

**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**

### A) Técnicas de adquisición inmediata del control societario

Las técnicas societarias de inmediata obtención de control<sup>242</sup>, tales como las OPAS o la cesión de control, devienen inoperativas por virtud de algunos de los principios configuradores de la sociedad cooperativa. En concreto, y en primer lugar, por su carácter de sociedad cerrada<sup>243</sup>, manifestado en su peculiar régimen de transmisión de aportaciones, y con ello, de la condición de socio; en segundo término, por el ya comentado principio democrático y la propia dinámica del derecho de voto.

Recordemos que a través de la OPA la *sociedad oferente*<sup>244</sup> se compromete a adquirir las participaciones sociales de todos los socios, o de los de una determinada serie o clase, de la *sociedad afectada*, durante un tiempo predeterminado y a precio fijo<sup>245</sup>, con la finalidad genérica de obtener o reforzar el control de la sociedad afectada<sup>246</sup>. Por su parte, la cesión de control

---

<sup>242</sup> EMBID IRUJO, J.M., "Medidas de defensa de una sociedad mercantil", *Cit.*, pág. 537.; *Grupos de sociedades, cit.*, pág. 38.

<sup>243</sup> Carácter cerrado que no choca con el principio de libre adhesión puesto que éste debe coordinarse con la voluntad de mantener en la cooperativa a los socios existentes en un concreto momento de la vida de la sociedad. Se tiende a que la entrada de socios en la cooperativa implique un aumento real o efectivo del número de cooperadores, y no una sustitución de socios por transmisión de aportaciones. Si un socio transmite, su aportación debe quedar, en principio, en manos de otro socio comprometido con la actividad cooperativizada. No se impide que entren nuevos socios, ni que salgan los existentes (puerta abierta), pero no a través de la mecánica de la transmisión de aportaciones. El alta o la baja de un socio conllevan tan importantes consecuencias para la cooperativa que su "control" se encomienda al Consejo Rector. Es esta una manifestación del marcado carácter personalista de estas entidades que exige considerar si el socio que pretende su acceso a la cooperativa está en condiciones objetivas de poder participar en la actividad cooperativizada, obligación fundamental del socio y sobre la que gravitan algunos de sus más importantes derechos. Esta garantía no se vería cumplida si se liberalizara el sistema de transmisión de aportaciones.

<sup>244</sup> Puede tratarse de una persona física o jurídica, pero generalmente se trata de una sociedad.

<sup>245</sup> Precio que puede consistir en dinero -*oferta de compra*- o en títulos emitidos por la propia sociedad oferente -*oferta de canje*-.

<sup>246</sup> EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades, cit.*, pág. 40. En general, sobre estos mecanismos, ZURITA Y SAENZ DE NAVARRETE, J., *La oferta pública de adquisición (OPA)*, Ed. Organismos Oficiales de la Administración, Madrid, 1980; *idem*, "Consideraciones para el estudio del régimen español de la oferta pública de adquisición de valores mobiliarios",

viene a provocar una sustitución en la posición de control de la sociedad, como consecuencia de la venta que realiza el titular de un número de acciones [susceptible de otorgarle el control, ya mayoritario, ya simplemente efectivo, de la sociedad], a otra empresa o sociedad, recibiendo como contraprestación, además del valor real de los títulos, el precio o prima de control<sup>247</sup>.

Pues bien, la aplicación de estas técnicas al ámbito cooperativo se enfrenta, *a priori*, con el rígido sistema de transmisión de la condición de socio. En la sociedad cooperativa la transmisión *inter vivos* sólo es posible entre socios<sup>248</sup>. Así que, en principio, cualquier socio -nunca un tercero- puede «adquirir» las aportaciones de otro socio en los términos que, en su caso, hubieren fijado los estatutos<sup>249</sup>. Lo que sucede es que tal transmisión no presupone una mayor toma de control en la cooperativa puesto que el derecho de voto no guarda relación con la posesión de capital<sup>250</sup>.

Por esta razón, en segundo lugar, estas técnicas societarias se muestran antitéticas con el principio democrático, tanto en su más pura concepción (voto por cabeza), como en el caso de su modulación por el principio proporcional, y ello porque de no admitirse el voto proporcional, el socio adquirente seguiría teniendo derecho sólo a un voto. En los supuestos de voto ponderado, porque al

---

*RDBB*, 1981, págs. 752-769; GARCIA DE ENTERRIA, J., "El control del poder societario en la gran empresa y la función disciplinar de las OPAs", *RDBB*, nº 47, 1992, págs. 665-689; HOPT, K.J., "Derechos y obligaciones de la dirección en relación con la composición del accionariado (Acerca del deber de neutralidad frente a una oferta pública de adquisición y a otros supuestos de cambio de socios)", *RDM*, nº 209, 1993, págs. 863-912, en especial, 885-886. De especial interés, AA.VV., *La lucha por el control de las grandes sociedades*, Ed. Euroconsorcio Jurídico y Financiero, Madrid, 1992. Sobre las modificaciones legislativas en los países de la Unión Europea y la última propuesta de 13ª Directiva relativa a las ofertas públicas de adquisición (7-2-1996), véase FERNANDEZ-ARMESTO, J., "Las opas y el mercado de control empresarial. Un balance de diez años de experiencia", *RDM*, nº 227, 1998, págs. 37-50.

<sup>247</sup> EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, *cit.*, pág. 50. Sobre los mecanismos que pretenden el equitativo reparto de la prima de control en los supuestos de cambio de control relevante, véase RUIZ PERIS, J.I., "Grupos de empresas", *cit.*, pág. 1.460.

<sup>248</sup> Arts. 50 LCoop; 62.1 LCEuskadi; 57.a LCCataluña; 54.1 LCCValenciana; 47.a LFCNavarra; 54.1 y 2 LSCExtremadura; 63.a LCGalicia; 54.1 LCAragón. Entre socios y también asociados, arts. 85.1 LSCAndaluzas y 54.1 LCCMadrid.

<sup>249</sup> Sobre transmisión de aportaciones, véase *infra* Cap. 6º, III.1.3.

<sup>250</sup> Régimen diferente del que se prevé en sede de sociedades limitadas, donde nada obsta a la obtención del control vía transmisión de participaciones por quien sea socio (art. 29 LSRL). Véase EMBID IRUJO, J.M., "La problemática de los grupos", en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, *cit.*, págs. 1.234-1.235.

no atribuirse éste en función del capital, salvo excepciones, se impide que la adquisición de aportaciones derive en una efectiva obtención de control en la Asamblea general, aunque se adquiriera del socio que pudiera ostentar el mayor número de votos (que no la mayoría). Así que el socio adquirente tendría derecho, exclusivamente, al número de votos que en atención a sus circunstancias personales con la cooperativa le correspondan, nunca al resultado de sumar sus votos previos con los del socio transmitente. No debe olvidarse tampoco otro límite a estos efectos, y es el del máximo de aportaciones al capital social que autoriza la ley para los socios cooperativistas. Nunca un socio podrá sobrepasar el porcentaje de posesión de capital que marque cada ley reguladora, y dicho límite marcará su aptitud para la adquisición de aportaciones<sup>251</sup>.

### B) Técnicas de adquisición sucesiva de control

También ha de rechazarse la utilización en las cooperativas de la mecánica que suponen las participaciones significativas. Es ésta una técnica de toma sucesiva del control societario a través de la adquisición, en etapas, de paquetes de títulos que por sí solos no determinan la obtención de control de una

---

<sup>251</sup> El total de aportaciones de cada socio al capital varía según cada norma. *Arts. 45.6 y 77.1 LCoop*: En primer grado, no podrá exceder de 1/3 del capital social, salvo que los socios sean cooperativas, sociedades sin ánimo de lucro o sociedades participadas mayoritariamente por cooperativas, para los cuales se estará a los estatutos. En las de segundo grado, no más del 50% del capital social. *Art. 57.4 LCEuskadi*: En primer grado, no más de 1/3 del capital social, salvo que los socios sean cooperativas o socios colaboradores. *Art. 51.3 LCCataluña*: En primer grado, no más del 25%, salvo las de trabajo asociado con tres socios, en que puede llegar a ser 1/3 del capital social. Para segundo grado, hasta el 40%. *Art. 77.5 LSCAndaluzas*: En primer grado, no más del 35% del capital. En segundo grado, se puede elevar el límite hasta el 50%. *Arts. 49.3 LCCValenciana y 49.3 LCCMadrid*: No podrá exceder del 45% en cooperativas de primer grado. *Art. 44.2 LFCNavarra*: Nunca más del 25%, salvo en las cooperativas de primer grado de menos de 10 socios, en las que se puede alcanzar el 33%. *Arts. 49.3 y 69.3.a) LSCExtremadura*: En primer grado no más de 1/3 del capital social, salvo en crédito o especiales que puede llegar al 40%. *Art. 58.5 y 130.1 LCGalicia*: En primer grado no más de 1/3, y en segundo grado no más del 50%. *Art. 48.4 LC Aragón*: En primer grado no más de 1/3 del capital social salvo para socios cooperativas, para los que no se establece límite tampoco en segundo grado.

sociedad<sup>252</sup>. Las razones para su inadmisión son las mismas que para las técnicas de adquisición inmediata: el obstáculo que suponen, a estos efectos, el sistema de transmisión de las aportaciones sociales (tan sólo a socios), y la desconexión entre posesión de capital y derecho de voto.

### C) Las convenciones de voto

No procede, sin embargo, una afirmación tan rotunda *ab initio* respecto de los pactos de sindicación de votos<sup>253</sup>, puesto que con ellos sí se puede llegar a alterar el «típico» ejercicio del derecho de voto. Los pactos de sindicación son considerados uno de los medios más tradicionales para formar y consolidar mayorías estables dentro de una sociedad<sup>254</sup>, y cabría preguntarse sobre su licitud y oportunidad en las sociedades cooperativas<sup>255</sup>. Es este un tema al que la doctrina no ha dedicado especial atención, pues, se aduce, que "dadas las limitaciones que actualmente presenta el estudio de los convenios de sindicación en los diferentes tipos sociales, el esfuerzo doctrinal debe concentrarse todavía

---

<sup>252</sup> EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, cit., pág. 38. Véase, ZURITA Y SAEZ DE NAVARRETE, J., "La adquisición de participaciones significativas y la OPA en el RD 1197/1991", *Der. de los Neg.*, nº 21, 1992, págs. 1-28.

<sup>253</sup> Para una visión general sobre esta materia, FERNANDEZ DEL POZO, L., "La transparencia de los sindicatos de voto entre accionistas. Su publicidad", *RDBB*, nº 45, 1992, págs. 83-125; MADRIDEJOS FERNANDEZ, J.M.<sup>a</sup>., "Los pactos parasociales", *AAMN*, T. XXXVII, págs. 187-223; MAMBRILLA RIVERA, V., "Caracterización jurídica de los convenios de voto entre accionistas", *RDM*, núms. 179-180, 1986, págs. 301-365; MENENDEZ MENENDEZ, A., "Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, Ed. Cívitas, Madrid, 1978, págs. 351-377; PEREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; VICENT CHULIA, F., "Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto", *RGD*, 1991, págs. 2.995-3.046; Voz "Sindicato de voto (Derecho Mercantil)", *EJB*, Vol. IV, págs. 6.234-6.239.

<sup>254</sup> EMBID IRUJO, J.M.; "La problemática de los grupos", *RdS*, cit., pág. 621. Sobre el pacto de sindicación como instrumento para alcanzar el control de un grupo de sociedades, LEMME, J., *Il «governo» del gruppo*, Ed. Cedam, Padova, 1997, págs. 151-159.

<sup>255</sup> FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., (Voz "Pacto parasocial", *EJB*, Vol. III, págs. 4.712-4.716, pág. 4.713), pone de manifiesto que los pactos parasociales no aparecen adscritos, en principio, a ningún tipo societario concreto, aunque de hecho, se circunscriben al ámbito de las sociedades de capital, y más en concreto, a la sociedad anónima.

en el plano concreto de la sociedad anónima"<sup>256</sup>. Sin embargo, se apunta que las objeciones frente a la sindicación de voto se acrecientan "a medida que las agrupaciones voluntarias de personas que tomamos como referencia se van alejando de la anónima (...); dificultades que se presentan en la sociedad colectiva o en la comanditaria y que llegan a su máxima expresión en la cooperativa"<sup>257</sup>, aunque queda sin aclarar cuáles sean dichas objeciones.

En realidad, el punto de partida del análisis, y de ahí su dificultad, es el del significado del derecho de voto en la sociedad cooperativa y los límites de su ejercicio lícito<sup>258</sup>. Límites que no sólo hacen referencia a los del Ordenamiento en general (ley, orden público, buena fe y no abuso de derecho) sino a las especiales exigencias de lealtad o respeto del socio a la causa mutualista referida a la cooperativa<sup>259</sup>.

Las leyes de cooperativas no contienen una alusión expresa a este respecto. El único texto legal que se refería a las convenciones de voto era la

---

<sup>256</sup> Así se manifiesta MENENDEZ MENENDEZ, A., ("Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima", *cit.*, pág. 355), y por la misma razón prescinden del estudio de esta materia en las cooperativas los autores que se han adentrado en las convenciones de voto (entre otros, MAMBRILLA RIVERA, V., "Caracterización jurídica de los convenios de voto", *cit.*, pág. 308; y PEREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la Junta General*, *cit.*, págs. 56-57).

<sup>257</sup> PEREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto para la Junta General*, *cit.*, págs. 56-57

<sup>258</sup> El tema es de tal extensión que precisaría una consideración más detenida, circunstancia que no se puede abordar en el presente trabajo. Por ello, se intentarán tratar sólo aquellos aspectos del mismo que ayuden a la aclaración de la posible toma de control en una sociedad cooperativa.

<sup>259</sup> En este sentido, advierte FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., (Voz "Pacto parasocial", *EJB*, Vol. III, *cit.*, pág. 4.714), cómo los pactos parasociales deben respetar las reglas que gobiernan la identidad morfológica y funcional del tipo societario. Con relación a la cooperativa, LLOBREGAT HURTADO, M<sup>a</sup>L., (*Mutualidad y empresas*, *cit.*, pág. 179), considera que el concepto de mutualidad se integra en la causa del contrato de cooperativa, pudiéndose entonces hablar de una causa mutualística como elemento específico común a todas las cooperativas. Críticamente sobre las conclusiones alcanzadas por LLOBREGAT, véase PANIAGUA ZURERA, M., *Mutualidad y lucro*, *cit.*, págs. 18-19, para quien no se debe confundir el carácter mutualista con el carácter cooperativo. Siguiendo a la doctrina italiana (Verrucoli) el autor sostiene que el carácter mutualista no es exclusivo de la cooperativa, sino que está presente, por imperativo legal en otras sociedades (mútuas, garantía recíproca, etc.) e incluso nada obsta para que aquellos tipos que no se organizan sobre una base mutualista la adopten en virtud del margen dado a la autonomía privada en cada uno de ellos (véase *ob. ult. cit.*, págs. 498-505)

LCCValenciana en su redacción de 1985 para declarar la nulidad e ineficacia de todo pacto de sindicación de voto, y en atención a ello se propuso que el silencio del resto de las leyes de cooperativas fuera salvado aplicando dicha regla<sup>260</sup>, en concordancia con el postulado de que los acuerdos han de ser resultado directo de la *decisión conjunta* de la Asamblea general de la cooperativa, al que se opondría el pacto de sindicación<sup>261</sup>. Desde esta perspectiva, las convenciones de voto, aún articulables como complemento al voto ponderado en los supuestos en que se admite, resultaban instrumentos ilegítimos a los efectos de la toma de control.

Pero parecía ésta una conclusión demasiado estricta, máxime cuando cualquier sanción de nulidad debe estar expresamente prevista en la Ley<sup>262</sup>. Por tanto, más que hacer extensiva la solución de la LCCValenciana de 1985 a cualquier supuesto de convenciones de voto<sup>263</sup> [por otra parte, suprimida en la redacción de 1995], si el indicador más relevante para atender a la licitud y validez del pacto de sindicación es su incidencia en la identidad morfológica y funcional de la cooperativa, dicho parámetro habrá de presidir el juicio sobre la

---

<sup>260</sup> Véase art. 32.2 *in fine* LCCValenciana- 1985- y EMBID IRUJO, J.M., "Modelos de integración", *cit.*, pág. 50; *Concentración de empresas*, *cit.*, págs. 46-47; "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, pág. 433. Acogiendo su criterio, VICENT CHULIA, F., *Ley General de Cooperativas*, *cit.*, Vol. 3º, Art. 149, pág. 880.

<sup>261</sup> Sobre estos extremos, y con referencia a la doctrina alemana que se ha ocupado del tema, véase EMBID IRUJO, J.M., "Modelos de integración", *cit.*, pág. 50; *Concentración de empresas*, *cit.*, págs. 46-47; "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, pág. 433.

<sup>262</sup> Resultaría de aplicación la regla de la licitud de lo no prohibido. Incluso encontramos ejemplos en la legislación societaria en que, aunque se repute la nulidad de cualquier acto, lo que en realidad está declarando la norma es la anulabilidad, la ineficacia o incluso la inoponibilidad del supuesto en concreto. Cfr., por ejemplo, arts. 115.2-116.1 LSA y 31.2 LCoop.

<sup>263</sup> Por otro lado, el Derecho autonómico no se ha concebido como supletorio del estatal, sino a la inversa. Así lo ha entendido el TC, que en su STC núm. 155/93, de 6 de mayo (BOE 28-5-1993) señala que "no cabe la pretendida norma autonómica supletoria de la estatal, siendo inconstitucional la que así lo disponga". Sería únicamente a través de los estatutos como se podría incorporar la antigua prohibición de la LCCValenciana. La STC núm. 118/96, de 27 de junio, sobre transportes (BOE 29-7-1996), ha venido a concretar más estos extremos al señalar que el carácter supletorio del Derecho estatal se refiere sólo al ámbito de la aplicación normativa, de forma que el Estado sólo puede dictar normas si dispone de un título competencial específico, «y la supletoriedad no lo es» (FJ 6º). Sobre el nuevo criterio de interpretación del TC y su incidencia en la legislación cooperativa, véase LEON SANZ, F.J., "Modificaciones estructurales de sociedades cooperativas", *cit.*, págs. 475. Con carácter general, véase *infra* Cap. 5º, I.2.1.A).

admisión o no de cada supuesto de hecho, sin que sea posible dar una respuesta de valor absoluto.

En orden a este análisis conviene previamente distinguir entre sindicatos de voto y pactos de sindicación<sup>264</sup>. Y ello porque el carácter más o menos permanente de unos y otros, puede ser determinante para la ulterior admisión. *El sindicato* tiende a influir de una manera estable y permanente en la vida de la sociedad, y no sólo en la adopción de un determinado acuerdo social; es por ello que presenta una estructura organizativa más o menos completa y compleja que suele venir reflejada en un contrato. Por su parte, *el pacto de sindicación* viene a constituir, simplemente, un compromiso sobre el ejercicio del derecho de voto para un asunto concreto o determinado<sup>265</sup>.

En principio, parece que la técnica de los sindicatos de voto, dado su carácter estable y su intención de permanencia, repugne al sistema cooperativo. El hecho de llegar a concluir un contrato de vinculación de voto, supone renunciar al ejercicio libre del derecho de voto por tiempo determinado y para todo tipo de acuerdo en Asamblea. Claro está que en la legislación cooperativa existen supuestos en que se hace dejación del derecho de voto, por ejemplo, si el socio no asiste a las reuniones, incluso cuando se abstiene de votar. Pero en estos dos casos no hay una renuncia en el sentido antes expuesto, sino que lo que está latente es una libre decisión del socio circunscrita a cada Asamblea en concreto o para cada acuerdo en particular. No serían éstos, en consecuencia, argumentos en favor de la admisión del sindicato. Por el contrario, sí se encuentran indicios contrarios a los sindicatos de voto en la regulación del sistema de representación en la Asamblea, o en la previsión de las Juntas preparatorias. En efecto, el hecho de que la representación sólo pueda conferirse a otro socio, que éste no pueda representar a más de dos, y que la delegación sólo proceda para una Asamblea concreta<sup>266</sup>, encierra la orientación del legislador en orden a que el voto sea ejercitado por el propio socio y según su

---

<sup>264</sup> En cualquier caso, de lo que se trata es de conseguir una influencia en la marcha de la sociedad, bien mediante la constitución de una mayoría para ostentar el control en la agrupación, bien mediante la articulación de una minoría organizada frente a aquélla.

<sup>265</sup> Sobre estos extremos, PEREZ MORIONES, A., *Los sindicatos de voto, cit.*, págs. 49-50.

<sup>266</sup> Sobre todos estos extremos, véase infra Cap. 6º, III, 2.1.A).

exclusiva voluntad<sup>267</sup>. Y la misma intención late respecto del delegado elegido en las Juntas preparatorias, en los supuestos en que tienen cabida las Asambleas de éstos<sup>268</sup>): aquél ostentará tantos votos como le hubieren sido delegados, sin que pueda tener mandato imperativo, siendo válida la delegación sólo para la Asamblea general concreta de que se trate<sup>269</sup>. Mediante el sindicato de voto se produciría una alteración de la causa mutualística cooperativa, infringiéndose, por tanto, uno de los límites próximos señalados para la licitud de esta fórmula de articulación de mayorías en la Asamblea general de la cooperativa.

La interpretación expuesta parece correcta si atendemos a una cooperativa donde esté vigente el voto por cabeza, incluso para aquéllas en que rige el voto ponderado, siendo sus socios sólo entidades cooperativas. Y ello, porque aquí no resulta necesario enfrentar el principio democrático a otro de los postulados fundamentales de la cooperación<sup>270</sup>: evitar que las entidades no cooperativas alcancen el control de una sociedad de esta naturaleza. No queda claro si atentaría o no a la causa mutualística cooperativa un sindicato de voto, entre las entidades cooperativas, tendente a evitar el control de los socios no cooperativos, y por ende, garantizar el de las cooperativas socias, creando un grupo homogéneo en el seno de la Asamblea general, o cuáles serían los límites materiales para la admisibilidad del mismo. Como se observa, no existe un único criterio válido para todos los casos, por lo que la conveniencia del sindicato dependerá de las particulares circunstancias de cada supuesto.

---

<sup>267</sup> Se piensa que la atribución indirecta de poderes decisorios encierra el riesgo de crear desequilibrios, o concentraciones de poderes contrarias a los principios democráticos que inspiran la sociedad cooperativa (Sobre estos extremos, VERGEZ SANCHEZ, M., *El Derecho de las cooperativas*, cit., pág. 42). Véanse arts. 27 LCoop; 34.4 LCEuskadi; 35.1 LCCataluña; 32.1 y 4 LSCAndaluzas; 33.3 LCCValenciana; 35.2 LFCNavarra; 33.1 LCAragón.

<sup>268</sup> Las Asambleas de delegados están pensadas para facilitar el funcionamiento del principio democrático, modificando el sistema de participación directa del socio en la Asamblea general en supuestos de cooperativas muy numerosas en socios (Cfr. VERGEZ SANCHEZ, M., *El Derecho de las cooperativas*, cit., pág. 43).

<sup>269</sup> Sobre las Asambleas de delegados, arts. 30 LCoop; 38 LCEuskadi; 36 LCCataluña; 55 LSCAndaluzas; 35 LCCValenciana; 39 LCGalicia; 35 LCAragón; 37 LCCMadrid.

<sup>270</sup> Una de las ventajas para el estudio de la materia en las coordenadas de la causa mutualista es la de disponer de un referente seguro, que no es otro que la concreta expresión de los principios cooperativos y su recepción en las leyes de cooperativas.

