el sistema institucional u orgánico.

adquisiciones tendentes al dominio total del Derecho portugués (art. 490), incluso en la *declaración unilateral* que preveía la propuesta de 9ª Directiva (art. 33), o en el del *contrato de afiliación* previsto en la Cousté II (arts. 7-12; sobre este texto, EMBID IRUJO, J.M., "La segunda proposición de ley del diputado Cousté sobre los grupos de sociedades en Francia", RDM, 1978, págs. 563-577).

⁴³ Como es el caso del *contrato de subordinación* del Derecho de grupos portugués (art. 493.1), que constituye, en sí mismo, un medio para adquirir el dominio. Lo que también sucede, en su particular medida, con el *contrato de grupo paritario* (art. 492.1) previsto en ese Ordenamiento. Quizá el antecedente remoto de esta concepción lo constituya el *contrato de afiliación* definido en el art. 3 de la Cousté I, a través del cual se podía establecer, válidamente, el vínculo de dependencia entre sociedades. Esta circunstancia contrastaba con el sistema diseñado en tal proposición, en el que resultaba irrelevante la naturaleza de los hechos que dieran lugar a la relación de dependencia, al menos, en principio (Sobre el particular, FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., "Problemas actuales", *cit.*, pág. 233).

⁴⁴ Régimen jurídico calificado de "*excepcional*, derogador de los cánones generales del derecho de sociedades" y que se traduce en la legitimación del poder de dirección de la sociedad madre sobre las filiales, en la subordinación de los intereses particulares de éstas al interés general del grupo, y en el establecimiento de mecanismos especiales de protección a estas sociedades, a sus socios minoritarios y acreedores (Cfr. ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, págs. 45-46).

⁴⁵ Véase *supra* notas 22 y 23.

⁴⁶ Se está, por tanto, ante presunciones, que pueden dar lugar a la existencia del grupo, siendo variadas las circunstancias legitimadoras del ejercicio del poder de dirección.

⁴⁷ El supuesto descrito se corresponde con el modelo institucional u orgánico de regulación del grupo, presente en la Cousté I (Sobre este texto, FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., "Problemas actuales", *cit.*), en el Anteproyecto de LSA de 1979 (arts. 233 y ss.), y en la versión de la PRSE de 1970/75 (arts. 223 y ss.).

Por consiguiente, en los Ordenamientos de base contractual, el grupo atípico vendría a coincidir con el *grupo de hecho*. La diferencia estriba en que, mientras que en el modelo contractual las normas que resultan aplicables al grupo de hecho tienen por finalidad persuadir a los promotores para que opten por el modelo típico o regulado⁴⁸, en el modelo orgánico las normas de aplicación al grupo atípico son, precisamente, las propias [y únicas] del régimen jurídico del grupo. Por último, resulta claro que en los Ordenamientos con ausencia de regulación, grupos atípicos lo son todos, pues no existe ni categoría típica ni norma que los persuada hacia su tipificación⁴⁹.

3. CONCEPTO LEGAL DE GRUPO

En nuestro Derecho el grupo de sociedades no ha encontrado una regulación unitaria⁵⁰, de manera que, en principio, todos los grupos lo son atípicos o de hecho⁵¹. Ello no quiere decir que no se reconozca la existencia fáctica del supuesto y que de ella se deriven consecuencias jurídicas. Lo que sucede es que el sujeto de acción económica que el grupo representa no termina de ser reconocido como verdadero sujeto de derecho. Sin embargo, en aquéllos sectores del Ordenamiento en los que la realidad económica y social lo ha

⁴⁸ Así, pars. 311 y ss. AktG, arts. 116-117 LSpA.brasileña, arts. 34-36 Cousté II. EMBID IRUJO, J.M. ("Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña", *cit.*, págs. 478-479, 481-482), manifiesta sus dudas sobre la efectividad de la figura del denominado "accionista controlador" del derecho brasileño en cuanto freno a la constitución de los grupos de hecho. También el legislador alemán ha visto invertidas sus previsiones, al proliferar los grupos de hecho en detrimento de los grupos contractuales, tal y como demuestra la práctica comercial de dicho país (*idem.*, pág. 477, nota 44).

⁴⁹ Sobre el grupo como institución nominada pero atípica en los Ordenamientos sin regulación, EMBID IRUJO, J.M., "Grupos y gobierno corporativo", *cit.*, págs. 602.

⁵⁰ SANCHEZ CALERO, F., ("Grupos de sociedades y mercado de valores", *cit.* págs. 45-46), se manifestaba favorable a la elaboración de una disciplina mínima de carácter imperativo y general en materia de grupos, independientemente del medio elegido para la formación del grupo.

⁵¹ A salvo aquellas excepciones constituidas por algunas modalidades de integración cooperativa y de las que daremos cuenta en un momento posterior (véase *infra* Cap. 4º). En cuanto a la variada caracterización de la realidad sociológica de los grupos españoles (si bien referida a la década de los ochenta), véase, ROJO, A., "Los problemas de adaptación del derecho español", *cit.*, págs. 172-173.

demandado, se han ido articulando ciertas soluciones jurídicas, en especial, en cuanto a la determinación del grupo como sujeto responsable [o centro de imputación] de una concreta conducta. Tal es el caso del Derecho del Trabajo⁵², Fiscal⁵³, de Defensa de la competencia⁵⁴ o del Derecho del consumo⁵⁵. Las

⁵² La noción de grupo en el Derecho laboral parece dar relevancia no sólo a la existencia de control de una sociedad sobre otra u otras sino a circunstancias más indiciarias de aquél, como la unidad de decisión o la influencia dominante, como se observa tanto en las aportaciones jurisprudenciales como en algunas normas relativamente recientes, v.gr., la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (Sobre estos extremos, véase con más detalle *infra* Cap. 3º, VI.2.3).

⁵³ Para el Derecho financiero y tributario el grupo es un sujeto jurídico tributario autónomo y, por ejemplo, se constituye en sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades si se opta por el régimen especial previsto para aquél. Resulta significativa la *tipificación* del grupo basada en la idea de dominio que realiza la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del impuesto sobre sociedades (LIS) -arts. 81 y ss.-, así como el *perfil de su régimen jurídico*, que resultará aplicable si así se acuerda por las sociedades del grupo y se comunica a la Administración tributaria (arts. 84 y 94.1.b). Además del régimen especial previsto para los grupos, la LIS viene a incorporar, a nuestro juicio, una doble delimitación de éstos por remisión, expresa o tácita, a las normas mercantiles pues el art. 16.2.d,m, parece referirse tanto al grupo basado en el mero «control» (art. 42 C. de c.) como al grupo basado en la existencia de una «unidad de dirección» (art. 4 LMV). Especial relieve alcanza también la letra l) del art. 16.2 relativa a los grupos de sociedades cooperativas, en consonancia con el RD 1345/1992, de 6 de noviembre.

⁵⁴ El grupo se convierte también en sujeto destinatario de las normas sobre defensa de la competencia (arst. 8 LDC y 20.1 LCD; 14 LDC y RD 1080/1992, de 11 de septiembre relativo al procedimiento a seguir en materia de concentraciones económicas), coincidiendo la noción de grupo del Derecho *antitrust* con aquella elaborada por la doctrina general sobre grupos: independencia jurídica de las sociedades integradas, dependencia económica, unidad de dirección y ejercicio efectivo de la dirección unitaria.

⁵⁵ Para el Derecho del consumo el grupo de empresas parecía convertirse, bajo la vigencia del hoy modificado art. 10.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCyU) en centro de imputación de la actividad económica y sus resultados (GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J.A., "Contratación bancaria", *cit.*, pág. 282, nota 60. Véase nueva redacción del art. 10 LGDCyU dada por la DA.Primerá.Dos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC)). En este ámbito el grupo adquiriría subjetividad al ser considerado *predisponente* de las condiciones generales (esto es, quien dota de eficacia vinculante y normativa el contenido contractual insertándolo en un concreto contrato). La carencia de personalidad jurídica del grupo no le impedía ser destinatario de la norma pues su propósito era, en todo caso, que los miembros del grupo dieran uniformidad al clausulado de sus contratos con la clientela (Véase DUQUE DOMINGUEZ, J., "La protección de los derechos económicos y sociales en la nueva Ley General para la Defensa de los Consumidores", en *Estudios sobre Consumo*, 1984, núm. 33, págs. 51 y ss., págs. 63-64). La vigente LCGC silencia toda alusión al grupo, aunque la anterior consideración de aquél como *predisponente* podría servir para predicar su inclusión en el concepto de «profesional» que ésta acuña (Véase art. 2 y DA.Primerá.Seis *in fine*). Por lo que respecta a la noción de grupo, la LGDCyU guardaba silencio, por lo que, a nuestro juicio, resultará aplicable el concepto que quepa extraer del conjunto de las normas mercantiles objeto de análisis en los apartados siguientes. Esta solución nos parece más adecuada que recurrir a la analogía con la noción de

situaciones de grupo que son objeto de previsión en algunas de las normas que integran estos sectores serán abordadas al hilo del estudio del grupo de cooperativas por coordinación; por el momento, se intenta acometer el análisis del concepto legal de grupo que parece estar presente, de manera más relevante, en algunas de nuestras normas mercantiles, y que suele ser tomado como punto de referencia en orden a la descripción del supuesto de grupo en cualquier sector de nuestro Ordenamiento.

3.1. OPCIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA EN TORNO AL GRUPO DE SOCIEDADES

El legislador español ha intentado plasmar su concepto de grupo de sociedades en diversas normas. En algunas ocasiones la noción de grupo se ha establecido a los solos efectos de una regulación sectorial, como por ejemplo la legislación laboral o fiscal; en otras, la pretensión parecía superar los estrictos límites del sector del Ordenamiento en el que se ubicaba la norma intentando servir de concepto general de grupo en nuestro Derecho, aunque ello quizá más por la centralidad de la norma en sí (v.gr., C. de c., LMV, LSA) que por la virtualidad del concepto en ella contenido. Sin embargo, a nuestro juicio, el legislador no ha sabido procurar una noción unitaria de grupo, de forma que la utilización de la voz «grupo de sociedades» en las diversas normas sólo en ocasiones puntuales llega a tener el mismo alcance⁵⁶.

grupo del derecho *antitrust* (recurso utilizado por la doctrina en orden a la determinación de la noción funcional de «empresa» a efectos del derecho del consumo; así, GARCIA-CRUCES GONZALEZ, A., "Contratación bancaria", *cit.*, pág. 280, nota. 52), lo que podría ser admisible al desarrollarse la acción de los sujetos de interés para estos sectores (empresario y consumidor) en el mercado (sobre consumidores, mercado y Derecho mercantil, véase GONDRA, J.M., *Derecho Mercantil I (Introducción)*, Ed. U.Complutense, Madrid, 1992, págs. 100 y ss.; ALONSO ESPINOSA, F.J., *Proyecto docente (inédito)*, Murcia, 1995, pág. 126). En cualquier caso, suprimida la referencia al grupo en la nueva redacción del art. 10.2 LGDCyU, y silenciada en la LCGC, la cuestión queda abierta a la interpretación jurisprudencial y doctrinal.

⁵⁶ Como indica EMBID IRUJO, J.M., (Voz "Grupo de sociedades", *EJB*, Vol. II, *cit.*, pág. 3.279) lo que se entienda por grupo queda sin respuesta, arrojando sobre el tráfico la tarea de concretar su significado. El problema que se suscita es de orden práctico. Se trata de determinar qué definición de grupo debiera ser utilizada a los efectos de las diversas normas en las que se alude al grupo. Las opciones parecen concretarse en los artículos 42 C. de C. y 4 LMV, sin que la doctrina se muestre unánime en cuanto a la admisión de cualesquiera de ellos.

La reflexión ha de centrarse, básicamente, en las alusiones al grupo de sociedades que se contienen en los arts. 42 C. de c. y 4 LMV, preceptos que para nuestra doctrina han constituido el eje central sobre el que construir el Derecho español de grupos; aunque no se pueden preterir los arts. 87.1 LSA y 10.2 LSRL por el avance que han supuesto en esta materia. Su análisis permite intuir al menos tres nociones de grupo de sociedades: aquella basada en el control, la que se centra en la unidad de decisión y la que gira en torno a la influencia dominante.

A) La noción de grupo basada en el control

La noción de grupo basada en el control está presente en el ámbito del Derecho contable⁵⁷. En él, el grupo de sociedades se concibe como aquél constituido por la sociedad dominante y una o varias dependientes, que lo serán de encontrarse en alguna de las circunstancias descritas en los arts. 42.1 y 2 C.

⁵⁷ Es en el ámbito del Derecho contable donde nuestro Ordenamiento se ha decidido a regular, al menos, uno de los aspectos fundamentales del régimen jurídico del grupo, cual es el del deber de formulación de su contabilidad, y lo hace a través de la técnica de la consolidación o integración de los estados financieros de las sociedades del grupo. Este sistema, sin sustituir la presentación de los estados de cada una de aquéllas, pretende ofrecer la imagen fiel de la situación económico-financiera del grupo en su conjunto. Sin entrar a precisar las particularidades de dicho régimen jurídico, éste interesa por cuanto en él se describe lo que la doctrina denomina «el perímetro de la consolidación», es decir, el conjunto de sociedades que han de ser incluidas en los estados financieros consolidados. La consolidación contable vino condicionada por la incorporación a nuestro Derecho de la 7ª Directiva del Consejo, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas (83/349/CEE), en concreto, en los arts. 42 a 49 C. de c. y RD 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se dictan normas para formulación de las cuentas anuales consolidadas. Sobre la 7ª Directiva, véase DUQUE DOMINGUEZ, J., "Los grupos de sociedades y las cuentas consolidadas. Reforma pendiente del Derecho Mercantil", *HPE*, nº 94, 1985, págs. 207-232, pág. 222-225; EMBID IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (Séptima y Novena Directivas)", *cit.*, págs. 103-108; CONDOR LOPEZ, V., *Metodología de las cuentas consolidadas en Europa*, Ed. Instituto de contabilidad y auditoría de cuentas, Madrid, 1992, págs. 47-72; FERNANDEZ PEÑA, E., "¿Entendemos los estados financieros consolidados?", *Der. de los Neg.*, nº 32, 1993, págs. 13-20. Sobre el grupo en el Derecho contable, véase también EMBID IRUJO, J.M., *Voz "Consolidación de Cuentas"*, *EJB*, Vol. I, *cit.*, pag. 1.514; DUQUE DOMINGUEZ, J., "Las condiciones de la consolidación de las cuentas anuales", en *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, *cit.*, págs. 737-809; FONT I RIBAS, A., "La consolidación de las cuentas", en *La reforma de la Ley de sociedades anónimas*, *cit.*, págs. 293-319.

de c. y 2 RD 1815/1991, de 20 de diciembre⁵⁸. Pero tales circunstancias tan sólo permiten suponer la existencia de una relación de control y dependencia obtenida gracias a técnicas societarias⁵⁹, sin que en ningún caso se exija el ejercicio del control obtenido ni se aluda al elemento determinante de la existencia del grupo como es el ejercicio de la dirección unitaria⁶⁰. Esta solución se ha de entender desde la perspectiva de la finalidad perseguida por las normas contables que es facilitar datos objetivos con los que delimitar el conjunto de sociedades afectadas por la obligación de consolidar. Sólo así cobran sentido las inclusiones y exclusiones de algunas sociedades en la consolidación⁶¹. En definitiva, las normas contables se detienen tan sólo en el dato de la vinculación intersocietaria⁶² prescindiendo de la unidad de

⁵⁸ Por el que se aprueban las normas para formulación de cuentas anuales consolidadas. Cfr. art. 1 RD 1815/1991.

⁵⁹ V.gr., posesión o disponibilidad de la mayoría de los derechos de voto y/o facultad de nombrar o nombramiento efectivo de la mayoría de los miembros del órgano de administración.

⁶⁰ La 7ª Directiva (83/349/CEE), por su parte, sí incorpora el dato de la unidad de dirección (art. 1.2). Sobre el particular, véase DUQUE DOMINGUEZ, J., "Las condiciones de la consolidación", *cit.*, págs. 745-746, 758-759. Estas normas se decantan por la anglosajona opción jurídica abandonando la germánica opción económica. Así, se prescinde del control efectivo y se sustituye por la posibilidad de su ejercicio. Sólo interesa la existencia jurídicamente fundada de un derecho a ejercer el control. Sobre estos extremos, véase FONT I RIBAS, A., "La consolidación de las cuentas", *cit.*, págs. 299-300; RIVERO ROMERO, J./RIVERO MENENDEZ, MªJ., *Análisis de estados financieros*, Ed. Trivium, Madrid, 1992, págs. 695; VICENT CHULIA, F., *Introducción*, *cit.*, pág. 453. Quedan sin prever, de forma expresa, las situaciones en que el control se ejerce de hecho y aquéllas otras en las que no existe dependencia, supuestos que en la 7ª Directiva se recogían entre las disposiciones de carácter opcional para los estados.

⁶¹ En efecto, cualquier sociedad, pese a su pertenencia al grupo por reunir los requisitos del art. 42.1 C. de c. y 2 RD 1815/1991, puede resultar sin embargo excluida de la consolidación -salvo art. 43.1 C. de c.- si en ella concurren las circunstancias previstas en el art. 43.2 C. de c. Es más, el grupo (pese a su existencia) quedará dispensado de la obligación de consolidar -salvo art. 7 RD 1815/1991.- si no sobrepasa una determinada situación cuantitativa -Cfr. arts. 7.a) y 8 RD 1815/1991- o si se trata de un subgrupo de sociedades -Cfr. arts. 7.b) y 9 RD 1815/1991-. Se exime así de la obligación de consolidar a determinados grupos de pequeña importancia económica -aprovechando la opción de la 7ª Directiva-; no así a las llamadas sociedades de inversión financiera (holdings), opción prevista en la 7ª Directiva y sólo introducida en los Ordenamientos Luxemburgués y Griego (A este respecto, CONDOR LOPEZ, V., *Metodología de las cuentas*, *cit.*, págs. 224, 230).

⁶² El diverso grado de vinculación es, precisamente, el que lleva a la norma (arts. 1-5 RD 1815/1991 y 42.1 y 2 C. de c.) a distinguir entre *sociedades del grupo* (dominante y dependientes), *multigrupo* (gestionadas y participadas por alguna sociedad del grupo) y *asociadas* (sobre las que alguna sociedad del grupo ejerce una influencia notable en su gestión). La causa de la dependencia societaria que subyace en cada una de estas vinculaciones varía: así, en el primer caso (sociedades del grupo) la dependencia se basa en la posesión -o disponibilidad- de la mayoría de los derechos de voto, o en la facultad de nombrar (o el efectivo nombramiento)

decisión⁶³. Así, más que de noción de grupo en el Derecho contable cabría hablar de noción de vinculación societaria con efectos contables⁶⁴, pues sólo se concreta el *grupo consolidable* (o núcleo de la obligación de consolidar) y las sociedades que a él se han de anexionar y que perfeccionan el *perímetro de la consolidación*. Por esta razón, cuando alguna norma remite al art. 42 C. de c. para apreciar la existencia de un grupo de sociedades⁶⁵ no se ha de olvidar que los supuestos que en él se describen sólo permiten apreciar la posibilidad de control o de dominio⁶⁶.

Pero a nuestro juicio no ha de ser el grupo consolidable ni su perímetro el supuesto fáctico idóneo con el que construir la noción de grupo en nuestro Derecho⁶⁷. Se observa, no obstante, una tendencia superadora de esta noción de

o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; en el segundo caso (sociedades multigrupo), en la gestión conjunta; y en el tercer caso (asociadas), en la influencia notable en la gestión. Sobre la gestión conjunta, arts. 47.1 C. de c. y 4 RD 1815/1991; en cuanto a la influencia notable, arts. 47.3 C. de c., 5.2 RD 1815/1991 y 21 y DT.Octava LOSSP.

⁶³ Lo cual tiene su lógica, puesto que apreciar y constatar la presencia de la unidad de dirección en el grupo es tarea de orden sustantivo e interno que entorpecería la aplicación de las reglas contables. Son, por el contrario, los aspectos formales o externos de la agregación de sociedades, más fácilmente observables por medio de datos objetivos, los que cobran relieve en cuanto a la identificación del grupo.