En cuanto a los pactos de sindicación, su carácter ocasional, puntual o no permanente, pudiera admitir una más laxa reflexión. Los mismos argumentos señalados como contrarios a los sindicatos de voto (voto por representante, Asambleas de delegados), parecen ahora jugar a favor de los pactos de sindicación. Si cabe la representación o la delegación puntual, ¿por qué no admitir un convenio de voto ocasional?<sup>271</sup>. En cualquier caso, la decisión no dejaría de ser adoptada en Asamblea, por lo que resulta irrelevante que la voluntad mayoritaria se alcance gracias a previos acuerdos de sindicación o como consecuencia del abstencionismo de los socios, o, incluso, del absentismo de éstos<sup>272</sup>. La respuesta acerca de la admisibilidad de los pactos de sindicación dependerá de la situación concreta que presente cada cooperativa en la que se pretenda sostener la licitud de los mismos<sup>273</sup>. Se convierte así en difícil la tarea de ofrecer una catalogación de todos los posibles supuestos, en atención a la cual extraer soluciones globales. Sin embargo, parece conveniente indicar algunas pautas en orden a su interpretación. Así, la práctica del pacto de sindicación resultará admisible si en ella confluyen las siguientes premisas:

a) Los partícipes en el pacto deben pertenecer a la cooperativa y tener derecho de voto. Quedan excluidos, por tanto, los terceros ajenos a la entidad<sup>274</sup>.

b) El pacto tiene cabida sólo cuando entra en juego el voto proporcional, pues al romperse en este supuesto la «tipicidad cooperativa» respecto del

---

<sup>271</sup> Como señala LLUIS Y NAVAS, J., (*Derecho de cooperativas, cit.*, Tomo I, pág. 350), "no hay ninguna garantía de que el criterio del representante coincida en todo con el representado, el representante falsea la pureza democrática en las grandes sociedades".

<sup>272</sup> No olvidemos que es una obligación legal de los socios la de asistir a las reuniones de la Asamblea general, pudiendo los estatutos regular el absentismo como falta grave o muy grave, y dar lugar a la imposición de una sanción al socio incumplidor (arts.; 22.a y 29 LCEuskadi; 23.b y 19 LCCataluña; 37.a y 41.1 LSCAndaluzas; 22.b y 10.k LCCValenciana; 27.2 y 28 LFCNavarra; 22.2.a y 28 LSCExtremadura; 24.a y 25 LCGalicia; 20.b y 24 LC Aragón; 23.1.a y 25.1 LCCMadrid). La LCoop (a diferencia de su antecesora, la LGC, arts. 34.2.a y 37) no alude al supuesto, pero pensamos que es posible su previsión estatutaria *ex art.* 15.1.

<sup>273</sup> Cada pacto de sindicación, como pacto parasocial, ha de ser objeto de un análisis individualizado (Sobre el particular, FERNANDEZ DE LA GANDARA, L./GARRIGOS, A./SANCHEZ, M.M., "Sindicato de voto y de bloqueo", *RdS*, nº 5, 1995, págs. 179-202, pág. 181).

<sup>274</sup> De lo contrario se contravendría el principio de que el gobierno y gestión de estas entidades corresponde exclusivamente a sus socios.

ejercicio de voto, resultan, en principio, admisibles técnicas contrarias al voto unitario.

c) El pacto deberá respetar el carácter vinculante de los principios ordenadores del sistema cooperativo y de la estructura de este tipo social, que constituyen los primeros límites a las facultades dispositivas de las partes, no resultando admisible si con él se vieran afectados.

d) El pacto tendrá, además, como límites los que deriven del propio ejercicio del voto ponderado: a') Los pactos de sindicación entre cooperativas deben tender a garantizar el control en la entidad. b') Si lo son entre entidades no cooperativas no pueden dar como resultado la obtención de una mayoría en la Asamblea. c') Los pactos mixtos no pueden alterar la exigencia de que el control de la entidad se reserve a las cooperativas.

Sin embargo, pese a su posible admisión, los pactos de sindicación tampoco sirven como técnica de obtención de control de una cooperativa por su carácter ocasional y puntual.

### 3.2. TECNICAS CONTRACTUALES

#### A) En especial, el contrato de dominación

Por otro lado, y respecto de las técnicas contractuales de obtención del control<sup>275</sup>, se suscita la duda respecto de la validez en nuestro Derecho de los

---

<sup>275</sup> A este respecto, se prescinde de los contratos sinalagmáticos o de cambio, por cuanto constituyen meras relaciones jurídicas externas de la sociedad, sin repercusión inmediata en su estructura interna a los efectos de obtención del control -como podría resultar de la concesión comercial, la franquicia, o cualquier contrato de distribución- (EMBED IRUJO, J.M., "Modelos de integración", *cit.*, págs. 50-51; "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, pág. 433). Sobre estos contratos, desde el punto de vista de la dependencia empresarial, véase VIRASSAMY, G.J., *Les contrats de dépendence (Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique)*, Ed. L.G.D.J., París, 1986; LEMME, J., *Il «governo» del gruppo*, *cit.*, págs. 136-150.

contratos de dominación<sup>276</sup>. Esto es, aquéllos cuya causa reside en la creación y modificación inmediata de la estructura de una asociación -en sentido amplio- y por los que se conceden poderes e imponen deberes para el cumplimiento de las competencias que harán posible el funcionamiento ulterior de la nueva entidad que resulta del proceso de agrupación de varios empresarios [hasta ese momento] independientes. En el marco de las sociedades de capital el contrato de dominación se cuestiona en la medida en que su conclusión pudiera postergar el interés social frente al interés de la sociedad dominante o del grupo<sup>277</sup>. En el ámbito cooperativo, porque pudiera resultar contrario a los principios de autonomía y gestión democrática y porque supondría el sometimiento del Consejo rector a la sociedad dominante, lo que pudiera contravenir su estatuto de funcionamiento<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> Sobre el contrato de dominación como instrumento ordenador de la figura del grupo por subordinación en los Ordenamientos que han regulado los grupos, véase *supra* Cap. 2º, I.C).b). Se define como aquél contrato por el cual se atribuye formalmente a la sociedad dominante el poder de impartir instrucciones vinculantes para los órganos de la sociedad dominada (Véase EMBID IRUJO, J.M., "Modelos de integración", *cit.*, pág. 50; *Concentración de empresas*, *cit.*, págs. 48-51; "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, pág. 433; DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado", *cit.*, págs. 565-566).

<sup>277</sup> Véanse arts. 115 LSA y 56 LSRL. En el Ordenamiento italiano el contrato de dominación se considera nulo por atentar contra dos principios inderogables del Derecho de sociedades: el de que los órganos sociales no pueden abdicar de su autonomía competencial en la dirección de los asuntos sociales y el de que la sociedad no puede en ningún caso obligarse a actuar en contradicción con su interés particular (así ABBADESSA, P., "I gruppi di società nel Diritto italiano", *I gruppi di società*, *cit.*, págs. 103-146, pág. 105). Sobre la base del principio general de autonomía negocial, en dicho Ordenamiento se admitía tan sólo la coordinación, es decir, la subordinación de la actividad de algún miembro del grupo a la dirección unitaria central, pero no el perjuicio de los intereses de uno o más miembros del grupo en favor del interés del grupo (así, CHIOMENTI, F., "Osservazioni per una costruzione giuridica del rapporto do gruppo fra imprese", *Riv. Dir. Comm.*, 1983, I, págs. 256-271, pág. 266). Sin embargo, más recientemente la doctrina se muestra favorable a la admisión de la licitud de tal contrato (véase JAEGER, P.G., "Le società del gruppo tra unificazione e autonomia", págs. 1.425 y ss, págs. 1.433 y ss. y SPADA, P., "L'alienazione del governo della società per azioni (contributo alla costruzione de un modelo conoscitivo)", págs. 2.175 y ss., ambos en AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Vols. II y III, respectivamente, Ed. Giuffrè, Venecia, 1996). En el Derecho francés la doctrina evidencia la imposibilidad de obtener válidamente por vía contractual una situación de control, en la medida en que una sociedad no puede abdicar convencionalmente de su propia autonomía de decisión (Véase BEJOT, M., *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1976, págs. 50-80).

<sup>278</sup> En contra de la admisibilidad en nuestro Derecho cooperativo del contrato de dominación, con base en los arts. 2 y 53.1 de la derogada LGC, y concordantes de la legislación autonómica, véase EMBID IRUJO, J.M., *Concentración de empresas*, *cit.*, págs. 48-54 (nota 59). Para el autor ("Modelos de integración", *cit.*, pág. 51), las referencias de nuestra legislación cooperativa a ciertos "vínculos", "consorcios" u "otras formas de colaboración", identifican

No obstante, si nuestro Ordenamiento admite la sumisión de una sociedad al control de otra, la unidad de decisión y la influencia dominante conseguidas gracias a técnicas societarias, encontrándonos en tales casos ante un grupo de sociedades<sup>279</sup>, pudiera pensarse que no deberían existir demasiados obstáculos para admitir que tal situación surja, también, de la libre voluntad de las sociedades interesadas plasmada en un contrato de dominación, de subordinación, de afiliación, o cualquiera que sea el nombre que se le quiera dar a esta figura contractual. Y en tal caso, incluso habría que admitir que las sociedades cooperativas puedan valerse de tal instrumento en orden a instituirse en sociedades dominantes o cabezas de grupo, puesto que tal *status* pueden ya obtenerlo a través de técnicas societarias<sup>280</sup>. Lo que no resultaría admisible sería la creación de un grupo por subordinación en el que tanto sociedad dominante como sociedad dominada fueran cooperativas dada la resistencia que manifiesta la sociedad cooperativa a ser dominada o dirigida, en atención al principio de autonomía de gestión. De forma que, en principio, entre sociedades cooperativas sólo resultarán admisibles aquéllas técnicas contractuales que comprometan a las sociedades a actuar según las directrices previamente concertadas dando lugar a un grupo de cooperativas paritario<sup>281</sup>.

Alguna referencia a figuras cercanas al contrato de dominación podríamos encontrar en el Anexo 71 del RD 1080/1992, de 11 de septiembre -que enumera ciertos procedimientos aptos para llevar a cabo una operación de concentración-, en especial en lo relativo a «*cualquier contrato o figura jurídica que confiera el*

---

figuras que en forma alguna se pueden comparar al contrato de dominación. Por el contrario, MASSAGUER, J., ("La estructura interna", *cit.*, pág. 315, nota 84), considera que la referencia del art. 43.2.g LGC -mantenida en los arts. 21.2.f LCoop y 31.3.i) LCEuskadi- a toda decisión que suponga «*modificación sustancial en la estructura económica, -social-, organizativa o funcional de la cooperativa*» "permite traer a esta sede otros contratos creadores de un grupo de sociedades, particularmente el contrato de dominación". Sin embargo, no se puede ignorar que la cita es sólo parcial, pues no se trata de un acuerdo específico que pretenda tal *modificación sustancial* sino que ella es consecuencia de un acto de *enajenación o cesión de la empresa* por cualquier título, o de alguna parte de ella. Y en tal sentido, la enajenación o cesión de empresa puede ser considerado un contrato de empresa (par. 292.1.3º AktG), pero no un contrato de dominación.

<sup>279</sup> Cfr. art. 1 RD 1815/1991, art. 4 LMV, art. 87 LSA.

<sup>280</sup> Siempre y cuando la participación en una estructura de tal naturaleza no desvirtúe la finalidad para la cual se constituyó la sociedad cooperativa y sirva para el mejor desarrollo de su actividad. Véase *supra*, Cap. 2º, II.1.

<sup>281</sup> Véase *infra* Cap. 3º, III.

*control de una empresa*». Parece, entonces que, en principio, por vía contractual se puede obtener el control de una empresa. Pero es precisamente la alusión al control la que entorpece la identificación del supuesto como contrato de dominación pues para integrar esa noción de control se remite al art. 42 C. de c., con el inconveniente de que, como es sabido, en tal artículo sólo se prevén supuestos de control por participación o vía órgano de administración, sin que se aluda a la dirección unitaria, elemento esencial de aquél contrato. Por lo tanto, «contrato o figura jurídica» que confiera el control no es más que el que permite obtenerlo a través de técnicas societarias [v.gr. contrato por el que se llegue a poseer o a disponer de la mayoría de los derechos de voto, o a tener la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración o haber procedido a su efectivo nombramiento, lo que presupone la posesión de capital suficiente para la votación en la Junta a tales efectos<sup>282</sup>].

Podríamos entonces concluir que nuestro Derecho permanece ajeno a los grupos por subordinación de base contractual<sup>283</sup>. A su vez, la practica de las empresas españolas evidencia que los grupos que existen en el mercado son grupos por participación, grupos personales o grupos mixtos, donde el ejercicio de la dirección unitaria, potencial o efectivo, siempre se deriva de una relación de control<sup>284</sup>. En tal situación ¿qué interés puede mover a las sociedades a concluir un contrato de dominación si su celebración no se impone por la ley o, de no ser obligatorio, si ésta no dota a la institución de ciertas prerrogativas que la conviertan en atractiva para las partes contratantes?. Las normas sobre grupos -en los Ordenamientos que los regulan- vienen a teñir de legalidad una previa

---

<sup>282</sup> V.gr., la cesión de control, las convenciones de voto, los pactos de sindicación, etc.

<sup>283</sup> Hay quien considera que la formación de un grupo con base contractual sería una consecuencia más del principio de libertad de empresa (art. 38 CE) que no agota su significación en el plano de la empresa aislada sino que se proyecta también en el plano de la agrupación (ROJO, A., "Los grupos de sociedades", *cit.*, pág. 477). Continúa el autor señalando que "del mismo modo que (...) existe un principio de libertad de acceso al mercado y de libertad de elección de forma jurídica, debe entenderse que existe igualmente un principio de libertad de agrupación de empresas jurídicamente autónomas y un principio de libertad de configuración del grupo, de modo tal que éste pueda organizarse según los propios criterios de quienes participan en la agrupación".

<sup>284</sup> Sobre la práctica española en esta materia, véase ROJO, A., "Los problemas de adaptación del Derecho español al derecho comunitario", *cit.*, pág. 172; "Los grupos de sociedades", *cit.*, pág. 477

situación fáctica de dominio obtenida a través de técnicas societarias<sup>285</sup>. La expresa regulación del supuesto pretende avalar el ejercicio de la dirección unitaria por parte de la sociedad dominante convirtiendo así en vinculantes, salvo pacto en contrario, las instrucciones que se dirijan a la sociedad dominada, incluso las que le puedan resultar desventajosas, alterando las reglas generales del Derecho de sociedades<sup>286</sup>. En contrapartida, la sociedad dominante se verá obligada a asumir cierto grado de responsabilidad por las deudas y pérdidas de la sociedad dependiente, en la pretensión de lograr cierto grado de equilibrio en las prestaciones derivadas del contrato<sup>287</sup>. En definitiva, lo que se pretende es persuadir a las sociedades que se encuentran en situación [fáctica] de grupo a que formalicen la misma y le doten de una publicidad en salvaguarda de la seguridad del tráfico<sup>288</sup>; es decir, que el grupo de hecho se convierta en grupo de derecho. Pero en nuestro Ordenamiento el grupo aunque se estructure con base en un contrato de dominación seguirá siendo de hecho, quedando por determinar el régimen jurídico aplicable<sup>289</sup>.

La doctrina se ha mantenido al margen de cualquier pronunciamiento relativo a la admisibilidad en nuestro Ordenamiento del contrato de dominación<sup>290</sup>. Son frecuentes los estudios en torno a dicha figura en el contexto de los Ordenamientos que la regulan, así como también los análisis

---

<sup>285</sup> Cfr. par. 291 AktG; art. 493 C. de las ss.cc.; art. 265 LSpA.brasileña.

<sup>286</sup> Cfr. par. 308 AktG; art. 503 C. de las ss.cc.; art. 273 LSpA.brasileña.

<sup>287</sup> Cfr. pars. 302 y 309 AktG y art. 501 C. de las ss.cc., no así en el Derecho brasileño (véase TEIXEIRA/GUERRERO, *Das sociedades anonimas*, cit, pág. 775).

<sup>288</sup> Cfr. par. 294 AktG; art. 498 C. de las ss.cc.; art. 271 LSpA.brasileña.

<sup>289</sup> Considera EMBID IRUJO, J.M., ("Grupos y gobierno corporativo", cit., pág. 604) que el hecho de permitir la conclusión de un negocio jurídico-organizativo como instrumento de constitución y, en su caso, de ordenación interna del grupo, permitiría elaborar un régimen, aún elemental, referido a los aspectos más esenciales del grupo, dotando a éste de seguridad jurídica y legalizando el poder de dirección en su seno.

<sup>290</sup> A excepción de EMBID IRUJO, J.M., ("Grupos y gobierno corporativo", cit., pág. 604; *Grupos de sociedades*, cit., págs. 64-69 y autores allí citados; "Los grupos de sociedades como problema jurídico" -en prensa, págs. 34-36-), quien se manifiesta claramente a favor de tal instrumento contractual. El comité de Estudios francés presidido por SUDREAU, P., propugnaba en los años setenta fórmulas contractuales de creación de grupos, asimilables a los grupos del Derecho alemán, aunque sin prever un procedimiento particular para concertar tal contrato que, en cualquier caso, debería expresar la dependencia de una sociedad respecto a otra. Sobre el *Informe Sudreau*, véase GUYENOT, J., "La adaptación del Derecho de sociedades a las realidades de la empresa", *REFC*, Vol. VI, núms. 20-21, 1977, págs. 307-335, págs. 326-328.

sobre los problemas generales planteados por los grupos cuya base es la subordinación y el ejercicio de la dirección unitaria respaldada por una previa vinculación societaria<sup>291</sup>. Pero la sumisión por vía contractual a la dirección unitaria tan sólo ha sido tratada con referencia al grupo por coordinación<sup>292</sup>. Se podría adelantar que ante la ausencia de regulación del supuesto la celebración de un contrato de dominación sólo podrá reputarse válida, en virtud de la autonomía negocial, de no resultar contrario a las leyes, a la moral o al orden público (arts. 1.255 C.c. y 53 C. de c.)<sup>293</sup>. Pero incluso para ello sería preciso esbozar los elementos esenciales y accesorios de tal contrato, definir el conjunto de derechos y obligaciones que surgirían del mismo y determinar su adecuación a los principios de nuestro Derecho de sociedades. Obviamente, el tema precisa de un análisis más detallado que el que se puede ofrecer en el marco del presente trabajo, cuya finalidad no es el estudio pormenorizado del fenómeno que representan los grupos de sociedades, sino el encaje de las sociedades cooperativas en las estructuras de grupo. No se olvide, además, que el supuesto no ha sido objeto de un tratamiento análogo en los Ordenamientos que lo regulan, siendo el único elemento común la sumisión a la dirección unitaria y difiriendo tanto en las obligaciones que asumen las sociedades integradas como en las medidas de protección de socios libres y acreedores, de forma que el intento teórico de traslación de la figura a nuestro Ordenamiento exigiría la elaboración de un «contrato-modelo» integrador de las diversas opciones legislativas<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> DUQUE DOMINGUEZ, J., EMBID IRUJO, J.M., MASSAGUER, J.

<sup>292</sup> Véase, por todos, SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria", *cit.*

<sup>293</sup> Véase, REVERTE NAVARRO, A., "Comentario al artículo 1.255", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (Dir. ALBALADEJO/DIAZ ALABART), T. XVII, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1993, págs. 100-295; BATLLE SALES, G., "Las convenciones ilícitas en los negocios mercantiles. Reflexiones en torno al artículo 53 del Código de Comercio", *RDM*, núm. 205, 1992, págs. 445-468.

<sup>294</sup> La doctrina italiana parece no mostrarse favorable a la figura. Así, CHIOMENTI, F., ("Osservazioni per una costruzione", *cit.*, pág. 265) considera que para crear una relación de grupo no es necesaria la estipulación de un contrato expreso, ni la tipicidad legal de este contrato. La previsión legal es necesaria para que el grupo, aparte de coordinar y subordinar la actividad de las sociedades del grupo, pueda sacrificar el interés de una o varias de las sociedades controladas en beneficio del interés del grupo. En Derecho francés, la doctrina evidencia cómo a través de ciertas convenciones, si bien no se obtiene un control directo, se puede establecer indirectamente una situación de dependencia; se citan como instrumentos a tal efecto el contrato de integración industrial y/o comercial, el contrato de *location-gérance*, o incluso la *sous-*

En cualquier caso se debe recordar que el elemento esencial de un contrato de tales características ha de ser la posibilidad de ejercicio por parte de la [futura] sociedad dominante de la dirección unitaria sobre la [futura] sociedad o sociedades dominadas o dependientes. A tal fin, el contrato deberá tener por objeto específico la subordinación de una sociedad a la dirección de otra, lo que se conseguirá a través de la impartición de instrucciones vinculantes para la sociedad dominada y que hará surgir, necesariamente, derechos y obligaciones para cada una de las sociedades integradas. Con ello se persigue la satisfacción de una necesidad de estrategia empresarial que se traduce en el beneficio que puede representar para cada sociedad la participación en la estructura de grupo<sup>295</sup>: para la sociedad dominante será el ejercicio de la dirección unitaria que le permita obtener una posición más ventajosa en el mercado; para la sociedad dominada, la participación en una estructura más amplia que le dota de estabilidad reduciendo el riesgo derivado del ejercicio de su actividad de forma autónoma<sup>296</sup>. Ahora bien, como se ha escrito<sup>297</sup>, el sólo recurso a la autonomía de la voluntad no es habilitación suficiente para que del contrato de dominación se desplieguen los efectos citados, sino que el ejercicio de aquélla ha de tener

---

*traitance industrielle* (Véase DI CATALDO, V., "I gruppi di società nel Diritto francese", *Il gruppi di società*, cit., págs. 275-333, págs. 282 y 297, VIRASSAMY, G.J., *Les contrats de dépendance*, cit., págs. 19-44).

<sup>295</sup> En el Derecho alemán el contrato de dominación se considera un contrato abstracto, desprovisto de causa, que delimita el contenido y la extensión de los poderes surgidos del mismo. Sobre el particular, véase DUQUE DOMINGUEZ, J., "Las uniones de empresa", cit., págs. 409-410.

<sup>296</sup> Desde esta perspectiva, en principio, el contrato no tiene porqué ser en, sí mismo, contrario al interés social pues éste bien puede ser incorporarse a una organización (la empresa plural) y a una estrategia empresarial más segura. Otra cosa será determinar si en el caso de una previa vinculación de control, el acuerdo de la Junta general de la sociedad dominada, adoptado gracias a los derechos de voto del accionista sociedad dominante, puede considerarse un acuerdo lesivo para los intereses sociales en beneficio de un accionista. Estaríamos, entonces, ante un conflicto de intereses entre el socio de control y la sociedad, supuesto para el cual el *Informe Olivencia* sobre el gobierno de las sociedades recomienda la abstención de los «accionistas significativos» en las votaciones de la Junta en las que, directa o indirectamente, tengan un interés propio (Véase Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los consejeros de administración de las sociedades, presentado el 12-2-1998 y publicado en *Der. de los Neg.*, nº 92, 1998, págs. 104-129, pág. 122). Críticamente sobre tal recomendación, dada la imposibilidad de impedir el derecho de voto salvo habilitación legal expresa, véase ALONSO LEDESMA, C., "El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital", en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, cit., págs. 615-664, págs. 654-655.

<sup>297</sup> En tal sentido, EMBID IRUJO, J.M., ("Grupos y gobierno corporativo", cit., pág. 604; "El grupo de sociedades como problema jurídico" -en prensa-, págs. 35-36) considera que si el grupo es una estructura legítima, debe ser admitida la licitud de su instrumento, esto es, el contrato de dominación.

como fundamento previo y genérico la legitimidad del grupo, es decir, su reconocimiento en el Ordenamiento jurídico, pudiéndose entonces afirmar que si es legítimo el grupo, también debe serlo el instrumento que lo haga posible<sup>298</sup>.

## B) Celebración del contrato de dominación

### a) Legitimación para la celebración de un contrato de dominación<sup>299</sup> :

La celebración de un contrato pertenece al ámbito de las relaciones externas de la sociedad, de modo que, en principio, y dado que los administradores tienen encomendada la función de administración y, en consecuencia, las facultades de gestión y representación de la sociedad, pudiera parecer que están legitimados para vincular a la sociedad en un contrato de dominación<sup>300</sup>. No obstante, su celebración va a producir efectos en el ámbito interno pues la dirección unitaria derivada del mismo va a provocar modificaciones en la estructura de las sociedades partícipes: en la sociedad dominante por tener que ejercerla; en la sociedad dominada por tener que asumir las instrucciones de aquella. En definitiva, el contrato de dominación transforma la empresa social unitaria en una empresa policorporativa creando un grupo por subordinación; su celebración es, en sí, un acto de iniciativa empresarial para el cual no están habilitados los administradores pues su competencia gerencial sólo ampara el ejercicio de la actividad constitutiva del

---

<sup>298</sup> A tal fin se ha propuesto por EMBID IRUJO, J.M., ("Los grupos de sociedades como problema jurídico", -*en prensa, cit.*-, págs. 33-36), la llamada a la contribución notarial (tan importante en su momento en el surgimiento y consolidación de la sociedad de responsabilidad limitada dentro de un marco normativo que la ignoraba), en orden a la documentación del contrato en escritura pública, instrumento idóneo para el acceso del grupo a la vida jurídica autenticando los aspectos más relevantes de su particular estructura.