⁶⁴ En nuestro Derecho contable se puede distinguir entre obligación directa o indirecta de consolidar. La primera afectaría a las sociedades incluidas en alguna de las circunstancias descritas en los arts. 42 del C. de c. así como 1 y 2 del RD 1815/1991, o en las normas sectoriales relativas a los grupos consolidables de entidades de crédito, de sociedades o agencias de valores, o aseguradoras. Esto es, a las sociedades del denominado «grupo consolidable». La segunda se extendería a aquellas sociedades incluidas, bien en el ámbito de vigencia de la gestión conjunta o de la influencia notable a que se refiere el RD 1815/1991, bien en la unidad de decisión a la que remiten el RD 1343/1992, de 6 de noviembre o la LOSSP. O lo que es lo mismo, a las entidades que cierran el perímetro consolidable.

⁶⁵ Como es el caso del art. 10.2 LSRL, que remite al art. 42 C. de c., no para apreciar la existencia de control (como suele ser lo habitual), sino la propia existencia del grupo, lo que es significativo. Por otra parte, la remisión genérica que el art. 10.2 LSRL realiza al art. 42 C. de c., sin restringirla al apartado 1 ó 2 del precepto, que suele ser lo usual, parece avalar, en opinión de algún autor, un nuevo concepto de grupo (Así, RUIZ PERIS, J.I., "Los grupos en la Ley", *cit.*, págs. 9 -nota 12- y 14; "Grupos de empresas", *cit.*, págs. 1.462 -nota 28- y 1.449).

⁶⁶ En tal sentido, obsérvese cómo el art. 87.2 LSA remite al art. 42.1 C. de c. tan sólo para apreciar cuándo una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra, siendo lo relevante para caracterizar la situación de dependencia la propia "influencia dominante" ex art. 87.1 LSA.

⁶⁷ Del régimen jurídico de la consolidación de cuentas, además de las cuestiones relacionadas con su ámbito subjetivo (el grupo y las otras sociedades que intervienen en la consolidación) se ha de resaltar el grado de personificación que éste adquiere gracias a la formulación de sus propias cuentas y a la designación de órganos encargados del cumplimiento

grupo en la normativa sectorial referente a sociedades de crédito, financieras y de seguros⁶⁸. En ella la relación de control se ha de integrar con los criterios del art. 4 LMV⁶⁹ y la unidad de decisión -cuya concreción se remite nuevamente al art. 4 LMV⁷⁰ - se convierte en el elemento que permite extender la obligación de

de los deberes contables: los administradores de la sociedad dominante formulan las cuentas del grupo (art. 62.2 RD 1815/1991) y las presentan para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio de dicha sociedad (art. 372 RRM) y su Junta General aprueba la contabilidad de éste y designa los auditores que han de verificarlas (art. 42.5 y 6 C. de c.). Es, por tanto, la sociedad dominante la gravada con la obligación de redactar las cuentas consolidadas. A los accionistas de las sociedades incluidas en la consolidación, por su parte, se les reconoce el derecho a obtener de la sociedad dominante los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, el informe de gestión del grupo, y el de los auditores (art. 42.6 C. de c.).

⁶⁸ Sobre las nociones de entidad de crédito y entidad financiera, véase LLEBOT MAJO, J.O., *Grupos de entidades de crédito*, Ed. Cívitas, Madrid, 1993, págs. 163-164; LATORRE DIEZ, J., *Regulación de las entidades de crédito en España*, Ed. Fundación de las Cajas de Ahorro Confederadas para la investigación económica y social, Madrid, 1997, pág. 34 y 230 y ss. Respecto del grupo consolidable de entidades de crédito, de sociedades y agencias de valores o de entidades aseguradoras; arts. 16, 36 y 58 del RD 1343/1992, de 6 de noviembre. Para *entidades de crédito*, véase también art. 8.3 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (LCIRP), en la redacción dada por el art. 1 de la ley 13/1992, de 1 de julio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras (LRPEF). Para *entidades financieras*, véase art. 1 del RD 1343/1992, de 6 de noviembre, que desarrolla la LRPEF (y que fué modificado en materia de cómputo de recursos propios por el RD 538/1994, de 25 de marzo). Para *entidades aseguradoras*, véase art. 20.3.a) de la LOSSP. Respecto del *grupo consolidable de empresas de servicios de inversión*, véase art 86 LMV -redacción dada por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre-.

⁶⁹ El control del art. 4 LMV es el presupuesto que permite a una entidad ejercer la unidad de decisión, dato determinante de la existencia del grupo. Dicho control se puede ostentar incluso por una persona física o por varias, si es que éstas actúan sistemáticamente en concierto. Sin embargo, ante la dificultad de concretar algo tan etéreo como la unidad de decisión, se sienta la presunción legal (ni exclusiva ni excluyente) de que aquélla existirá cuando se den los presupuestos del art. 42 C. de c., o cuando exista coincidencia de consejeros o directivos («administradores cruzados»). Pero en ningún caso se indica que tales situaciones sean las únicas aptas para provocar en nuestro Derecho la unidad de decisión típica del grupo, ni tampoco se exige que la entidad dominante tenga que participar en el capital de la dominada (sobre éste último extremo, RUIZ PERIS, J.I., "Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores", *RDM*, nº 218, 1995, págs. 1.447-1.518, pág. 1.469). Lo cual, en cualquier caso, sería absurdo, pues las situaciones que la norma describe no agotan las posibles para una vinculación societaria.

⁷⁰ Remisión que tiene lugar en forma expresa (cfr. arts. 8.2 LRPEF y 86.4 LMV -redacción 1998-) o tácita (Cfr. arts. 20.2 LOSSP que reproduce íntegramente el art. 4 LMV). Se admite también en esta normativa sectorial la existencia de lo que se denomina «grupo mixto no consolidable de entidades financieras» (arts. 11 LRPEF y 68 RD 1343/1992, de 6 de noviembre), esto es, el integrado por entidades financieras que constituyan una *unidad de decisión* y del que formen parte -como dominantes o como dominadas-, entidades aseguradoras o, en su caso, sus grupos consolidables, por una parte, y entidades de crédito o sociedades o agencias de valores o, en su caso, sus respectivos grupos consolidables, por otra.

consolidar a otras entidades no incluidas en el grupo consolidable⁷¹, por lo que se aproxima a la noción de grupo basada en la unidad de decisión.

B) La noción de grupo basada en la unidad de decisión

Para el art. 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV)⁷² pertenecen al mismo grupo las entidades que constituyan una *unidad de decisión*: a) porque *alguna* de ellas *ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control* de las demás, o b) porque dicho *control*⁷³ *corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto*⁷⁴. Ante la dificultad de apreciar la existencia de la unidad de decisión⁷⁵, la norma la presume⁷⁶ bien cuando concorra alguno de los supuestos

⁷¹ Criterio distinto de los empleados para definir la vinculación de las sociedades multigrupo (gestión conjunta) o asociadas (influencia notable) en el art. 47 C. de c. o en el RD 1815/1991, de 20 de diciembre (arts. 4 y 5).

⁷² Artículo modificado por el art. 4 de la LRPEF para coordinar su definición de grupo con el régimen de consolidación contable del art. 42.1 C. de c. (Al respecto, RECALDE CASTELLS, A., *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Ed. Cívitas, Madrid, 1996, pág. 125, nota 227).

⁷³ Para ROJO, A., (*Los grupos de sociedades*", *cit.*, pág. 469) la LMV conceptúa el grupo con base en la unidad de decisión por razón del control, mientras para RECALDE CASTELLS, A., (*Limitación estatutaria*, *cit.*, pág. 126) la mera posibilidad de controlar es suficiente. Por ello RUIZ PERIS, J.I., ("*Grupos de empresas*", *cit.*, pág. 1.462) considera que esta definición de grupo contempla tan sólo al grupo por subordinación, resultando irrelevante el grupo por coordinación para la normativa del mercado de valores. En nuestra opinión, que el grupo paritario no sea relevante no quiere decir que no sea admisible, y, en este caso, que le resulten de aplicación las normas del mercado de valores. En este sentido, VICENT CHULIA, F., (*Introducción*, *cit.*, pág. 453), entiende que la dirección efectiva se puede ejercer no sólo a través de los mecanismos jurídico-formales que posibilita el control, sino también al margen o sin ayuda de ellos. Considera el autor que el art. 4 LMV responde al concepto alemán de grupo orgánico o de hecho, basado en la existencia de una dirección efectiva.

⁷⁴ La actuación en concierto es característica de los convenios de voto y de los pactos de sindicación de acciones. Señala RECALDE CASTELLS, A., (*Limitación estatutaria*, *cit.*, pág. 126, nota 230) que la noción de acción concertada parece haber sido importada de la ley francesa sobre sociedades comerciales, para la cual actúan de forma concertada las personas que han concluido un acuerdo con vistas a adquirir, ceder o ejercer derechos de voto "para poner en obra una política común en la sociedad" (art. 356.1.3, según Ley de 2-8-1989).

⁷⁵ La norma no parece exigir el ejercicio efectivo de la unidad de decisión, lo que nos parece acertado. Y ello porque: 1º) Ante el riesgo de que se pueda ejercer, se hace preciso asimilar la situación a la hipótesis de que ya se haya ejercido; y 2º) Porque es conveniente para evitar la necesidad de tener que demostrar, en cada caso, el ejercicio efectivo.

contemplados en el art. 42.1 C. de c., o cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada lo sean también (o sean altos directivos) de la sociedad dominante, o de otra dominada por ésta⁷⁷.

Es ésta la primera vez que en nuestro Derecho alcanza expresión positiva la «unidad de decisión» (o dirección económica unificada) como uno de los elementos definitorios del grupo de sociedades. Con posterioridad, también en otras ramas del Ordenamiento el legislador ha optado por la unidad de decisión como criterio de conexión intersocietaria con intencionalidad de grupo. Tal sucede, por ejemplo, en el Derecho laboral⁷⁸, fiscal⁷⁹, en las normas tuitivas de la competencia⁸⁰, en el Derecho contable⁸¹, en el ámbito de las sociedades anónimas deportivas⁸² o en el de las cooperativas, en el cual la unidad de decisión es el elemento que define al grupo regulado en el art. 78 LCoop, y la

⁷⁶ Pese a que la norma no especifica si se trata de una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*, EMBID IRUJO, J.M., ("La problemática de los grupos", *cit.*, págs. 617 y 619) se decanta, aún críticamente, por esta última. Véase también RECALDE CASTELLS, A., *Limitación estatutaria*, *cit.*, pág. 127.

⁷⁷ Concreta, finalmente, la norma que a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona. Para RUIZ PERIS, J.I., ("Grupos de empresas", *cit.*, pág. 1.457) la finalidad de las normas de grupos presentes en la regulación del Mercado de valores es la tutela del inversor que adquiere o posee valores emitidos por una entidad integrada en un grupo a través del mantenimiento de la igualdad entre los inversores en el mercado. Sobre la tutela del inversor, RUIZ PERIS, J.I., "Grupos de empresas y armonización del mercado de valores en la Unión Europea. La perspectiva de la tutela del inversor", *RGD*, n° 615, 1995, págs. 13.431-13.440.

⁷⁸ En él, la DA.Cuarta de la derogada Ley 22/1992, de 30 de junio, contenía una noción de grupo basada en la unidad de decisión que se proyectaba en el Estatuto de los trabajadores (véase *infra* Cap. 3º, VI.2.3).

⁷⁹ Por ejemplo, cuando el art. 16.2.m) LIS, relativo a las empresas vinculadas, se refiere expresamente a "dos sociedades cuando una de ellas ejerce el «poder de dirección» sobre la otra".

⁸⁰ Como sucede cuando la LDC alude a la determinación del comportamiento económico de una empresa por otra (Cfr. art. 8 LDC), aunque en este ámbito es mucho más rica y clarificadora la reflexión doctrinal y jurisprudencial relativa a la unidad de decisión que el reflejo normativo de la misma. Sobre esta materia, véase, *infra*, Cap. 3º, VI.4.

⁸¹ En cuanto al dato específico que concreta el perímetro consolidable de las entidades de crédito, financieras o de seguros (Cfr. arts. 8.2 LRPEF y art. 20.2 LOSSP), en la configuración del grupo mixto no consolidable de entidades financieras (Cfr. arts 11 LRPEF y 68 RD 1343/1992, de 6 de noviembre), o en el grupo consolidable de empresas de servicios de inversión (art. 86.4 LMV -redacción 1998-).

⁸² Art. 22.3.b de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (LdD) -redacción dada por el art. 109 Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999-.

dirección unitaria el elemento clave para determinar si una cooperativa de segundo grado se constituye con fines de integración empresarial⁸³. Sin embargo, el mayor uso de esta noción de grupo se ha realizado, como no podía ser de otra manera, en el sector específico del mercado de valores⁸⁴ y en aquéllos otros cercanos al mismo⁸⁵. En cualquier caso, lo relevante no es sólo la expansión del concepto de grupo más allá de los límites del mercado de valores⁸⁶, sino acentuar la exigencia de la unidad de decisión para definir el grupo de sociedades, superando la simple vinculación o dependencia societaria⁸⁷. Por último, es de resaltar la constante referencia a "entidades" en

⁸³ Cfr. arts. 128.1 LCEuskadi, 157.1 LSCExtremadura, 130.1 LCGalicia y 123.1 LCCMadrid. Sobre tales extremos, véase *infra* Cap. 5º, II.2.3.

⁸⁴ Así, art. 15.1.b RD 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores y OM de 12 de julio de 1993, que lo desarrolla (BOE nº 174, de 22-7-1993), en especial el Capítulo VI.3 del «Anexo A».

⁸⁵ Este es el caso del art. 4.5 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC) y de su Reglamento, o del art. 16.4 y 5 de la Ley 8/1987, de 8 de junio de Planes y Fondos de Pensiones (LPFP) -y RD 1307/1988, de 30 de septiembre -nueva redacción dada por la DA.Undécima.10 de la LOSSP, que difiere de la inicial en la que se señalaban las circunstancias indiciarias del control-. También, el art. 1.2 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, sobre régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (LEPP) o del art. 22.3.a) LdD. Desde la perspectiva de la presunción de control, ténganse en cuenta el art. 43.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC) -redacción dada por el art. 3.8 de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la 2ª Directiva de Coordinación bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero-; la DT.Tercera.c) de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados (LMSP), en relación con su art. 23. Como se observa, la remisión al art. 4 LMV unas veces lo es para presumir la pertenencia a un grupo y otras para la existencia de control. Sobre la imprecisión de estas remisiones y los problemas de interpretación que suscita, véase RUIZ PERIS, J.I., "Grupos de empresas", *cit.*, págs. 1.463 y 1.470.

⁸⁶ Pues, a nuestro juicio, la expansión del concepto de grupo del art. 4 LMV se debe, fundamentalmente, a la opción legislativa que se decanta por la remisión expresa a dicha noción, tal y como sucede con las normas relativas a los grupos de entidades de crédito, financieras, de seguros, incluso en el ámbito de las instituciones de inversión colectiva, de los planes y fondos de pensiones o de las sociedades anónimas deportivas.

⁸⁷ No parece entenderlo así EMBID IRUJO, J.M., (voz «Grupo de sociedades», *EJB*, Vol. II, *cit.*, pág. 2.378), para quien tanto en el código mercantil como en la legislación sobre el mercado de valores "el legislador parte del mero control societario para identificar al grupo, sin aludir en concreto a la dirección económica unificada". A nuestro juicio la «unidad de decisión», es decir, la decisión única del grupo, en la medida que tenga reflejo en una actuación concreta del grupo sí permite apreciar la existencia de una dirección unitaria ejercida por aquél, e implica una alusión directa a la misma. Sobre identidad conceptual entre dirección unitaria, unidad de decisión o influencia dominante, véase VICENT CHULIA, F., *Introducción*, *cit.*, pág. 453.

ambos lados de la situación de dominio, lo que denota la amplitud subjetiva con la que se contempla al grupo en el sector del mercado de valores⁸⁸.

C) La noción de grupo basada en la influencia dominante

La noción de grupo basada en la influencia dominante se encuentra fundamentalmente en el ámbito de las sociedades de capital⁸⁹. En efecto, el art. 87.1 LSA⁹⁰ contiene la aclaración de lo que en sede de acciones o participaciones propias se ha de entender por sociedad dominante⁹¹, siendo ésta la que directa o indirectamente «disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios⁹², pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación». Para determinar la "influencia

⁸⁸ Con ello el precepto se separa de lo dispuesto en los preceptos que delimitan el área de consolidación de cuentas, art. 42.1 C. de c., o la noción de sociedad dominante a los efectos de la normativa de adquisición de acciones propias o de la sociedad dominante o de participaciones recíprocas en los que sólo son relevantes los grupos en los que la sociedad dominante tiene forma social (RUIZ PERIS, J.I., "Grupos de empresas", *cit.*, pág. 1.463, nota 30).

⁸⁹ También parece responder a esta orientación la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria; en ella «empresa que ejerce el control» es la que puede ejercer una «influencia dominante» sobre otra (arts. 3.1.3º y 6º).

⁹⁰ El art. 87 LSA fué objeto de nueva redacción por la DA.Segunda.10 LSRL, quedando modificado, de manera parcial, el régimen de la autocartera en la LSA, e introduciendo un nuevo concepto de grupo caracterizado por el ejercicio o la posibilidad de ejercicio de una «influencia dominante» sobre otra sociedad. Esta posibilidad se puede producir en caso de una participación mayoritaria o por cualquier otro medio (Cfr. RECALDE CASTELLS, A., *Limitación estatutaria*, *cit.*, pág. 125, nota 227). Sobre la influencia dominante como característica esencial del control, véase EMBID IRUJO, J.M., "La problemática de los grupos", *cit.*, pág. 621 y en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, *cit.*, pág. 1.230.

⁹¹ En la LSRL se aprecia tan sólo una remisión indirecta a la noción de sociedad dominante del art. 87 LSA en materia de participaciones de la sociedad dominante, puesto que los arts. 39 y 40.1 LSRL, que no definen a la sociedad dominante, tampoco contienen una remisión expresa a ningún otro precepto para integrar tal concepto. Si existe, en cambio, una remisión directa y en bloque a los arts. 82-88 LSA en materia de participaciones recíprocas (art. 41 LSRL) considerándose llamado, entonces, el art. 87 LSA a integrar la noción de sociedad dominante (En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., "Los grupos en la Ley", *cit.*, págs. 18, quien advierte de las dificultades que esta solución puede plantear al Registrador).

⁹² Con respecto a esta referencia a «cualquiera otros medios», se ha señalado (EMBID IRUJO, J.M., "La problemática de", *RdS*, *cit.*, pág. 621) que aunque se llegue a afirmar por esta vía el hecho del control, "el que lo pretenda deberá probar la posibilidad de la influencia dominante, sin verse favorecido por la presunción legal y la lógica inversión, en tal caso, de la carga de la prueba".

dominante"⁹³ el art. 87.2 LSA remite de forma expresa al art. 42.1 C. de c.⁹⁴; así una sociedad podrá ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se encuentre en relación con ésta en alguno de los supuestos previstos en el C. de c.; e incluye la posibilidad de que se dé tal influencia dominante cuando la mitad mas uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta⁹⁵.

Este art. 87 LSA ofrece un concepto de grupo basado en el ejercicio o la posibilidad de ejercicio de una influencia dominante y, más que acercarnos a la noción de grupo del art. 42.1 C. de c. -pese a que la remisión que su apartado 2 realiza a tal precepto así pudiera hacerlo pensar-, introduce su propia definición, más cercana a la del art. 4 LMV⁹⁶.

⁹³ Al comparar el art. 42 C. de c. con el art. 87.1 LSA, se observa que éste contiene un cláusula general de dominio de la que aquél carece porque simplemente enumera una lista de casos en los que procederá la consolidación de cuentas (Así, RUIZ PERIS, J.I., "Los grupos de sociedades en la Ley", *cit.*, pág. 14). Advierte también el autor ("Grupos de empresas", *cit.*, pág. 1.467, nota 39), que los casos en que se presume «que una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra» en sede de adquisición de acciones coinciden con los casos en que se presume la existencia de «unidad de decisión» en las normas del mercado de valores, puesto que el art. 87.2 LSA remite también al art. 42.1 C. de c. y alude a los administradores cruzados.

⁹⁴ Esta remisión "parece demostrar que la definición incluida en esta norma (y aún con todos los defectos que derivan de la coexistencia de diferentes conceptos y de remisiones no siempre coincidentes en sus términos), paulatinamente va adquiriendo rango de definición general de grupo" (RECALDE CASTELLS, A., *Limitación estatutaria*, *cit.*, pág. 125, nota 227). Sin embargo, para EMBID IRUJO, J.M., ("La problemática de los grupos", *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, *cit.*, pág. 1.231) sólo supone erigir al art. 42 C. de c. en centro del régimen jurídico propio del control societario en Derecho español.

⁹⁵ Para RUIZ PERIS, J.I., ("Los grupos de sociedades en la Ley", *cit.*, pág. 14), el art. 87.2 LSA "supone la remisión a una lista cerrada de casos contemplados por la norma". Críticamente, sobre la exclusiva alusión al Consejo y no a los administradores en general y la equiparación entre Consejeros y «altos directivos» por la no siempre fácil interpretación del último término, EMBID IRUJO, J.M., "La problemática de los grupos" *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, *cit.*, pág. 1.231.

⁹⁶ Empaña la utilidad de la noción de grupo del art. 87 LSA la referencia exclusiva a las sociedades. Quedan, así, fuera "los entes no societarios cuya importancia en el ámbito empresarial no puede desconocerse en nuestro tiempo. Entendemos, por otro lado, que el término «sociedad» debe ser interpretado siguiendo nuestra mejor doctrina, desde un planteamiento amplio; ello supone la inclusión, además de las sociedades mercantiles, de las civiles y, también de las cooperativas" (EMBID IRUJO, J.M., "La problemática de", *RdS*, *cit.*, pág. 622 y *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, *cit.*, pág. 1.232).

D) Aplicabilidad de las nociones de grupo al Derecho de sociedades

Como ya se ha señalado, cuando el legislador societario utiliza la voz «grupo» o «grupo de sociedades» no siempre ofrece simultáneamente la noción de éste que quiere que sea utilizada, de forma que obliga al intérprete a decidir el concepto de grupo aplicable en cada caso. La frecuencia con que se produce esta situación provoca inseguridad jurídica, siendo así que ni siquiera la interpretación doctrinal permite dotar de mayor estabilidad al sistema al existir disparidad de criterios.

Así, por ejemplo, la LSA y la LSRL se refieren al grupo en contextos heterogéneos, ofreciendo soluciones diversas para su entendimiento. En efecto, mientras en algunos se deja sin indicar qué ha de entenderse por grupo⁹⁷, en otros se contienen remisiones a conceptos de otras leyes mercantiles, no sólo respecto de éste⁹⁸, sino también en cuanto a lo que se considere «sociedad dominante»⁹⁹. Incluso se encuentran preceptos que, si bien no dirigidos

⁹⁷ V.gr. art. 105.2 LSA, que en materia de junta general se ocupa de las limitaciones que la sociedad puede establecer respecto del derecho de voto; art. 81.2 LSA que admite la asistencia financiera para la adquisición de acciones de una sociedad del grupo por parte del personal de la empresa; art. 29.1 LSRL, sobre transmisión voluntaria de participaciones por actos *inter vivos* en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo; art. 40.4 LSRL, por el que la SRL no podrá aceptar en garantía sus propias participaciones o acciones/participaciones emitidas por sociedad del grupo al que pertenezca; art. 40.5 LSRL sobre prohibición de prestación de asistencia financiera por la SRL para adquisición de sus participaciones o de acciones/participaciones emitidas por la sociedad del grupo al que pertenezca; arts. 171 y ss. LSA -84 LSRL- en sede de contabilidad de la sociedad anónima o limitada.

⁹⁸ Así, el art. 10.2 LSRL, que establece el régimen de concesión de créditos y garantías a las sociedades pertenecientes al mismo grupo, remitiendo para el análisis de la existencia de éste al art. 42 C. de c. *in integrum*.

⁹⁹ Se trata en este caso de remisiones indirectas a la noción de sociedad dominante del art. 87 LSA. Sucede así con los arts. 39 y 40.1 LSRL, relativos a la adquisición originaria y derivativa, respectivamente, de acciones o participaciones de su sociedad dominante. En ellos, ni se define a ésta, ni se remite a ningún precepto que contenga tal noción. Tan sólo el art. 41 LSRL (en materia de participaciones recíprocas), remite en bloque a los arts. 82-88 LSA, considerándose llamado, entonces, el art. 87 LSA a integrar la noción de sociedad dominante (En este sentido, RUIZ PERIS, J.I., "Los grupos de sociedades en la Ley", *cit.*, pág. 18, quien advierte, no obstante de las dificultades que esta solución puede suponer para el registrador; también VELASCO SAN PEDRO, L.A., "Comentario a los arts. 39-42", en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (Coord. ARROYO/EMBED), *cit.*, págs. 455-513, pág. 464).

exclusivamente a los grupos, pueden tener relevancia en cuanto a las sociedades integradas en ellos¹⁰⁰.

El concepto de grupo más controvertido doctrinalmente es el que resulte aplicable al art. 105.2 LSA¹⁰¹ o al art. 29.1 LSRL¹⁰². Con respecto al primero, y con base en argumentos sistemáticos, varios autores se decantan en favor de las circunstancias contempladas en el art. 42.1 C. de c.¹⁰³, mientras que otros

¹⁰⁰ Tal es el supuesto del art. 52 LSRL relativo al conflicto de interés del socio, en cuanto que pueda suponer un límite al ejercicio del control por parte de la sociedad dominante (Así lo estima BOLDO RODA, C., *Levantamiento del velo y Persona Jurídica en el Derecho privado español*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996 (1ª ed.) y 1997 (2ª ed.), pág. 389); o del art. 44.2 LSRL respecto a la competencia de la Junta general, por la trascendencia que puede tener sobre el poder de dirección; o el de las sociedades unipersonales (art. 125 y ss. LSRL) para el caso de que la totalidad de las participaciones de la sociedad dominada estén en manos de la sociedad dominante o de sociedades del mismo grupo (A este respecto, BOLDO RODA, C., *Levantamiento del velo*, *cit.*, pág. 389, y FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., "La Ley de sociedades de responsabilidad limitada: acto final", *RdS*, nº 5, 1995, págs. 11-31, pág. 15-16. Para este último "es claro que la constitución de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada por dos o más sociedades pertenecientes al mismo grupo constituye un supuesto de sociedad originariamente unipersonal sometido al régimen particular previsto para tales hipótesis").

¹⁰¹ Que, en sede de junta general, se ocupa de las limitaciones que la sociedad puede establecer respecto del derecho de voto. Sobre la limitación de voto al conjunto del grupo, véase RECALDE CASTELLS, A., *Limitación estatutaria*, *cit.*, págs. 121-129; TOBIO RIVAS, A.Mª, *Limitaciones de los derechos de asistencia y voto del accionista (art. 105 LSA)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994, págs. 173-178. Advierte EMBID IRUJO, J.M., (Voz «Grupo de sociedades», *EJB*, Vol. II, *cit.*, pág. 3.279) de las finalidades evidentes de defensa de la sociedad ante intentos externos de adquirir su control que presenta el art. 105.2 LSA.

¹⁰² Que declara libre, salvo previsión contraria de los estatutos, la transmisión voluntaria de participaciones por actos *inter vivos* en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente. (Véase RUIZ PERIS, J.I., "Grupos de empresas", *cit.*, pág. 1.449; *idem*, "Los grupos de sociedades en la Ley", *cit.*, pág. 15; EMBID IRUJO, J.M., "La problemática de los grupos" *Derecho de sociedades*, *cit.*, pág. 1.235). El socio (o la sociedad, caso de participaciones propias) quizá pueda transmitir no sólo a sociedades del grupo -supuesto que literalmente recoge el art. 29.1 LSRL-, sino también, por qué no, a los propios socios de las sociedades del grupo. Esta interpretación resulta útil para evitar que quede en posesión de otra sociedad del grupo el paquete de participaciones del socio que transmite, buscando tan sólo un cambio de la persona -física- del socio. Tal extremo debería preverse en los estatutos, sin que la solución parezca atentatoria contra los principios configuradores de la SRL, en concreto contra su carácter de sociedad cerrada.

¹⁰³ Así, CACHON BLANCO, J.E., "Las acciones sin voto", *AC*, nº 32, 1990, págs. 469 y ss., pág. 508 (por "el carácter de régimen común mercantil del citado código"); JIMENEZ SANCHEZ, G., "La acción como parte del capital y como conjunto de derechos en la ley de sociedades anónimas", *Der. de los Neg.*, nº 7, 1991, págs. 5-10, pág. 8; y ROJO, A., "Los grupos de sociedades", *cit.*, pág. 472, nota 32, quien considera que "la referencia al grupo en las leyes de sociedades de capital debe entenderse realizada, en todo caso, al que resulta de la

se inclinan por la aplicación del art. 4 LMV¹⁰⁴, más oportuna desde una perspectiva finalista pues, al menos en un plano de principios, se basa en la existencia (real o potencial) de una «unidad de decisión»¹⁰⁵. Pero incluso se apunta la posibilidad de que sean los estatutos los que determinen la noción de grupo, decantándose por alguna de las contempladas en la ley o por otra distinta, aunque congruente con las existentes en nuestro Ordenamiento¹⁰⁶. Con respecto al segundo (art. 29.1 LSRL), algún autor se decanta por el concepto del art. 42 C. de c., aplicable con carácter general en el marco de la LSRL¹⁰⁷ ya que el art. 10.2 LSRL, en sede de disposiciones generales, remite a aquél

determinación del «perímetro de consolidación» en el C. de c. ... en cuanto «ley general mercantil»".

¹⁰⁴ En tal sentido, EMBID IRUJO, J.M., "Medidas de defensa de una sociedad mercantil frente a una acción exterior de obtención de su control. Las cláusulas anti-opa", *RDBB*, nº 39, 1990, págs. 535-545, pág. 541; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La limitación del número máximo de votos correspondientes a un mismo accionista (con especial referencia a los bancos privados y al mercado de valores)", *RDBB*, nº 42, 1991, págs. 271-319; pág. 307, en particular, cuando se trate de sociedades admitidas a negociación bursatil; RECALDE CASTELLS, A., *Limitación estatutaria, cit.*, pág. 126, nota 228, por cuanto que los conflictos para determinar la aplicación de la limitación de voto "se suscitan, sobre todo, en el marco de las luchas por el control de empresas, regidas preferentemente por la normativa del mercado de valores y, en concreto, por el régimen de opas"; y VICENT CHULIA, F., *Introducción, cit.*, pág. 453 (aunque en su *Compendio crítico*, I, 1º, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 514, anterior a la *Introducción* de referencia, tras señalar que en la práctica los estatutos suelen hacer remisión al concepto del art. 4 LMV, o expresamente a ese artículo, apuntaba como más pacífica la utilización del concepto del art. 42.1 C. de c. que no introduce en el funcionamiento de la junta "la discusión sobre si existe o no dirección unitaria (lo que permite al Presidente dejar sin voto a quien tenga por conveniente, sin perjuicio de lo que después resuelvan los tribunales)").

¹⁰⁵ Apunta RECALDE CASTELLS, A., (*Limitación estatutaria, cit.*, pág. 127), que los argumentos sistemáticos que se pueden alegar en favor de la aplicación de uno u otro concepto de grupo sólo poseen una parcial y limitada capacidad de convicción. En realidad, sólo cuando existe una única empresa puede entenderse justificada la extensión de la limitación de voto a todas las sociedades del grupo. Unidad de empresa que está presente en el concepto económico de «empresa pluripersonal», caracterizado por la «unidad de dirección», dato incluido en el art. 4 LMV. No se le escapan al autor los riesgos que esta opción puede derivar: a) acreditación por el presidente de la junta de la existencia del grupo sobre la base de la prueba de la unidad de dirección; b) que se permitiera aplicar las limitaciones de voto incluso a los casos de una actuación en concierto de varios accionistas, lo que supondría extenderlas a los pactos de sindicación de acciones, lo cual no parece que encuentre justificación (*ob. ult. cit.* pág. 128).

¹⁰⁶ Lo admiten EMBID IRUJO, J.M., ("Medidas de defensa de una sociedad mercantil", *cit.*, pág. 541), CACHON BLANCO, J.E., ("Las acciones sin voto", *cit.*, pág. 508) y RECALDE CASTELLS, A., (*Limitación estatutaria, cit.*, pág. 129 -"siempre que la definición de grupo que ofrezcan los estatutos no conllevara una flexibilización o ampliación de las definiciones, ya de por sí laxas, que la ley realiza"-). En contra, ROJO, A., "Los grupos de sociedades", *cit.*, pág. 472.

¹⁰⁷ A no ser que en ella se disponga otra cosa, v.gr., art. 41 LSRL.

precepto para considerar cuándo existe grupo de sociedades¹⁰⁸. También se ha propuesto una interpretación amplia del concepto de grupo en la que quedaría comprendido tanto el grupo por subordinación según los criterios del art. 42 C. de c., como el de estructura paritaria¹⁰⁹; incluso se ha apuntado la virtualidad de una definición estatutaria de grupo en orden a evitar la "impredicible interpretación del órgano jurisdiccional al respecto, en caso de litigio"¹¹⁰.

En otras ocasiones la noción de grupo que se utilice puede hacer variar el alcance de la norma. Así sucede en el art. 81 LSA, sobre asistencia financiera de la sociedad para la adquisición de acciones propias¹¹¹, cuyo apartado 1 niega la posibilidad de prestarla a un tercero para que adquiera acciones propias o de la *sociedad dominante*, mientras que el apartado 2 la admite para la adquisición de sus acciones o de acciones de una *sociedad del grupo*¹¹² por

¹⁰⁸ Así ARROYO, I./MIQUEZ, J., "Comentario al art. 10" en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (Coord. ARROYO/EMBID), *cit.*, págs. 94-103, pág. 100. Obsérvese, sin embargo, que el apartado segundo del art. 10 LSRL comienza especificando el alcance de la remisión al art. 42 C. de c., al señalar «A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior» relativo al régimen de los créditos y garantías a socios y administradores, por lo que no compartimos la interpretación de los autores.

¹⁰⁹ Así, ALONSO ESPINOSA, F.J., "Comentario al art. 29", en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (Coord. ARROYO/EMBID), *cit.*, págs. 329-349, pág. 337.

¹¹⁰ RUIZ PERIS, J.I., "Los grupos de sociedades en la Ley", *cit.*, pág. 15.

¹¹¹ Sobre esta norma véase FERNANDEZ DEL POZO, L., "Asistencia financiera a los trabajadores para la adquisición de acciones propias (art. 81.2 LSA)", *RDBB*, nº 47, 1992, págs. 811-846; idem "Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera (art. 81 LSA)", *RdS*, 3,2, 1994, págs. 169-189.

¹¹² Como se observa en el art. 81.1 LSA se alude a la sociedad dominante y en el 81.2 LSA a una sociedad del grupo. Una interpretación *sensu contrario* de estos preceptos implica que el personal de la empresa podrá recibir asistencia financiera para adquirir acciones de la sociedad en la que prestan sus servicios remunerados, de su dominante o, incluso, de cualquier otra sociedad del "grupo". ¿Por qué en este caso se asimilan las acciones propias a las de cualquier sociedad del grupo y no sólo a las de la sociedad dominante, como sucedería si se tratara de un tercero *ex art.* 81.1 LSA?. Como es sabido, en toda esta sección se otorga el mismo tratamiento a los supuestos de acciones propias y a los de la sociedad dominante, lo que tiene su lógica desde la perspectiva de una relación de dependencia vertical o en cascada, que es la que parece estar presente en la LSA. No resulta tan lógica, sin embargo, la extensión del supuesto al de las acciones de otra sociedad del grupo que no sea la dominante, puesto que la relación se traduce aquí en una conexión horizontal entre sociedades del mismo grupo. En tal caso, la sociedad del grupo cuyas acciones pretendan comprar los trabajadores de otra, puede no tener acciones de esta última, lo que impide identificar el supuesto con el de las acciones propias, pues los trabajadores aparecen aquí como terceros respecto de la misma e inmersos, en consecuencia, en la prohibición

parte del personal de la empresa¹¹³. La noción de sociedad dominante queda remitida al art. 87 LSA, mientras que la noción de grupo parece requerir una aproximación al Ordenamiento laboral¹¹⁴ recayendo así la referencia a las «otras sociedades del grupo» en cualquier sociedad ligada a aquélla en la que los trabajadores interesados en la adquisición de acciones prestan sus servicios. La especialidad estriba en el nexo de unión, que para el art. 87 LSA es la influencia dominante y para el Derecho del Trabajo parece ser la «unidad de decisión»¹¹⁵, más próxima, por tanto, a la noción de grupo del art. 4 LMV.

Similar contraste se produce en los apartados del art. 40 LSRL; los números 1 y 3 se refieren a la *sociedad dominante*, por lo que se ha propuesto acudir a la remisión en bloque que el art. 41 LSRL (participaciones recíprocas) realiza a los arts. 82-88 LSA, y a través de ella tomar la definición de sociedad dominante del art. 87 LSA¹¹⁶; los números 4 y 5 aluden al *grupo*. A este

del art. 81.1 LSA. La expansión del supuesto más allá de los límites de la sociedad dominante puede obedecer, únicamente, a la toma en consideración por parte de la LSA del concepto de grupo que tenga relevancia a efectos laborales. Por último, la norma no se pronuncia respecto del supuesto en el que la sociedad dominante o del grupo (según nos encontremos en el apartado 1 o en el 2 del art. 81 LSA) no tenga su capital dividido en acciones. Pensamos que la solución será la misma, debiéndose entender la referencia no sólo a las acciones, sino también a participaciones o incluso aportaciones.

¹¹³ El art. 81.2 LSA incorpora a nuestro Ordenamiento una situación reclamada por PAZ ARES, C., ("Negocios sobre las propias acciones", en *La Reforma del Derecho español*, cit., págs. 473-630, pág. 604-605) con ocasión del Anteproyecto de reforma, como era la de extender la posibilidad de financiación a todas las sociedades del grupo (siguiendo la opción de los Ordenamientos alemán e italiano, y criticando la posición restrictiva del inglés (sólo a las filiales) y del francés (sólo a la sociedad matriz).

¹¹⁴ Plano de referencia permanente de las relaciones empleador-empleado.

¹¹⁵ Véase, *infra* Cap. 3º, III.6.3. De esta manera, los trabajadores de una sociedad del grupo no lo son tan sólo de ésta sino que se vinculan al resto de las empresas del grupo; es decir, son trabajadores del "grupo" como empresa-empleador único y disfrutan de las prerrogativas que tal consideración les concede.

¹¹⁶ Al igual que se propone para el propio art. 41 LSR, entendiéndose obligada la remisión al art. 87 LSA a los efectos de entender qué debe considerarse como participación circular. Lo que supone (todo ello en opinión de RUIZ PERIS, J.I., "Los grupos de sociedades en la Ley", cit., pág. 14): 1º la remisión a una cláusula general («pueda ejercer una influencia dominante») a través de la cual podrán integrarse otros múltiples supuestos no expresamente previstos en el precepto; 2º La remisión al apartado 1 del art. 42 C. de c.; 3º La presunción (no contemplada en el art. 42 C. de c.) de influencia dominante cuando al menos la mitad mas uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta; 4º Un diverso cómputo de mayorías y por tanto de las sociedades que se encuentran en situación de grupo, puesto que el art. 87 LSA toma en cuenta los derechos de los que disponga la sociedad dominante concertadamente con cualquier otra persona en tanto que el art. 42 C. de c. no.

respecto se ha propuesto, con base en argumentos sistemáticos, que el concepto de grupo se base igualmente en el de sociedad dominante del art. 87 LSA¹¹⁷, solución que no compartimos en la medida que el presupuesto objetivo que en los apartados 1 y 3 del art. 40 LSRL permite utilizar el concepto de sociedad dominante del art. 87 LSA puede no ser el mismo que el de los apartados 4 y 5. En nuestra opinión, reducir el grupo a los supuestos del art. 87 LSA supone: 1º) validar la aceptación en garantía de acciones o participaciones de sociedades del grupo aunque excluidas de lo admitido por el art. 87 LSA, y 2º) la posibilidad de asistencia financiera a esas mismas sociedades. Se vulnera así el carácter cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada que, en esta sede, no se predica sólo respecto de los socios, sino de todas las sociedades unidas a aquélla por una relación de grupo.