<sup>299</sup> Para mayor claridad expositiva se utilizarán las expresiones «sociedad», «junta general» o «administradores» con independencia de tipo societario alguno. No obstante conviene tener en cuenta que como sociedades dominantes se va a considerar a las sociedades cooperativas, anónimas y limitadas; en la vertiente pasiva (sociedades dominadas) quedará excluida la cooperativa.

<sup>300</sup> Cfr. arts. 128-129 LSA; 62-63 LSRL; 32 LCoop.

objeto social<sup>301</sup>. Será entonces preciso que la Junta general habilite especialmente a los administradores para concluir el contrato de dominación<sup>302</sup>. La creación de un grupo por subordinación, por tanto, debe ser materia reservada a la Junta general<sup>303</sup> aunque la preparación de la operación y la ejecución del acuerdo de la Junta corresponda formalmente al órgano de administración<sup>304</sup>.

La necesidad de acuerdo de la Junta general para la celebración de un contrato de dominio como acto de iniciativa empresarial se justifica desde diversas perspectivas. Así, en primer lugar, con respecto a la sociedad dominante, en la medida en que pueda suponer una modificación fáctica de su objeto social, que va a pasar a ser desarrollado a través del ejercicio de la dirección unitaria en otra sociedad, circunstancia que debería ser incluida en aquél<sup>305</sup>. En segundo lugar, y desde la perspectiva de la sociedad dominada, en

---

<sup>301</sup> Iniciativa empresarial que corresponde, en el momento constitutivo a los socios, y posteriormente a la Junta general, competente para modificar el objeto social, la estructura del órgano de administración, o cualquier modificación estructural (arts. 144 LSA; 44 LSRL). En sede cooperativa, el art. 21.1 LCoop -al igual que su precedente, el art. 43.3 LGC- reconoce la competencia de la Asamblea general para establecer la política general de la cooperativa, a la que ha de sujetarse el Consejo rector en su actuación (art. 32.1 LCoop y arts. concordantes de la legislación autonómica).

<sup>302</sup> Si pese a todo, los administradores celebran el contrato sin estar habilitados para ello, la sociedad quedaría obligada frente a la otra contratante, pero el acuerdo sería impugnado por ser contrario a la ley, quedando paralizado no sólo porque pueda suspenderse el acuerdo impugnado sino también porque la anotación preventiva de la demanda de impugnación en el Registro Mercantil dificulta una adquisición de derechos por terceros de buena fe. Sobre suspensión, anotación preventiva de demanda y de suspensión, véase GARCIA LUENGO, B., "Consideraciones sobre las medidas cautelares en los procedimientos de impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de accionistas", en *Estudios Duque*, Vol. I, *cit.*, págs. 379-389, págs. 383-384; MASSAGUER, J., "Algunas consideraciones acerca de los efectos de la anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos sociales", *Estudios Duque*, Vol. I, *cit.*, págs. 489-498. En el orden interno, la celebración del contrato sin autorización expresa de la Junta, excedería del ámbito competencial de los administradores incurriendo en un supuesto de responsabilidad por impropiedad de lo actuado y por daños causados a la sociedad (art. 127.1 LSA y art. 69 LSRL).

<sup>303</sup> Cfr. par. 293 AktG; art. 496 C. de las ss.cc.; art. 270 LSpA.brasileña.

<sup>304</sup> Sobre la actuación de los administradores en la fase previa a la celebración del contrato y la necesidad de acuerdo de la Asamblea general, aunque para el caso de creación de un grupo de cooperativas por coordinación, véase *infra*, Cap. 3º, IV.1.2 y IV.2.

<sup>305</sup> Cfr. arts. 11.1.b) LCoop; 9.b LSA; 13.b LSRL; 117 y 178 RRM. Sobre la necesidad de acuerdo de la Asamblea en cualquier hipótesis en que un contrato tendente a la creación de un grupo comporte una modificación, aún indirecta, del objeto social, DI CATALDO, V., "I gruppi di società nel Diritto francese", *cit.*, pág. 298. También, en dicho sentido, las

cuanto que se produce una alteración en el ejercicio de las facultades de los administradores, pues vendrán condicionadas por las instrucciones vinculantes emanadas del órgano de administración de la sociedad dominante<sup>306</sup>. Resulta evidente, en cualquier caso, que se trata de acometer una modificación para hacer posible el ejercicio de la dirección unitaria a la que tiende el contrato, siendo entonces aplicable el principio general de nuestro Derecho de sociedades que exige que toda modificación de la organización jurídica de la empresa social sea acordada en Junta general<sup>307</sup>.

*b) Incidencia de la previa vinculación societaria en la adopción del acuerdo por la Junta general:*

En la práctica, la celebración de contratos de dominación entre sociedades absolutamente independientes será el supuesto menos frecuente. Lo normal será que el contrato se celebre entre sociedades previamente vinculadas por cualquier técnica societaria, y en especial por la participación en el capital social, de manera que es posible que la futura sociedad dominante según el contrato sea ya socia -de mayor o menor intensidad de participación- de la futura sociedad dominada. En esta hipótesis, si la sociedad dominante dispone, en la sociedad dominada, de los derechos de voto necesarios para la adopción del acuerdo

---

recomendaciones del *Informe Vienot* sobre el buen gobierno de las sociedades cotizadas, del que da referencia ALONSO LEDESMA, C., "El papel de la Junta General en el gobierno", *cit.*, pág. 645.

<sup>306</sup> No se encuentra inconveniente a que la sociedad dominada se obligue a asumir la ejecución del plan estratégico diseñado por la sociedad dominante en el seno del grupo, con más o menos limitaciones según se considere conveniente a los intereses sociales. Cuestión distinta será la repercusión interna de la realización de tales instrucciones, disponiendo, en cualquier caso, nuestro Derecho de sociedades de resortes para vigilar la adecuación de lo actuado a los compromisos contractuales. No se debe tampoco olvidar que se trata de un contrato basado sustancialmente en la confianza recíproca entre sociedades dominante y dominada, por lo que serán aplicables las normas relativas al desistimiento unilateral típicas de las relaciones fiduciarias.

<sup>307</sup> Véase MASSAGUER, J., "La estructura interna", *cit.*, pág. 315. En las sociedades de capital, cualquiera de los supuestos descritos precisaría el acuerdo de la Junta adoptado según los *quorums* de asistencia y voto previstos para las modificaciones estatutarias (arts. 103 y 144 LSA, art. 53.2 LSRL). De no ser así, el acuerdo sería impugnabile por ser contrario a la ley, pedida su suspensión y anotada ésta preventivamente en el Registro mercantil, paralizando la adquisición de derechos por terceros de buena fe (Cfr. arts. 120.1, 121 y 143 LSA, art. 56 LSRL, art. 157.1 RRM). En la cooperativa el acuerdo en la sociedad dominante no exigiría una mayoría cualificada, siendo inválida, incluso la previsión estatutaria de una mayoría de esta índole (Véase *infra* Cap. 3º, IV.2.2; como ya se indicó, la sociedad dominada nunca podría serlo una sociedad cooperativa).

relativo a la formalización del contrato de grupo, la sociedad dominada no es enteramente libre en su decisión; su voluntad viene impuesta por la sociedad dominante, que es su socio mayoritario, quedando los socios minoritarios (especialmente los que hubieren votado en contra) desprotegidos ante tal situación<sup>308</sup>. Por eso los Ordenamientos que regulan la figura prevén diversos mecanismos de protección de los socios libres, como por ejemplo la necesidad de que emitan el voto favorable a la celebración del contrato un porcentaje determinado de socios minoritarios<sup>309</sup>, o el reconocimiento de un derecho de separación a favor de los socios que no votaron a favor del acuerdo<sup>310</sup>, o medidas de compensación a estos socios externos<sup>311</sup>. Los mecanismos de defensa de que disponen los socios minoritarios en nuestro Derecho positivo, aunque no resulten tan efectivos como los del Ordenamiento alemán, brasileño o portugués, no deben desconsiderarse. Así, por ejemplo, cabe la acción de impugnación de los acuerdos sociales que lesionen en beneficio de uno de los socios -el socio de control- los intereses de la sociedad -dominada- en cuya Junta se adopta el acuerdo (art. 115 LSA, art. 56 LSRL)<sup>312</sup>. Incluso, siendo la sociedad dependiente una sociedad de responsabilidad limitada, cabría alegar un deber de abstención del socio de control fundado en el posible conflicto entre su interés y el de la sociedad (art. 52 LSRL), con lo que se garantizaría la decisión libre de la Junta<sup>313</sup>. No obstante, esta solución sólo resultará viable en el caso de admitir

---

<sup>308</sup> Por lo que el contrato existe en la forma mas no en la sustancia. Sobre estos extremos, véase ANTUNES, J.A., *Os grupos, cit.*, págs. 546-549.

<sup>309</sup> Cfr. art. 496.2 C. de las ss.cc.

<sup>310</sup> Cfr. art. 270 LSpA.brasileña.

<sup>311</sup> V.gr., el derecho a obtener de la empresa dominante una compensación equitativa (par. 304 AktG, art. 494.1 C. de las ss.cc.), o la obligación de ésta de adquirir las acciones de los socios externos a cambio de una indemnización razonable determinada en el contrato (entrega de acciones de la sociedad dominante, indemnización en metálico -par. 305 AktG-, derecho de separación -arts. 494.1 y 499 C. de las ss.cc.-. Véase también art. 269.III LSpA.brasileña.

<sup>312</sup> Se presupone en tal caso que han sido los votos del socio de control los que han determinado la adopción del acuerdo favorable a la celebración del contrato de grupo. La norma quizá pudiera perder su eficacia si el acuerdo se hubiere adoptado gracias al voto de los socios minoritarios (caso de ausencia o abstención del socio de control, por ejemplo) o sin que el voto de éste hubiera sido decisivo. Véase a este respecto, DE LA CAMARA ALVAREZ, M., *Estudios, cit.*, págs. 232-233.

<sup>313</sup> La regla de abstención se recomienda en el *Informe Olivencia* para los que denomina «accionistas significativos», esto es, los capaces de influir, individual o conjuntamente, sobre el control de la compañía. No obstante, la doctrina no es unánime a la hora de admitir la limitación estatutaria o por decisión de la Junta del derecho subjetivo de voto; véase discusión al respecto en ALONSO LEDESMA, C., "El papel de la Junta General en el gobierno", *cit.*, págs. 654-

la posibilidad de que los estatutos establezcan otros supuestos de conflicto de intereses que impliquen un deber de abstención del socio además de los legales<sup>314</sup>.

### C) Ejercicio de la dirección unitaria

El elemento esencial del contrato de dominación es la sumisión de la sociedad o sociedades dominadas al poder de dirección de la sociedad dominante. Para ello se hace preciso, desde la perspectiva de la sociedad dominante, en primer lugar, que la dirección unitaria integre su objeto social; en segundo lugar, que los administradores estén habilitados para su ejercicio. En cuanto al primer requisito, la dirección unitaria puede, en sí misma, ser la

---

655, autora que se muestra contraria a dicha admisión pese a la posición favorable de una significativa doctrina (así DUQUE DOMINGUEZ, URÍA/MENENDEZ/MUÑOZ PLANAS, NEILA, ALCALA DIAZ).

<sup>314</sup> No es ésta una cuestión pacífica en nuestra doctrina. Así, la mayoría de los autores sostienen el carácter cerrado de la enumeración de supuestos de conflicto del art. 52 LSRL (entre otros, ALONSO ESPINOSA, F.J., "La posición jurídica del socio", en *Estudios Menéndez cit.*, pág. 1.452; BOQUERA MATARREDONA, J., "La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", *RDM*, nº 217, 1995, págs. 1.007-1.047, pág. 1.023; EMBID IRUJO, J.M., "Comentario al art. 52" en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (Coord. ARROYO/EMBID), *cit.*, págs. 561-571, págs. 562-563; FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., "La SRL en el sistema español de sociedades de capital", en AA.VV., *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, I, *cit.*, págs. 3-38, pág. 21; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "La Junta General de socios", AA.VV., *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, I, *cit.*, págs. 587-641, pág. 626). Frente a ellos, hay quien defiende la posibilidad de establecer por vía estatutaria nuevos supuestos que den lugar al deber de abstención (ESTEBAN VELASCO, G., "Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general de socios en la nueva ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995", en *Estudios Duque*, Vol. I., *cit.*, págs. 233-258, pág. 252; HERNANDEZ SAINZ, E., "El deber de abstención en el voto como solución legal ante determinados supuestos de conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada", *RdS*, núm. 6, 1996, págs. 105-128, pág. 119; RECALDE CASTELLS, A., *Limitación estatutaria*, *cit.*, págs. 215-217; SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones*, *cit.*, pág. 465; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El conflicto de intereses en la sociedad limitada", en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, I, *cit.*, págs. 677-701, págs. 686-687. Con dudas se muestran ALCALA DIAZ, M<sup>a</sup> A., "El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital", *RdS*, nº 9, 1997, págs. 89-141, pág. 103) y CABANAS TREJO, R./CALAVIA MOLINER, J.M., *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Ed. Praxis, Barcelona, 1995, pág. 279). Por último, con relación a los llamados conflictos indirectos (SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *est. ult. cit.*, pág. 695), al lado de los que se producirían en caso de parentesco y vinculación familiar se colocan los de las situaciones de grupo, en las que el interés de éste y el de sus sociedades pueden encontrarse enfrentados, lo que cuestiona el carácter cerrado de la enumeración del art. 52 LSRL (así, EMBID IRUJO, J.M., *ult. est. cit.*, pág. 563).

actividad constitutiva del propio objeto social<sup>315</sup>, o tan sólo el complemento o instrumento para la consecución de cualquier objeto social. En el primer caso, no sería necesaria la identidad de objetos sociales entre sociedad dominante y dominada: cualquiera que fuera el objeto de esta última, sobre él se ejercería la dirección unitaria. En el segundo caso, parece exigible la identidad de los objetos sociales de sociedad dominante y dominada, o al menos la instrumentalidad del objeto social de la dominada respecto del de la dominante. De no darse esta identidad se trataría de una ampliación fáctica del objeto social de la sociedad dominante realizada en fraude de ley por haber eludido la exigencia de una modificación de estatutos a tales efectos<sup>316</sup>. En cuanto al segundo requisito, la habilitación de los administradores para el ejercicio de la dirección unitaria queda acreditada con la inclusión, en la cláusula estatutaria delimitadora del objeto social, de esta actividad, afectando por tanto a las facultades de gestión y representación de los administradores<sup>317</sup>. Desde la perspectiva de la sociedad dominada, el poder de dirección se materializa en el deber de seguimiento de las instrucciones impartidas por la sociedad dominante, convirtiéndose los administradores de la sociedad dominada en ejecutores de las decisiones de gestión adoptadas por los de la sociedad dominante, de manera que la actividad de aquélla será dirigida tal y como ésta le ha ordenado, aconsejado o permitido. Ahora bien, ese deber de seguimiento no ha de entenderse ilimitado. El marco de las facultades cedidas, los límites pactados en el contrato respecto del ejercicio de la dirección unitaria, los límites orgánicos

---

<sup>315</sup> V.gr., art. 1.2.2º RD 1345/1996, de 6 de noviembre, que admite que la cabeza de grupo sea una entidad no cooperativa siempre que «*su objeto exclusivo sea el de planificar y coordinar el desarrollo empresarial y las estrategias a largo plazo de las cooperativas que integran el grupo*». Un ejemplo práctico es el objeto social de Gines Huertas Cervantes, S.A.: «*la dirección y gestión, por cuenta propia, de participaciones en entidades de todo tipo ... mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales que permitan, ya sea de manera directa, ya de manera indirecta, un ejercicio efectivo de las funciones de dirección de las entidades participadas*. Para el desarrollo de su objeto principal, consistente en la *dirección y control de las actividades empresariales* de las empresas participadas, la sociedad podrá realizar ... todos aquellos servicios necesarios para la efectiva *dirección y gestión de las entidades participadas, incluyéndose el caso de que la sociedad pueda ejercer el cargo de administrador de sus sociedades participadas*». (Diario *La Verdad* (Murcia), 25-6-1998). Sobre la dirección unitaria como actividad empresarial en sí misma, véase *infra* Cap. 3º, VI.1.2.

<sup>316</sup> Véase MASSAGUER, J., "Estructura interna", *cit.*, pág. 310.

<sup>317</sup> Vgr. arts. 128-129 LSA, 185.6 RRM. De no ser así, parece necesario contar con una habilitación expresa de la Junta general en favor del órgano de administración que, para mayor garantía, requerirá la modificación estatutaria del objeto social (Cfr. art. 133.3 LSA).

del mismo, y el propio interés social delimitan el marco de sumisión de la sociedad subordinada<sup>318</sup>.

#### D) Obligaciones para las sociedades del grupo

Al margen de la ventaja que en términos generales pueda suponer para todas las sociedades del grupo la celebración de un contrato de dominación, condicionante, en última instancia de su conclusión, la consecuencia que se deriva del mismo (sumisión a la dirección unitaria) es de tal trascendencia que sería impensable que el contrato no contenga pactos que graven el derecho de la sociedad dominante a ejercer la dirección unitaria y compensen a las sociedades dominadas del sometimiento a la misma. A estos efectos, las partes son, en principio, libres para determinar ese conjunto de derechos y obligaciones<sup>319</sup> en la medida que respeten las normas que regulan cada tipo social en concreto<sup>320</sup>.

La sociedad dominante es la titular de un derecho a emitir instrucciones vinculantes, de forma que el contrato debiera prever la sanción por incumplimiento de las mismas por parte de la sociedad subordinada, que bien pudiera consistir en un derecho de indemnización, en términos generales o por

---

<sup>318</sup> Sobre todas estas materias, con la advertencia de que su tratamiento se ha realizado desde el prisma del grupo por coordinación, véase *infra*, Cap. 3º, VI.1.2. En la Sentencia de 29-3-1993 (caso "TBB", BGHZ, 122, págs. 123 y ss.), el Tribunal Federal alemán destacó que el mero ejercicio del poder de dirección no permite presumir el perjuicio a los intereses de la sociedad dominada, sino que quien invoca la responsabilidad del grupo (en el caso, el acreedor) ha de alegar y probar que al menos se adoptaron medidas de administración empresarial por la empresa dominante en favor del grupo y que los intereses de la dominada se vieron dañados mediante agresiones determinadas y concretas. Véase comentario a la Sentencia en CHIEFFI, I., "SRL unipersonale e gruppi societari", *Riv. Dir. Comm.*, nº 1-2, 1996, págs. 81-175, págs. 143-149; DONLE, C., "Una ojeada sobre los grupos de hecho de sociedades de responsabilidad limitada", *RGD*, nº 609, 1995, págs. 6.885-6.901, pág. 891.

<sup>319</sup> Obsérvese que el contrato de dominación puede celebrarse entre sociedades no vinculadas, pero lo frecuente será que se concluya entre sociedades que presenten alguno de los vínculos señalados en el art. 42 C. de c., en el art. 4 LMV o en el art. 87.2 LSA.

<sup>320</sup> Las consecuencias y efectos del incumplimiento de este contrato de dominación son imprevisibles en nuestro Ordenamiento, en principio, más allá de las reglas contractualmente establecidas (cfr. art. 1.091 C.c.), pues estamos ante un contrato atípico.

aplicación de cláusulas penales previstas en el contrato<sup>321</sup>, o el derecho a la ejecución específica de la obligación incumplida<sup>322</sup>. La sociedad dominada, por su parte, estará interesada en que el contrato prevea una compensación económica, por ejemplo, la obligación de la sociedad dominante de dar cobertura a las pérdidas del ejercicio<sup>323</sup>, y en que su incumplimiento desencadene también un derecho de indemnización o un derecho a exigir la ejecución de esta obligación económica<sup>324</sup>. También es posible pactar garantías o indemnizaciones que repercutan directamente en los socios de la sociedad dominada<sup>325</sup>, con la finalidad, no sólo de hacer atractiva la operación de grupo persuadiéndoles hacia el voto favorable al contrato de dominación, sino de paliar

---

<sup>321</sup> En general, sobre la pena convencional, véase DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Ed. Cívitas, Madrid, 1993, págs. 397-403.

<sup>322</sup> Solución esta última que puede tener difícil aplicación, sobre todo en el caso de que la instrucción no pueda ser cumplida por los administradores por resultar lesiva al interés social, o por precisar autorización de la Junta general si ésta no la concediere, etc.

<sup>323</sup> Lo que se traduce en una medida de financiación externa de la sociedad que no ofrece problemas desde la perspectiva de la sociedad dominada pero que suscita dudas respecto de la sociedad dominante. En primer lugar, la cuestión de si tal obligación constituye actividad financiera, y en tal caso, las consecuencias derivadas de la reserva legal a favor de entidades autorizadas (Véase lo relativo a los establecimientos financieros de crédito, DA. Primera 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 modificaciones relativas al sistema financiero- y art. 1.1.e) del RD 692/1996, de 26 de abril -sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito-, en lo relativo a la «comisión de avales y garantías y suscripción de compromisos similares»). En segundo lugar, y de no entenderse actividad reservada, si es necesario incluirla en el objeto social de la sociedad dominante o si se puede considerar complemento de la dirección unitaria. En tercer lugar, si los administradores de la sociedad dominante se pueden considerar habilitados para realizar la transferencia patrimonial que exige la asunción de pérdidas de la dominada, o si, por el contrario, sería precisa una especificación estatutaria en ese sentido. Por último, la validez del pacto de asunción de pérdidas, en la medida en que la obligación por parte de la sociedad dominante de contribuir económicamente al sostenimiento de la sociedad dominada implica el correlativo derecho de ésta a participar en el beneficio de aquélla, derecho necesariamente conectado a la titularidad de las acciones sin más excepciones que las legalmente previstas (arts. 9.h,m, 11, 130 LSA).

<sup>324</sup> En los grupos de hecho de sociedades de responsabilidad limitada, la jurisprudencia alemana presume la obligación de la sociedad que resulte ser la dominante de asumir las pérdidas de la dominada, a no ser que se pruebe que éstas se deben a circunstancias que no tienen nada que ver con el ejercicio del poder de dirección (Sentencia de 23-9-1991 del Tribunal Federal alemán -caso "Video", BGHZ, 115, págs. 187 y ss.-, comentada por CHIEFFI, I., "SRL unipersonale", *cit.*, pág. 140-143; DONLE, C., "Una ojeada sobre los grupos de hecho", *cit.*, págs. 6.889 y 6.899).

<sup>325</sup> En el caso de que se trate de sociedades participadas entre sí se suele excluir de tales garantías al socio de control, es decir a la sociedad dominante.

el perjuicio que en su posición de socio pueda provocar la sumisión a las directrices de la sociedad dominante.

### E) Protección de socios y acreedores

#### a) Medidas de protección de los socios<sup>326</sup> :

A salvo las posibles compensaciones que se puedan pactar contractualmente para los socios, la tutela de sus intereses puede obtenerse utilizando los mecanismos de que dispone el Derecho de sociedades. En algunos casos dichos mecanismos son utilizables por el socio para conseguir un resultado que se extiende al resto de los socios y a la sociedad a la que pertenece; en otras ocasiones, se trata de instituciones que satisfacen en primera instancia el interés del socio.

En cuanto a las medidas genéricas de protección, los socios cuentan con el *derecho de impugnación del acuerdo aprobatorio del contrato* en los términos generales previstos por cada Ley reguladora. Además, en caso de previa vinculación por tenencia de participaciones, los socios de la dominada disponen de la acción de impugnación de los acuerdos lesivos para el interés social en beneficio del socio de control y, de tratarse de una sociedad limitada -admitido el deber de abstención de aquél- también por conflicto de intereses, en cuyo caso el socio que impugne deberá indicar la situación de conflicto de intereses en que se encontraba el socio de control<sup>327</sup>. Una vez constante el contrato, cobra

---

<sup>326</sup> Generalmente, la necesidad de protección de los socios en una situación de grupo se predica respecto de los socios de la sociedad dominada, a los que se denomina socios minoritarios, socios externos o socios libres. Pero puede suceder que también los socios de la sociedad dominante se vean perjudicadas por la integración o participación en un grupo, sobre todo si éste tiene origen contractual y conlleva obligaciones económicas a cargo de la sociedad a la que pertenecen. Por ello hemos preferido referirnos a las medidas de protección de los socios en general, ya sean de la sociedad dominante o dominada; cada medida en particular resultará viable o no según la sociedad a la que pertenezca. Sobre la tutela de los socios de la dominante, véase ANTUNES, J.A., *Os direitos dos socios da sociedade-mae na formaçao e direcçao dos grupos societarios*, Porto, 1994.

<sup>327</sup> Respecto del socio o socios de control, EMBID IRUJO, J.M., ("Grupos y gobierno corporativo", *cit.*, págs. 608-610) considera que en el *Informe Olivencia* se da un primer paso a la hora de dibujar su estatuto jurídico. Si no fuera así, carecería de sentido la extensión de los

relieve como medida protectora el *derecho de impugnación de los acuerdos del órgano de administración* que vengán a dar cumplimiento a instrucciones perjudiciales para el interés social<sup>328</sup>, o que excedan de los límites contractuales del ejercicio de la dirección unitaria. En ambos casos la actuación puede ser también fuente de responsabilidad de los administradores, por lo que asiste a los socios el ejercicio de la acción de responsabilidad por abuso de facultades o falta de diligencia, lo que requiere la prueba del daño y de las circunstancias que lo motivaron<sup>329</sup>. Pueden haberse pactado, incluso, ciertas *medidas contractuales de protección*, como por ejemplo una indemnización en metálico a los socios de la dominada, o la entrega de participaciones de la sociedad dominante<sup>330</sup>, tal y como están previstas en otros Ordenamientos<sup>331</sup>. Como mecanismos personales de tutela, cabría hacer uso del *derecho a causar baja* en la cooperativa dominante, o del *derecho de separación* en la sociedad de responsabilidad limitada<sup>332</sup>.

deberes fiduciarios a los accionistas significativos, con la consiguiente ruptura del principio de igualdad entre accionistas. Tres son las reglas que el *Informe Olivencia* recomienda para los accionistas significativos en atención a la especial posición de tales socios de control: una *regla de competencia*, que atribuye al Consejo de administración el conocimiento y la aprobación, en su caso y previo informe de la Comisión delegada competente, de cualquier transacción (directa o indirecta) entre la sociedad y dichos accionistas; una *regla de transparencia*, por la cual el Consejo debe reflejar en la memoria anual información sobre las transacciones realizadas con tales socios; una *regla de abstención*, que obliga a los accionistas significativos a no votar en las decisiones de las Juntas en las que tengan un interés propio (directo o indirecto).

<sup>328</sup> Lo que exige la prueba de la lesión del interés social a cargo del socio o socios.

<sup>329</sup> Arts. 43 LCoop; 133-134 LSA; 69 LSRL. VICENT CHULIA, F., ("Problemas candentes de la sociedad anónima", *RGD*, n° 591, 1993, págs. 11.909-11.942, pág. 11.911) señala la importancia de la *actio pro socio* en la doctrina alemana, en especial en los grupos en los que la sociedad dominante no forma parte del órgano de administración de la dominada y los órganos de ésta no pueden defenderla por ser unos "mandados" (sic) de la sociedad dominante, estimando algunos autores (WIEDEMANN, STIMPEL) que el derecho de grupos puede construirse con base en las nociones básicas del código de sociedades sin necesidad de intervención del legislador.

<sup>330</sup> Esta medida provoca en la sociedad dominante un acuerdo de aumento de capital con emisión de nuevas acciones/participaciones en el que habría que excluir el derecho de suscripción o adquisición preferente en aras del interés social, lo que puede ser fuente de conflictos internos (arts. 159 LSA y 76 LSRL). Observese además la dificultad de articular la contrapartida de tal aumento, pues estamos ante un supuesto muy diferente al de fusión por absorción o al de escisión parcial. De tratarse de una sociedad cooperativa la medida es implantable.

<sup>331</sup> Véase *supra* nota 311.

<sup>332</sup> Si así estaba previsto en los estatutos de la sociedad en cuestión (art. 96 LSRL). Sobre esta posibilidad, véase EMBID IRUJO, J.M., "La problemática de los grupos", *cit.*, pág. 628. Más dudosa es su virtualidad en la sociedad anónima, tan sólo admisible si el contrato implica una sustitución del objeto social (art. 147 LSA).

*b) Medidas de protección de los acreedores:*

La creación de un grupo de sociedades carece de un régimen protector de los acreedores que, por el contrario, resulta típico en sede de fusión y escisión<sup>333</sup>. Pretender su aplicación analógica es una solución abocada al fracaso pues no existe la identidad de razón necesaria a esos efectos desde el momento en que subsiste la personalidad jurídica de todas las sociedades del grupo, a diferencia de lo que sucede en la fusión, y no hay transferencia de pasivos que justifique un régimen similar al de la escisión. En consecuencia la protección de los acreedores del grupo ha de ampararse en los mecanismos de tutela generales y jurisprudenciales<sup>334</sup>, a los que se podrían añadir los pactos contractuales de asunción de responsabilidad<sup>335</sup>.

a') En cuanto a las medidas generales de protección, los acreedores de las sociedades del grupo cuentan con la subsistencia de la independencia jurídica de éstas, de forma que su garantía patrimonial, en la forma, permanece intacta. No hay por qué establecer la presunción genérica de que toda actuación del grupo va a suponer un perjuicio para los acreedores sociales; mientras que esto no suceda, el sistema de responsabilidad apuntado continúa siendo suficiente pese a la situación de grupo. Sólo cuando con ocasión de una actuación concreta se pongan en peligro los intereses de los acreedores será preciso acudir a las medidas de protección. Una de ellas la constituye el ejercicio de la *acción social de responsabilidad contra los administradores*, aunque sólo en defecto de su ejercicio por la sociedad o los socios, para caso de que la actuación haya causado daño, y con objeto de reestablecer el patrimonio social; *incluso la*

---

<sup>333</sup> También la transformación dispone, como es sabido, de mecanismos específicos de protección atendiendo a las formas sociales origen y resultado de esa operación. Sintéticamente a este respecto, véase ALONSO ESPINOSA, F., *Esquemas de Derecho Mercantil*, cit., págs. 251-255.

<sup>334</sup> Señala DUQUE DOMINGUEZ, J., ("Los problemas generales", cit., pág. 60) con respecto al Derecho alemán, que la protección judicial se suele hacer por una doble vía [cuando las sociedades dependientes no son anónimas o comanditarias por acciones]: aplicando los principios generales del Derecho de sociedades (deber de fidelidad) o incluso del Derecho en general (abuso del derecho, atentado a las buenas costumbres); o aplicando de forma analógica el Derecho a los grupos de sociedades.

<sup>335</sup> Conviene también señalar cómo la doctrina centra la atención en la protección de los acreedores de la sociedad dominada y en el estado de dominación de base societaria y no contractual. Sin embargo, no hay que ignorar que también los acreedores de la sociedad dominante pueden ver afectada la garantía de sus créditos en cualquier situación de grupo.

*acción individual de responsabilidad*, con la finalidad de reintegrar el patrimonio del perjudicado<sup>336</sup>.

Desde una perspectiva jurisprudencial, la doctrina del *levantamiento del velo* resultará operativa en los contratos de dominación en la medida en que, además, la sociedad dominante participe en el capital social de la dominada; en tal caso, la personalidad jurídica a penetrar es la de la sociedad dominada en busca del socio de control del que partiera la instrucción causante del perjuicio a los acreedores de la dominada<sup>337</sup>. De no darse esa participación, más que de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, hipótesis que deberá descartarse desde el momento que del contrato de dominación no nace una nueva persona jurídica cuyo sustrato penetrar en caso de fraude o de abuso, se tratará de establecer una *corresponsabilidad* entre las sociedades del grupo de forma similar a como la Ley de Defensa de la Competencia la establece en su art. 8; esto es, extendiendo la responsabilidad de la sociedad actora a la sociedad de la que partió la instrucción<sup>338</sup>. Pero, en cualquier caso, resultará muy difícil la

---

<sup>336</sup> En ambos casos es evidente la dificultad de prueba de la concurrencia de culpa en la actuación de los administradores (arts. 134-135 LSA). Se admite tanto la responsabilidad contractual como extracontractual, es decir, la que se produce cuando entre el administrador y el tercero perjudicado «no existe relación contractual u obligacional en cuyo desarrollo o funcionamiento se hubiera causado el daño. Esto es lo que sucede cuando el perjudicado es un tercero ligado contractualmente, no con el administrador, sino con la sociedad, y el perjuicio lo hubiere sufrido en el funcionamiento de la relación de obligación existente con ella» (SS.AP Barcelona, de 9-1-1997 [AC 193/1997] y de 6-2-1997 [AC 410/1997]; también STS de 21-5-1992 [R.Ar. 4.274]. En contra, STS de 22-6-1995 [R.Ar. 5.179] y de 14-5-1996 [R.Ar. 3.907]).

<sup>337</sup> Es frecuente en la doctrina la concepción de que los acreedores de la sociedad dominada se ven afectados en una situación de grupo por la desviación del patrimonio de la sociedad dominada hacia la dominante (v.gr., BOLDO RODA, C., *Levantamiento del velo*, cit., pág. 497); pero no sólo por ello, y no siempre por ello, los acreedores son merecedores de tutela. En efecto, el flujo patrimonial de sociedad dominada a dominante no tiene por qué alterar la garantía que para los acreedores supone el capital social por lo que sólo se correrá peligro en los casos de despatrimonialización que afecten al equilibrio entre capital y patrimonio exigido para las sociedades de capital. Además, hay otros supuestos que pueden afectar a los acreedores, como por ejemplo la confusión de patrimonios en caso de socio de control; y no sólo las medidas patrimoniales, sino también las instrucciones que coloquen a la sociedad dominada en una situación de riesgo de insolvencia, o que hagan surgir en un tercero un derecho a indemnización por el daño causado por la sociedad dominada. Véase TONELLO, M., "Insolvenza di gruppo e responsabilità patrimoniale dei soci: la giurisprudenza di merito dopo il caso Caltagirone", *Contratto e Impresa*, n° 3, 1998, págs. 1.044-1.062, págs. 1.054-1.055.

<sup>338</sup> Art. 8º. Corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante.- *A los efectos de la aplicación de esta ley, se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma son también imputables a la empresa que la controla, cuando el*

prueba de la existencia del grupo, dada la falta de publicidad de éste, así como la prueba de la autoría material de la instrucción<sup>339</sup>; sin olvidar que tal responsabilidad, al no estar prevista legalmente, queda a merced de la interpretación jurisprudencial basada en la *apariencia de comportamiento unitario*, como sucede, por ejemplo, en el ámbito laboral<sup>340</sup>.

También se ha de atender al régimen de responsabilidad que se prevé para los casos en que la sociedad dominante devenga en socio único de la sociedad dominada, y mientras no se inscriba en el Registro Mercantil la unipersonalidad, *respondiendo el socio único* de forma personal, ilimitada y solidaria de las deudas sociales contraídas durante ese periodo<sup>341</sup>. Finalmente, en caso de quiebra de alguna sociedad del grupo, y estando aún en fase de elaboración la ley concursal<sup>342</sup>, ciertas opiniones doctrinales apuestan por un régimen integral de responsabilidad de la sociedad dominante por las deudas de la dependiente

---

*comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta. Sobre esta materia véase infra Cap. 3º, VI.4.2.*

<sup>339</sup> En Alemania, una corriente doctrinal (patrocinada por TEUBNER, G.) sostiene que el tratamiento jurídico de la responsabilidad del grupo no ha de plantearse en forma unitaria sino atendiendo al grupo como «red policorporativa», de forma que el sujeto de la responsabilidad no queda determinado a priori. En unas ocasiones lo será la sociedad dominante, en otras el conjunto de sociedades y en otras, algunas de ellas (Véase EMBID IRUJO, J.M., "Grupos y gobierno corporativo", *cit.*, págs. 600-601).

<sup>340</sup> La jurisprudencia laboral establece, como regla general la comunicación de responsabilidades cuando las empresas aparezcan como pertenecientes a un grupo, apariencia que se hace preciso acreditar (doctrina del empresario aparente); véase *infra* Cap. 3º, VI.2.3. Sobre la reciente extensión jurisprudencial de esta solución al ámbito mercantil, véase EMBID IRUJO, J.M., "Protección de acreedores, grupo de sociedades y levantamiento del velo de la persona jurídica (Comentario a la Sentencia del TS de 13 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9.016))", *RdS*, nº 11, 1999, págs. 363-373, pág. 369-370.

<sup>341</sup> Arts. 125.b) y 129 LSRL y 311 LSA. Véase BOQUERA MATARREDONA, J., "Comentario al art. 125 y 129" en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (Coord. ARROYO/EMBID), *cit.*, págs. 1.233-1.243 y 1.260-1.266; RUIZ PERIS, J.I., "Los grupos de sociedades en la Ley" *cit.*, págs. 23-24. Sobre la responsabilidad limitada del socio único y su eventual incidencia en la responsabilidad de la sociedad dominante y de sus administradores por daños causados a la sociedad dependiente o por ésta a terceros, véase, CHIEFFI, I., "SRL unipersonale", *cit.*, págs. 81-175; GELATO, E., "«Gruppi» e «società unipersonali»: note sulla limitazione di responsabilità nelle s.r.l. monosocio", *Giur. Comm.*, 1996, nº 23.4, págs. 674-693; SCOTTI CAMUZZI, S., "La società con unico azionista come fenomeno tipico del gruppo di società", *Trattato delle società per azioni* (Dir. COLOMBO/PORTALE), Ed. Utet, Torino, 1991, págs. 778-853.

<sup>342</sup> La propuesta de Anterproyecto de Ley Concursal puede verse en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, "Materiales para la reforma de la legislación concursal", suplemento al nº 1.768, de 15-2-1996, Madrid, 1996.

concurrida<sup>343</sup>, y, en caso de quiebra de la dominante, por liquidar sus derechos en las dominadas como parte del activo empresarial<sup>344</sup>.

b') Con respecto a los pactos contractuales de asunción de responsabilidad<sup>345</sup>, pudiera pensarse en la posibilidad (regulada en otros Ordenamientos) de que la sociedad dominante se obligara por el contrato de dominación a asumir las deudas de la sociedad dominada. Sin embargo, la carga financiera que para la sociedad dominante puede suponer el hacer frente a esas deudas, y el peligro que ello conlleva para los socios y acreedores de aquélla, son motivos suficientes para escapar a tal pacto, a menos que una ley lo impusiera<sup>346</sup>. Por ello parecen más viables otras fórmulas de garantía, como por ejemplo *las cartas de patrocinio*, que permiten modular el grado de responsabilidad que está dispuesta a asumir la sociedad dominante<sup>347</sup>. A través

---

<sup>343</sup> El régimen sería el siguiente: 1º) Responsabilidad de la sociedad dominante por las deudas de las dependientes derivadas de las decisiones negociales tomadas por aquélla; 2º) La sociedad dominante ha de probar si tales decisiones se originaron en su seno o fueron tomadas autónomamente por la subordinada; 3º) De haberse tomado en el seno de la dominante, ésta podrá eximirse de responsabilidad probando que no existió de su parte negligencia en la política empresarial unificada del grupo que originara la deuda impagada de la sociedad concursada; en otro caso se presume la negligencia y responderá de la deuda en concreto (MIGUENS, H.J., "Crítica y soluciones a los sistemas de extensión de la quiebra en los grupos de sociedades en el Derecho comparado", *RdS*, nº 7, 1996, págs. 132-182, págs. 167 y 180; *idem*, *La extensión de la quiebra y de la responsabilidad en los grupos de sociedades*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996).

<sup>344</sup> Véase ANTUNES, J.A., *Liability of Corporate Groups. Autonomy and control in Parent-Subsidiary Relationships in U.S., German and E.U. Law. An International and Comparative Perspective*, Kluwer, Deventer, Boston, 1994. Sobre la dirección unitaria, cuando la sociedad dominante o la sociedad dependiente se encuentra en suspensión de pagos, véase ROJO, A., "Los grupos de sociedades en el Derecho español", en *I gruppi di società, Atti del Convegno, cit.*, Vol. I, págs. 414-420.

<sup>345</sup> En este caso, el pacto contractual suele gravar a la sociedad dominante, que asume la responsabilidad por pérdidas de la sociedad dominada o, incluso las deudas de ésta. Tal medida puede resultar favorable para los acreedores de la sociedad dominada, pero no así para los de la sociedad dominante.

<sup>346</sup> Sin olvidar, desde el punto de vista teórico, la dificultad de configurar tal obligación, que tanto puede presentar similitudes con la fianza de un conjunto de obligaciones (supuesto en el que el fiador -sociedad dominante- asegura un conjunto más o menos amplio de operaciones que pueden realizarse entre acreedor y deudor -sociedad dominada-), con la fianza de deudas u obligaciones futuras (siempre que existan circunstancias objetivas que permitan fijar la obligación futura garantizada), o con el seguro de caución (aunque en este caso sería necesario el pacto de reembolso de las cantidades pagadas, art. 68 LCS). Con respecto a las modalidades de fianza citadas, véase DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos, cit.*, 422.

<sup>347</sup> Sobre la unidad entre el fenómeno de las declaraciones de patrocinio y el de los grupos de sociedades, DE CASTRO MARTIN, J.L., *Las cartas de patrocinio*, Ed. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, págs. 18-48; SUAREZ GONZALEZ, C.,

de ellas la cabeza de grupo, con la intención de apoyar a la sociedad dominada, pretende crear en el ánimo de los acreedores la certeza del buen fin de la operaciones que concierten con ella<sup>348</sup>. La obligatoriedad de la declaración de garantía dependerá de su carácter<sup>349</sup>: a) Si sólo se pone de manifiesto la situación de la sociedad dominada en el seno del grupo, tal declaración de hechos no puede considerarse auténtica garantía y de ella tan sólo podría derivar un supuesto de responsabilidad por daños en la confianza suscitada en el destinatario. b) Si la sociedad dominante se compromete a mantener una conducta en una dirección determinada<sup>350</sup>, el incumplimiento de esta obligación de hacer puede generar responsabilidad por daños y perjuicios. c) Si la sociedad dominante declara que asume las deudas de la dominada, o que se compromete a dotarla de los medios necesarios para que no devenga insolvente, se está ante una obligación de garantía, cuyo contenido y efectos dependerán del sentido de las declaraciones existentes<sup>351</sup>.

---

*Las declaraciones de patrocinio. Estudio sobre las denominadas «cartas de confort»*, Ed. La Ley, Madrid, 1994, págs. 211-222. Véase también, SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Valor jurídico de las cartas de garantía o cartas de patrocinio", *RDBB*, nº 20, 1985, págs. 871-896; VALENZUELA GARACH, F., "La `seriedad` de las llamadas cartas de patrocinio", *RDM*, nº 185-186, 1987, págs. 347-427.

<sup>348</sup> Por las cartas de garantía la sociedad madre de un grupo afianza, total o parcialmente, los créditos concedidos a una de las sociedades hijas frente a los respectivos acreedores, variando el valor jurídico de tales declaraciones caso por caso, según los términos concretos de las mismas (ANTUNES, J.A., *Os grupos*, cit., págs. 680-681). Sobre los diversos tipos de declaración de patrocinio, SUAREZ GONZALEZ, C., *Las declaraciones de patrocinio*, cit., págs. 188-196.

<sup>349</sup> Afirma DIEZ-PICAZO, L., (*Fundamentos*, II, cit., pág. 468) que "no existe obstáculo legal para entender eficaces en nuestro Ordenamiento positivo las cláusulas de apoyo financiero con una fuerza vinculante fundada en el principio de libertad de contratación proclamado en el art. 1.255 C.c. y sus concordantes sobre los efectos de la relación obligatoria (...)".

<sup>350</sup> V.gr., que influirá sobre la sociedad dominada para que cumpla la obligación; que la sociedad dominante no perjudicará la situación financiera de la dominada; que la sociedad dominante mantendrá en el futuro la misma participación en el capital de la sociedad dominada, de ser este el caso, etc. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, cit., pág. 467.

<sup>351</sup> Para DIEZ-PICAZO, L., (*Fundamentos*, II, cit., pág. 467), a falta de norma legal se entiende que deberá ser el del contrato de fianza. No obstante, señala VICENT CHULIA, F., (*Compendio*, 3º ed., cit., pág. 284) que, a excepción de que entre las declaraciones de la carta de patrocinio figure una verdadera fianza o fianza *omnibus* (para todas las deudas de la filial con el destinatario de la carta), el fundamento de la responsabilidad del emisor es la responsabilidad extracontractual por inducir al destinatario a otorgar una confianza a la filial (así, VALENZUELA GARACH, F., "La `seriedad`", cit., págs. 347 y ss., y 408 y ss.).

Pero, lógicamente, la emisión de una carta de patrocinio depende tan sólo de la voluntad de la sociedad dominante, de forma que para que la sociedad dominada pueda exigir este hacer de la sociedad dominante deberá pactarse en el contrato de dominación como obligación que asume esta última. Ello permite que la obligación se asuma con referencia a todos los acreedores de la filial o sólo a algunos de ellos, y respecto de todas las operaciones de la sociedad dominada o sólo a las que deriven del ejercicio de la dirección unitaria; se trata por tanto de una fórmula atractiva por su flexibilidad. Desde el punto de vista del acreedor, la carta de garantía respalda su posición frente a la sociedad dominada pues la declaración le habilita para dirigirse contra la sociedad dominante en los términos de exigencia de responsabilidad más arriba enunciados. De alguna manera la declaración de patrocinio salva la inoperancia del contrato de dominación respecto de los acreedores de la sociedad dominada, obligados en otro caso a demostrar la existencia del grupo y la vigencia del pacto de responsabilidad por deudas<sup>352</sup>.

#### 4. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA: LÍMITE PARA EL EJERCICIO DE LA DIRECCIÓN UNITARIA

La dirección unitaria es el factor que crea y revela la existencia del grupo, pues como sabemos, la situación de dependencia no es suficiente -ni aún necesaria (como sucede en los grupos por coordinación)- a tales efectos. La unidad de dirección constituye, pues, el paso de la mera subordinación a la situación de grupo<sup>353</sup>.

Pues bien, la -relativa- facilidad<sup>354</sup> con que la sociedad dominante puede ejercitar la dirección unitaria sobre las sociedades dependientes, caso de haber

---

<sup>352</sup> Sobre el reflejo de la asunción de responsabilidades y pérdidas de las dominadas en las cuentas de la sociedad dominante, véase FERNANDEZ DEL POZO, L., "Aplicación de resultados en la sociedad dominante y cuentas consolidadas", *RdS*, nº 9, 1997, págs. 186-205, pág. 200.

<sup>353</sup> DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado", *cit.*, pág. 536.

<sup>354</sup> Pese a la aludida en el texto "facilidad" del ejercicio de la dirección unitaria, no se nos escapan las dificultades en torno al mismo, evidenciadas por los autores que se han ocupado del

adquirido el control por técnicas societarias o contractuales, resultará por contra inviable en el pretendido grupo cooperativo. En éste, como hemos propuesto, el estado de dominación sólo puede ser el resultado de un acuerdo paritario, circunstancia que provocará también mutaciones fundamentales en cuanto a la consideración de la propia dirección unitaria y su ejercicio. Y es que, en esta materia, hay que tratar de armonizar el principio de autonomía de gestión y estatutaria, vigente en cada una de las cooperativas del «grupo», con el ejercicio de la dirección unitaria sobre las mismas, esencial para poder hablar de la existencia de tal estructura plural.

#### 4.1. LA AUTONOMÍA DE GESTIÓN Y ESTATUTARIA

En nuestra legislación, el principio de autonomía viene a conferir la gestión y el gobierno de las sociedades cooperativas exclusivamente a éstas y a sus socios<sup>355</sup>, lo que está en línea con los planteamientos de la ACI en su Congreso de Viena<sup>356</sup>. La autonomía se ha venido a entender desde dos puntos de vista<sup>357</sup>: a) Como situación de no dependencia de la entidad cooperativa respecto del aparato administrativo, proclamando, en consecuencia, el no intervencionismo del Estado y de los poderes públicos en la vida de la

---

tema. Sobre estos extremos, EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, cit., pág. 158; MASSAGUER, J., "La estructura interna de los grupos", cit., págs. 292-293; DUQUE DOMINGUEZ, J., "Los problemas generales planteados por los grupos", cit., pág. 43.