Por último, las referencias al grupo que se contienen en los preceptos ligados a la contabilidad de las sociedades de capital quedan también sin concretar¹¹⁸. De existir participaciones en sociedades del grupo o en sus empresas asociadas, sólo deberán reflejarse en el Balance aquellas participaciones a que se refiere el art. 185 LSA¹¹⁹. Por tanto, no todas las posibles participaciones en entidades del grupo han de tener expresión contable, y no por ello va a dejar de existir el grupo. Y tampoco la participación de tal naturaleza en una entidad que no pertenezca al grupo ha de incluirse en tal partida. En consecuencia, el «grupo» que adquiere reflejo en la contabilidad de la sociedad de capital es aquél basado en la posesión de capital, con voluntad de permanencia y en beneficio de la actividad de la sociedad, pues sólo de esta participación es de la que se exige constancia. Con estos presupuestos, no siempre resultará admisible una remisión al art. 42 C. de c. para la noción de grupo de los arts. 171 y ss. LSA, pese a parecer la solución más evidente dada la identidad de la materia [contable]¹²⁰, y ello por la innecesaria asimilación

¹¹⁷ Así, RUIZ PERIS, J.I., "Los grupos de sociedades en la Ley", *cit.*, pág. 20.

¹¹⁸ Arts. 171 y ss. LSA y art. 84 LSRL.

¹¹⁹ Esto es, aquéllos derechos sobre el capital de otras sociedades que creen con éstas una vinculación duradera y contribuyan a la actividad de la sociedad. Situación que se presume con la posesión del 3% o del 20% del capital de otra sociedad, según ésta cotice o no en Bolsa. Lo que recuerda a la definición de «influencia notable» característica de las sociedades asociadas contenida en los arts. 47.3 C. de c. y 5.2 RD 1815/1991.

¹²⁰ Por el contrario, para VICENT CHULIA, F. (*Introducción, cit.*, pág. 305), con base en el PGC (4ª Parte, memoria abreviada, mención 8ª) el concepto de grupo "viene dado

entre el «grupo consolidable» del C. de c. y el «grupo contable»¹²¹. El primero se ha de someter a unas reglas imperativas de consolidación de balances; el segundo (más amplio o más reducido que aquél) tan sólo va a tener reflejo en la contabilidad de la sociedad que participe en otra del grupo¹²². Por esta razón, el concepto de grupo que subyazca en la expresión o imagen contable puede variar en cada supuesto, haciéndose preciso descender al análisis de cada realidad económica.

En cualquier caso, urge el pronunciamiento del legislador societario sobre el concepto de grupo de sociedades, que disipe las dudas en torno al concepto aplicable en cada supuesto, evite la proliferación de nociones a los efectos parciales de cada norma y facilite la visión homogénea del grupo en nuestro Derecho¹²³.

implícitamente en el art. 42.1 C. de c., no sólo a efectos de consolidación de cuentas, sino a todos los efectos contables (salvo a efectos de determinar el coeficiente de solvencia o fondos propios de las entidades financieras, en que la Ley 13/1992 remite al art. 4 LMV ...)

¹²¹ Quizá convenga entonces tener en cuenta la aclaración que introduce la norma 11ª - operaciones intersocietarias- de la Cuarta Parte del Plan General de Contabilidad (PGC) (RD 1643/1990, de 20 de diciembre), con relación a la expresión contable de las empresas del grupo: «(...) se entenderá que otra empresa forma parte del grupo cuando ambas estén vinculadas por una relación de dominio, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42.1 del Código de Comercio para los grupos de sociedades o cuando las empresas estén dominadas, directa o indirectamente por una misma entidad o persona física. Se entenderá que una empresa es asociada cuando sin que se trate de una empresa del grupo ..., alguna o algunas de las empresas que lo forman, incluida la entidad o persona física dominante, ejerza sobre tal empresa una influencia notable. En las partidas correspondientes a empresas asociadas también se incluirán las relaciones con empresas multigrupo; ... aquella que esté gestionada conjuntamente por una empresa del grupo o la entidad o persona física dominante, y uno o varios terceros ajenos al grupo de empresas».

¹²² Como señala LUENGO MULET. P., (*Análisis del Plan General Contable*, Ed. Tebas Flores, Albacete, 1990, pág. 105), "la información que ofrece el balance sobre las relaciones entre empresas (del grupo y asociadas) da una visión general inicial muy significativa del grupo como unidad económica, aunque las relaciones entre empresas registradas bajo esta rúbrica no signifiquen que deban consolidarse obligatoriamente".

¹²³ Como señala el *Informe* de la Comisión Especial para la simplificación del ordenamiento jurídico económico (publicado en *Der. de los Neg.*, nº 76, 1997, págs. 81-94), la proliferación de normas que hacen referencia al fenómeno de control o a la existencia de grupos "es una dosis apreciable de inseguridad jurídica entre los operadores económicos", constituyendo la falta de regulación "un obstáculo más en la actividad económica" (pág. 83). Sirva de ejemplo las numerosas y variopintas normas en las que se alude de una u otra manera al grupo; así Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las telecomunicaciones por cable (que prohíbe a cualquier persona física o jurídica detentar el control de una o más sociedades adjudicatarias de concesiones al servicio de telecomunicaciones por cable que conjuntamente alcancen a más de un millón y medio de abonados en el territorio español, «en los términos que establece el art. 42.1

3.2. HACIA UN CONCEPTO DOCTRINAL DE GRUPO DE SOCIEDADES EN DERECHO ESPAÑOL

Pese a que el enunciado pueda parecer pretencioso, puesto que, como queda claro por lo expuesto, nuestro Ordenamiento no termina de articular un único concepto de grupo aplicable, con más o menos modulaciones, a todos los sectores que se ven afectados por esta realidad del plano económico, trataremos de establecer en este epígrafe algunas conclusiones que permitan obtener una visión homogénea del grupo. Y decimos «visión homogénea» de la figura y no «definición unitaria» porque faltando una regulación sustantiva de los grupos en nuestro Derecho, obtener ésta resulta difícil¹²⁴.

Desde una perspectiva societaria se observa la «lucha» por erigir bien al art. 42 del C. de c., bien al art. 4 LMV en el precepto central en torno al que construir el concepto de grupo.

del C. de c» (art. 4.3); Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de televisión local por ondas terrestres (según la cual se entiende que forman parte de una cadena (art. 7) «aquellas televisiones en las que exista una unidad de decisión», cifrando la unidad de decisión en la comprobación de la existencia de los siguientes hechos: que uno o varios socios, mediante la agrupación de acciones, ejerzan la administración de dos o más sociedades gestoras del servicio, posea en éstas la mayoría de los derechos de voto, o tengan derecho a nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de sus respectivos consejos de administración). Sobre estas normas, véase RUIZ PERIS, J.I., "Los grupos en la ley de sociedades de responsabilidad limitada", *cit.*, págs. 8-27, nota 3. Sobre la necesidad de un concepto de grupo en el Ordenamiento francés, PARIENTE, M., "Les groupes des sociétés et la loi de 1966" *Rev. des Sociétés*, nº 3, 1996, págs. 465-470.

¹²⁴ De ahí la "conveniencia de que el legislador intervenga para resolver las dudas a que da lugar la laguna que representa la ausencia de una definición unitaria y de validez del grupo" (RECALDE CASTELLS, A., *Limitación estatutaria*, *cit.*, pág. 128, nota 236); "lo cual no quiere decir que siempre deba utilizarse la misma noción de grupo o que no quepan conceptos parciales" (EMBED IRUJO, J.M., "La problemática de los grupos", *cit.*, pág. 627), pues "del concepto de grupo se debe hacer uso en función de los fines de la normativa a la que sirve y responde" (PAZ ARES, C., "Negocios sobre las propias acciones", en *La Reforma del Derecho español*, *cit.*, págs. 473-630, pág. 496).

.- Para los defensores del art. 42 C. de c.¹²⁵, el concepto de "grupo consolidable" que se deduce de ese precepto, aunque no sea satisfactorio, cumple la función de "concepto general" de grupo en la legislación mercantil y, más en concreto, en la legislación societaria. Así, las normas relativas a los grupos habrían de interpretarse en función del concepto utilizado a efectos de consolidación, resultando superfluas las referencias al art. 42 que realizan algunos preceptos de la legislación societaria¹²⁶. Se especifica, además, que en el art. 42.1 C. de c. se utiliza el «método presuntivo» de la existencia de dirección unitaria, basado en la existencia de determinados supuestos taxativamente enumerados¹²⁷. Se añade que, pese a la «centralidad» que parecía haber adquirido el art. 4 LMV en el panorama del Derecho de grupos español, su ulterior reforma por la LRPEF termina por hacer recaer en el art. 42.1 C. de c. -y en las condiciones fijadas para hacer posible la consolidación contable- la determinación de lo que sea «control» y, por tanto, el propio concepto de grupo¹²⁸. A mayor abundamiento, se señala que la remisión que el art. 87 LSA realiza al art. 42.1 C. de c., lo erige en "verdadero centro del régimen del control societario en Derecho español"¹²⁹, y hace que paulatinamente vaya adquiriendo rango de definición general de grupo.

¹²⁵ En este sentido, BOLDO RODA, C., CACHON BLANCO, J.E., JIMENEZ SANCHEZ, G., ROJO, A., SANCHEZ ALVAREZ, M.M., (véase *supra* nota 126).

¹²⁶ Cfr. ROJO, A., "Los grupos de sociedades", *cit.*, pág. 470. Parte el autor de que el problema del concepto de grupo de sociedades en Derecho español está mal planteado, y que con referencia expresa al art. 42 C. de c. o sin ella el concepto general de grupo en el Derecho mercantil es necesariamente, y mientras que la Ley no defina al grupo con carácter general, el de "grupo consolidable".

¹²⁷ Cfr. ROJO, A., "Los grupos de sociedades", *cit.*, págs. 469-470. En nuestra opinión, el método presuntivo será predicable de una situación de dominio o dependencia, pero no de la existencia de una dirección unitaria. No siempre que exista tal situación de dominio se podrá hablar de dirección unitaria; ésta no se presume según los datos del art. 42.1 C. de c., norma que, por otra parte, ni menciona a la dirección unitaria ni al grupo. Para nosotros, el C. de c. sólo señala relaciones de vinculación con efectos contables (véase, *supra*, Cap. 3º, VI.3).

¹²⁸ Cfr. BOLDO RODA, C., *Levantamiento del velo*, *cit.*, pág. 382.

¹²⁹ Cfr. BOLDO RODA, C., *Levantamiento del velo*, *cit.*, pág. 387. Sobre la dificultad de obtener una visión unitaria de control en nuestro Derecho, véase RUIZ PERIS, J.I., "Significado del control empresarial en el Derecho español", en *Estudios Broseta*, *cit.*, T. III, págs. 3.315-3.353.

En consecuencia, los autores que propugnan esta noción dejan relegado el concepto del art. 4 LMV al estricto ámbito del mercado de valores¹³⁰, atribuyéndole así un significado de "concepto especial", sin considerar lícita su extensión a aquéllas sociedades anónimas que no tengan títulos cotizados en mercados secundarios organizados o que no pertenezcan a alguna de las categorías de entidades de crédito o de entidades financieras¹³¹.

.- Por el contrario, para los partidarios de la noción de grupo del art. 4 LMV¹³², el art. 42.1 C. de c. sólo contempla "datos o mecanismos jurídico-formales que -en hipótesis- permiten presumir una unidad de grupo, aunque no se aprovechen realmente para ejercer una dirección unitaria, unidad de decisión o influencia dominante"¹³³. El art. 4 LMV, en cambio, recoge un concepto de grupo centrado en la existencia de una dirección efectiva que puede ejercerse a través de aquellos mecanismos o al margen o sin ayuda de ellos¹³⁴. Sigue así el precepto el «método realista» de la existencia de la dirección unitaria, complementando la definición de grupo "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"¹³⁵.

Por último, se pone de manifiesto que el concepto de grupo contenido en el art. 4 LMV es más amplio que el del art. 42.1 C. de c. pues, por una parte, no limita su alcance a las «sociedades mercantiles» y a las «sociedades» sino que

¹³⁰ Puesto que sólo opera «a los efectos de esta ley», "esto es, a los efectos de la legislación sobre el mercado de valores" (ROJO, A., "Los grupos de sociedades", *cit.*, pág. 471).

¹³¹ Cfr. ROJO, A., "Los grupos de sociedades", *cit.*, pág. 471.

¹³² Así, EMBID IRUJO, J.M., RECALDE CASTELLS, A., SANCHEZ CALERO, F., SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., VICENT CHULIA, F.

¹³³ VICENT CHULIA, F., *Introducción*, *cit.*, pág. 453.

¹³⁴ VICENT CHULIA, F., *Introducción*, *cit.*, pág. 453. Afirma el autor que el del art. 4 LMV "es el verdadero «grupo de sociedades» como «empresa policorporativa» basada en la unidad que se crea sobre la diversidad de personas jurídicas integrantes del grupo", debiéndose acudir a este concepto de grupo cuando la norma legal no lo defina expresamente (v.gr., art. 105.2 LSA).

¹³⁵ Así lo reconoce, pese a todo, ROJO, A., "Los grupos de sociedades", *cit.*, págs. 469-470, quien continúa que "por razón de su mayor amplitud y, sobre todo, por exigir que exista "unidad de decisión", existe cierta tendencia entre los autores a aplicar el concepto de grupo más allá de las fronteras propias del Derecho del Mercado de Valores".

la expresión «entidades» que aquél emplea es comprensiva de un mayor número de sujetos (fundaciones, asociaciones u organismos de derecho público, etc.)¹³⁶; por otra, porque su ámbito de aplicación no queda reducido a los supuestos del art. 42.1 C. de c.. En este sentido, el precepto "ofrece un concepto amplio de grupo centrado en la unidad de decisión seguido de ciertos supuestos, en los que se presume, sin que quepa prueba en contrario, que existe control de una sociedad sobre otra"¹³⁷.

Quizá sea esta segunda opción la que devenga, pese a todo, más ajustada a la realidad del grupo de sociedades¹³⁸. Al margen de los mecanismos jurídico-formales que puedan ser utilizados para alcanzar la vinculación societaria, y con independencia de la oportunidad de que la norma establezca presunciones respecto de la posición de dominio o de control, lo relevante en esta sede es el ejercicio de la dirección unitaria, de la unidad de decisión o de la influencia dominante. Por eso, no se trata de la licitud o ilicitud de la extensión del concepto de grupo del art. 4 LMV más allá de las fronteras del mercado de valores, puesto que el propio precepto sitúa en tal ámbito su vigencia. En

¹³⁶ Véase *supra* nota 88.

¹³⁷ En este sentido, SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pág. 569.

¹³⁸ Las situaciones que describe el art. 42 del C. de c. son demasiado restringidas para poder afirmar que el citado artículo contiene el concepto de grupo relevante para el Derecho de sociedades: a) Desde un punto de vista subjetivo, porque sólo atiende al grupo participado por «sociedades», debiendo ser, necesariamente, mercantil la dominante, y admitiéndose cualquier otra naturaleza en las dependientes (también así en la LSA y en la LSRL). Por el contrario, la LMV amplía el elenco de sujetos admitiendo la constitución del grupo por "entidades", sin especificar naturaleza o tipo social algunos, ni en el lado de la sociedad dominante ni en el de las dependientes; b) Desde un punto de vista objetivo, porque el C. de c. sólo atiende a una participación en el capital de otra sociedad que se concrete en mayoría de derechos de voto o nombramiento de administradores, circunstancias todas ellas que otorgan la posibilidad de controlar. Por su parte, la LMV admite la participación en el capital, el acuerdo que procure el control conjunto o el supuesto de los administradores cruzados. Como se ha escrito, "la mera posibilidad de control que resulta de una participación mayoritaria no demuestra por sí sola la existencia de una integración económica... La participación mayoritaria tan sólo permite establecer la presunción de la relación de dependencia, pero se trata en todo caso de una presunción que admite prueba en contrario (RECALDE CASTELLS, A., *Limitación estatutaria*, cit., pág. 123, cita a HOPT, "Groups of companies. Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies", en Abbadesa/Rojo (a cura di), *Il Diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milano, 1993); c) Desde un ámbito sustantivo, porque sólo se alude a la situación de dependencia que permite el control de una sociedad sobre otra u otras, pero falta la unidad de decisión, la influencia dominante o la unidad de dirección, que es lo que, en realidad, permite hablar del grupo como empresa policorporativa, donde la actuación de las partes responda al criterio unitario del grupo.

nuestra opinión, la elección de este concepto como centro del Derecho de grupos obedece a razones de índole sustantiva puesto que en él se da relevancia al elemento clarificador del grupo: la unidad de decisión¹³⁹.

En orden a evitar los inconvenientes expuestos, y como medida para dotar de seguridad jurídica a los operadores económicos, el Informe para la simplificación del Ordenamiento jurídico económico propone la regulación del grupo en el seno del Código General Societario. El sistema giraría en torno a dos nociones centrales de «control» y de «grupo», cuya utilización pudiera ser modalizada en cada caso por la norma especial¹⁴⁰.

II. TRASLACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE GRUPO POR SUBORDINACIÓN AL ÁMBITO COOPERATIVO

El grupo de sociedades que cobra relieve en nuestro Ordenamiento es el grupo por subordinación en el que la agregación se consigue, por regla general, gracias a técnicas societarias de toma de participación en el capital de unas sociedades en otras o por la identidad de las personas que las controlan o administran. Así se constata, sin necesidad de ahondar más, en los supuestos descritos por el art. 42 C. de c. y por el art. 4 LMV. En consecuencia, el control o dominio de una sociedad sobre otras, la consiguiente situación de

¹³⁹ Como se ha señalado (LLEBOT MAJO, J.O., *Grupos de entidades de crédito*, cit., pág. 169) "la noción de grupo se construye en torno a la idea de la dirección unitaria y, por tanto, con independencia de si existe o no una situación de dependencia entre las sociedades integradas en él. No obstante, el legislador, siempre que se enfrenta con el fenómeno de los grupos tiene que recurrir a las presunciones de dependencia para establecer la existencia de la dirección unitaria, y por tanto, de la situación de grupo". Véase también EMBID IRUJO, J.M., "La problemática de los grupos", cit., pág. 627)

¹⁴⁰ Véase Informe en *Der. de los Neg.* n° 76, 1997, cit., pág. 83. Según el Informe, en dicha regulación se abordarían, además, las siguientes cuestiones: a) El reconocimiento del poder de dirección en el seno del grupo, considerando lícita la ejecución, por el órgano de administración de la filial, de las instrucciones de la dominante que aún contrarias al interés de la dominada, fueren acordes al interés del grupo; b) Tutela de los intereses de los socios externos de la filial y de la dominante tanto en el momento de constitución del grupo o de incorporación al mismo como durante la subsistencia del mismo; c) Tutela de los intereses de los acreedores de las sociedades integrantes del grupo, en especial en las situaciones de insolvencia patrimonial de la sociedad deudora o de otra sociedad perteneciente al grupo.

dependencia y el ejercicio de la dirección unitaria por parte de la sociedad dominante, se pueden predicar como rasgos característicos del grupo de sociedades en nuestro Ordenamiento. Se trata, entonces, de decidir si esta estructura de grupo es susceptible de aplicación al ámbito cooperativo. O de otra manera, si las manifestaciones de la integración [empresarial] cooperativa a las que se alude con el término «grupo», son subsumibles en las coordenadas de los grupos de sociedades. Pero no sólo ello, sino, además, si dicha estructura es susceptible de ser reproducida en el marco de instituciones que no reciben tal nombre, como es el caso de las cooperativas de segundo o ulterior grado¹⁴¹.