<sup>355</sup> Arts. 1.2 LCEuskadi; 1 LCCataluña; 2.3 LCAndaluzas; 3.segundo LCCValenciana; 2.1 LFCNavarra; 2 LSCExtremadura; 1.2 LCGalicia; 2.2 LCAragón; 1.1 LCCMadrid. No se refiere a dicho principio expresamente la LCoop -sí lo hacía, por el contrario, el art. 2 LGC-.

<sup>356</sup> *Los principios cooperativos. Nuevas formulaciones de la Alianza Cooperativa Internacional*, Zaragoza, 1968, pág. 35.

<sup>357</sup> EMBID IRUJO, J.M., (*Concentración de empresas*, cit., pág. 54), acude a la doctrina alemana para interpretar los principios de autonomía y autoadministración, aunque en relación a los grupos cooperativos (en concreto WESTERMANN, H., en su trabajo "Zum Rechtsbegriff des Verbundes bei Genossenschaften", en su obra *Rechtsprobleme der Genossenschaften*, Karlsruhe, 1969, págs. 171-172), pudiendo entenderse la autonomía como la aptitud con que la ley configura las formas de organización y las relaciones jurídicas de la cooperativa, y la autoadministración como el "contrapunto histórico y funcional a la influencia estatal sobre las cooperativas".

cooperativa<sup>358</sup>. b) Como capacidad de dotarse del marco estatutario que estime conveniente para el cumplimiento de sus fines, ejerciendo sus órganos el gobierno y la gestión de la entidad con base en el principio democrático<sup>359</sup>. Esta doble perspectiva se mantiene en la formulación del nuevo principio cooperativo de «autonomía e independencia»: *"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"*<sup>360</sup>.

Como se observa, la autogestión, el control democrático y la autonomía cooperativa son pilares básicos en estas organizaciones. Cabe entonces preguntarse sobre la estabilidad de dicho principio en una estructura de grupo si tanto las cooperativas que se integran como la resultante del proceso integrador, están amparadas por la autonomía estatutaria.

#### 4.2. EL EJERCICIO DE LA DIRECCIÓN UNITARIA

En ningún caso la integración cooperativa puede llegar a imponer una sustitución o privación total de la capacidad de autogobierno de cada entidad miembro. Ello quiere decir que la dirección unitaria y su ejercicio debe dejar a salvo la independencia de las sociedades cooperativas. Lo que no resulta difícil

---

<sup>358</sup> En contraposición a lo que sucedía en épocas precedentes, ante la postura sostenida por el Estado y manifestada por la legislación cooperativa. Se trataría, pues, de una "regla tendente a declarar la ilicitud de toda injerencia pública en la vida de las cooperativas que no goce de expreso amparo en norma inequívoca de rango legal" (PAZ CANALEJO, N., *Ley General de Cooperativas, cit.*, Vol. 1º, Art. 2, pág. 57). Desde este punto de vista no afectarían a la autonomía cooperativa las facultades inspectoras y sancionadoras reconocidas a la Administración Pública (arts. 113-116 LCoop -la LGC le reconocía también capacidad para intervenir temporalmente las cooperativas, art. 152 LGC-), por estar precisamente prevista esta injerencia pública en norma con rango de ley. También así en las leyes autonómicas.

<sup>359</sup> De esta manera, ningún tipo de organización puede influir en el gobierno de estas entidades, ni ostentar posición de preminencia o privilegio, ni siquiera las Uniones, Federaciones o Confederaciones a las que pueda pertenecer ni ningún otro organismo.

<sup>360</sup> Cuarto principio formulado en el Congreso de la ACI de Manchester, véase "Declaración de la ACI sobre la identidad cooperativa", REVESCO nº 61, *cit.*, pág. 13.

si, como hemos mantenido, la dirección unitaria del grupo viene legitimada en su origen por la libre creación de la macroestructura por las propias cooperativas. Cabe apuntar que este compromiso ha de ser aceptado y previsto por las cooperativa en sus estatutos, bien inicialmente (al prever la posibilidad de creación o adhesión a entidades de grado superior) o bien en un momento posterior a través de una modificación estatutaria.

Siguiendo con el planteamiento, serán también las propias sociedades las que establecerán las bases de ejercicio de la dirección unitaria. Aunque, quizá, no se debería hablar de dirección unitaria, sino plural. Decimos que es plural por cuanto proviene de una pluralidad de centros de decisión -las sociedades integradas-, aunque devendrá unitaria en la medida que supone la decisión conjunta de estas sociedades «dominantes». Y es que las empresas agrupadas participarán en la formación de las directrices inspiradoras de la acción común de todas ellas. Existe pues, realmente, una voluntad única capaz, no sólo de influir, sino de dominar la actividad del grupo<sup>361</sup>. Grupo en el que, por otra parte, se diluye el peligro de que el poder de decisión -inicial y presuntamente conjunto- se desplace hacia cualquiera de las sociedades integradas, pues, como sabemos, resultará imposible el control mayoritario por ninguna de ellas; bien porque no exista el voto proporcional, o bien porque, aunque exista, éste siempre estará limitado, con la reserva que se ha mantenido respecto de los sindicatos de voto o los pactos de sindicación.

Al mismo tiempo, el cumplimiento de las instrucciones del grupo, no obsta para que cada entidad pueda seguir desarrollando autónomamente su objeto social en lo no vinculado al compromiso de participación en el grupo. Si en algún momento fuera necesario coordinar la finalidad de la nueva estructura con la de cada cooperativa socia, ello debería estar descrito y perfilado en el acuerdo base del grupo y asumido en los estatutos de las cooperativas socias<sup>362</sup>.

---

<sup>361</sup> El supuesto recuerda al de la filial común, sometida a una dependencia plural. DUQUE DOMINGUEZ, J., ("El posible encuadramiento de las llamadas empresas o filiales comunes", *cit.*, págs. 312-315) no manifiesta grandes reparos a la inclusión de estos supuestos en el ámbito de los grupos de sociedades. Con base en una interpretación finalista, reconoce el sometimiento de la filial común a la influencia de una voluntad externa única de las sociedades-madre.

<sup>362</sup> Sobre el particular, con relación a la cooperativa de segundo grado, PAZ CANALEJO, N., *Ley General de cooperativas, cit.*, Vol. 1º, Art. 2, pág. 58.

### 5. PROPUESTAS PARA LA OBTENCIÓN DE CONTROL Y EJERCICIO DE LA DIRECCIÓN UNITARIA EN LOS GRUPOS DE COOPERATIVAS

Resulta difícil, como se ha visto, la obtención del control de una cooperativa con los instrumentos aptos para dicho resultado en las sociedades de capital. Las técnicas societarias o contractuales de obtención de la posición de dominio chocan frontalmente con principios cooperativos tan fundamentales como el democrático o el de autonomía de gestión o estatutaria<sup>363</sup>. Ello nos hace excluir, al pretender ordenar la integración cooperativa, el referente que supone la figura del grupo basado en la subordinación o el control de sociedades, a no ser que sociedad dominante lo fuera una sociedad cooperativa y sólo para el caso de que las dependientes sean entidades no cooperativas<sup>364</sup>.

Parece, por el contrario, que en un proceso de integración de sociedades cooperativas, la toma de control y la ulterior formación de la voluntad del grupo, habrá de partir de una declaración de voluntad -libremente manifestada- de las sociedades interesadas, tendente a la creación de una estructura de grupo, y relativa a la sumisión a una dirección única, resultado de una decisión plural. El grupo cooperativo deberá tener, pues, su origen en un acuerdo paritario entre las cooperativas que pretendan la integración, llevando en su formación un recorrido ascendente, desde la base hacia la cumbre<sup>365</sup>. Desde esta óptica ortodoxa, respetuosa con la esencia de la cooperación, la relación sociedad dominante-sociedades dependientes sufriría así un giro copernicano con respecto

---

<sup>363</sup> EMBID IRUJO, J.M., *Concentración de empresas*, cit., pág. 54; "Presupuestos jurídicos de la concentración", cit., pag. 434, "La integración cooperativa y su tratamiento", cit., pág. 224.

<sup>364</sup> Supuesto admitido por la ley, por ejemplo, arts. 26.2 LCoop, 35.2 LCEuskadi y 32.1 LCAragón, que se refieren a «cooperativas, sociedades controladas por éstas ...».

<sup>365</sup> Al menos así sucede, como señala PAZ CANALEJO, N., (*Ley General de Cooperativas*, cit., Vol. 1º, Art. 29, pág. 12) en las cooperativas de segundo grado: "el fenómeno de la cooperación secundaria no responde al esquema mercantil de las sociedades dependientes de una entidad matriz o dominante, puesto que aquella siempre surge de, y es controlada por, las cooperativas primarias o básicas; se trata de una relación de control de abajo hacia arriba".

al grupo por subordinación: sociedad dominante no existe, o, por lo menos, no es una, sino varias; esto es, las entidades que se integran. Tampoco se puede hablar de sociedad o sociedades dominadas, pues lo que existe es la sociedad «cabeza de grupo» que surge del acuerdo paritario. Con ello, desde el punto de vista del control, y ante la ausencia de situación de dependencia, la integración cooperativa se sitúa en un ámbito más cercano al de los grupos por coordinación<sup>366</sup>, al igual que sucede respecto del segundo elemento definidor del grupo de sociedades, la dirección unitaria.

---

<sup>366</sup> EMBID IRUJO, J.M., *Concentración de empresas, cit.*, págs. 52-53; idem, Voz «Grupo de sociedades», *EJB*, Vol. II, *cit.*, pág. 3.277. Asume el mismo planteamiento VICENT CHULIA, F., *Ley General de Cooperativas, cit.*, Vol. 3º, *Art. 149*, pág. 880.



## **CAPÍTULO TERCERO**

### **ESTRUCTURA DE GRUPO E INTEGRACIÓN COOPERATIVA (II): LOS GRUPOS COOPERATIVOS POR COORDINACIÓN**



## I. EL GRUPO PARITARIO COMO MODELO DE INTEGRACIÓN COOPERATIVA

Ya se ha visto la dificultad de trasladar la estructura del grupo por subordinación al campo cooperativo, puesto que estas sociedades presentan serios inconvenientes a la hora de aparecer como sociedades dominadas -por otras cooperativas o por otras entidades-<sup>1</sup>. Sin embargo, las coordinadas en que se desenvuelve el grupo por coordinación han resultado más cercanas a los principios y reglas de funcionamiento de las cooperativas<sup>2</sup>. El grupo por coordinación, basado en el principio paritario, se presenta, pues, como el instrumento válido para alcanzar verdaderas unidades empresariales cooperativas, resultando compatible con los principios de autonomía y de gestión democrática<sup>3</sup>.

De esta forma puede tener entrada en nuestro sistema de Derecho de sociedades el grupo de estructura paritaria, lo cual no deja de ser significativo, fundamentalmente cuando el tema de los grupos por coordinación resulta ajeno a las actuales previsiones del legislador español, centrado como se sabe, respecto de las sociedades de capital, en el que se considera el grupo por antonomasia, el de subordinación<sup>4</sup>. Prueba de ello son las referencias a los grupos contenidas en

---

<sup>1</sup> Las experiencias de integración cooperativa "pura", tanto desde el punto de vista de los instrumentos o técnicas utilizados (endogamia material), como desde la perspectiva de los sujetos a agregar (endogamia subjetiva), difícilmente podrán identificarse con los mecanismos societarios de creación de estructuras de grupo por subordinación.

<sup>2</sup> No conformes con esta sólo posibilidad, desde ciertos sectores del cooperativismo se ha planteado la "urgencia de que la legislación cooperativa contemple cuanto antes la posibilidad de estructurar grupos cooperativos de estructura jerárquica, sustentados necesariamente en la existencia de distintas sociedades cooperativas relacionadas jurídicamente entre sí, en las que alguna de ellas tenga el carácter de sociedad matriz y las restantes el de sociedades dominadas" (MONGELOS OQUIÑENA, J., "El grupo cooperativo Mondragón: desde una realidad socioempresarial hacia un proyecto europeo", *AECOOP.*, 1990, págs. 153-170, pág. 165).

<sup>3</sup> Sobre el grupo por coordinación como alternativa para la creación de grupos cooperativos, EMBID IRUJO, J.M., *Concentración de empresas, cit.*, págs. 53 y ss.; Voz "Grupo de sociedades", en *EJB*, Vol. II, *cit.*, pág. 3.277; "La integración cooperativa y su tratamiento", *cit.*, pág. 224. En su misma línea, VICENT CHULIA, F., *Ley General de Cooperativas*, Vol. 3º, *cit.*, Art. 149, pág. 880.

<sup>4</sup> Sobre la falta de atención del legislador español al grupo por coordinación en el marco de las sociedades de capital, véase EMBID IRUJO, J.M., "La problemática de los grupos", *RdS*,

la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de SRL y en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, que afianzan la noción de grupo, no sólo en la dependencia societaria, sino también [y sobre todo] en el ejercicio de una dirección económica unificada<sup>5</sup>. Se podría afirmar que la incorporación de la figura del grupo por coordinación a nuestro Derecho [tras el paréntesis representado -para algunos autores- por la sociedad anónima de empresas<sup>6</sup>] ha venido de la mano de la legislación cooperativa, y en ella es donde encuentra actualmente su ámbito de desarrollo. Pero su virtualidad no es exclusiva en este sector. Basta recordar las posibilidades que ofrece a estos efectos la Sociedad de Responsabilidad Limitada<sup>7</sup>, lo que será objeto de análisis más adelante<sup>8</sup>.

---

*cit.*, pág. 618. Por su parte, RECALDE CASTELLS, A., (*Limitación estatutaria, cit.*, pág. 112 -nota 197-), considera que la definición de grupo contemplada en el art. 4 LMV abarca el llamado grupo por coordinación.

<sup>5</sup> Como señala EMBID IRUJO, J.M., ("La problemática de los grupos", *RdS, cit.*, pág. 619), "el ejercicio de la dirección económica unificada sirve para distinguir un verdadero supuesto de integración empresarial, frente al significado básicamente societario que caracteriza una situación de control".

<sup>6</sup> Resulta frecuente la referencia a la Sociedad Anónima de Empresas -regulada por la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, de asociaciones y uniones de empresas-, entre los supuestos comprendidos en los grupos por coordinación, al lado de las comunidades de intereses en general (y en particular, la comunidad de ganancias) y las muy debatidas filiales comunes. Sobre estos extremos, DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado", *cit.*, pág. 552; "Groupements d'entreprises et groupes de sociétés en droit espagnol", en *Evolution et perspectives, cit.*, págs. 277-315; SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria", *cit.*, pág. 393. Por el contrario, para otro sector de la doctrina, "ni las sociedades de empresas ni las agrupaciones temporales de empresas que la ley creaba traspasaban el plano de la cooperación interempresarial" (EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades, cit.*, pág. 161, nota 23), lo que resulta coherente con su concepción del grupo por coordinación como fórmula de cooperación y no de concentración. No obstante, a la hora de analizar la integración cooperativa, EMBID IRUJO parece apostar por el grupo horizontal como forma de concentración (que ya no de cooperación) empresarial.

<sup>7</sup> Cuya significación en algunos Ordenamientos, como el alemán, ha sido puesta de manifiesto por EMBID IRUJO, J.M., "La integración cooperativa y su tratamiento", *cit.*, pág. 226. Es más, como advierte MÜNKNER, H.H., ("Ley de cooperativas en la República Federal Alemana", *Rev. Ciriéc-España*, nº 7, págs. 85-112, págs. 97-98), la mayoría de las cooperativas de segundo grado al servicio de las de primer grado en ellas integradas revisten la forma de sociedades de responsabilidad limitada (GmbH). Véase también BORJABAD, P., *Manual de Derecho Cooperativo, cit.*, págs. 295 y ss.; ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., *La sociedad de responsabilidad limitada, cit.*, págs. 102 y ss.

<sup>8</sup> En este sentido, señala RUIZ PERIS. J.I., ("Grupos de empresas", *cit.*, pág. 1.462, nota 26) la creciente utilización "de fórmulas de colaboración empresarial que dan lugar a grupos por coordinación especialmente en el área de la economía social, donde las cooperativas de segundo grado, o la utilización de sociedades de responsabilidad limitada como cabecera de

Una vez salvados los obstáculos para la admisión de la estructura de grupo en el sector cooperativo<sup>9</sup>, queda por concretar cuál pudiera ser el perfil jurídico del mismo. Es este un terreno inestable dada la inexistencia de referencias específicas a este respecto en nuestras normas. Se pueden intuir cuáles sean los rasgos más relevantes del grupo cooperativo por coordinación extrayéndolos de los escuetos regímenes previstos en las leyes de cooperativas para las diversas estructuras catalogables como de «grupo». Pero, en realidad, la materia requiere de una investigación empírica sobre los posibles acuerdos de integración concluidos entre cooperativas; o sobre los estatutos de las cooperativas de segundo grado; o de cualquiera de los instrumentos seleccionados para construir una estructura de grupo de la naturaleza del que nos ocupa. El análisis ilustraría la operatividad de la figura, adentrándonos, al mismo tiempo, en las coordenadas de evolución del grupo paritario en nuestra praxis cooperativa, y ayudando con ello al desarrollo normativo de los supuestos de grupo.

La inestabilidad en esta materia deviene también de la estrecha conexión que guarda la integración con la estructura económica en la que se desenvuelve. Las cooperativas [o cualquier sociedad] se ven obligadas, por la propia dinámica del mercado, a resolver situaciones empresariales a través de fórmulas que pueden no encontrar respaldo *ab initio* en el marco normativo que les resulte de aplicación. Y no es esta la primera ocasión en que la realidad cooperativa desborda la norma, originando la necesidad de una regulación positiva. Exponente en nuestro ámbito de esta circunstancia lo constituye la LCEuskadi, que ha venido a establecer un régimen jurídico para la sociedad cooperativa "sensible" a las exigencias de la práctica de uno de los más importantes grupos cooperativos de nuestro Estado: la Corporación Mondragón<sup>10</sup>. En efecto, este

---

grupos formados por cooperativas, permiten la existencia de dirección unitaria sin relaciones de control".

<sup>9</sup> Véase *supra* Cap. 2º, II.

<sup>10</sup> Sobre la particular estructura del grupo Mondragón, y el intento de adecuación del supuesto en las nuevas coordenadas de la -entonces- proyectada reforma de la LCEuskadi, CELAYA ULIBARRI, A., "Estructura y problemática jurídica de la Corporación MCC", *AECOOP*, 1992, págs. 109-129. Sobre otras experiencias de integración cooperativa en nuestro Estado, véase VICENT CHULIA, F., *Ley General de Cooperativas, cit.*, Vol. 3º, Art. 149, págs. 881-882, nota 14.

complejo modelo de integración, articulado sobre criterios propios y extralegales<sup>11</sup>, ha tenido una decisiva influencia en el legislador vasco a la hora de regular las formas de integración cooperativa en el marco competencial de su Comunidad Autónoma<sup>12</sup>. La opción de las llamadas «corporaciones cooperativas», es una novedosa fórmula de integración apta para dar cobertura legal a las especificidades de la Corporación MCC. Pero, en realidad, supone tan sólo una modalidad de cooperativa de segundo grado, de cuyo régimen jurídico se ha de valer con carácter supletorio<sup>13</sup>. La "aparición en escena" de la corporación cooperativa, se hubiera podido eludir incluyendo el supuesto en el ámbito de la cooperativa de segundo grado<sup>14</sup>, salvando lo no dispuesto en la ley con las previsiones estatutarias de la entidad<sup>15</sup>.

Quizá la respuesta de la LCEuskadi no sea la más acertada, pero es un intento de "amparar" jurídicamente la práctica cooperativa de aquélla Comunidad Autónoma, o, como dice su E. de M., "dar respuesta a las actuales carencias del marco jurídico sobre el cooperativismo vasco (...) para que las cooperativas vascas puedan afrontar, desde una plataforma jurídica moderna y

---

<sup>11</sup> De interés para la comprensión de este fenómeno empresarial en el País Vasco, DEL ARCO ALVAREZ, J.L., *El complejo cooperativo de Mondragón*, Ed. AECOOP, 1983; GREENWOOD, D./GONZALEZ, J.L., *Culturas de Fagor. Estudio antropológico de las cooperativas de Mondragón*, Ed. Txertoa, Navarra, 1990, y bibliografía citada en págs. 45-53; MONGELOS OQUIÑENA, J., "El grupo cooperativo Mondragón", *cit.*, págs. 153-170. Ilustrativa de su incidencia social es la Ley de reconocimiento de *Mondragon Unibersitate*, *S.Coop*, universidad privada auspiciada por Mondragón Corporación Cooperativa (MCC) aprobada por el pleno del Parlamento Vasco el 30-5-1997. Sobre este proyecto particular, *INFES, Rev. de Ec. Social*, nº 12, 1996, págs. 7 y 8.

<sup>12</sup> Sobre estos extremos, EMBID IRUJO, J.M., "La integración cooperativa y su tratamiento", *cit.*, pág. 226.

<sup>13</sup> Art. 135 LCEuskadi. Sobre las «corporaciones cooperativas» como modalidad de cooperativa de segundo grado (aunque adaptada a la situación y perspectivas de MCC), CELAYA ULIBARRI, A., "Estructura y problemática", *cit.*, pág. 114. No obstante la corporación cooperativa admite otra modalidad de organización, véase *infra* Cap. 4º, II.2.2.B).

<sup>14</sup> Solución ya utilizada en el seno de la propia Corporación Cooperativa Mondragón para articular el Grupo sectorial Fagor, que se realizó en torno a la cooperativa de segundo grado. Sobre esta experiencia empresarial, MONGELOS OQUIÑENA, J., "Fagor: una experiencia de integración en el seno del Grupo Mondragón", en *La integración societaria: Europa 1993*, (VIII Jornadas Cooperativas de Euskadi), Ed. Gobierno Vasco, Bilbao, 1989, págs. 195-220.

<sup>15</sup> Como afirma VICENT CHULIA, F., (*Ley General de Cooperativas*, Vol. 3º, Art. 149, *cit.*, pág. 878) la corporación cooperativa regulada en la Ley vasca es un trasunto de Mondragón Corporación Cooperativa, manifestando sus dudas sobre la necesidad de su previsión legislativa.

flexible, los retos empresariales a los que tiene que hacer frente"<sup>16</sup>. Y la misma intención late en la reforma de la LFCNavarra, cuyo preámbulo reconoce haber tenido en cuenta las "justas reivindicaciones" del Movimiento Cooperativo navarro<sup>17</sup> "basadas en la vivencia, día a día, de los problemas que el nuevo marco donde debían moverse les iban planteando para que los medios legales de que disponían y a los que debían someterse, se adecuaran a los tiempos modernos"<sup>18</sup>.

Resulta, pues, necesario que el legislador cooperativo dote de estabilidad a las instituciones que pueden hacer viable la integración de estas formas sociales, diseñando un régimen jurídico concreto de carácter y ámbito estatal<sup>19</sup>.

## II. APUNTES PARA UN PERFIL DEL GRUPO COOPERATIVO POR COORDINACIÓN

Si en nuestro Derecho no existe una regulación sustantiva del grupo de sociedades, ni siquiera del que tiene reflejo en las diversas normas a los varios

---

<sup>16</sup> Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (que deroga la Ley 1/1982, de 11 de febrero), E. de M., párrafos 3º y 4º.

<sup>17</sup> Ley Foral 12/1996, de 2 de julio, de Cooperativas de Navarra (que deroga la Ley Foral 12/1989, de 3 de julio), E. de M., párrafo 5º. Sobre todo, esta norma ha venido a dar respuesta a las demandas de un concreto sector del cooperativismo navarro, como es el agrario.

<sup>18</sup> Conviene resaltar que las reformas legislativas comentadas no vienen a satisfacer sólo las demandas del cooperativismo. Tanto la LCEuskadi como la LFCNavarra justifican también la nueva regulación en la profunda reforma operada en el Derecho mercantil en general y en el societario en particular [su adaptación a las directivas de la CEE], "referencia obligada para una regulación técnica y actualizada de las sociedades cooperativas" (E. de M. de la LCEuskadi párrafo 2º y de la LFCNavarra párrafo 3º).

<sup>19</sup> La previsión de un régimen jurídico unitario de la integración cooperativa no tendría por qué afectar las particularidades que en cada Comunidad Autónoma pueda presentar la vinculación empresarial de estas sociedades. El respeto a las mismas quedaría asegurado remitiendo a los estatutos (y por tanto a la voluntad de los socios) la regulación de los supuestos concretos. Si ésto está siendo posible en el marco de la Unión Europea a través de la Propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Cooperativa Europea, no se ve dificultad para su realización en nuestro Estado. Sobre nuestro punto de vista en cuanto a la diversidad de legislaciones en materia de cooperativas, véase *infra* Cap. 5º, I.2.1.

efectos que en ellas se persiguen, cual es el grupo por subordinación, todavía es más desértica la geografía jurídica del grupo por coordinación. Dejando al margen los leves atisbos de admisión [o más bien previsión] del grupo paritario que hemos creído intuir en algunas normas<sup>20</sup>, no hay una nítida descripción del supuesto en Derecho de sociedades. En sede cooperativa sí se perfilan, en cambio, ciertas estructuras que podrían ser catalogables como grupos horizontales, pero para ello resulta previa la tarea de concreción de la categoría jurídica que nos ocupa, de cuáles sean los elementos centrales de la figura<sup>21</sup> así como de los presupuestos de su régimen jurídico. Tan sólo después se podrá concluir acerca del válido encaje de algunas de las diversas fórmulas de integración previstas en las leyes de cooperativas en el marco de los grupos por coordinación.

El problema es de conceptualización jurídica y, en último extremo, de *lege ferenda*<sup>22</sup> porque el Derecho positivo no ofrece, dentro de nuestras fronteras, un punto de apoyo firme al concepto de grupo por coordinación ni a su régimen jurídico. El análisis del Derecho comparado, aunque útil a estos efectos, tampoco permite la estricta importación de la categoría jurídica del grupo paritario prevista en los Ordenamientos reguladores de los grupos de sociedades. En tales Ordenamientos -alemán, brasileño y portugués- no se contiene una previsión del régimen jurídico aplicable a la situación de agregación societaria que de él surge, a excepción de las escasas referencias relativas a la celebración del contrato de grupo contenidas en cada Ley<sup>23</sup> o la remisión al régimen del

---

<sup>20</sup> V. gr. *art. 20.1 LCD*, que parece no excluir de su ámbito de aplicación los supuestos de deslealtad ocasionados por una sociedad de un grupo por coordinación; *arts. 4.2.a y 5.2 RD 1815/1991, de 20 de diciembre*, en cuanto a las nociones de gestión conjunta y de influencia notable en materia de consolidación contable, respectivamente; *art. 8.3.c LRPEF* y *art. 1.b RD 1343/1992, de 6 de noviembre*, referidos al control ejercido por un grupo de personas que actúan sistemáticamente en concierto; *art. 16.2.1 LIS* y *art. 1.2.1º RD 1345/1992, de 6 de noviembre*, en cuanto a los grupos de sociedades cooperativas.

<sup>21</sup> A saber, independencia de las sociedades contratantes y sujeción colectiva y paritaria a la dirección unitaria y común.

<sup>22</sup> En los mismos términos se pronunciaba URÍA, R., ("Teoría de la concentración de empresas", *RDM*, nº 24, 1949, págs. 315-348, pág. 332) con respecto al fenómeno de la concentración de empresas en general, indicando la necesidad de buscar la categoría jurídica congruente a tal efecto con abstracción de la forma en cada caso utilizada para lograr la concentración.

<sup>23</sup> Así, *art. 492 nº 2 a 5 del C. de las ss.cc.* ("*Dos o más sociedades que no sean dependientes ni entre sí ni de otras sociedades, pueden constituir un grupo de sociedades,*

grupo por subordinación en lo que resulte compatible. En estos Ordenamientos el grupo por coordinación surge de un contrato nominado o tipificado, pero cuyo régimen jurídico y efectos no han sido profusamente tratados<sup>24</sup>. La falta de previsión en nuestro Derecho de sociedades de un contrato típico de grupo paritario obliga a orientar la reflexión además hacia aquellos otros Ordenamientos que, aún sin tener una específica regulación de los grupos, han previsto diversas figuras que guardan similitud con el grupo por coordinación. Así sucede, por ejemplo, en el Ordenamiento italiano, donde la figura del «consorcio» parece apta<sup>25</sup>, desde un punto de vista instrumental, para organizar una estructura de grupo paritario<sup>26</sup>.

---

*mediante contrato por el cual acepten someterse a una dirección unitaria y común"); arts. 18.2 y 291.2 AktG, ("Si aquellas empresas que no dependen entre sí se someten por contrato a una dirección única sin que por este hecho una de ellas llegue a depender de la otra empresa parte del contrato, este último no se considerará contrato de dominación"-291.2- "Si se trata de empresas jurídicamente independientes entre las que no existe relación de dependencia, pero están bajo una dirección única, también éstas formarán un grupo; las distintas empresas individuales se considerarán empresas del grupo" -18.2-); Art. 278 LSpA.brasileña ("Las sociedades anónimas y cualesquiera otras sociedades, bajo el mismo control o no, pueden constituir un consorcio para ejecutar una determinada empresa, observando lo dispuesto en este capítulo").*

<sup>24</sup> Como señala ANTUNES, J.A., (*Os grupos, cit.*, pág. 756) con respecto a la regulación portuguesa del grupo paritario, en ella "tan sólo se define el supuesto normativo de esta peculiar relación de grupo y se regulan los términos de la respectiva constitución, pero no se le asocian efectos". La misma situación se plantea con respecto al «consorcio» en el Derecho brasileño (arts. 278.279). Sobre la escasez de normas aplicables al grupo por coordinación en la AktG, véase SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura", *cit.*, pág. 431, nota 92.

<sup>25</sup> El Derecho italiano ofrece el particular interés de contar con una legislación reguladora del consorcio entre sociedades cooperativas «para facilitar su fin mutualístico» (art. 27 Ley Basevi), el consorcio «admitido a contratación pública» (art. 27 bis Ley Basevi) y del consorcio entre cooperativas «para la coordinación de la producción y del intercambio» (art. 27 ter Ley Basevi). Para CAMPOBASSO, G.F., (*Diritto Commerciale, 2, Diritto delle società*, 2ª ed., Ed., Utet, Torino, 1992, págs. 540-541) los dos primeros tipos de consorcios son realmente cooperativas de segundo grado; el tercero es un verdadero consorcio entre empresas de los regulados en los arts. 2.602 y ss. del Codice civile. Sobre el consorcio de cooperativas, véase RICCIUTO, V., *Struttura e funzione del fenomeno consortile*, Ed. Cedam, Padova, 1992, págs. 240-245.

<sup>26</sup> Sobre la analogía estructural entre el consorcio y el grupo, véase CHIOMENTI, F., "Osservazioni per una costruzione", *cit.*, pág. 266; OPPO, G., "Mutualità e integrazione cooperativa", *Riv. Diritto Civile*, nº 3, 1997, págs. 357-365, págs. 363-365. En nuestra opinión la identidad estructural tan sólo es predicable entre el consorcio y el grupo paritario, nunca respecto del grupo por subordinación. En el Derecho italiano el paralelismo se establece entre el consorcio y este último y por tanto la conclusión es el antagonismo entre ambas figuras. Sobre el estado de la cuestión puesto de manifiesto en el Convenio de Venecia de 1995, sobre grupos de

En cualquier caso, la ausencia en nuestro Derecho de referentes normativos y jurisprudenciales en torno a estas estructuras, obliga a una construcción *ex novo* utilizando aquéllos materiales que más se adecuen a la figura. Así, sin perjuicio de las -escuetas- previsiones de las leyes de cooperativas, habrá de ser el contrato de grupo y, en su caso, los estatutos de la sociedad órgano o los reglamentos de régimen interno, los instrumentos que, en cada caso, utilicen las cooperativas para concretar el grado de compromiso en la integración, la prioridad del interés del grupo y la efectividad de las instrucciones de la entidad «cabeza de grupo», de existir ésta. Se deberán considerar, por tanto, los intereses dignos de protección y valorar las técnicas que puedan resultar protectoras de tales intereses.

Desde una perspectiva teórica, los rasgos generales del grupo por coordinación pueden ser dibujados, si no en oposición a los principios del grupo por subordinación<sup>27</sup>, al menos en contraste con éstos<sup>28</sup>. Especialmente, del régimen jurídico de este tipo de estructura interesa, entre otras circunstancias, el propio contrato de grupo paritario y sus efectos, cuya importancia deriva de la consiguiente sujeción a una dirección económica unificada. Es por ello que, a nuestro juicio, la conclusión del contrato de grupo deberá rodearse de ciertos presupuestos obligatorios relativos no sólo a su celebración, sino también a su posible modificación y extinción.

### III. ORGANIZACIÓN DEL GRUPO PARITARIO

---

sociedades, véase SARALE, M., "Consorti, società consortile e società: un dialogo ancora difficile", en *Studi Cottino*, Vol. I, *cit.*, págs. 193-223.

<sup>27</sup> Como propone EMBID IRUJO, J.M., "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, pág. 435.

<sup>28</sup> Será obligada la referencia a la regulación del grupo por coordinación en los Ordenamientos que la prevén y la necesidad de integrar sus lagunas con aquellas normas relativas al grupo por subordinación que puedan resultar compatibles con la especial naturaleza del grupo paritario. Todo ello, no obstante, ha de conciliarse con las escasas previsiones que las leyes de cooperativas -estatal y autonómicas- contienen para supuestos que podrían considerarse análogos, y en última instancia con el recurso a las normas generales del Derecho de sociedades.

### 1. EL CONTRATO DE GRUPO POR COORDINACIÓN

El instrumento jurídico creador del grupo [cooperativo] por coordinación deberá ser un contrato que, por una parte, sea expresivo del acuerdo de voluntades de las sociedades [cooperativas] interesadas y, por otra, plasme las relaciones jurídicas que nacen del mismo. Por lo general, se tratará de un contrato *multilateral*, de carácter *asociativo* -pues se trata de una asociación voluntaria de personas jurídicas<sup>29</sup> -, presidido por la noción *de colaboración* -si bien ésta tendente a la integración bajo una dirección unitaria común-, *normativo* en cuanto que disciplina las relaciones futuras de las sociedades del grupo entre sí y con terceros)<sup>30</sup> y, finalmente, *de organización*.

Quedará por concretar la naturaleza de dicho contrato asociativo<sup>31</sup>. La cuestión se presenta compleja ante la variada fenomenología de las situaciones catalogables como grupo por coordinación y la dificultad de deslindarlas de las meras relaciones de cooperación interempresarial<sup>32</sup>. Habrá que estar, en cualquier caso, al contenido del acuerdo para determinar si la finalidad de la

---

<sup>29</sup> En este sentido, EMBID IRUJO, J.M., "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, pág. 435; CELAYA ULIBARRI, A., "Estructura y problemática jurídica de la corporación Mondragón", *cit.*, págs. 110-111. Sobre el contrato asociativo, véase FERRO-LUZZI, P., *I contratti associativi*, Ed. Giuffrè, Milano, 1976, págs. 323 y ss.

<sup>30</sup> Con respecto a la virtualidad del contrato normativo -en el concepto amplio del mismo que él propone frente al acuñado en la doctrina italiana- en lo que el autor califica como «uniones de empresas», véase VICENT CHULIA, F., *Concentración y Unión*, *cit.*, págs. 405-408.

<sup>31</sup> Para una visión general de los contratos asociativos de empresas, véase MERCADAL, B./JANIN, P., *Les contrats de coopération inter-entreprises*, Ed. Editions Juridiques Lefebvre, Paris, 1974; respecto de aquéllos que generan grupos societarios, véase CHAMPAUD, C., "Les méthodes de groupement des sociétés", *RTDComm.*, 1967, págs. 1.003-1.044.

<sup>32</sup> La doctrina patria no desciende al análisis de la naturaleza del contrato asociativo celebrado entre empresas que quieren a través del mismo coordinar determinados aspectos de su política económica, ni del tipo de sociedad a que puede dar lugar. Así se puede ver en DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado", *cit.*, pág. 552; SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura", *cit.*, págs. 431-436 y 438. Tan sólo EMBID IRUJO, J.M., (*Concentración de empresas*, *cit.*, pág. 55 y nota 70) pone de manifiesto como para la doctrina alemana el estado asociativo a que da lugar el contrato de grupo por coordinación previsto en ese Ordenamiento debe ser calificado como sociedad civil.

agrupación es concentracionista o si, por el contrario, se trata de simples acuerdos de colaboración empresarial<sup>33</sup>.

En cualquier caso, la determinación de su naturaleza jurídica difícilmente podrá acogerse a una calificación unitaria pues depende de las características de la concreta voluntad de coordinación de las políticas económicas manifestada por los partícipes y pactada en el contrato<sup>34</sup>. Pese a ello, con carácter general, se ha apostado por subsumir el grupo horizontal en la figura de la sociedad civil<sup>35</sup>, cuya presencia se señala como constante en cuanto elemento vertebrador de la mayor parte de los supuestos de grupos contractuales de personas en función de la promoción de un fin en común<sup>36</sup>. Sin embargo, y admitida en principio dicha calificación, resulta conveniente realizar algunas precisiones puesto que la agrupación de cooperativas con el objetivo de organizar un grupo admite diversidad de fórmulas cuyas diferencias vienen marcadas por el grado de integración que proporcionan y por la forma en la que se organiza la dirección unitaria<sup>37</sup>.

## 2. ORGANIZACIÓN DEL GRUPO POR COORDINACIÓN

---

<sup>33</sup> Se pueden citar en este último ámbito, y circunscritos a la legislación cooperativa, los conciertos, los convenios, o los acuerdos de intercooperación. El contrato permite el acuerdo de las partes respecto a cómo organizar su agregación de forma que respete, en la mayor medida, sus intereses.

<sup>34</sup> Sobre estos aspectos, y con carácter general para cualquier grupo por coordinación DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado", *cit.*, pág. 552.

<sup>35</sup> Así PAZ ARES, C., *Comentarios al Código Civil (arts. 1.665 y ss.)*, II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1.299-1.523, *Art. 1.678*, pág. 1.399. Sobre la generalizada remisión a la sociedad civil en Derecho alemán para la resolución de singulares problemas del grupo por coordinación dada la escasez de normas aplicables al mismo, véase SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria", *cit.*, pág. 431, nota 92.

<sup>36</sup> No duda del carácter societario de la figura SACRISTAN REPRESA, M., ("El grupo de estructura paritaria", *cit.*, págs. 394-395, nota 29) siempre que se parta de la admisión de una noción amplia de sociedad (pág. 438, nota 105).

<sup>37</sup> Ya en los años cuarenta el profesor URÍA, R., ("Teoría de la concentración", *cit.*, págs. 324 y ss., en especial, pág. 333) se decantó por la «organización» como idea medular del concepto de concentración de empresas. Para este autor la pauta ordenadora del fenómeno de la concentración no es otra que el índice y el grado de la organización misma.

## 2.1. GRUPOS HORIZONTALES DE ORDEN INTERNO

a) Algunos mecanismos integradores consisten en [meros] vínculos contractuales de relevancia exclusivamente interna que instituyen la cooperación de todas las sociedades y disciplinan la conducta de cada sociedad aislada, en orden a la consecución de la estrategia unitaria del grupo y, por supuesto, el sometimiento a la dirección unitaria. De esta forma, la actuación [aislada] de cada cooperativa en el ámbito de las políticas coordinadas deberá ajustarse a lo estipulado en el contrato de grupo<sup>38</sup>. Dichos contratos perfilan discretas modalidades de coordinación para el seguimiento de la actuación del grupo como pueden ser la identidad de administradores o el establecimiento de reuniones periódicas de éstos o de los presidentes de los respectivos consejos de administración u órganos rectores, caso de existir<sup>39</sup>. En caso de pretender dotar de mayor rigor a la efectividad del acuerdo vinculante, incluso se podría encargar a un tercero (o a varios) el control del cumplimiento del pacto contractual<sup>40</sup> y/o encomendarle la función de árbitro en las controversias entre los agregados<sup>41</sup>. Admitido el concepto amplio de sociedad<sup>42</sup>, el supuesto, tan

---

<sup>38</sup> En este caso, la actuación de cada sociedad, aún derivada o mediatizada por la unidad de decisión [a la que voluntariamente se somete], podrá aparecer como aislada o autónoma respecto de sus coaligadas. (o lo que es lo mismo, posibilidad de independencia en la interdependencia; Cfr. GUYON e COQUEREAU, *Le groupement d'intérêt économique*, Ed. Dalloz, Paris, 1969, pág. 3). Tan sólo el recurso a los términos del propio contrato o a las previsiones estatutarias permitirá determinar la adecuación de la conducta particular a la dirección del grupo. Esta opción presentará constantes problemas de prueba de la actuación coordinada de las cooperativas.

<sup>39</sup> En la tradicional distinción realizada por SALANDRA, (*Il diritto delle unioni di imprese (Consorti e gruppi)*), Ed. Cedam, Padova, 1934, pág. 85), entre consorcios internos y externos -luego recogida en el Código Civil de 1942 (arts. 2.602-2.620)-, el supuesto descrito se corresponde con la categoría del consorcio interno. Véase así también en URÍA, R., "Teoría de la concentración, *cit.*, pág. 334.

<sup>40</sup> En esencia, la sumisión a la dirección unitaria marcada por todas las sociedades del grupo dada su estructura paritaria u horizontal.

<sup>41</sup> Al respecto, VICENT CHULIA, F., *Concentración y Unión, cit.*, págs. 161-162. El recurso al arbitraje (de equidad o de derecho) es práctica frecuente en el ámbito de los contratos de sindicación, en los que se incluye una cláusula de arbitraje para la resolución de conflictos internos y externos (sobre el particular, véase FERNANDEZ DE LA GANDARA, L./GARRIGOS, A./SANCHEZ, MM., "Sindicato de voto", *cit.*, pág. 202). También es esta

brevemente descrito, puede subsumirse en el marco del contrato de sociedad, a cuyas normas habrá que acudir para completar el régimen jurídico del contrato, integrado inicialmente con las estipulaciones de las partes<sup>43</sup>. El grupo se configura en este caso concreto como sociedad interna<sup>44</sup>, como vínculo obligacional entre los socios<sup>45</sup>.

---

una solución aceptada en el ámbito de la sociedad conjunta (Véase MIQUEL RODRIGUEZ, J., *La sociedad conjunta (Joint Venture Corporation)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1998, págs. 346-349.

<sup>42</sup> Concepto amplio de sociedad formulado por GIRON TENA, J., ("Sobre los conceptos de sociedad en nuestro derecho", *RDP*, 1954, págs. 369-402; "Los conceptos y tipos de sociedades en los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones", en *Estudios del Centenario a la Ley del Notariado*, IV, Madrid, 1963, págs. 1-96; *Derecho de Sociedades*, I, *cit.*, págs. 25 y ss.), quien entiende como elementos esenciales para la existencia de una sociedad el origen negocial y el fin común. Véase, igualmente, DUQUE DOMINGUEZ, J., "Société, association et entreprise en droit espagnol" y "Sociétés commerciales et types de sociétés en droit espagnol", ambos en *Evolution et perspectives*, *cit.*, págs. 70-91 y 296-317, respectivamente; FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., *La atipicidad*, *cit.*, págs. 300 y ss.; PAZ-ARES, C., en *Comentarios al Código Civil*, *cit.*, págs. 1.307-1.313; *idem*, "Animo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del art. 2.2 LAIE)", en *Estudios Girón*, *cit.*, págs. 729-753; SANCHEZ CALERO, F., *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*, Ed. CSIC, Roma-Madrid, 1955, págs. 133-136; *idem*, *Instituciones*, *cit.*, págs. 211-212. También de interés, FERNANDEZ NOVOA, C., "Las notas distintivas de las cuentas en participación", *RDM*, n° 84, 1962, págs. 429-448.

<sup>43</sup> Para VICENT CHULIA, F., (*Concentración y Unión*, *cit.*, págs. 410-411) el régimen del contrato de sociedad desempeña un doble papel en la disciplina de las «uniones de empresas»: como régimen imperativo -que se impone sobre las estipulaciones de las partes y que orienta su interpretación- y como régimen subsidiario en defecto de pactos expresos.

<sup>44</sup> Sobre la sociedad interna como sociedad estructurada como vínculo, meramente obligatoria, véase ALONSO ESPINOSA, F., *Esquemas de Derecho Mercantil*, *cit.*, pág. 76; CABANAS TREJO, R./BONARDELL LENZANO, R., "Reflexiones en torno a la personalidad jurídica de las sociedades civiles (Comentario crítico a la RDGRN de 31 de marzo de 1997)", *RdS*, n° 9, 1997, págs. 357-389, pág. 369; GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades*, I, *cit.*, págs. 49-55 y 82; PAZ ARES, C., *Comentarios*, *cit.*, Art. 1.669, págs. 1.353, 1.367-1.369; *idem* Voz "Sociedad interna", *EJB*, Vol. IV, *cit.*, págs. 6.331-6.335;

<sup>45</sup> Llegados a este punto no todos los autores están de acuerdo en cuanto a las normas del contrato de sociedad aplicables. VICENT CHULIA, F., (*Concentración y Unión*, *cit.*, págs. 400, 411-412) recurre al régimen societario previsto en el C. de c. por estar la base subjetiva de las «uniones de empresas» compuesta por «empresarios». Por contra, en la línea de pensamiento de PAZ ARES, C., (*Comentarios*, *cit.*, Art. 1.665 C.c., pág. 1.320) el régimen aplicable sería el de la sociedad civil, como sucede cuando se estructura una sociedad colectiva como sociedad interna u ocasional. Asimismo GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pág. 79. También en esta dirección, PANTALEON, F., "Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código civil)", *ADC*, T. XLVI, n° 1, págs. 5-56, pág. 11 y 46.

b) En otras ocasiones el contrato de grupo, si bien determinado en el plano interno tal y como se ha propuesto en el apartado precedente<sup>46</sup>, se estipula pretendiendo, además, una actuación externa aunque no manifiesta; es decir, manteniendo reservado el conocimiento de la existencia del grupo al ámbito interno<sup>47</sup>. La actuación *ad extra* podrá concretarse a través de diferentes fórmulas: a) un mandato a una persona física conferido bien por todas y cada una de las cooperativas partícipes<sup>48</sup> o bien como consecuencia de una estipulación contenida en el contrato de grupo<sup>49</sup>; o b) la designación de una de las entidades del grupo como actuante en nombre propio pero por cuenta e interés de aquél, bien como contenido del contrato de grupo<sup>50</sup>, bien como obligación derivada del mismo<sup>51</sup>; incluso c) la actuación disgregada de los

---

<sup>46</sup> Al estructurarse el grupo como meramente obligacional, se prescinde de la posibilidad de atribución a cualquier persona o grupo de personas, físicas o jurídicas, del ejercicio de la dirección unitaria. Las sociedades se someten a la unidad de dirección que deriva tan sólo de sus acuerdos o pactos.

<sup>47</sup> Lo que sucede cuando se acuerda que los pactos sociales carezcan de trascendencia frente a terceros por ser voluntad de los socios el no participar conjuntamente como grupo unificado en el tráfico. Sobre este particular, y respecto de la llamada «cláusula de ocultación» en la sociedad interna, véase PAZ ARES, C., Voz "Sociedad interna", *EJB, cit.*, Vol. II, pág. 6.332.

<sup>48</sup> Se trata de una representación voluntaria conferida al tercero particularmente por cada cooperativa agregada, siendo necesaria la especificación en el mandato de las facultades atribuidas (arts. 1.712-1.713 C.c.).

<sup>49</sup> Es este un supuesto de representación voluntaria pero conferido, en esta ocasión, por la propia sociedad interna (por el «grupo») en el contrato social.

<sup>50</sup> También éste sería un supuesto de representación voluntaria derivada de un pacto societario.