1. PREMISA: DIFICULTAD DE LA PROPUESTA

En realidad, lo que se viene a cuestionar es la vigencia de los presupuestos del grupo cuando se pretende que éste se conforme con entidades cooperativas. En particular, si resulta posible crear un estado de dominación en orden al ejercicio de la dirección unitaria entre sociedades cooperativas.

Conviene advertir que el planteamiento que se sigue -la dificultad de articular un grupo cooperativo- lo es con referencia a las cooperativas como sociedades dependientes. Resultado contrario arrojaría el supuesto de ser una cooperativa la sociedad cabeza de un grupo de sociedades no cooperativas, para el que parece no encontrarse inconveniente ni societaria ni contractualmente¹⁴². Desde una perspectiva societaria, en la medida en que una cooperativa puede constituir o participar en el capital de cualquier entidad, incluso no

¹⁴¹ Línea de análisis propuesta por EMBID IRUJO, J.M., "Modelos de integración", *cit.*, pág. 46.

¹⁴² Ténganse en cuenta el art. 10 Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito (LCCr), sobre la cooperativa de crédito como entidad resultante de una operación de fusión, escisión o absorción; los arts. 26.2 LCoop, 35.2 LCEuskadi y 32.1 LC Aragón, sobre el derecho de voto en las cooperativas de primer grado de los socios que sean cooperativas y «sociedades controladas por éstas»; o el art. 81.1 *in fine* de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades (LIS), cuando señala que «*También serán consideradas como sociedades dominantes aquellas entidades que tengan personalidad jurídica y estén sujetas y no exentas al Impuesto sobre sociedades*», como sucede con las cooperativas según el Capítulo IV, Tit. II, LRFEC, sobre reglas especiales aplicables a este impuesto y arts. 33.2,3 y 34.2.

cooperativa¹⁴³, sin que la legislación cooperativa en particular o societaria en general prohíban o limiten tales participaciones, ni cuantitativa ni cualitativamente¹⁴⁴. Tan sólo en el régimen económico y fiscal de la cooperativa se puede apreciar el distinto tratamiento que las normas prevén para dichas participaciones, primando las realizadas en sociedades cooperativas respecto a las invertidas en otras entidades¹⁴⁵. Desde una perspectiva contractual, por la posibilidad de que una cooperativa resulte ser la sociedad dominante de un grupo por subordinación surgido de un contrato de dominio, en el caso de admitir su validez en nuestro Ordenamiento¹⁴⁶. No obstante, la doctrina parece querer supeditar la posibilidad de que una cooperativa asuma la dirección unitaria de un grupo de sociedades a que tal situación redunde en el mejor desarrollo del objeto social o de los fines de aquélla¹⁴⁷, exigiendo que

¹⁴³ Arts. 57.3 y 79.1 LCoop; 134 LCEuskadi; 62.1.2 LCCataluña; 160.1 LSCAndaluzas; 93.2 LCCValenciana; 79.2 LFCNavarra; 163 LSCExtremadura; 131 LCGalicia; 91 LC Aragón; 129 LCCMadrid. En el Derecho alemán, par. 1.2 de la Ley de Cooperativas (Ley de 1-5-1889, redacción de 1973: «*Las cooperativas pueden participar en sociedades y otras entidades de carácter personalista, incluidas las corporaciones de derecho público*» -Traducción de MONTOLIO, J.M., *Legislación cooperativa en la Comunidad Europea*, Ed. Infes, Madrid, 1993, pág. 507). En el Derecho italiano, véase art. 27-quinquies de la Ley de 1974 («*La sociedad cooperativa y sus consorcios podrán constituir y ser socios de sociedades por acciones o de responsabilidad limitada*» (precepto introducido por el art. 18 de la Ley n. 72/1983 - *Visentini-bis*). Sobre todos estos extremos, véase *infra* Cap. 4º, II.3.2 y 3, III.

¹⁴⁴ Por el contrario, las Resoluciones de la DGRN de 6-12-1954 (R.Ar. 2.970) y 18-5-1986 (R.Ar. 3.040) aunque reconocen que la actividad de inversión del Consejo Rector puede realizarse mediante constitución de sociedades o adquisición de participaciones exigen que no se trate de una inversión de control. La doctrina, sin embargo admite la aptitud de la cooperativa para actuar como sociedad dominante de un grupo; así, EMBID IRUJO, J.M., "La problemática de los grupos", *RdS, cit.*, pág. 622; LEON SANZ, F.J., "Modificaciones estructurales de sociedades cooperativas", *cit.*, pág. 483. En el ámbito de los grupos financieros LLEBOT MAJO, J.O., *Grupos de entidades de crédito, cit.*, págs. 89-90.

¹⁴⁵ Sobre la diferente concepción como beneficio cooperativo o extracooperativo del rendimiento de tales inversiones dependiendo de la forma social en la que se invierta, y el diverso destino que la ley dispone para aquéllos, véase *supra* Cap. 1º, I.2.2.a.), e *infra* Cap. 4º, II.3.2.

¹⁴⁶ Sobre estas cuestiones, véase *infra*, Cap. 2º, II.3.2.

¹⁴⁷ Según atendamos a los arts. 79.1 LCoop, 134.2 LCEuskadi, 160.1 LSCAndaluzas, 16.3 LSCExtremadura, 131.1 LCGalicia, 123.1 LCCMadrid; o a los arts. 93.2 LCCValenciana, 79.2 LFCNavarra y 91 LC Aragón, respectivamente. Así VICENT CHULIA, F., *Ley General de Cooperativas*, Vol. 2º, *cit.*, Art. 53, págs. 635-636. Exige el autor que esa dirección unitaria no tergiversa la causa o fin y los principios cooperativos, en especial el de fomento de las necesidades económicas de los socios.

siga desarrollando su actividad cooperativizada y que la actividad de las filiales potencie los servicios de la cooperativa matriz¹⁴⁸.

Pues bien, el intento de traslación de la estructura de grupo al ámbito cooperativo tropieza con no pocas dificultades. La ausencia de regulación de los posibles supuestos de hecho¹⁴⁹, la escasez de reflexiones doctrinales al respecto así como de pronunciamientos jurisprudenciales¹⁵⁰, son algunas de ellas. Pero

¹⁴⁸ Así VICENT CHULIA, F., (*Ley General de Cooperativas, cit.*, Vol. 3º, Art. 149, pág. 883, siguiendo a la doctrina alemana. En efecto, el par. 1.2 de la Ley alemana de cooperativas permite la participación de la cooperativa en otras entidades si «tiene por objeto facilitar la producción o la actividad económica de los socios de la cooperativa o servir a los intereses comunes de la cooperativa aunque éstos no constituyan el objeto único o esencial de aquélla» (Traducción de MONTOLIO, J.M., *Legislación cooperativa, cit.*, pág. 507). En Francia, a falta de prohibición expresa por la Ley de 13 de julio de 1992, y por ser práctica habitual hasta entonces, parece admitirse la creación de filiales por parte de las sociedades cooperativas a condición de que a través de aquéllas se contribuya al desarrollo del objeto social de éstas; sólo en caso contrario se podrá alegar una agresión sancionable de los principios cooperativos (así en LAMY *Sociétés Commerciales* 1995, pág. 2.028). En el Derecho italiano, dada la amplia formulación del art. 27 *quinquies*, algunos autores reclaman la previsión de controles respecto de la asunción por parte de las cooperativas de participaciones en sociedades de capital para evitar que ello incida negativamente en la persecución del fin cooperativo (Así, PAOLUCCI, L.F., "La partecipazione di cooperative in società di capitali", *Contratto e impresa*, nº 1, 1991, págs. 133-139; *idem* en AA.VV., *Cooperative e gruppi di società, cit.*, págs. 13-21; BASSI, A., "Vigilanza e controlli nelle nuove forme di organizzazione dell'impresa mutualistica", en AA.VV. *Cooperative e gruppi di società, cit.*, págs. 95-103). Sobre la interpretación del art. 27 *quinquies* y su coordinación con el principio de mutualidad en la doctrina italiana, véase SCHIANO DI PEPE, GENCO, y BONFANTE en AA.VV. *Cooperative e gruppi di società, cit.*

¹⁴⁹ Como veremos, pese a la variada gama de fórmulas de integración que parecen ofrecer algunas leyes autonómicas, es infrecuente la regulación material de las mismas. Además, en aquéllos supuestos en que el legislador dedica mayor atención al posible régimen jurídico de ciertos de esos mecanismos, lo hace en términos tan imprecisos que reclaman la labor del intérprete. No obstante, las últimas reformas han otorgado un mayor protagonismo a las fórmulas de integración vía cooperativa de segundo grado, corporación cooperativa o grupos cooperativos (LCEuskadi, LSCExtremadura, LCGalicia, LCCMadrid y LCoop; véase *infra*, Cap. 4º).

¹⁵⁰ Mientras que en el ámbito de las sociedades de capital se va consolidando una jurisprudencia sobre grupos, sobre todo desde la perspectiva laboral y tributaria, y apenas una jurisprudencia civil, no suelen llegar a los Tribunales causas de esta naturaleza protagonizadas por sociedades cooperativas (Para una visión sobre las tendencias jurisprudenciales, ROJO, A., "Los grupos de sociedades", *cit.*, págs. 460-466). Resultan paradigmáticas a tales efectos las Sentencias del TS de 16-7-1987 (R.Ar. 5.795) y de 5-10-1988 (R.Ar. 7.381), en las que se aplica la técnica del levantamiento del velo para resolver una situación de grupo en el sector cooperativo (Ver comentario a la primera de las sentencias en CAPILLA, F., *CCJC*, nº 14, 1987, pág. 4.825; así como referencias de MASSAGUER, J., "La estructura interna", *cit.*, págs. 296-297; Sobre ambos fallos, EMBID IRUJO, J.M., "Modelos de integración", *cit.*, pág. 52).

sobre todo, (y aquí radica la razón de lo anterior), la propia tipicidad cooperativa, en la salvaguarda del principio de autonomía de gestión y estatutaria o del principio democrático, es la que parece imponer la mayor barrera para la admisión de los grupos cooperativos.

2. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO: UN LÍMITE PARA LA TOMA DE CONTROL DE UNA COOPERATIVA

El primer elemento a considerar a efectos de la constitución de un grupo de sociedades cooperativas es determinar si es posible que una de ellas alcance un estado de dominación sobre otra u otras. En realidad, muy difícilmente, en el cumplimiento de la regla "un socio-un voto", esencia del principio cooperativo democrático¹⁵¹, es posible obtener el control¹⁵² de una cooperativa por otra entidad (cooperativa o no), por elevada que pueda resultar la participación en su capital social. Planteamiento de tan fuerte raigambre en la doctrina y legislación cooperativa que no quiebra ni en aquellos supuestos en que se admite la ruptura de tal principio democrático y se da entrada al principio proporcional o de voto ponderado.

¹⁵¹ Principio democrático confirmado en el Congreso de la ACI de 1995, y presente en las leyes estatal y autonómicas de cooperativas, exigiendo igualdad de derechos de voto en las cooperativas de primer grado y organización democrática en las de otros grados [Segundo principio: "*Las cooperativas son organizaciones gestionadas democráticamente por los socios, los cuales participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones (...). En las cooperativas de primer grado, los socios tienen iguales derechos de voto (un socio, un voto), y las cooperativas de otros grados están también organizadas de forma democrática*" (Declaración de la ACI sobre la identidad cooperativa, *REVESCO* n° 61, *cit.*, pág. 13)]. Críticamente sobre la extensión de la democracia y de los atributos que le son propios al Derecho de sociedades con la consiguiente institucionalización del estatuto de socio como si fuera el estatuto de ciudadano, véase PAZ ARES, C., "*¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?*", *cit.*, págs.187-188. El autor subraya cómo esta idea ha llevado a la doctrina a insistir en la naturaleza indisponible del principio de igualdad de trato o de igualdad de derechos de los socios en la sociedad de responsabilidad limitada, lo que ha actuado como límite a la libertad contractual (Cfr. art. 5 LSRL).

¹⁵² Sobre la ausencia de un concepto unitario de control, pese a su reiterado empleo en la normas sobre grupos, RUIZ PERIS, J.I., "Grupos de empresas", *cit.*, págs. 1.468-1.469; idem, "Significado del control", *cit.*, págs. 3.325 y ss. "Con carácter general, cabe entender que existe control cuando un sujeto ostenta un poder frente a otro que le permite influenciar de forma decisiva, duradera y general la gestión del segundo", (*est. ult. cit.*, pág. 3.329), ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del Mercado Financiero*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 181.

Esta circunstancia está reconocida en nuestro Derecho vigente, tanto para las cooperativas de primer grado -aunque sólo para las constituidas al amparo de algunas leyes autonómicas, o las de crédito-, como para las de grado ulterior -y, aquí sí, con carácter general-. Ciertamente, el voto ponderado supone la alteración del *voto viril o por cabeza* y posibilita la distinta intensidad de la participación de los socios en la toma de decisiones de la cooperativa; ello, lógicamente, podría llevar a unos socios a situaciones de poder frente al resto. Sin embargo, diversas medidas previstas en las leyes de cooperativas pretenden impedir la toma de control de la entidad por uno o varios socios, salvaguardando así el principio democrático imperante en dichas sociedades. Básicamente, el respeto a este «principio configurador» de la sociedad cooperativa se consigue con un triple límite: el del especial criterio de atribución del voto proporcional, el del número máximo (y mínimo) de votos por socio, y el límite de carácter institucional.

2.1. LA ADMISION DEL PRINCIPIO PROPORCIONAL. EL CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DEL VOTO PONDERADO COMO PRIMER LIMITE Y SALVAGUARDA DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

En sede cooperativa el voto proporcional constituye una excepción y, como tal, es tratado con cautela¹⁵³. Viene a trasladar a estas entidades el criterio capitalista o plutocrático de atribución de votos, aunque modulado por su peculiar tipicidad. Así, frente a la ecuación «acción-voto» típica de la sociedad anónima, que provoca que el derecho de voto del socio resulte proporcional a su participación en el capital -al margen sus posibles limitaciones-¹⁵⁴, se establece

¹⁵³ Sobre las reservas a la admisión del denominado "voto plural" en las cooperativas, LAMBERT, P., *La doctrina cooperativa, cit.*, págs. 58-70; DABORMIDA, R., "Evoluzione dei principî e del diritto cooperativo: dall'utopia all'imprenditoria del futuro", *Riv. della Coop.*, nº 31, 1987, págs. 55-78, págs. 70-73 (también en *AECOOP*, 1988, págs. 87-110); GROSSO, P., "I controlli interni nelle società cooperative", *Quad. Giur. Comm.*, nº 117, Ed. Giuffré, Milano, 1990, págs. 159-160.

¹⁵⁴ EMBID IRUJO, J.M., "El voto plural en la sociedad anónima (Comentario a la STS (Sala 1ª), de 5 de noviembre de 1990)", *La Ley*, 1991, T. 1º, págs. 690-696; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La limitación del número máximo de votos", *cit.*, págs. 271-319;

un criterio distinto que se podría concretar en «*mutualidad-voto*». Pese a lo llamativo de su enunciado, la fórmula resulta expresiva de la realidad sobre la que se sustenta el principio proporcional: la actividad cooperativizada realizada por los socios con la cooperativa. Es este el criterio que, con carácter general, instituye el legislador cooperativo cuando se decide a romper el principio un socio-un voto¹⁵⁵. No es menos cierto que utiliza otro criterio, el del número de socios de la entidad titular del derecho de voto, pero preferentemente para la cooperación secundaria¹⁵⁶; o el de participación en el capital social, pero limitado al estricto ámbito de las cooperativas de crédito¹⁵⁷, con un carácter, por tanto, muy excepcional¹⁵⁸.

A nuestro juicio, se encuentra aquí la primera garantía de mantenimiento del principio democrático: la desigualdad de voto viene provocada por la desigual participación en la mutualidad, con lo que se respeta la paridad de trato de los cooperativistas¹⁵⁹. Es cierto que no todos tienen sólo un voto; es más, puede que no todos tengan el mismo número de votos, pero éste es directamente proporcional al grado de participación en la actividad cooperativizada. A mayor participación, mayor derecho de voto; no se trata, por tanto, de originar

TOBIO RIVAS, A.M^a., *Limitaciones a los derechos de asistencia y voto, cit.*, págs. 123-183; RECALDE CASTELLS, A., *Limitación estatutaria del derecho de voto, cit.*

¹⁵⁵ Arts. 26.2,4 y 6 LCoop; 35.2 y 131 LCEuskadi; 34.1 y 3 LCCataluña; 52.2 LSCAndaluzas; 76.1, 82.3 y 86.4 LCCValenciana; 35.2.2º párrafo y art. 66.5.b) LFCNavarra; 126.1.b LSCExtremadura; 36.2 y 130.6 LCGalicia; 32.1, 80.4, 78.3 LC Aragón; 35 y 126.1 LCCMadrid; 9.2 LCCrédito.

¹⁵⁶ Para las cooperativas de primer grado, arts. 34.2 LCCataluña; 82.3 LCCValenciana; 9.2 LCCrédito. Para las cooperativas de grado ulterior, arts. 26.6 LCoop; 131.1 LCEuskadi; 34.3 LCCataluña; 52.2 LCAndaluzas; 91.3 LCCValenciana; 35.2 LFCNavarra; 161.1 LSCExtremadura; 130.6 LCGalicia; 32.2 LC Aragón; 35 y 126.1 LCCMadrid; 9.2 LCCrédito.

¹⁵⁷ Está también previsto el criterio capitalista de atribución del derecho de voto, de modo exclusivo o preferente, para los socios minoritarios de las cooperativas mixtas reguladas en los arts. 136 LCEuskadi y 107 LCoop. Véase, *infra* Cap. 4º, II.3.3.C).

¹⁵⁸ Art. 9.2 LCCrédito y art. 82.3 LCCValenciana y Decreto 2/1997, de 7 de enero, del Gobierno Valenciano. El art. 35.3 LCEuskadi se remite también a la normativa especial de las cooperativas de crédito (LCCr) para la determinación del derecho de voto en estas cooperativas puesto que en el ámbito de esta Comunidad Autónoma no existe regulación propia, salvo lo dispuesto en el art. 119 LCEuskadi.

¹⁵⁹ Estamos ante lo que GIRON TENA, J., (*Derecho de sociedades anónimas, cit.*, pág. 186) denominaba el principio de igualdad de trato, en este caso, no de los accionistas, sino de los cooperativistas, que significa, simplemente, "la aplicación de la regla de igualdad de medida, ínsita en la noción de justicia, a los socios. Trato igual de los iguales y desigual, proporcionalmente, de los desiguales, para que la igualdad de módulo permanezca".

privilegios en esta materia, o dicho de otro modo, de una discriminatoria atribución del voto¹⁶⁰. En realidad, se prima, desde el punto de vista de los derechos políticos, la mayor vinculación del socio con la cooperativa, en estrecha relación con lo que sucede en el marco de sus derechos económicos, donde el criterio de atribución de los excedentes disponibles resulta ser también el del porcentaje de participación en la actividad cooperativizada¹⁶¹. Se trata, pues, de una ruptura del principio democrático "controlada"; no parece ser contrario a la esencia de la cooperación que el mayor poder de decisión quede en manos de aquellos socios que "más trabajan por la cooperativa" o que más colaboran para que ésta resulte viable¹⁶².

Por esta razón hemos prescindido de utilizar la expresión «voto plural» a la hora de referirnos al voto ponderado. Desde nuestro punto de vista, no nos encontramos ante un supuesto estricto de voto plural, pese a que ésta es la genérica calificación que la doctrina otorga a estas situaciones¹⁶³. El voto plural implicaría conceder a socios con idéntica posición frente a la cooperativa, diferente derecho de voto, cosa que no sucede en las previsiones del legislador

¹⁶⁰ El respeto al principio de igualdad exige que la ruptura del principio democrático nunca pueda suponer una discriminatoria atribución del voto, ni originar privilegios en favor de algunos socios.