<sup>51</sup> Dicho supuesto ha sido denominado «contrato de empresa piloto» en el Derecho francés. Consiste en el mandato que varias empresas confieren a una de ellas para que contrate un determinado encargo, obra, servicio o suministro con una entidad pública o privada y bien podría servir para instrumentalizar la actuación externa de un grupo por coordinación. En este supuesto la representación sería voluntaria pero conferida particularmente por cada partícipe en cumplimiento de un compromiso asumido en el contrato de grupo. La diferencia entre la hipótesis señalada en la nota anterior y la presente radica en su diversa naturaleza: pacto social en el primer supuesto; contrato en el segundo. Sobre el contrato de empresa piloto, véase VICENT CHULIA, F., *Concentración y Unión, cit.*, págs. 159, 436-455, quien añade como fórmulas aptas para la consecución de los objetivos pretendidos por las «uniones de empresas de carácter duradero» la cuenta en participación y la sociedad irregular (pág. 159); MERLE, P., *Droit Commercial, Sociétés commerciales*, 3ª ed., Ed. Précis Dalloz, París, 1992, págs. 577-578.

socios<sup>52</sup>. En las hipótesis a) y b) se admite la posibilidad de que del contrato de grupo surja para cada cooperativa la obligación de contratar con la persona o entidad que según las estipulaciones del contrato ha de asumir la relación con los terceros sin que la existencia del grupo trascienda<sup>53</sup>. A través de este sistema el grupo queda reforzado tanto en el ámbito interno, al quedar directamente vinculada cada cooperativa con el actuante en interés del grupo, como en el externo, donde la actuación del «gestor» posibilita el desarrollo del grupo gracias a la participación de éste -aunque no manifiesta- en el tráfico<sup>54</sup>. No cabe duda de que también en estos casos el contrato de grupo es un contrato de sociedad; no obstante, el tipo estructural puede ser distinto, dependiendo de cuál sea la voluntad negocial<sup>55</sup>. Su determinación será, pues, una cuestión de interpretación del contrato, si bien, y en atención a los ejemplos descritos, se podría mantener, al igual que en el apartado precedente, la caracterización del supuesto como sociedad interna.

En consecuencia, los grupos horizontales de orden interno, en cualquiera de los supuestos de hecho señalados, presentan cierta inseguridad desde el punto de vista normativo pues habrá que estar, en todo caso, a la voluntad negocial para determinar su naturaleza y régimen jurídico. No obstante, la sociedad

---

<sup>52</sup> Este supuesto se introduce en la doctrina de la representación indirecta, que considera no vinculados a los socios no actuantes ni representados sin la publicación de la relación societaria (Véase, GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pág. 80). Por esta razón consideramos más seguras las técnicas en las que la vinculación de las cooperativas partícipes a las actuaciones realizadas en interés del grupo por la persona física o el «consocio» designados a tal efecto deviene, bien del mandato o representación conferida particularmente por las cooperativas del grupo, bien del propio contrato de sociedad.

<sup>53</sup> En consecuencia, en el «contrato de grupo» será precisa la inclusión de una cláusula por virtud de la cual las cooperativas partícipes se comprometan a estipular el contrato -v.gr., de mandato, comisión, de gestión de negocios ajenos, etc.- con la persona física o jurídica designada en el mismo. Será este un caso de estipulación en favor de un tercero, a cuyo cumplimiento quedará obligada cada cooperativa y que requiere la aceptación del designado (art. 1.257.II C.c.).

<sup>54</sup> En nuestra opinión, la existencia de contratos particulares, aún convirtiendo el sistema en complejo, ofrece mayores garantías al grupo por cuanto compromete a cada cooperativa con el «gestor» respecto de la asunción de los resultados de sus negociaciones y expulsa de la vertiente societaria las posibles controversias ante la gestión. Por el contrario, la representación «estatutaria» mantiene en el plano social las discrepancias o desacuerdos con la actuación del gestor con el peligro de erosión de la situación de grupo.

<sup>55</sup> Para una visión precisa de los problemas de interpretación de la voluntad negocial, véase PAZ ARES, C., *Comentarios*, *cit.*, Art. 1.669, págs. 1.353-1.354, Voz "sociedad interna", *EJB*, Vol. IV, *cit.*, pág. 6.332.

interna<sup>56</sup> constituirá, con mayor frecuencia, el molde natural en el que incluir el supuesto, lo que permitirá tomar como referente de su régimen jurídico, en defecto de pactos, el previsto para la sociedad en el Código civil<sup>57</sup>.

## 2.2. GRUPOS HORIZONTALES DE ORDEN EXTERNO

Finalmente, la integración puede adoptar formas más o menos institucionalizadas como medio para realizar con mayor eficacia la función de «vigilancia» del cumplimiento del contrato de grupo, la coordinación de las actividades de las empresas bajo la dirección paritaria y la centralización de la actividad del grupo frente a terceros<sup>58</sup>. En tales casos las funciones descritas se encomendarán a un «órgano central»<sup>59</sup>, que podrá ser una persona física, un consejo directivo de constitución paritaria, o una sociedad en la cual las sociedades contratantes participen paritariamente y a la cual se transfiera la

---

<sup>56</sup> Véase PAZ ARES, C., *Comentarios, cit., Art. 1.669 C.c.*, págs. 1.353-1.354 y 1.367-1.369.

<sup>57</sup> Según estima PAZ ARES, C., (*Comentarios, cit., Art. 1.669 C.c.*, pág. 1.367) el régimen jurídico habría de considerarse dispositivo, y del mismo habría que excluir aquellas normas que presupongan una organización para actuar en el tráfico.

<sup>58</sup> Este supuesto permite una más relajada participación de las cooperativas en el grupo y presenta menos problemas de prueba en cuanto a la actuación conforme a los contornos de la coordinación empresarial. Con respecto a la función que ha de desarrollar el citado «órgano central», véase, por todos, ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., *La sociedad de responsabilidad limitada, cit.*, págs. 85 y ss.

<sup>59</sup> Denominación propuesta por ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., (*La sociedad de responsabilidad limitada, cit.*, pág. 91). Según este autor, el órgano central tendrá por misión "proporcionar una mayor eficacia en el desarrollo de los fines que persigue la concentración, centralizando y coordinando las actividades de las empresas que la integran". Dicho órgano puede ser una *persona física* (supuesto poco frecuente por las dificultades que representa para una sola persona la asunción de las tareas que la concentración requiere); *un conjunto de personas que actúen en forma colegiada* (debiendo adaptar su funcionamiento a las circunstancias de cada caso concreto, con el inconveniente de la carencia de personalidad jurídica que limita su actuación a operaciones de carácter meramente interno de la agrupación); o *una persona jurídica* (constituir una sociedad dotada con los atributos precisos para la concentración, hipótesis más factible, cómoda y sencilla). Véase, *ob. ult. cit.*, págs. 85, 91, 93 y 103.

dirección unitaria<sup>60</sup>. Al mismo tiempo, el órgano central deberá tener atribuidas las facultades de representación del grupo<sup>61</sup>.

El último de los supuestos indicados -fundación de sociedad- puede revestir, a su vez, dos distintas formas de organización cuyas consecuencias últimas serán también diversas. Así es posible distinguir:

#### **A) Organización separada del grupo paritario y de la sociedad órgano**

En esta hipótesis se requiere la existencia -y pervivencia- de dos contratos de sociedad<sup>62</sup>: el [previo] contrato de grupo y el contrato de constitución de la forma social elegida para desplegar la eficacia del primero<sup>63</sup>. Del contrato de grupo se derivan las obligaciones para las sociedades agregadas. Dicho contrato es el elemento fundamental para la existencia del grupo y su naturaleza continúa

---

<sup>60</sup> En este supuesto el contrato de grupo es el embrión de una nueva organización que se estructura para actuar en el tráfico económico como sujeto de derechos y obligaciones. Sobre las ventajas del órgano central dotado de personalidad jurídica y, en concreto, sobre la virtualidad de las sociedades mercantiles a tal efecto, véase ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., *La sociedad de responsabilidad limitada, cit.*, págs. 103-134; VICENT CHULIA, F., *Concentración y Unión, cit.*, págs. 163-178. Por su parte, BORJABAD GONZALO, P.J., (*Manual de Derecho cooperativo, cit.*, págs. 295-297) incide en la virtualidad de la institución de las prestaciones accesorias si se opta por la sociedad de responsabilidad limitada o anónima como instrumento para la integración cooperativa

<sup>61</sup> A estos efectos el modelo relativo al órgano central colectivo sin personalidad jurídica presenta el inconveniente de tener que establecer un mecanismo adicional para la actuación frente a terceros en nombre del grupo, bien sea a través de uno de los miembros del órgano central, o a través de una tercera persona ajena al mismo. Véase al respecto VICENT CHULIA, F., *Concentración y Unión, cit.*, págs. 162-163.

<sup>62</sup> Es lo que la doctrina alemana califica «doble sociedad», en la que los órganos de la sociedad «pantalla» persiguen el interés común de los miembros de la sociedad «invisible» [en nuestro caso el grupo paritario], siendo aquella un simple instrumento de ésta. En el Ordenamiento italiano, la figura se asemeja a la «sociedad órgano de consorcio». En general, sobre estas figuras, véase ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., *La sociedad de responsabilidad limitada, cit.*, pág. 138; VICENT CHULIA, F., *Concentración y Unión, cit.*, págs. 164 y 472-474 y bibliografía citada por ambos autores.

<sup>63</sup> Se produce así una "dualidad jurídica que encubre una unidad económica formada por la agrupación principal y la sociedad órgano" (cfr. ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., *La sociedad de responsabilidad limitada, cit.*, pág. 97).

siendo, como en el caso de los grupos de orden interno, la de sociedad civil<sup>64</sup>. Por su parte, el contrato de «sociedad órgano» es el elemento auxiliar para el desarrollo de los fines del grupo<sup>65</sup>. Éste parece ser uno de los modelos de organización que puede adoptar, tanto el grupo cooperativo que regula la LCoop, como la Corporación cooperativa prevista en la LCEuskadi, en el supuesto de que se estructuren en torno a una entidad común pero en cuyos estatutos no se integre, ni el acuerdo de grupo -propio del grupo cooperativo-, ni el de sumisión a la dirección unitaria -particular de la corporación cooperativa<sup>66</sup>.

### B) Organización integrada del grupo paritario en la sociedad órgano

En este caso, el contrato de grupo, en el que se regulan los derechos y obligaciones de las cooperativas agregadas, se incorpora a los estatutos de la sociedad órgano y obliga a aquéllas en su condición de socios en ésta. La integración se materializa en la misma sociedad órgano; en ella las sociedades agregadas quedan vinculadas al interés colectivo, que no es otro que el interés social propio de la sociedad órgano en tanto que manifestación de la unidad del grupo. Así, un único contrato de sociedad establece la conexión entre los partícipes del grupo (elemento fundamental de la integración) y la de éstos con la sociedad órgano (elemento auxiliar del grupo)<sup>67</sup>. En el modelo descrito tienen cabida diversos instrumentos de integración contemplados en la legislación cooperativa estatal y autonómica. Al mismo podrían responder las cooperativas

<sup>64</sup> Sobre esta caracterización, véase ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., *La sociedad de responsabilidad limitada*, cit., pág. 138. En este modelo de organización separada «prima la lógica contractual, dentro de la que resulta irrelevante la existencia de una persona jurídica o entidad como estructura directiva de la cooperativa agrupada» (EMBED IRUJO, J.M., "Problemas actuales de la integración cooperativa", *RDM*, nº 227, 1998, págs. 7-36, pág. 27).

<sup>65</sup> Sobre las funciones que cumple la sociedad órgano en el caso de la doble sociedad, si bien con expresa atención a la sociedad de responsabilidad limitada, véase ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., *La sociedad de responsabilidad limitada*, cit., págs. 139-141.

<sup>66</sup> Arts. 78 LCoop y 135 LCEuskadi, respectivamente. Sobre ambas figuras, véase *infra* Cap. 4º, II.2.2.

<sup>67</sup> Para una descripción detallada del supuesto, véase ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., *La sociedad de responsabilidad limitada*, cit., págs. 94, 136-137.

de segundo o ulterior grado<sup>68</sup> y las cooperativa de integración<sup>69</sup>. Pero también las corporaciones cooperativas, si sus partícipes se incorporan a la estructura común en calidad de socios y el acuerdo a los estatutos de ésta; así como el grupo cooperativo de la LCoop, si los compromisos generales asumidos ante el grupo se integran en los estatutos de la sociedad cabeza de grupo<sup>70</sup>.

En todo caso, en ambas modalidades de organización -separada o integrada- la sociedad órgano se caracteriza precisamente, y de forma esencial, por servir de instrumento para satisfacer intereses ajenos. Es un supuesto particular de aplicación de la sociedad para fines de especial trascendencia económica pero que no exigen una modificación esencial de su estructura jurídica<sup>71</sup>. Gracias a este sistema, en los grupos paritarios de orden externo la integración queda objetivada a través de una persona jurídica reconocida y organizada por el Ordenamiento. Estos grupos plantean menos problemas en la determinación de su naturaleza jurídica puesto que trascienden el complejo ámbito del «contrato de grupo» para reflejarse en el siempre más estable terreno de las formas sociales reconocidas por nuestro Ordenamiento, matizadas, sin duda, por la finalidad de grupo querida por las partes.

---

<sup>68</sup> EMBID IRUJO, J.M., ("Problemas actuales de la integración cooperativa", *cit.*, pág. 27) resalta el carácter institucional de esta modalidad de integración, destacando a la cooperativa de segundo grado (u otra persona jurídica idónea) como centro definidor del funcionamiento y estructura del grupo.

<sup>69</sup> La cooperativa de integración es una modalidad prevista actualmente sólo en la LSCAndaluzas. Su homónima estatal, regulada por el RD 84/1993, de 22 de enero (RCCr), ha sido «suprimida» por la DD.Segunda LCoop, disponiéndose la adaptación de estas cooperativas a la nueva Ley en el plazo de tres años a partir de la fecha de su entrada en vigor (DD.Segunda que remite a la DT.Segunda). Lo que «olvida» la norma es que no a todas las cooperativas de integración se les aplicaba la ley estatal ya que se podían regir «por la legislación cooperativa, estatal o autonómica, que corresponda» (DA.Tercera.2 RCCr). Sobre la eficacia de dicha supresión, véase *infra* Cap. 4º, II.2.1.B).

<sup>70</sup> Art. 78.1 y 4 LCoop. Sobre estas modalidades de integración, véase *infra* Cap. 4º, II.2.1.

<sup>71</sup> Cfr. ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., *La sociedad de responsabilidad limitada*, *cit.*, págs. 101 y 95.

### C) Consecuencia última de la distinción: grupos personificados y no personificados

Sin embargo, la consecuencia última de los grupos horizontales de orden externo es distinta según la organización del grupo se realice de forma separada entre éste y la sociedad órgano o de forma integrada. El grupo será *no personificado* en el supuesto de la doble sociedad, pues sigue subsistiendo la «sociedad invisible», siendo la sociedad órgano su «pantalla» y un instrumento de la primera. Por el contrario, cuando la integración se produce en la sociedad órgano, el grupo paritario aparece *personificado* bajo la vestidura jurídica de la forma social elegida. En efecto, si el grupo se integra en los estatutos de la nueva sociedad y se manifiesta exclusivamente como ésta, la sociedad órgano no sólo es el instrumento sino también el receptáculo del grupo. Es cierto que la admisión del grupo personificado no deja de ser controvertida por cuanto en Derecho de grupos se afirma que aquél carece, en cuanto tal, de personalidad jurídica. Sin embargo, tal afirmación es predicable de los grupos verticales, incluso de los horizontales en los Ordenamientos que tipifican el contrato de grupo paritario y niegan la personalidad jurídica de la entidad asociativa de él resultante. Pero pudiera no ser necesario, en cambio, mantener la exigencia de falta de personalidad como elemento definitorio del grupo como nueva forma de empresa en el caso particular de la sociedad órgano integrada por el grupo. En tal supuesto la sociedad pantalla incorpora a la sociedad invisible que se diluye en aquélla a través de los estatutos sociales y, por ende, el grupo aparecerá [inevitablemente] como persona jurídica, manteniéndose, además, la personalidad jurídica de las sociedades agregadas. Se consigue también así la concentración en la pluralidad característica de los grupos de sociedades<sup>72</sup> siempre que se produzca el efectivo ejercicio de la dirección unitaria.

---

<sup>72</sup> Por contra EMBID IRUJO, J.M., ("Problemas actuales de la integración cooperativa", *cit.*, pág. 23) considera que "la persona jurídica" [que surge de las formas personificadas de integración] "no es la integración misma sino meramente su instrumento". Trasladando esta afirmación -referida, en general, a los supuestos de integración cooperativa- al caso particular del grupo paritario cuya organización aparece integrada en la sociedad órgano, habría que concluir que ésta última no es el grupo y, en consecuencia, que éste continúa siendo un ente no personificado.

#### IV. CREACIÓN DEL GRUPO DE COOPERATIVAS POR COORDINACIÓN<sup>73</sup>

La construcción de una estructura de grupo es una decisión de estrategia empresarial que en el marco de los grupos paritarios no puede dejarse al arbitrio de una sólo entidad, como por el contrario suele suceder en el ámbito de los grupos por subordinación basados en el sistema de participación. La creación de un grupo horizontal requiere la aquiescencia de todos los posibles partícipes, por lo que la operación guarda cierta similitud, desde una perspectiva procedimental, con la técnica de la fusión, en la que también las sociedades se han de poner de acuerdo en el contenido del proyecto de fusión que se habrá de presentar a la aprobación de las respectivas Juntas generales, y porque en ella se tienen en cuenta los intereses de las sociedades afectadas, de sus socios y de sus acreedores articulándose diversas técnicas de protección para los mismos. Estos dos últimos aspectos -protección de socios y acreedores- quizá sean los que menos relieve cobren en la construcción de un grupo horizontal pues en él las sociedades del grupo conservan su personalidad jurídica y, por ende, la garantía de los socios y acreedores de aquéllas. Sin embargo, al igual que en la fusión, el éxito de una operación de grupo depende de su planificación y del conocimiento por parte de los socios de base de los presupuestos y efectos de la misma. En este sentido, parece oportuno tomar como referencia la mecánica del procedimiento de fusión para intentar delimitar las líneas básicas de creación de una estructura de grupo paritario en lo que aquélla resulte compatible con la finalidad de éste<sup>74</sup>. No se trata, por tanto, de una aplicación analógica de las normas sobre fusión pues no se da la identidad de razón necesaria para ello, básicamente la extinción de la personalidad jurídica de [todas o de todas menos una] las sociedades que se fusionan; tampoco las leyes de cooperativas remiten a la disciplina de la fusión las operaciones de grupo o asimiladas. Se trata tan sólo

---

<sup>73</sup> Ante la repetida ausencia de previsión de un régimen jurídico del grupo, los planteamientos que se describen en el texto son simples propuestas de *lege ferenda* que se intentan fundamentar acudiendo (con las reservas oportunas) al régimen general previsto en las leyes de cooperativas respecto de la entidad cooperativa aislada. Se deberá descender al tipo de estructura que resulte en cada caso para poder matizar estas «pautas orientativas» en la constitución del grupo por coordinación.

<sup>74</sup> El art. 492 del C. de las ss.cc. remite a las normas de la fusión «*siempre que sea posible*».

de una propuesta que pretende atender a las exigencias de la práctica ofreciendo a los administradores de las sociedades cooperativas una línea de actuación en orden a la creación de un grupo respetuosa con la autonomía negocial, con la legislación cooperativa, y con el derecho de información de los socios de las sociedades a integrar. En este sentido, y como propuesta de *lege ferenda*, se considera apropiado distinguir tres fases en la creación de un grupo por coordinación: preliminar, decisoria y de ejecución.

### *1. FASE PRELIMINAR: EL «PROYECTO DE GRUPO»*

Tal y como se advirtió, el sustrato creador del grupo cooperativo por coordinación ha de ser un contrato de naturaleza asociativa («contrato de grupo»). Pero para llegar al mismo es necesario partir de una fase preliminar en la que elaborar el «proyecto de grupo». Este documento previo habrá de contener los elementos necesarios para que las cooperativas interesadas obtengan un perfecto conocimiento de la operación de integración proyectada, tanto en el aspecto jurídico como en el económico, y será conveniente que al mismo se acompañen los informes que puedan resultar precisos para su mayor garantía. En esta fase preliminar cobran relevancia la identidad de los sujetos interesados, la determinación del órgano competente para la elaboración del proyecto y la indicación del que pueda ser su contenido básico.

#### 1.1. LA BASE SUBJETIVA DE LA INTEGRACIÓN COOPERATIVA CON FINALIDAD DE GRUPO PARITARIO

Desde la perspectiva de los sujetos intervinientes en este tipo de estructuras, la base originaria del contrato de grupo horizontal contará en nuestro estudio, inevitablemente, con la presencia de sociedades cooperativas, lo que no significa que tan sólo estas entidades puedan participar en el grupo proyectado. Sin embargo hay que concretar hasta qué punto resulta admisible la heterogeneidad subjetiva y cuáles son sus límites, toda vez que la integración cooperativa se ha articulado, tradicionalmente, en exclusiva en torno a

sociedades de esta naturaleza. No obstante, se observa una progresiva apertura del planteamiento endogámico de la legislación cooperativa que tiene reflejo no sólo en las modalidades de integración<sup>75</sup> sino también en sede de modificaciones estructurales<sup>76</sup>.

En realidad, la organización del grupo cooperativo paritario dependerá, en gran medida, de cuál sea la naturaleza de los sujetos interesados en su conformación. Así, la presencia exclusiva de sociedades cooperativas en la base subjetiva del grupo (*endogamia subjetiva*) permitirá la elección de fórmulas estrictamente cooperativas, o, al menos, no contradictorias con los principios ordenadores de tales entidades, como instrumentos de organización del grupo (*endogamia material*)<sup>77</sup>. Por el contrario, cuando intervengan, además de sociedades cooperativas, otras entidades (*heterogeneidad subjetiva*) la utilización de los instrumentos que a tal efecto dispone la legislación cooperativa sólo será posible si en ésta se admite la participación de socios no cooperativas<sup>78</sup>. De no ser así, el supuesto, desde el punto de vista material, se saldrá del ámbito formal cooperativo y deberá optar por aquellas fórmulas mercantiles o civiles que resulten aptas para la especial modalidad de concentración que representa el grupo horizontal<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Sobre la cada vez más frecuente integración heterogénea, véase SIMONETTO, E., "Società e mutualità", págs. 17-55 y "La cooperativa e lo scopo mutualistico", págs. 101-161, ambos en AA.VV., *La cooperativa*, Ed. Cedam, Padova, 1986; FRANZONI, M., "Oggetto delle cooperative", en AA.VV., *Le nuove frontiere delle mutualità nelle cooperative e nei consorzi*, Ed. Giuffrè, Milano, 1989, págs. 19-37.

<sup>76</sup> Sobre la tendencia aperturista en las modificaciones estructurales, véase *supra* Cap. 1º, II.2.3.

<sup>77</sup> Lo que se ha definido como "realidades totalmente intercooperativas, en sus fines y en sus agentes" (PAZ CANALEJO, N., "Aspectos jurídicos de la intercooperación de la salud", *REVESCO*, nº 62, 1996, págs. 177-202, pág. 182).

<sup>78</sup> Fenómeno considerado "parcialmente intercooperativo, al serlo en los fines y formas pero no en los sujetos" (PAZ CANALEJO, N., "Aspectos jurídicos de la intercooperación", *cit.*, pág. 182).

<sup>79</sup> En atención a la base subjetiva presente en cualquier fenómeno de intercooperación (ya sea empresarial o representativa), PAZ CANALEJO, N., ("Aspectos jurídicos de la intercooperación" *cit.*, pág. 182) distingue entre fenómenos: a) Típicos, introvertidos y estrictos (cuando sólo colaboran entidades de naturaleza cooperativa); b) Extrovertidos, atípicos y amplios (cuando junto a tales entidades se agrupan, con carácter no mayoritario, otros colaboradores institucionales de diversa naturaleza); c) Relativamente abiertos (variante de la intercooperación extrovertida) que aún se mueven en el intra-sistema cooperativo (cuando aquélla se produce entre dos o más cooperativas y sus respectivas sociedades mercantiles filiales).