¹⁶¹ Así, arts. 58.4 LCoop; 67.4 LCEuskadi; 63.2 LCCataluña; 91.4 LSCAndaluzas; 59.3.b LCCValencia; 51.3 LFCNavarra; 62.2 LSCExtremadura; 67.2 LCGalicia; 58.2 LC Aragón; 60.2.e LCCMadrid.

¹⁶² No se trata de una derogación del principio democrático, sino de dar relevancia al grado de participación en la actividad cooperativizada, sin que se altere el equilibrio basado en las personas de los socios. Lo que se produce es una sustitución de la regla de igualdad indiscriminada, por la de desigualdad ponderada. Como advierte LLUIS Y NAVAS, J., (*Derecho de cooperativas, cit.*, Tomo I., pág. 347), esta fórmula "tiene la ventaja de dar más votos a quien parece tener más intereses legítimos".

¹⁶³ Así, PAZ CANALEJO, N., "Las cooperativas de segundo y ulterior grado", *RDP*, 1977, págs. 495-522, págs. 504-505; *Ley General de Cooperativas, cit.*, Vol. 2º, Art. 47, págs. 440 y ss.; EMBID IRUJO, J.M., "Modelos de integración", *cit.*, pág. 48; *Concentración de empresas, cit.*, págs. 41 y ss.; "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, pág. 433; "La integración cooperativa y su tratamiento", *cit.*, pág. 230; BORJABAD GONZALO, P.J., *Manual de Derecho Cooperativo, cit.*, págs. 91-92; LLOBREGAT HURTADO, Mª L., "La reforma de la legislación cooperativa", *cit.*, págs. 146-167. Por su parte, VICENT CHULIA, F., parece optar por la referencia al voto proporcional o ponderado, y más claramente, ALBORCH BATALLER, C., (*El derecho de voto del accionista (supuestos especiales)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 200) reserva la expresión «acciones de voto plural» para aquellas que atribuyen el derecho de voto en mayor proporción que respecto de la parte alícuota del capital que representan.

de cooperativas¹⁶⁴. Desde un punto de vista terminológico, sólo algunas de las normas reguladoras de estos extremos hacen alusión al «voto plural»¹⁶⁵, si bien se están refiriendo igualmente al voto ponderado o proporcional, expresión más comunmente utilizada por las leyes de cooperativas. Tampoco tendría nada de particular que bajo la denominación de voto proporcional la letra de la ley encerrara supuestos de verdadero voto plural, directo o indirecto. Pero no parece ser tampoco el espíritu de la norma la admisión de este sistema¹⁶⁶; el voto plural es siempre un voto de calidad, supone atribuir a un/os socio/s, con idéntica posición que el resto, un mayor número de votos, quedando así alterado el principio de igualdad entre socios. De tal forma que, por su especificidad, y por la modificación que entraña respecto de dicho principio, de haber sido éste el criterio elegido para romper el voto por cabeza, su admisión hubiera requerido una expresa y concreta previsión legal, como sucede, por ejemplo, en la LSRL, donde sí resulta posible, vía estatutos, el voto plural¹⁶⁷. O incluso es

¹⁶⁴ Pensamos que por ello realiza PAZ CANALEJO, N., (*Ley General de Cooperativas, cit., Vol. 2º, Art. 47, pág. 440*) la precisión de que nuestro sistema legal descarta todo voto plural que no sea estrictamente proporcional.

¹⁶⁵ Arts. 26 LCoop; 52.2 LSCAndaluzas; 82.3 y 86.4 LCCValenciana; 36 LCGalicia y 111.5 LCCMadrid. Introduce la expresión «voto múltiple» el art. 32.2 LC Aragón en las cooperativas de segundo grado.

¹⁶⁶ Ni siquiera en las leyes en las que se utiliza dicha denominación, pues la "*pluralidad de voto*" siempre se hace depender de una circunstancia objetiva y sólo es posible en función de la misma (el número de socios o la participación en la actividad cooperativizada).

¹⁶⁷ Supuesto que cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto, «*salvo disposición contraria de los estatutos*» (art. 53.4 LSRL), puede ser que estatutariamente se establezca que cada participación otorgue más de un voto (art. 184.2.1º RRM) -incluso que existan participaciones sin voto-. Conectando esta posibilidad con la admisión del desigual valor nominal de las participaciones que introduce el art. 5.1 LSRL, la consecuencia es la ruptura del principio proporcional capital/valor nominal/derecho de voto en la sociedad limitada. Podrán existir participaciones que, pese a su inferior valor nominal respecto de otras, otorguen a sus titulares derecho a emitir mayor número de votos que los que concedan estas últimas. Se trata de un claro supuesto de voto plural, prohibido, como se sabe, en el ámbito de la sociedad anónima, y que requiere de una especial atención a la hora de redactar los estatutos, pues como advierte ALONSO ESPINOSA, F.J., ["La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (Aspectos generales)", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T.II, Sociedades Mercantiles, Ed. Cívitas, Madrid, 1996, págs. 1.443-1.462, pág. 1.454], "tal norma podría dar lugar a desigualdades no queridas ante la atribución del derecho de voto". Sobre la admisión o no de las participaciones sin voto, la doctrina no es unánime; así hay quienes no ponen demasiados reparos a su previsión estatutaria (ALONSO ESPINOSA, F.J., "La posición jurídica del socio", *cit.*, pág. 1.454; ECHEBARRIA SAENZ, J.A., "Participaciones con voto privilegiado y principio de mayoría en la sociedad de responsabilidad limitada", en *Estudios Duque*, Vol. I, *cit.*, págs. 193-221, págs. 208-213; MENENDEZ MENENDEZ, A., "La significación de la reforma. Configuración y representación de la participación social", *Tratando, cit.*, págs. 23-57, págs. 46-47), y quienes

admisible en el estricto ámbito de las sociedades personalistas, donde tienen cabida los pactos que alteren la igualdad entre los socios en este concreto aspecto del derecho de voto¹⁶⁸. Por el contrario, desde nuestro punto de vista, la expresa indicación de un criterio de proporcionalidad con el que cuantificar el derecho de voto de cada socio supone la exclusión del voto plural para las sociedades cooperativas¹⁶⁹.

2.2. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO PROPORCIONAL

A) El voto proporcional en las cooperativas de base

En el ámbito de la cooperación de primer grado son destacables las excepciones a la regla general «un socio, un voto» contenidas en el sector de las cooperativas de crédito¹⁷⁰, en la mayoría de las leyes autonómicas¹⁷¹ y en la

se manifiestan contrarios a tal posibilidad (LOBATO, M., "Sobre las participaciones de voto plural y las participaciones sin voto. Estudio del art. 53.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", *La Ley*, nº 3.980, 22-II-1996, págs. 1-4).

¹⁶⁸ Como afirma GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pág. 448), *el voto "es un derecho de todo socio de sociedad colectiva. Pero en la realidad, la adaptación de estas sociedades a las circunstancias personales concurrentes hace más interesantes que esa uniformidad del derecho, las posibilidades de configuración concreta. Las directrices de tratamiento son, de una parte, la regla de libertad contractual, pues se trata de un tema de relaciones jurídicas internas, y, de otra, la de moral que vicia los supuestos de sumisión injustificada al arbitrio de otro" [la cursiva es nuestra].*

¹⁶⁹ Exclusión que queda también de manifiesto en la falta de previsión, en casi todas las leyes de cooperativas, del voto de calidad o voto dirimente del presidente de la Asamblea o cualquier otro supuesto de voto plural cuyas manifestaciones han tenido ocasión de ser tratadas por la Jurisprudencia con relación a las sociedades de capital. (Sobre la oportunidad de la no previsión de la técnica del voto dirimente, PAZ CANALEJO, N., *Ley General de Cooperativas*, *cit.*, Vol. 2º, Art. 47, págs. 445-446, y bibliografía allí citada). La excepción la constituyen el Reglamento de las Cooperativas Sanitarias de segundo o ulterior grado -art. 2º.d Decreto de la Generalidad de Cataluña n. 76/1993, de 13 de julio (RCoopS)-, y la LCCMadrid (art. 35.7) que remiten a los estatutos la decisión respecto del voto de calidad del Presidente de la Asamblea general (véase *infra* Cap. 6º, III.2.C).c). Sobre la admisibilidad en la LSRL del voto dirimente del Presidente de la junta, administradores o socios privilegiados, siempre que tanto el primero como los segundos sean socios, véase ECHEBARRIA SAENZ, J.A., "Participaciones con voto", *cit.*, pág. 201.

¹⁷⁰ Art. 9.2 LCCr y art. 20 RCCr, así como arts. 34.2 y 92.1. LCCataluña, 82.3 LCCValenciana y 8.4 del Decreto nº 2/1997, de 7 de enero, de la Consellería de Economía y Hacienda de la Comunidad Valenciana, de Cooperativas de Crédito. Normas reguladoras (DOCV 20-1-1997).

LCoop¹⁷², que introducen el voto ponderado con previsión estatutaria¹⁷³. Se trata de un avance cualitativamente significativo de nuestras más modernas leyes de cooperativas¹⁷⁴ que, aún tímido, viene a ser una respuesta a las necesidades de algunas clases de cooperativas, frecuentemente las de mayor número de socios -crédito y agrarias-, que requerían un tratamiento de las Asambleas generales y del ejercicio del derecho de voto más acordes a la realidad sobre la que descansan. De la regulación del voto proporcional que se contiene en dichas normas se pueden extraer los siguientes modelos correctores del principio democrático según cuál sea el módulo elegido para la atribución del derecho de voto¹⁷⁵:

a) En atención a la actividad cooperativizada:

Este criterio de atribución del voto es el utilizado con mayor frecuencia por nuestras leyes por venir a primar el grado de vinculación o compromiso del socio con la cooperativa, ya que es la actividad cooperativizada la que satisface la necesidad socio-económica común impulsora de la constitución de la cooperativa (y de la ulterior entrada de socios), así como la que condiciona la adscripción de la cooperativa a una de las clases previstas por cada ley. En

¹⁷¹ A excepción de la LSCAndaluzas. Véanse arts. 35.2 LCEuskadi; 34.2 y 3 LCCataluña; 33.1 LCCValenciana; 35.2 y 62.5 LFCNavarra; 33.1 y 126.1.b LSCExtremadura; 36.2 LCGalicia; 32.1, 80.4, 78.3 LC Aragón; 109.3.d y 111.5 LCCMadrid.

¹⁷² Art. 26.2 y 3 LCoop.

¹⁷³ En nuestra doctrina, en general, no se encuentran opiniones contrarias a la admisión del voto proporcional; aunque la ausencia de crítica sólo es predicable del hecho en sí, esto es, de la admisión del voto ponderado. No se puede decir lo mismo respecto de su regulación, dada la imprecisión con que es objeto de tratamiento en las leyes de cooperativas que lo reconocen. Sobre estos extremos, con relación a la LCCataluña, BORJABAD GONZALO, P., *Manual de Derecho Cooperativo*, cit., pág. 282.

¹⁷⁴ No se encuentran referentes semejantes en ninguna de las leyes de cooperativas anteriores a la Ley de cooperativas de crédito.

¹⁷⁵ En lo que respecta al derecho de voto, el segundo principio de la ACI (gestión democrática por parte de los socios) se limita a señalar que «en las cooperativas de primer grado, los socios tienen iguales derechos de voto (un socio, un voto), y las cooperativas de otros grados están también organizadas de forma democrática» (Versión en lengua española de la *Declaración de la ACI sobre la identidad cooperativa* en REVESCO, nº 61, cit., pág. 13). Ciertamente, la igualdad de derecho de voto que proclama el segundo principio, y el acento que éste pone en el voto por cabeza -al menos en la cooperación primaria-, parece no tener fiel reflejo en nuestro Derecho positivo, donde cada vez son más frecuentes las excepciones. La «infidelidad» del legislador cooperativo a sus propios principios obliga a indagar sobre la adaptación o modulación que de ellos se ha realizado al incorporarlos a los textos positivos.

algunas ocasiones, el criterio de la actividad cooperativizada será el único admitido; en otras será sólo uno de los posibles entre varias opciones.

a') La actividad cooperativizada es el único criterio admitido por la LFCNavarra, por la LSCExtremadura, por la LC Aragón, por la LCCMadrid y por la LCGalicia para atribuir el voto ponderado. Las dos primeras tan sólo para las cooperativas agrarias; la tercera y la cuarta, también para las de servicios; y la quinta, incluye a las cooperativas del mar.

En cuanto a la LFCNavarra y a la LSCExtremadura, aunque dichas normas establecen el derecho de cada socio de las cooperativas de primer grado a un voto en la Asamblea general, lo hacen «*sin perjuicio de lo dispuesto en*» los artículos relativos a las cooperativas de aquella clase¹⁷⁶. Y es, precisamente, en las cooperativas agrarias de base en las que se viene a introducir, con una complicada fórmula, el voto ponderado¹⁷⁷. Según el régimen previsto, los estatutos *regularán* este voto ponderado¹⁷⁸, debiéndose limitar a establecer los

¹⁷⁶ Así, arts. 35.2 y 62 LFCNavarra y 33.1 y 126.1 LSCExtremadura. La nueva LFCNavarra ha venido a dar respuesta, fundamentalmente, a determinadas necesidades planteadas por las cooperativas agrarias, de elevado peso específico en el Consejo Cooperativo de Navarra, por lo que no es de extrañar que las principales modificaciones vengan referidas a esta clase de cooperativas, y que en ellas tenga entrada en la cooperación primaria el voto proporcional.

¹⁷⁷ Por su carácter original, transcribimos el art. 62.5 LFCNavarra (de similar redacción al 126.1 LSCExtremadura): «5. Los estatutos de las sociedades cooperativas agrarias regularán el voto ponderado de cada socio en la Asamblea General bajo los siguientes principios de obligado cumplimiento: a) Se otorgará a cada socio entre uno y cinco votos, no pudiendo ser la ponderación inferior a tres (extremo no incluido en la LSCExtremadura). b) La distribución de votos a cada socio siempre se hará en función proporcional a la actividad o servicio cooperativizado y nunca en función de la aportación a capital social. c) Con la suficiente antelación a la celebración de cada Asamblea General, el Consejo Rector elaborará una relación en la que se establecerá el número de votos sociales que correspondan a cada socio, tomando para ello como base los datos de la actividad o servicio cooperativizado de cada uno de ellos referidos a los tres últimos ejercicios económicos. Dicha relación se expondrá en el domicilio social de la cooperativa durante los cinco días anteriores a la fecha de celebración de la Asamblea, a efectos de su posible impugnación por el socio disconforme a través de los cauces previstos en el art. 36 de la presente Ley Foral (o del art. 43 LSCExtremadura). d) Un reglamento de régimen interno aprobado por la Asamblea General establecerá en cada entidad la relación entre los votos sociales y la actividad cooperativizada necesaria para la distribución de los votos».

¹⁷⁸ La LFCNavarra utiliza la fórmula «los estatutos ... regularán», carácter imperativo que hace suponer la imposibilidad de optar por un sistema de voto por cabeza en las cooperativas agrarias. Es decir, los estatutos no pueden eludir la regulación del voto ponderado, que resulta

critérios para su efectividad, sin pasar a determinarlo. Precisión que resulta acertada, puesto que al estar el voto proporcional en función de una circunstancia tan cambiante como es la participación en la actividad o servicio cooperativizado, sería imposible su estática concreción en los estatutos¹⁷⁹. Sin embargo, la regulación estatutaria se ve sometida a lo que la ley denomina «principios de obligado cumplimiento» o «reglas imperativas»; esto es, pautas que sustraen a la autonomía de la voluntad determinados extremos, tales como el número de votos por socio y límite mínimo de la ponderación; el criterio de distribución de votos; el órgano competente para la asignación del voto y datos para su atribución; el derecho del socio disconforme a impugnar el número de votos asignados; o la exigencia de un reglamento de régimen interior que profile la distribución de los votos. Pero, por lo que ahora interesa, el derecho de voto estará en función de la actividad o servicio cooperativizado desarrollado por el socio durante los tres últimos ejercicios económicos¹⁸⁰. La relación entre votos sociales y actividad necesaria para la distribución de los mismos será concretada en un reglamento de régimen interno¹⁸¹, otorgándosele a cada socio de entre uno a cinco votos. Con este sistema, se quiere garantizar un mínimo de un voto por socio¹⁸² y un máximo de cinco. El hecho de que al socio le correspondan dos, tres, cuatro o cinco votos dependerá de su participación en la actividad cooperativizada y de los criterios aplicados por la entidad. Hasta aquí el sistema no ofrece dificultad¹⁸³ salvo en el ámbito de la

obligatoria para esta clase de cooperativas. No es así en la LSCExtremadura, en la cual los estatutos podrán optar entre un sistema de voto unitario o un sistema de voto ponderado.

¹⁷⁹ Otra solución exigiría, al menos, una anual modificación estatutaria de la cláusula determinante del derecho de voto por socio, para adecuarla a la efectiva participación en la actividad cooperativizada que resulte en función de los tres últimos ejercicios económicos, y eso sin tener en cuenta la modificación de estatutos que se debería realizar en caso de entrada de nuevos socios.

¹⁸⁰ Arts. 62.5 LFCNavarra y 126.1 LSCExtremadura. Serán los estatutos y el reglamento de régimen interno de cada entidad los que deban determinar el criterio de medida de esa actividad durante los tres últimos ejercicios ya que las opciones pueden ser variadas: tomar como referencia la media de los tres años, o sólo el ejercicio de más actividad, o el que arroje un menor índice de participación, etc.

¹⁸¹ Arts. 62.5.d LFCNavarra y 126.1.d LSCExtremadura. El Reglamento de Régimen Interno pasa a tener una existencia necesaria y no potestativa para las cooperativas agrarias.

¹⁸² Aclaración innecesaria puesto que ya los arts. 35.2 LFCNavarra y 33.1 LSCExtremadura parten del reconocimiento, en todo caso, del derecho de cada socio a un voto en la Asamblea general.

¹⁸³ Quizá tan sólo la de la necesaria coherencia del reglamento de régimen interno a la hora de reglar todos estos extremos.

LFCNavarra, que establece que la ponderación no puede ser inferior a tres votos, por lo que cabe pensar cuál sea el sentido de atribuir a un socio dos votos; opción que está dentro de lo posible -entre uno y cinco votos-, pero que no es válida como voto ponderado -puesto que éste no puede ser inferior a tres-. Quizá sea esta una medida para la protección de la minoría: el socio que haya cubierto los niveles de actividad necesarios para tener derecho al voto ponderado, podrá disfrutar de, al menos, tres votos en la Asamblea general y, como máximo, de cinco. Por el contrario, los socios que no alcancen el nivel mínimo exigido para la aplicación del mecanismo del voto proporcional podrán ser titulares de uno o de dos votos, según haya previsto la entidad. De optar por la asignación de un sólo voto, en la hipótesis más simple de sociedad de cinco socios, uno con derecho a cinco votos, y el resto con un voto, el socio mayoritario (en votos) impondría su voluntad frente a los minoritarios (en votos), pero que en número de socios representan la mayoría. Atribuir a los no ponderados dos votos, en el mismo supuesto anterior, trasladaría la mayoría de votos a la mayoría de socios¹⁸⁴. La discutible técnica del legislador navarro a la hora de redactar el precepto exigirá, pues, una detallada concreción estatutaria y reglamentaria de todos estos extremos, si se quieren evitar el máximo de impugnaciones de los derechos de voto asignados a los socios ante la celebración de cada Asamblea general.

Por su parte, la LCAragón y la LCCMadrid utilizan el criterio de la participación en la actividad para regular el voto proporcional, fundamentalmente, en las cooperativas agrarias y de servicios; a las que la LCGalicia añade las cooperativas del mar. Pero, además, la LCAragón lo permite para cualquier otra clase tan sólo respecto de los socios que sean cooperativas, sociedades controladas por éstas o entidades públicas¹⁸⁵.

¹⁸⁴ En nuestra opinión, se deberá optar por asignar a los socios que no puedan ser incluidos en la ponderación, o bien un voto, o bien dos, pero la opción deberá ser igual para todos. En otro caso nos encontraríamos en un supuesto de voto plural, que colocaría a estos socios, cuyo módulo de referencia es el mismo, en situación desigual entre ellos. Ello sería contrario tanto al más estricto principio democrático como al admitido principio proporcional que, como hemos visto, huye de las situaciones de privilegio.

¹⁸⁵ Cfr. arts. 32.1, 78.3 y 80.4 LCAragón; 109.3.d y 111.5 LCCMadrid; 36.2 LCGalicia.

b') La actividad cooperativizada es sólo uno, de entre los varios criterios de atribución del derecho de voto, en la LCCr, en la LCEuskadi, en la LCCataluña, en la LCCValenciana y en la LCoop; lo que varía es el alcance de la aplicación de dicho criterio pues en algunas ocasiones se hace extensivo a todas las clases de cooperativas y en otras tan sólo a algunas de ellas¹⁸⁶.

La LCEuskadi y la LCoop son las que se pronuncian en términos más generosos, al admitir la previsión estatutaria del voto proporcional a la actividad cooperativizada en cualquier clase de cooperativa¹⁸⁷. Lo que no hacen es instituirlo para cualquier socio sino, en principio, y al igual que la LC Aragón, sólo para los que sean cooperativas, sociedades controladas por éstas y entidades públicas¹⁸⁸, ya que el voto ponderado constituye una excepción a la regla general según la cual «cada socio tendrá un voto»¹⁸⁹. Serán los estatutos los que

¹⁸⁶ Conviene destacar el protagonismo que adquieren en estas normas, no sólo los estatutos, sino también los reglamentos de régimen interno, en la regulación del derecho de voto con un margen concedido a la autonomía de la voluntad infrecuente en el carácter reglamentista de las leyes cooperativas.

¹⁸⁷ O a las prestaciones complementarias a esta actividad en el marco de la intercooperación, según añade el art. 35.2 LCEuskadi. Véase art. 26.2 LCoop.

¹⁸⁸ Aunque la LCoop extiende la posibilidad a otras clases de cooperativas y para cualquier socio como se verá *infra*.

¹⁸⁹ Arts. 35.1 LCEuskadi y 26.1 LCoop. En el Anteproyecto de la LCoop los estatutos debían establecer «criterios objetivos» de atribución del voto ponderado, sin que la norma se decantara por ninguno en concreto. La autonomía privada cobraba en esta materia un relieve sin parangón en nuestras leyes de cooperativas, al poder ir más allá de la simple concreción de límites o de reglas de atribución de un módulo específico de voto proporcional. Los estatutos decidían el propio criterio (el de la actividad cooperativizada, el del número de socios de las entidades asociadas, el del capital social o cualquier otro, incluidas las combinaciones de los tres citados). Sin embargo, tal libre determinación no estaba carente de límites, siendo éstos los implícitos y propios del margen admitido para la autonomía de la voluntad en el propio Anteproyecto (art. 7.3); los criterios de atribución del voto plural no podían ser contrarios a las leyes ni contradecir «los principios configuradores de la sociedad cooperativa». En nuestra opinión, esta referencia a los principios configuradores se ha de conectar con la relativa a los principios cooperativos, de forma que unos y otros nos definen, al fondo, la misma realidad: los configuradores constituyen la concreción positiva de los cooperativos, pues a éstos últimos ha de ajustarse la constitución y el funcionamiento de las sociedades cooperativas. Tales principios (y los valores en que se fundamentan -«las cooperativas están basadas en los valores de la autoayuda, la autorresponsabilidad, la democracia, la igualdad, la equidad y la solidaridad. Siguiendo la tradición de sus fundadores, los socios cooperativos hacen suyos los valores éticos de la honestidad, la transparencia, la responsabilidad y la vocación social», Congreso de Manchester de 1995, REVESCO, nº 61, cit., pág 12-), no sólo determinan la regulación legal de la cooperativa, sino que condicionan la autonomía privada. Pero el respeto al principio de

deberán fijar con claridad los criterios de proporcionalidad del voto, que no queda exento de limitaciones. Así, el número de votos por socio [que no sea sociedad cooperativa¹⁹⁰] no podrá ser superior al tercio de los votos totales de la cooperativa¹⁹¹. Y es este último dato el que evidencia el distinto alcance subjetivo de las normas analizadas, pues pese a que pudiera parecer que sólo las cooperativas, o las entidades que la norma parece asimilar a éstas a efectos de voto, pueden ser las beneficiarias del sistema de voto proporcional, tal apreciación sólo es válida en el ámbito de la LCoop (como lo era en el de la LC Aragón), pero no en el de la LCEuskadi ya que la indicación que dicha norma contiene respecto del límite máximo de votos por socio no cooperativa parece admitir que también el resto de socios puedan beneficiarse del sistema. En tal caso, la conclusión ha de ser, no la de que el voto proporcional queda limitado a los socios cooperativas (o asimiladas), sino la de que, respecto de éstos, no hay límite de votos por socio ni por grupo de socios, mientras que sí lo hay para el grupo de socios no cooperativas. De ser ésto así, en las cooperativas vascas (no importa el grado) los socios personas jurídicas cooperativas pueden controlar la gestión social¹⁹², lo que podría llevar a situaciones calificables como «esperpénticas». Piénsese, por ejemplo, que supuesto que el criterio de atribución del voto ponderado es la participación en la actividad cooperativizada -criterio rector, asimismo, de la aplicación de retornos al socio¹⁹³-, una cooperativa, cuya participación fuera la máxima, obtendría el poder decisión en la entidad, además de ser el socio de mayor participación en los excedentes

igualdad exige, a nuestro juicio, que la ruptura del principio democrático nunca pueda suponer una discriminatoria atribución del voto ni originar privilegios en favor de algunos socios.

¹⁹⁰ En este extremo difieren la LCEuskadi y la LCoop: mientras que la LCEuskadi establece el límite sólo para los socios que no sean cooperativas, la LCoop lo establece con carácter general para cualquier socio. Guarda, así, silencio la LCEuskadi respecto del número máximo de votos a emitir por cada cooperativa socia; silencio que se reitera en la cooperación secundaria (art. 131.1 LCEuskadi).

¹⁹¹ Sobre el voto proporcional en la LCEuskadi, véase, SUSO VIDAL, J.M., "La confluencia del Derecho de sociedades mercantiles en el régimen de los órganos sociales de la Ley de Cooperativas de Euskadi de 1993", en *Estudios Menéndez*, T. II, *Sociedades Mercantiles*, cit., págs. 2.509-2.542, pág. 2.520.

¹⁹² A este respecto, se ha escrito (LLOBREGAT HURTADO, M^a L., "La reforma de la legislación", cit., pág. 160) que se rompe así "con la prohibición de la integración vertical o formación de grupos de sociedades, ya que a tenor de esta norma una cooperativa podría constituirse en sociedad dominante".

¹⁹³ Art. 67.4 LCEuskadi.

disponibles de la misma¹⁹⁴. Para evitar estas situaciones sería conveniente la previsión estatutaria de límites máximos de voto para las cooperativas socias; solución prevista de forma genérica en el resto de la legislación cooperativa para tales supuestos¹⁹⁵ y que reitera la LCoop.

Por su parte, la LCCValenciana y la LCCataluña admiten este criterio de voto ponderado tan sólo en el ámbito de las cooperativas agrarias y de servicios¹⁹⁶, con el límite, en cualquier caso, de tres votos sociales como máximo¹⁹⁷. La LCoop hace extensiva la opción, además, a las cooperativas de transportistas y a las del mar, con el límite de cinco votos sociales en las cuatro clases de cooperativas citadas y sin que quepa atribuir a un sólo socio más de un tercio del total de votos¹⁹⁸; y también a las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra respecto de los socios cedentes del goce de bienes a la cooperativa, a los que se les podrá atribuir el voto en función de la valoración de los bienes cedidos¹⁹⁹. Con respecto a las cooperativas de crédito, la actividad

¹⁹⁴ Situaciones de individualidad que resultan contrarias a los principios cooperativos, recogidos en el texto de la LCEuskadi y, en consecuencia, también contrarias a la Ley. Por ello quizá fuera preferible la indicación de un límite máximo de votos por socio.

¹⁹⁵ La concreción de dicho límite queda a la libre voluntad de cada cooperativa. Como orientación, se indican las previsiones de algunas leyes de cooperativas: así, se podría optar por el del 20% de la LCCr (arts. 9.2 y 7.3), o el de tres votos sociales de la LCCataluña (art. 34.1), o el de un tercio de la LFCNavarra y de la LCoop (arts. 35.2.3er párrafo y 26.2 respectivamente), dada la identidad de razón [derecho de voto de una entidad cooperativa en otra].

¹⁹⁶ Se ha cuestionado esta diferencia de trato o "trato de favor" para las cooperativas agrarias o de servicios, "a la que no acompaña justificación alguna" (LLOBREGAT HURTADO, M^a L., "La reforma de la legislación", *cit.*, pág. 159. Pero se ha reconocido que la introducción del voto ponderado en la LCCataluña es consecuencia directa de la previsión de este sistema en la Propuesta modificada de Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (Sobre el particular, FAJARDO GARCIA, I.G., "La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Económica Europea", en *Estudios Broseta*, Tomo I, *cit.*, págs. 1.113-1.177, págs. 1.175-1.176. Véase también *infra* Cap. 4^o, II.2.1.E).

¹⁹⁷ Arts. 76.1 y 86.4 LCCValenciana; art. 34.1 *in fine* LCCataluña. Sobre la problemática materialización del voto ponderado en dicha norma, dada la imprecisión con que es objeto de regulación, BORJABAD GONZALO, P., *Manual de Derecho Cooperativo*, *cit.*, pág. 282.

¹⁹⁸ Art. 26.4 LCoop. La norma no establece distinción alguna entre socios, por lo que entendemos que el voto proporcional se admite cualquiera que sea su condición, resultando el límite de cinco votos por socio genérico para todos ellos.

¹⁹⁹ Art. 26.5 LCoop. Pese a lo que pudiera parecer, el criterio de atribución del voto continua siendo el de la actividad cooperativizada ya que en esta clase de cooperativas se

cooperativizada sirve también de módulo de referencia en orden a la atribución del voto ponderado a las cooperativas sujetas al ámbito de aplicación de la LCCValenciana «en los términos y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente»²⁰⁰, esto es, debiendo recoger los estatutos los límites y reglas para asignar el voto «según lo señalado en la normativa estatal sobre cooperativas de crédito»²⁰¹, o de la LCCr²⁰². No obstante, el estudio del régimen previsto por la LCCr lo remitimos al apartado dedicado al criterio capitalista de atribución del voto proporcional por ser en él donde la norma plantea mayores problemas.

b) En atención al número de socios de la cooperativa o entidad asociada:

El segundo módulo de referencia para la atribución del voto ponderado es el conectado con el número de socios de la entidad que se integre en una sociedad cooperativa. Este criterio sólo resulta admitido para las cooperativas de

distinguen dos tipos de socios, los trabajadores, cuya actividad cooperativizada consiste en la prestación de trabajo personal -y a los que se les atribuye un voto por cabeza-, y los cedentes del uso y aprovechamiento de bienes, siendo su actividad cooperativizada la cesión de tales derechos (arts. 94-97 LCoop).

²⁰⁰ Art. 82.3 LCCValenciana.

²⁰¹ Art. 8.4 Decreto 2/1997, de 7 de enero. El Decreto 2/1997 deroga el Decreto 8/1986, de 10 de febrero y sus Ordenes de desarrollo; Decreto que fué objeto de un conflicto positivo de competencia, en concreto su artículos 3.2 y 6.1.a) y b). Véase a este respecto la STC núm. 204/1993, de 17 de junio (BOE 19-7-1993).

²⁰² El ámbito territorial de aplicación de la LCCr, hasta el momento, es todo el Estado a excepción de la Comunidad Valenciana y Cataluña pues la Comunidad Autónoma del País Vasco ha prescindido de la regulación del crédito cooperativo optando por la remisión, indirecta o tácita, a la ley estatal (así, cuando el art. 119.3 LCEuskadi remite a la «legislación especial aplicable», que en este caso no es otra que la propia LCCr). La razón por la que la Comunidad Autónoma del País vasco no tiene regulado el crédito cooperativo es que una Ley propia obligaría a las cooperativas de crédito a circunscribirse tan sólo a los tres territorios históricos - domicilio y ámbito- si quisieran quedar sometidas a la Ley vasca, cercenando las posibilidades de expansión a otras Comunidades limítrofes, como por ejemplo Navarra. Son por tanto motivaciones de estrategia empresarial del sector las que aconsejan el sometimiento a la Ley estatal; solución que nos parece más acertada que la de la LCCataluña. Ejemplo de la escasa operatividad de la regulación autonómica en esta materia es el de la Ley 4/1995, de 5 de abril, de Cooperativas de Crédito de extremadura, derogada al año de su vigencia por la Ley 2/1996, de 30 de mayo; su E. de M. señala como razones determinantes de la derogación, por un lado, «la falta de coherencia normativa que supone regular la parte y no el todo, al establecer una norma que afecta a las cooperativas de crédito y no disponer [en ese momento] de un marco normativo autonómico general de cooperativismo», y por otro la circunstancia de que «en caso de que prosperase el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Presidencia del Gobierno, haría fácilmente burlable esta norma, con graves perjuicios económicos para la región» (párrafos 2º y 3º de la E. de M. de la Ley 2/1996 -DOE, 16-7-1996).

crédito, aunque su ulterior concreción estatutaria queda condicionada por la ley que resulte aplicable a cada cooperativa en particular ya que en la regulación de esta clase de cooperativas compiten la LCCr, la LCCValenciana y la LCCataluña.

Así, por ejemplo, las cooperativas de crédito valencianas podrán optar en sus estatutos por el voto ponderado de acuerdo con el «número de socios *de las cooperativas asociadas* en lo términos y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente»²⁰³; desarrollo reglamentario que vuelve a insistir en la ponderación de acuerdo con el número de socios *de las cooperativas asociadas* y remite a los estatutos en cuanto a la fijación de los límites y reglas para asignar el voto plural (*sic.*) «según lo señalado en la normativa estatal sobre cooperativas de crédito»²⁰⁴. El sistema no queda exento de problemas, pues no hay que olvidar que el art. 6.1 del Decreto 2/1997 exige para la constitución de una cooperativa de crédito un mínimo de ciento cincuenta personas físicas o cinco personas jurídicas²⁰⁵, sin especificar naturaleza o forma societaria alguna²⁰⁶. Ello nos lleva a concluir que, supuesto que una cooperativa de crédito de primer grado puede estar constituida por personas jurídicas, cooperativas o no, tan sólo las cooperativas podrán disfrutar del voto ponderado en atención a su número de socios y no así el resto. Regulación que no se corresponde con el régimen previsto en la LCCr ni en su reglamento, normas a las que remite el art. 8.4 del

²⁰³ Art. 82.3 LCCValenciana.

²⁰⁴ Art. 8.4 Decreto 2/1997, de 7 de enero, de Cooperativas de Crédito.

²⁰⁵ En este caso, las personas jurídicas deberán llevar desarrollando la actividad propia de su objeto social [de las cooperativas de crédito] ininterrumpidamente desde, al menos, dos años antes de la fecha de creación (art. 6.1 Decreto 2/1997).

²⁰⁶ Tan sólo respecto de la cooperativa de crédito de segundo grado se refiere la norma a «dos de las cooperativas que integren el grupo promotor» a efectos de que ellas (al menos dos) sean de crédito. Así se extrae de la dicción del art. 6.2 del Decreto 2/1997 cuando indica que «vengan realizando su actividad específica [la de la cooperativa de segundo grado de crédito] por un plazo mínimo de dos años antes de la fecha de creación, y los miembros singulares de cada una cuenten con un mínimo de cien socios». Extremo este último que considero habrá que interpretar, no en el sentido de que los socios de la cooperativa de base tengan que ser personas jurídicas que, a su vez, agrupen a cien socios, sino en el de que la cooperativa de crédito que se integre en la de segundo grado tiene que estar formada por cien socios «singulares» -expresión que tampoco deja claro si «singular» quiere decir persona física o si sólo indica «miembros» y, en tal caso, tanto personas físicas como jurídicas-).

Decreto 2/1997, y en las cuales el voto proporcional se admite para cualquier persona jurídica²⁰⁷.

También la LCCataluña admite el voto proporcional al número de socios en las cooperativas de crédito pero exclusivamente para las cooperativas socias, sin que el número de votos por socio pueda ser superior al 20% del total de los votos²⁰⁸; tratamiento que resulta discriminatorio para las cooperativas de crédito circunscritas al ámbito competencial de dicha Comunidad Autónoma. En primer lugar, porque el voto ponderado no se admite para todos los socios, sino tan sólo para los de naturaleza cooperativa, en parangón con lo previsto en la LCCValenciana, pero contrario a lo que prevé la LCCr, que no establece tal distinción²⁰⁹. En segundo lugar, porque las cooperativas de crédito catalanas [a nuestro juicio, por exceso de celo competencial], ven limitada su elección en cuanto al criterio de atribución del voto ponderado tan sólo al número de socios²¹⁰, en tanto que las del resto del Estado disponen de un mayor margen de atribución del voto proporcional -número de socios, actividad cooperativizada, incluso capital²¹¹-. Cuestión ésta de cierta trascendencia, si se tiene en cuenta que la DF.Segunda de la LCCr. venía a declarar básicos, al amparo del art. 149.1.11 CE, los preceptos de dicha Ley, salvo algunas excepciones, entre las

²⁰⁷ Arts. 9.2, 7.3 LCCr y 20 RCCr. Parece, en cualquier caso, contrario al espíritu de las propias normas valencianas, pese a que literalmente así se diga, que de los tres criterios de admisión del voto ponderado en las cooperativas de crédito, para dos de ellos -actividad cooperativizada o capital social- no señale distinción alguna en cuanto a su atribución a las personas jurídicas (cooperativas o no), y en cambio uno de ellos -el relativo al número de socios- sí. Sobre todo no se alcanza a entender cómo en este último caso se limita la ponderación a las cooperativas y en cambio no se hace lo mismo con el criterio relativo al capital. Desde nuestro punto de vista, de existir alguna justificación para un trato diferente según la naturaleza o forma de las entidades socias, la habría respecto del criterio capitalista por resultar éste tradicionalmente contrario a la tipicidad cooperativa.

²⁰⁸ Arts. 34.2 y 92.1 LCCataluña.

²⁰⁹ Cfr. art. 9.2 LCCr. Régimen que viene a coincidir con el previsto en la LCCValenciana y en el Decreto 2/1997, de 7 de enero, de admitirse la interpretación literal de los arts. 82.3 LCCValenciana y 8.4 del Decreto.

²¹⁰ Cabría preguntarse si realmente tiene algún sentido especial introducir un régimen a estos efectos para las cooperativas de crédito de Cataluña distinto del previsto para las cooperativas de crédito del resto del Estado. Sobre todo, cuando el único criterio admisible para la ponderación de voto es el del número de socios, sin que puedan tener relevancia a dichos efectos las operaciones que el socio realice con la cooperativa de crédito. Críticamente sobre estos extremos, LLOBREGAT HURTADO, M^a L., "La reforma de la legislación", *cit.*, pág. 159.

²¹¹ Cfr. artd. 9.2 LCCr. y 82.3 LCCValenciana.

que no se contaba el art. 9.2 LCCr. Si este artículo tenía carácter básico, su función era garantizar a las cooperativas de crédito cierta libertad de actuación en orden al derecho de voto, por lo que la norma autonómica, en principio, no podía privar a *sus* cooperativas de las posibilidades que ofrecía la Ley sectorial; y si lo hiciera, estaría vulnerando el art. 9.2 LCCr. La solución al conflicto, no puramente teórico, sino real, la ofreció el Tribunal Constitucional, eliminando el carácter "básico" del art. 9.2 LCCr., por entender competencia catalana, y no estatal, la de desarrollar y concretar la estructura orgánica y funcional interna de las cooperativas de crédito²¹². En consecuencia, la opción de la LCCataluña es perfectamente admisible y ajustada al orden competencial²¹³.

c) En atención a las aportaciones al capital de la sociedad cooperativa:

Hasta la promulgación de la LCEuskadi, el criterio capitalista de atribución del derecho de voto constituía una excepción limitada, en exclusiva, a las cooperativas de crédito, salvo las reguladas por la LCCataluña para las cuales sólo se admite el criterio proporcional al número de socios. A partir de la LCEuskadi, el módulo capitalista también resulta admitido para las cooperativas mixtas, esto es, aquéllas en las que existen socios minoritarios titulares de partes sociales con voto representadas por títulos o anotaciones en cuenta; modelo que

²¹² STC núm. 155/1993, de 6 de mayo (BOE 28-5-1993), recurso de inconstitucionalidad planteado por la Generalidad de Cataluña contra algunos preceptos de la LCCr, entre ellos el art. 9.2. El mas alto Tribunal entendió que en esta norma "no se aprecia la mera función de garantizar una estructura común y uniforme de las cooperativas de crédito en todo el territorio nacional [que sería competencia exclusiva del Estado], sino una especificación de detalle incompatible con la finalidad de la competencia básica estatal, que vacía de contenido la competencia autonómica de desarrollar y concretar la estructura orgánica y funcional interna de las corporaciones de crédito, que no afecta directamente a la actividad crediticia". Quedaron también excepcionados de su carácter básico los arts. 3.3.2º párrafo, 8.3.b) y 9.4. Sobre esta sentencia, véase BALAGUER ESCRIG, C., "Una sentencia que invita a la exégesis", en *Crédito Cooperativo*, nº 64, 1993, págs. 9-18; VICENT CHULIA, F., "El nuevo estatuto jurídico de las cooperativas de crédito (I)", *RDBB*, nº 53, 1994, págs. 9-52, págs. 17 -nota 14- y 24).

²¹³ Cabe señalar que, por extensión, y con base en la STC núm. 155/1993, de 6 de mayo (BOE 28-5-1993), queda también privado del carácter básico que le atribuye la DF.Cuarta.B) del RCCr, el art. 20.2 de esta norma, referido al voto proporcional, por tratarse de una norma anterior a la Sentencia y constituir el desarrollo reglamentario del art. 9.2 que la misma considera no básico.

recoge también la LCoop²¹⁴. En estas cooperativas el derecho de voto de los socios minoritarios²¹⁵ puede estar determinado, de modo exclusivo o preferente, en función del capital aportado; sin embargo, pese a la innovación que la figura representa para nuestro Derecho cooperativo, no deja de tener un carácter meramente residual en cuanto al derecho de voto. Más interés despierta a estos efectos el criterio capitalista de atribución del derecho de voto en el marco de las cooperativas de crédito. Así, por la remisión que el art. 8.4 del Decreto valenciano 2/1997 realiza a la legislación estatal y por ser la LCCr la que introduce por primera vez en nuestra legislación cooperativa el criterio capitalista de atribución del voto ponderado, hemos considerado oportuno fijar la atención en esa última norma para el estudio de las reglas y límites del ejercicio del derecho de voto según tal criterio.

El art. 9.2 LCCr posibilita que en la Asamblea general de la cooperativa de crédito²¹⁶, el voto por socio sea único o proporcional, y en este último caso, referido bien a sus aportaciones al capital social, a la actividad desarrollada o a su número de socios²¹⁷. Pero el voto proporcional no es ilimitado: el art. 9.2 remite al 7.3 para la determinación de los límites de voto por socio. Lo que sucede es que dicha remisión admite, al menos, una doble interpretación. Este art. 7.3, en realidad, lo que regula es el importe total de las aportaciones de cada socio al capital social; diferenciando si se trata de persona jurídica (no más del 20%) o de persona física (no más del 2'5%), sin que las personas jurídicas no cooperativas puedan poseer más del 50% del capital social.

²¹⁴ Arts. 136 LCEuskadi y 107 LCoop, que reproduce, casi fielmente, el régimen previsto en la norma autonómica.

²¹⁵ Los socios minoritarios de las cooperativas mixtas son los titulares de partes sociales con voto, representadas mediante títulos o anotaciones en cuenta, libremente negociables en el mercado, si así lo prevén los estatutos, y sometidos a la legislación reguladora del mercado de valores (arts. 136 LCEuskadi y 107 LCoop). Entre todos los socios minoritarios no pueden ostentar más del 49% de los votos sociales (arts. 136.2.b LCEuskadi y 107.2 LCoop), quedando reservado para los socios mayoritarios (cooperadores) el 51% de los votos (arts. 136.2.a LCEuskadi y 107.2.a LCoop). Sobre el particular, véase *infra* Cap. 4º, II.3.3.B).

²¹⁶ Los criterios de atribución del voto proporcional previstos en la LCCr lo son con independencia del nivel estructural al que responda la cooperativa de que se trate: primer grado, segundo o ulteriores.

²¹⁷ Sobre las reglas a observar para la aplicación de los criterios de asignación del voto proporcional, art. 20 RCCr.

Según una primera interpretación²¹⁸, la presunta limitación de voto a la que alude el art. 9.2 no es tal; lo que hace la ley es limitar la cuantía de la aportación. Pero una vez efectuada ésta en los márgenes del art. 7.3, el derecho de voto se ejerce, sin limitación alguna, en relación directa a la aportación patrimonial verificada, salvo que los estatutos de la cooperativa de crédito hubieren matizado dicho ejercicio. Esto es así cuando el criterio de atribución del voto proporcional es el capitalista; aunque, en nuestra opinión, no es que no exista límite al voto ponderado, sino que éste viene marcado por el máximo admitido de aportación patrimonial: se limita la aportación, y ésta condiciona el máximo de votos. Pero la interpretación puede no resultar válida si el criterio por el que se opta es el proporcional al número de socios o a la actividad cooperativizada. Por ello se propone una explicación alternativa, según la cual la coordinación entre los arts. 9.2 y 7.3 LCCr, sí determina el límite de voto por socio, que se regirá por la proporción señalada en el art. 7.3. Esto es, cada socio no podrá tener más del 20% del total de votos, si es persona jurídica, o más del 2'5% si es persona física [cualquiera que fuere el criterio elegido de atribución del voto proporcional]²¹⁹.

Una duda más plantea el art. 7.3 LCCr: en él se establece que cuando se trate de "persona jurídica", el importe total de la aportación no podrá exceder del 20%; y su último párrafo determina que en ningún caso las «personas jurídicas que no tengan la condición de sociedad cooperativa» podrán poseer más del 50% del capital social. Cabría entender²²⁰ que en el primer inciso sólo se incluyen las cooperativas bajo la expresión "persona jurídica". Pero también se puede interpretar que el primer inciso se refiere al porcentaje máximo de aportación al capital social (y de voto) de cada socio persona jurídica (cooperativa o no), suponiendo el inciso final un límite a la suma total de aportaciones (y de votos), no de cada socio persona jurídica, sino de todos los

²¹⁸ En este sentido, EMBID IRUJO, J.M., "Modelos de integración", *cit.*, págs. 48-49; *Concentración de empresas*, *cit.*, pág. 43.

²¹⁹ Así, el sistema recuerda al previsto en el art. 105.2 LSA respecto de la previsión estatutaria del número máximo de votos que, con carácter general, puede emitir un mismo accionista.

²²⁰ En este sentido se manifiestan las dudas respecto al art. 7.3 por EMBID IRUJO, J.M., en *Concentración de empresas*, *cit.*, pág. 44.

socios personas jurídicas no cooperativas²²¹. Trasladada esta reflexión al ámbito de los límites al ejercicio del voto, significa que el control de la cooperativa deberá quedar, en cualquier caso, en manos de entidades de ese mismo carácter, impidiendo el de personas jurídicas no cooperativas²²². De tal manera que tres entidades cooperativas, cada una de ellas con un 20% del total de votos, podrían obtener una mayoría del 60% en la Asamblea General de la cooperativa de crédito. Lógicamente, la aritmética quiebra en caso de absentismo y/o desorganización de la masa de socios cooperativas, pudiendo quedar el control en manos de otras personas jurídicas, sin necesidad de rebasar el límite del 50%. Lo que sucedería, siguiendo con el ejemplo anterior, si además de los tres socios cooperativas existieran otras dos entidades no cooperativas; todos con el máximo del 20% del total de votos. Si las cooperativas no asistieran a las reuniones de la Asamblea general, o su criterio de voto no fuera coincidente, existiendo por el contrario coordinación entre los otros dos socios²²³, el 40% de estos últimos podría ser suficiente para controlar la cooperativa de crédito²²⁴.

B) El voto proporcional en la cooperación secundaria

En la cooperación secundaria el voto proporcional se ejercita por las cooperativas primarias en la entidad por ellas creada (cooperativa de segundo grado), nunca a la inversa. Y es que la entidad de segundo grado no tiene [en principio] derechos de voto en las primarias integradas²²⁵. Es más, en la

²²¹ De esta manera se estaría primando, y no restringiendo, la presencia de las personas jurídicas cooperativas en la cooperativa de crédito. Desde el punto de vista del derecho de voto, y con base en la segunda interpretación apuntada, la aplicación del límite del 50% a las personas jurídicas no cooperativas implicaría el imposible control de la cooperativa de crédito por esas entidades.

²²² Exigencia que concuerda con el nuevo cuarto principio de la ACI (autonomía e independencia) que, tras admitir el recurso a la financiación externa, impone que su captación deje asegurado el control democrático de la entidad por parte de los socios cooperativos.

²²³ Lo que nos acerca a los supuestos de convenciones de voto o pactos de sindicación, que serán revisados más adelante (*infra* Cap. 2º, II.3.1.C).

²²⁴ En este sentido manifiesta sus temores VICENT CHULIA, F., *Ley General de Cooperativas, cit.*, Vol. 3º, Art. 149, pág. 879.

²²⁵ Salvo que, a la vez, la cooperativa de segundo grado sea socia de una de primer grado de ella partícipe. En ese caso, como ya se advirtió, el derecho de voto de la cooperativa secundaria en la de primer grado se registrará por las normas generales de ejercicio del voto en la entidad primaria.

organización económica del cooperativismo no existe ninguna forma de "control" por acciones, no se utiliza la técnica de "ingeniería societaria"²²⁶ que caracteriza la política empresarial de grupo de las grandes realidades capitalistas, donde la relación entre los sujetos opera por vía "descendente", desde la cumbre hasta la base²²⁷. Por ello el voto ponderado que corresponde analizar es el que puede asignarse a las cooperativas primarias para su ejercicio en forma ascendente, desde la base hasta la cumbre.

A este respecto, la legislación cooperativa coincide al admitir el voto proporcional en las cooperativas de segundo o ulterior grado, aunque, eso sí, nunca con relación a la participación en el capital social²²⁸. Los criterios que deben barajar los estatutos para la atribución del voto ponderado son el del número de socios de la entidad de base o el de la participación de ésta en la actividad cooperativizada de la de segundo grado. Como garantía para el principio democrático, por regla general, el ejercicio del voto proporcional no podrá implicar la mayoría, pues los textos legales detallan un número máximo de votos por socio que lo impide²²⁹. La excepción la constituyen la LCEuskadi, la LSCExtremadura y la LC Aragón, que omiten cualquier referencia al número máximo de votos por socio, si éste es cooperativa²³⁰, o en cualquier caso²³¹. Será aquí posible entonces alcanzar y ejercer el control en la entidad de segundo

²²⁶ Expresión utilizada por ROJO, A., en su artículo "La escisión de sociedades" *cit.*, págs. 663-710, y aplicada por COLLANTONIO, G./ZEVÍ, A., ("La experiencia italiana en el tema de la integración cooperativa", *cit.*, págs. 167-181) a la concentración de sociedades.

²²⁷ Un ejemplo de esa vía descendente lo comporta el art. 42.4 del C. de c.: "*La sociedad dominante deberá incluir en sus cuentas consolidadas no sólo a las sociedades por ella directamente dominadas, sino también a las sucesivamente dominadas por éstas (...)*". Fenómeno calificado como "*subgrupo*" (categoría del concepto más amplio de grupo) por la exposición de motivos del RD 1815/1991, de 20 de diciembre (por el que se aprueban las normas para formulación de las cuentas anuales consolidadas).

²²⁸ Queda excepcionado de esta imposibilidad el supuesto de la cooperativa de segundo grado de crédito sometida a la ley estatal, puesto que los criterios de atribución del voto ponderado previstos en la LCCr y en la LCCValenciana, -entre ellos el proporcional a la aportación o capitalista- lo son con independencia del nivel estructural al que responda la cooperativa de que se trate.

²²⁹ Arts. 26.6 LCoop; 131.1 LCEuskadi y 160.1 LSCExtremadura -para los socios no cooperativos-; 34.3 LCCataluña; 52.2 LCAndaluzas; 92.1 LCCValenciana; 35.2.3er.pfo. LFCNavarra; 130.6 LCGalicia; 35.1 LCCMadrid.

²³⁰ Art. 131.1 LCEuskadi; 160.1 LSCExtremadura; 26.6 LCoop.

²³¹ Así art. 32.2 LC Aragón. La LCoop exige que la suma de votos plurales no alcance la mitad del número de socios (art. 26.7).

grado, sobre todo teniendo en cuenta que la misma ausencia de límite se mantiene en el seno del Consejo rector de ésta respecto del derecho de voto del representante de la cooperativa socia²³². Se reserva el estudio del derecho de voto en la cooperación secundaria para el Capítulo dedicado a esta forma de integración²³³.

2.3. LAS OTRAS DOS GARANTÍAS PARA EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO: LOS LÍMITES CUANTITATIVO E INSTITUCIONAL

De la regulación que del voto proporcional hacen nuestras leyes de cooperativas, se puede concluir que existen otros dos claros límites al ejercicio del mismo que sirven de garantía para el mantenimiento y respeto del principio democrático. El primer límite es de carácter cuantitativo: el número mínimo y máximo de votos por socio. El segundo es de carácter institucional: la previsión legal y la concreción estatutaria del voto ponderado y de los criterios de atribución del mismo, así como de su ejercicio.

A) El límite cuantitativo

El *límite mínimo* viene constituido por la exigencia de que cada socio tenga, al menos, un voto. No existe posibilidad alguna de suprimir el derecho de voto del socio, a salvo, claro está, la sanción de suspensión de este derecho²³⁴, o el supuesto de los socios en conflicto de intereses²³⁵. Así pues, con

²³² Art. 131.2.2º.pfo. LCEuskadi y art. 160.2 LSCExtremadura.

²³³ Sobre estos extremos, véase *in extenso*, infra Cap. 6º, III.2.1.B).

²³⁴ Arts. 18.4 LCoop; 52.3 LCCataluña; 41.4 LSCAndaluzas; 44.5 y 28 LFCNavarra; 25.4 LCGalicia; 29.1 y 4 LCEuskadi. En este último caso, sería necesaria la previsión en estatutos de la suspensión del derecho de voto por causa de morosidad pues el art. 58.5 LCEuskadi no contiene referencia alguna a la morosidad.

²³⁵ Arts. 26.8-9 y 42.1 LCoop; 35.5 LCEuskadi; 34.4 y 47.3 LCCataluña; 74.2 LSCAndaluzas; 44.1 LCCValenciana; 33.4 y 41.1 LSCExtremadura; 49.1 y 36.7 LCGalicia; 43.3 LCAragón; 35.6 LCCMadrid.

independencia de cuál sea la participación del socio en la entidad (desde un punto de vista económico o mutualístico), el hecho de pertenecer a la misma le confiere el derecho a emitir un voto en la Asamblea, a contribuir a la formación de la voluntad social²³⁶.

Por su parte, el *límite máximo* no es genérico, sino que varía según cada ley de cooperativas y según la clase de cooperativa de que se trate, como ya hemos visto. En cualquier caso, la imposición de un número máximo de votos por socio, y más en concreto, el hecho de que ese tope máximo impida (o pretenda impedir) la acumulación de la mayoría de votos en manos de un sólo socio, tiende a evitar el control de la cooperativa por una sólo persona, física o jurídica, cooperativa o no. No hay que olvidar que, además, los estatutos pueden dotar de mayor rigor los topes legales o contemplar acuerdos cuya adopción excluya la utilización del voto ponderado, volviendo entonces a regir el modelo básico o genérico de voto por cabeza²³⁷.

B) El límite institucional

El primer límite institucional es la exigencia de un expreso reconocimiento legal del voto ponderado. Sólo si la ley lo permite, los estatutos pueden optar por regular este sistema, excluyendo así el voto unipersonal²³⁸. Conexo al anterior, el segundo límite lo constituye la exigencia de previsión estatutaria del voto proporcional, bien originariamente, bien en un momento posterior, con

²³⁶ Como supuesto excepcional cabe señalar la situación del llamado «socio excedente» de la LCCataluña (art. 24) y de la LCGalicia (art. 28); del «socio honorífico» de la LSCExtremadura (art. 26.4); y del «asociado» de la LFCNavarra (art. 29), a los que se les reconoce voz pero no voto en la Asamblea general. Sobre estas figuras, véase *infra* Cap. 4º, II.3.3.D).

²³⁷ Sobre estos extremos, PAZ CANALEJO, N., *Ley General de Cooperativas*, cit., Vol. 2º, Art. 47, pág. 443. Sobre la licitud de las cláusulas estatutarias limitativas del número máximo de votos que puede emitir un socio en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 53.4 LSRL), y sobre la posibilidad de incluir en tal limitación a las «sociedades pertenecientes a un mismo grupo» como señala el art. 105.2 LSA por no afectar a «los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada», véase EMBID IRUJO, J.M., «La problemática de los grupos» en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, cit., pág. 1.237.

²³⁸ En algún supuesto la previsión legal marca la obligatoriedad de regulación estatutaria; cfr. art. 62.5 LFCNavarra y art. 126.1 LSCExtremadura, y *supra* Cap. 2º, II.2.2.A).a).

acuerdo en Asamblea adoptado por la mayoría exigida para la modificación de estatutos, puesto que de eso se trata. Queda, por tanto, a la concreción estatutaria la determinación clara «de los criterios de proporcionalidad del voto», resultando útil a estos efectos, la redacción de un reglamento de régimen interno como complemento a los estatutos, lo que eximiría de llevar a cabo modificaciones innecesarias caso de producirse alteraciones en la distribución de los votos por socio, y contaría con la garantía de su obligada aprobación por la Asamblea general²³⁹.

Como se ha visto, el principio democrático se mantiene, incluso tras el voto proporcional, porque, en ningún caso, éste significa posibilidad de ilimitada obtención de control²⁴⁰. Los límites impuestos al número de votos por socio determinan los márgenes donde articular el control de la cooperativa, evitando el dominio individual mayoritario en la Asamblea general²⁴¹. Por otro lado, las mayorías en la Asamblea serán siempre de votos, y no de capital, como corresponde a estas entidades, sin que sean computables los votos en blanco ni las abstenciones.

3. TÉCNICAS PARA LA OBTENCIÓN DE CONTROL: SU ADMISIBILIDAD EN DERECHO COOPERATIVO

3.1. TÉCNICAS SOCIETARIAS

²³⁹ Sobre la función complementaria del reglamento de régimen interno respecto de los estatutos, a los que se encuentran jerárquicamente subordinados, DUQUE DOMINGUEZ, J.F., "Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas", en *Derecho de sociedades anónimas*, I, *La fundación*, *cit.*, págs. 15-109, págs. 83-88. Véase, *infra* Cap. 6º, II.3.

²⁴⁰ A salvo los supuestos de ausencia de límite para las cooperativas socias de otra cooperativa de primero o segundo grado (arts. 26.5 LCoop, 35 y 131 LCEuskadi, 160 LSCExtremadura, 32.2 LC Aragón y 35.2 LCCMadrid).

²⁴¹ Como advierte EMBID IRUJO, J.M., ("Modelos de integración", *cit.*, pág. 60, nota 27), este criterio no es compartido en otros Ordenamientos, como por ejemplo en el alemán, donde el voto proporcional en la cooperación de segundo grado carece de restricción (parágrafo 43 apartado 2, de la Ley de Cooperativas alemana). Por su parte, vía previsión estatutaria, en las cooperativas de primer grado el voto unitario puede ser sustituido por el voto ponderado, aunque limitado a tres votos por socio.