## 1.2. COMPETENCIA PARA LA REDACCIÓN DEL «PROYECTO DE GRUPO»

La competencia para la redacción del proyecto, que por razones obvias (ausencia de previsión del supuesto en las leyes de cooperativas) no queda atribuida, ni expresa ni tácitamente, a ningún órgano de la sociedad cooperativa, debería recaer, en nuestra opinión, en el Consejo rector -o en el administrador o administradores, en su caso- de las diversas cooperativas interesadas<sup>80</sup>. Y ello por dos razones:

a) La primera porque las facultades que legalmente asume éste órgano<sup>81</sup> bien pudieran admitir la inclusión entre las mismas de la competencia que se propone. En concreto, no hay que olvidar la importante referencia que puede constituir, a estos efectos, la regulación que de los procesos de fusión y escisión se contiene en la legislación cooperativa, que exige, no sólo la redacción por el Consejo rector de una memoria sobre la conveniencia y efectos de la fusión o escisión<sup>82</sup>, sino también la de su proyecto<sup>83</sup>. La analogía que presenta en algunos aspectos el fenómeno de los grupos con estas otras fórmulas de concentración bien pudiera llegar a admitir la traslación de ciertos requisitos

---

<sup>80</sup> La competencia corresponderá al órgano de administración, cualquiera que sea la forma que éste adopte, aunque en el texto se opta por la referencia al Consejo rector como modalidad por excelencia de administración de la sociedad cooperativa, al menos hasta la reforma de algunas leyes autonómicas. Sobre los modos de organizar la administración de la sociedad cooperativa, véase *infra* Cap. 6º, III.2.2.A).

<sup>81</sup> Como es sabido, el Consejo rector es el órgano de gobierno, gestión y representación de la sociedad cooperativa (Arts. 32.1 LCoop; 40.1-41.1 LCEuskadi; 39 LCCataluña; 57.1 LSCAndaluzas; 37.1 LCCValenciana; 37.1 LFCNavarra; 36.1 LSCExtremadura; 41.1 LCGalicia; 37 LC Aragón; 39.1 LCCMadrid).

<sup>82</sup> Arts. 77 y 84.2 LCEuskadi; 72.2 LCCataluña; 106.1 LSCAndaluzas; 64.2.a y 65.a LCCValenciana; 84.4º LSCExtremadura; 64.2 LC Aragón. La LFCNavarra y la LCCMadrid no se manifiestan sobre tales extremos, guardando también silencio la LCoop (a diferencia de la LGC, arts. 96.4º y 102.2 LGC).

<sup>83</sup> Arts. 83 LSCExtremadura, 76.1 LCGalicia, 71.1 LCCMadrid y artículos de las leyes autonómicas citadas en nota anterior, excepto la LC Aragón, pues ni ésta ni la LCoop aluden a tales extremos (en contraste con la LGC, arts. 95 y 96.1 LGC).

previstos por las leyes de cooperativas para estas últimas a la creación de aquéllos, sobre todo cuando se trata de estructuras horizontales, y, de esta forma, la elaboración del proyecto de grupo (a nuestro juicio inevitable y necesaria) recaería también en la esfera competencial del Consejo rector<sup>84</sup>.

b) La segunda por la precisa información de que deben disponer las cooperativas interesadas en la integración (sus Asambleas de socios) para poder decidir sobre la operación de grupo<sup>85</sup>. Algunas leyes de cooperativas establecen la necesidad de que el Consejo rector elabore informes respecto de aquéllos extremos señalados en el orden del día de la Asamblea general que, por su naturaleza -modificaciones estatutarias<sup>86</sup>, obligan a facilitar información detallada al socio con el fin de orientar su posición ante el acuerdo societario<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> En Derecho portugués se encomienda a los administradores de cada sociedad interesada la elaboración conjunta del «proyecto contractual» (arts. 492.2 y 495 C. de las ss.cc.). En nuestro Ordenamiento, respecto de las sociedades de capital, se exige informe de los administradores sobre el proyecto de fusión o escisión, cfr. arts. 237 y 257 LSA y art. 94.1 LSRL. Con respecto al problema de la legitimación de los administradores para iniciar y realizar las gestiones previas en una fusión, véase LARGO GIL, R., *La fusión de las sociedades mercantiles*, cit., págs. 140-165.

<sup>85</sup> Sobre el derecho de información de los socios de las sociedades que proyectan celebrar un contrato de grupo en los sistemas basados en el modelo contractual -aunque con relación a las medidas patrimoniales-, cfr. arts. 293.3 y 4 AktG, 268 LSpA.brasileña, 496.1 C. de las ss.cc., 8 y 9 Cousté II, 17 y 18 proyecto de 9ª Directiva.

<sup>86</sup> Así, los arts. 102.1.a LSCAndaluzas; 21.2.b y c y 65.2.b LCCValenciana; 70.1.a) y c) LSCExtremadura; 74.1.a LCGalicia; 68.1.a LCCMadrid, exigen que el informe justificativo de la modificación de los estatutos sociales, elaborado por el Consejo rector o por los socios -o asociados- que hayan tomado la iniciativa, se ponga a disposición de los socios en el domicilio social. Por el contrario, otras leyes guardan silencio sobre la necesidad de elaborar informes, como sucede en la LFCNavarra, en la LCCataluña, en la LC Aragón (aunque estas últimas prevén la posibilidad de pedir, antes de la celebración de la Asamblea, información por escrito sobre cualquier punto del orden del día, en especial los de naturaleza económica -arts. 22.6 y 7 LCCataluña; 21.c y d LC Aragón-), así como en la LCoop (por el contrario, los arts. 92.a) y c) LGC se referían a dicho extremo).

<sup>87</sup> Circunstancia que también acontece, como es sabido, en la sociedad anónima. En efecto, el derecho de información que asiste al accionista exige una actitud diligente de los administradores (o de los socios autores de la propuesta) en orden a elaborar la documentación que resulte oportuna según la modificación estatutaria de que se trate (v.gr. informe escrito de administradores o socios con la justificación de la misma, art. 144.1.a LSA). Tanto es así, que la no expresión en las convocatorias de las juntas generales del derecho que asiste al socio a obtener información sobre tales extremos (art. 144.1.c LSA; también así en el art. 21 LCCValenciana) es causa de nulidad de la constitución de la Junta general y de los acuerdos adoptados en ella (véase SAP-Oviedo (sección 6ª), de 2-7-1992, (AC 1.041/1992). Sobre la ausencia de obligación legal de realizar informe justificativo de la propuesta de modificación de estatutos en el supuesto de junta de socios formalmente convocada ex art. 71.1 LSRL y la admisibilidad de su imposición estatutaria, véase ALONSO ESPINOSA, F.J., "La modificación de los estatutos en la Ley

Pero no sucede así cuando el acuerdo a adoptar por la Asamblea se refiere a la creación o adhesión a alguna estructura de segundo grado o consorcio, extremo sobre el que no existe pronunciamiento expreso en las normas. Sin embargo, la ausencia de previsión al respecto ha de conciliarse con el legítimo derecho del socio cooperativo a recibir la información necesaria para el ejercicio de sus derechos (entre ellos el de voto) y el cumplimiento de sus obligaciones<sup>88</sup>. Sobre todo cuando en este tipo social se reconoce el derecho del socio disconforme con cualquier acuerdo de la Asamblea general de asunción de obligaciones o cargas gravemente onerosas no previstas en los estatutos a darse de baja<sup>89</sup>. Derecho de separación del socio que se vuelve a reconocer, más expresamente, en sede de fusión y escisión<sup>90</sup>, donde, además, se suele regular el derecho de información del socio<sup>91</sup>. Imaginemos el supuesto en el que la integración de una cooperativa en una estructura de grupo implicara para los socios de aquélla alguna obligación o carga de las referidas. La baja del socio o socios y la consiguiente alteración patrimonial que provoca el reembolso de sus aportaciones<sup>92</sup>, podría marginar a la cooperativa afectada de la operación de grupo. Por el riesgo que ello supone, parece que la cooperativa sea la primera interesada en evitar salidas de socios fundadas en la desinformación, lo que se

---

2/1995, de sociedades de responsabilidad limitada (Aspectos generales)", *La Ley*, nº 3.999, 20-3-1996, págs. 1-6, pág. 3.

<sup>88</sup> Arts. 16.2.g LCoop («recibir información cuando no entorpezca el normal funcionamiento de la cooperativa»); 23.1.d y 24 LCEuskadi; 22 LCCataluña; 39 LSCAndaluzas; 21 LCCValenciana; 26 LFCNavarra; 23.1.c y 24 LSCExtremadura; 23.2 LCGalicia; 21 LCAragón; 24.b y c LCCMadrid.

<sup>89</sup> Baja del socio que las leyes de cooperativas conceptúan, generalmente, como «baja justificada» (Véanse arts. 17.4 LCoop; 26.6 LCEuskadi; 42.3 LSCAndaluzas; 17.2.b LCCValenciana; 20.3 LCGalicia; 20.6 LCCMadrid). La LSCExtremadura y la LCAragón tan sólo la prevén respecto de la exigencia de nuevas aportaciones obligatorias (arts. 50.3 LSCExtremadura y 22.c LCAragón).

<sup>90</sup> El derecho de separación en este ámbito también provoca la calificación de tal baja como justificada. Arts. 65 LCoop; 80.1 LCEuskadi; 71.3 LCCataluña; 106.4 LSCAndaluzas; 65.2.c LCCValenciana; 55.2 LFCNavarra; 86 LSCExtremadura; 80 LCGalicia; 22.c y 66.4 LCAragón; 74 LCCMadrid.

<sup>91</sup> Arts. 78 LCEuskadi; 106.1 LSCAndaluzas; 65.2.a) LCCValenciana; 84 LSCExtremadura; 72 LCCMadrid. Por su parte, la LCoop guarda silencio, a diferencia de la LGC (arts. 96-97.1.a LGC).

<sup>92</sup> Sobre la obligación de reembolso, véase *infra* Cap. 6º, III, 1.2.B).c). En caso de grupo, la obligación de liquidación de las aportaciones la habría de asumir cada sociedad afectada por el ejercicio del derecho de separación del socio puesto que se mantiene la personalidad jurídica.

podría conseguir con la redacción del proyecto de grupo, que por su naturaleza debería encargarse al Consejo rector<sup>93</sup>.

### 1.3. CONTENIDO DEL «PROYECTO DE GRUPO»

En cuanto al contenido del proyecto, la ausencia de normas deberá ser suplida por la lógica que se desprende tanto de la naturaleza de la operación de grupo que se propone como de la información de que ha de disponer la Asamblea general que debe decidir, en última instancia sobre la integración. En tal sentido el proyecto de grupo debería hacer referencia, al menos, a los siguientes extremos<sup>94</sup>: 1º) Denominación, domicilio, ámbito, objeto social, clase y datos identificadores de la inscripción registral de cada sociedad cooperativa interesada<sup>95</sup>; 2º) Identidad de los miembros de cada Consejo rector u órgano de administración, así como vigencia de sus cargos; 3º) Estatutos vigentes de las cooperativas partícipes; 4º) Información sobre la situación económico financiera de cada una de las sociedades; 5º) Modalidad,

---

<sup>93</sup> No hay que olvidar, por otro lado, las facultades que, legal o estatutariamente, puedan corresponder a los interventores (arts. 38.1 LCoop; 48.5 LCCataluña; 40.4 LFCNavarra; 44 LSCExtremadura y 46.4 LCCMadrid), a la comisión de vigilancia (arts. 51 y 52 LCEuskadi), o a la comisión de control de la gestión (art. 48.2 LCCValenciana) -según la ley de cooperativas aplicable- en cuanto a la posible fiscalización del proyecto de grupo elaborado por el órgano de administración. En Derecho portugués la fiscalización del proyecto contractual compete al consejo fiscal de cada sociedad -caso de tenerlo previsto- (art. 262.1 C. de las ss.cc.). Sobre estos extremos, véase ANTUNES, J.A., *Os grupos*, cit., pág. 762.

<sup>94</sup> Cfr. arts. 77-78 LCEuskadi, 83 LSCExtremadura, 104 LSCAndaluzas, 76 LCGalicia y 71 LCCMadrid, aunque si bien referidos a la fusión/escisión. A diferencia de la LGC (arts. 95 y 96 LGC) la LCoop guarda silencio a este respecto. En lo que denominamos «proyecto de grupo» se incluye toda aquella información que pueda resultar de utilidad para el mejor conocimiento de la operación propuesta, sin distinguir [como suele ser habitual en los procesos de fusión/escisión], entre «proyecto» y «documentación complementaria», dada la escasa atención que conceden las leyes de cooperativas al derecho de información del socio previo a la Asamblea general. La elaboración de un sólo documento permite la revisión global de las circunstancias sobre las que debe estar informado el socio antes de decidir el sentido de su voto.

<sup>95</sup> Las alusiones en el proyecto de grupo al «ámbito» y al «objeto social» de las cooperativas, aún siendo menciones no previstas en el proyecto de fusión o escisión, resultan relevantes en esta sede por cuanto reflejan la extensión territorial y la naturaleza de la actividad empresarial -distinta de la cooperativizada- de cada sociedad del grupo.

condiciones y objetivos de la operación<sup>96</sup>; 6º) Propuesta de contrato de grupo y/o de estatutos de la entidad en la que pueda culminar la integración<sup>97</sup>; 7º) Duración del contrato o acuerdo, con indicación de si se admite o no su prórroga y el desistimiento unilateral<sup>98</sup>; 8º) Informe sobre las modificaciones estatutarias que puedan resultar necesarias y propuesta modificativa<sup>99</sup>; 9º) Identidad de las personas que se propongan para ejercer tareas de gestión o dirección en el grupo; 10º) Posibles pactos de redistribución de los excedentes<sup>100</sup>.

En cualquier caso, parece conveniente que sean los estatutos de las cooperativas primarias los que, en cualquier caso, y previendo la integración como una fase más de su propia expansión empresarial, disipen dudas interpretativas recogiendo expresamente en su clausulado la obligatoriedad del

---

<sup>96</sup> La función de este apartado es concretar la finalidad integradora, las circunstancias relativas a la dirección unitaria del grupo resultante, la conveniencia de la operación y los efectos de la misma. Su inclusión podría suplir la elaboración de una memoria o informe del Consejo rector sobre dichos extremos, facilitando la necesaria información a los socios sobre los mismos.

<sup>97</sup> En cuanto al contenido contractual y/o estatutario pueden servir de referencia las circunstancias cuya constancia se exige en el «contrato de consorcio» de la LSpA.brasileña (art. 279); así, por ejemplo, actividad que constituya el objeto del consorcio; definición de las obligaciones y responsabilidades de cada sociedad consorciada y de sus prestaciones específicas; normas sobre reparto de beneficios y participación en los resultados; forma de deliberar sobre los asuntos de interés común y número de votos por consorciado; o la contribución de cada consorciado a los gastos comunes. Si la integración con efecto de grupo paritario culmina en una cooperativa de segundo grado la propuesta podría contener, entre otras circunstancias, «*las áreas de actividad empresarial integradas, las bases para el ejercicio de la dirección unitaria del grupo y las características de éste*» (Cfr. arts. 128.1 y 2 LCEuskadi, 157.1 y 2 LSCExtremadura y 130.1 LCGalicia). También como referente, véase el contenido estatutario que [adicional al mínimo exigido por el art. 8 LCCataluña] requiere el art. 2 del RCoopS: plazo de preaviso para la baja, plazo mínimo de permanencia del socio, configuración del derecho de voto, etc.

<sup>98</sup> Circunstancias que se reproducirán además, en su caso, en los estatutos de la entidad (cooperativa o no) resultante de la integración.

<sup>99</sup> Según EMBID IRUJO, J.M., (*Concentración de empresas, cit.*, pág. 56) la unión contractual constitutiva del grupo por coordinación modifica el objeto de la sociedad integrada, lo que supone una restricción a la autonomía empresarial derivada del reconocimiento de facultades de administración al grupo.

<sup>100</sup> Posibilidad recogida expresamente en el RD 1345/1992, de 6 de noviembre, que para la formación del «grupo cooperativo consolidable» exige la existencia de un pacto de redistribución solidaria del excedente. También la práctica de MCC exige la puesta en común entre las cooperativas integradas de un porcentaje de los excedentes obtenidos. Sobre el particular, CELAYA ULIBARRI, A., "Estructura y problemática jurídica de la Corporación MCC", *AECOop*, 1992, págs. 109-129, págs. 118-120.

proyecto, la competencia para su elaboración, las menciones mínimas necesarias y el expreso reconocimiento del derecho de información del socio previo a la celebración de la Asamblea.

## 2. FASE DECISORIA

### 2.1. COMPETENCIA PARA LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO

El contrato<sup>101</sup> requerirá la previa aprobación de las Asambleas generales de todas y cada una de las cooperativas interesadas<sup>102</sup>, por ser competencia exclusiva de la Asamblea de la cooperativa<sup>103</sup> "la aprobación de este tipo de

---

<sup>101</sup> El grupo por coordinación aparece tipificado en los Ordenamientos que siguen el modelo contractual de regulación de los grupos, estableciéndose que tal estructura se constituirá mediante contrato por el cual las sociedades acepten someterse a una dirección unitaria y común (Cfr. art. 492 C. de las ss.cc.; art. 279 LSpA.brasileña; pars. 18.2 y 291.2 AktG.). Sin embargo, la ausencia de regulación de la figura en nuestro Derecho impide hablar de modelo contractual, lo que no obsta para que se considere más oportuna la celebración del contrato de grupo paritario que la constatación de la existencia del mismo por meros datos o circunstancias indiciarias de la situación. Si tal determinación puede resultar difícil en el grupo por subordinación, mucho más en este otro tipo de estructuras basadas en el acuerdo de las entidades partícipes. No obstante la LCoop exige ya la formalización de por escrito de los compromisos adquiridos ante el grupo cuando se trate de ceder a una entidad cabeza de grupo el ejercicio de determinadas facultades (art. 78 LCoop).

<sup>102</sup> En los Ordenamientos reguladores de los grupos (centrados en las sociedades de capital) no resulta tan inequívoca la atribución de tal facultad a las Juntas o Asambleas generales. Así, según el art. 279 LSpA.brasileña, han de ser los estatutos los que atribuyan la facultad a la Asamblea, al Consejo de Administración o a la Dirección; y según el art. 492.2 C. de las ss.cc., se requiere acuerdo de cada sociedad interviniente sobre la propuesta de sus administradores. Por su parte, la doctrina alemana mayoritaria, en atención a los arts. 292.2 y 293 AktG, excluye la creación de los grupos por coordinación de la competencia de la Junta General, atribuyéndosela, en cambio, a la Dirección (art. 76 AktG). Opinión no compartida por EMBID IRUJO, J.M., (*Concentración de empresas, cit.*, pág. 56, notas 72-73, citando a TIMM, W.), quien considera que la competencia para la conclusión del contrato debería atribuirse a la Junta general puesto que al quedar modificado el objeto de la sociedad integrada se restringe su autonomía empresarial.

<sup>103</sup> Así lo recogen las leyes de cooperativas: arts. 21.2.h LCoop; 31.3.g LCEuskadi; 28.h LCCataluña; 48.i LSCAndaluzas; 27.1.h LCCValenciana; 30.2.h LSCExtremadura; 37.1.i LCGalicia; 27.1.h LCAragón; 29.3 LCCMadrid. El art. 33.1 LFCNavarra, no contempla esta competencia de forma específica, ni se puede emplear la cláusula residual de su apartado d)

contratos de creación de grupos cooperativos por coordinación -aunque no adopten la forma de cooperativa de segundo grado-<sup>104</sup>. Esta regla la recoge expresamente la LCoop al señalar que la «aprobación de la incorporación al grupo cooperativo precisará el acuerdo inicial de cada una de las entidades de base conforme a sus propias reglas de competencia y funcionamiento»<sup>105</sup>. De igual forma, las modificaciones estatutarias a que hubiera lugar como consecuencia de la suscripción de este tipo de acuerdos requerirían aprobación de la Asamblea general. Será, entonces, la Asamblea la que decida en última instancia sobre la creación de los grupos por coordinación<sup>106</sup>, sin que pueda delegarse tal facultad en ningún otro órgano<sup>107</sup>, a no ser que la Ley expresamente lo prevea<sup>108</sup>.

[«Cualquier otra competencia que le atribuyan los estatutos o esta Ley Foral»], pues el art. 75 (Cooperativas de segundo y ulterior grado) no hace referencia alguna al órgano competente para decidir sobre la constitución o adhesión a cooperativas de segundo grado ni para la suscripción de acuerdos intercooperativos. De esta forma deberán ser los estatutos los que determinen, expresamente, la atribución de tal facultad.

<sup>104</sup> VICENT CHULIA, F., *Ley General de Cooperativas, cit., Art. 149*, pág. 880. En el mismo sentido, EMBID IRUJO, J.M., "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, pág. 435; PAZ CANALEJO, N., "Las cooperativas de segundo y ulterior grado", *RDP*, 1977, págs. 495-522, págs. 507-508; ITURRIOZ DEL CAMPO, J., "La integración de las sociedades cooperativas en el sector de la salud: una sanidad participada", *REVESCO*, nº 62, 1996, págs. 57-77, pág. 71. Por su parte, MASSAGUER, J., ("La estructura interna", *cit.*, pág. 315) señala la existencia de un principio general de Derecho de sociedades (extraído de las disposiciones de la LSA -1951- sobre modificaciones estructurales) en virtud del cual toda modificación de la organización jurídica de la empresa social debe ser acordada por la Junta general.

<sup>105</sup> Art. 78.4 LCoop.

<sup>106</sup> Resulta preceptivo, en cualquier caso, el acuerdo de la Asamblea general cuando se trata de establecer la política general de la cooperativa (arts. 21.1 LCoop; 30.3 LSCExtremadura; 31.1.a LCGalicia; 29.3.k LCCMadrid), que lógicamente se verá afectada al entrar a integrar un grupo por coordinación. De tal forma que, aunque la estructura de grupo no adoptara la forma señalada en cada ley, se necesitaría el acuerdo favorable de la Asamblea para tal operación. Véanse también arts. 21.2.g LCoop; 31.3.i LCEuskadi; 48.k LSCAndaluzas; 30.2.g LSCExtremadura; 31.1.m LCGalicia; y 29.3.i LCCMadrid, respecto a toda decisión que suponga "modificación sustancial en la estructura económica, -social-, organizativa o funcional de la cooperativa".

<sup>107</sup> La exigencia de acuerdo indelegable de la Asamblea general para crear o adherirse a un consorcio o a una cooperativa de segundo grado ha sido calificada de excesivamente rígida por PAZ CANALEJO, N., ("Aspectos jurídicos de la intercooperación", *cit.*, pág. 199).

<sup>108</sup> Tal y como sucede en la LCEuskadi, cuyo art. 31.3 declara delegable la competencia de la Asamblea (como excepción) respecto de "los procesos de integración cooperativa"; o en la LFCNavarra para el caso de que la competencia relativa a la creación o participación en este tipo de estructuras horizontales estuviera atribuida a la Asamblea por vía estatutaria, supuesto en que se podría configurar como delegable *ex art.* 33.2 LFCNavarra.

## 2.2. EL PRINCIPIO MAYORITARIO EN LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO

En lo que concierne a la mayoría exigible para la adopción del acuerdo en el seno de cada cooperativa, las leyes de cooperativas no se pronuncian expresamente sobre la que resulte aplicable. En consecuencia, habrá que considerar suficiente la mayoría simple<sup>109</sup> o relativa<sup>110</sup>, pues tal decisión no se incluye entre las que precisan mayoría cualificada, consistente, por regla general, en dos tercios de los votos presentes y representados<sup>111</sup>. La solución legal contrasta así con la elegida para los casos de fusión, escisión o de modificaciones estatutarias, en los que sí se requiere mayoría cualificada<sup>112</sup>. Algunos autores han apuntado la posibilidad de aplicación analógica de tal mayoría a la creación del grupo cooperativo por coordinación<sup>113</sup>, sin embargo pudiera no ser ésta la solución más adecuada. En realidad, el único modo de alterar la mayoría ordinaria señalada por la ley es que ella misma establezca en forma expresa una mayoría reforzada o que permita su previsión estatutaria. En cuanto a este último extremo, resulta que en el sistema de algunas leyes<sup>114</sup> la regla de la mayoría simple o relativa es la aplicable como pauta general en todos aquéllos casos en que la norma guarda silencio sobre los votos necesarios para

---

<sup>109</sup> Esto es, más de la mitad de los votos presentes y representados, según los arts. 33.1 LCCataluña, 33.4 LCCValenciana; 35.4 LFCNavarra; 33.4 LCCMadrid.

<sup>110</sup> Es decir, el voto favorable de más de la mitad de los votos válidamente expresados, no siendo computables los votos en blanco ni las abstenciones (arts. 28.1 LCoop; 34.1 LSCExtremadura; 37.1 LCGalicia; 36.1 LCEuskadi; 54.1 LSCAndaluzas y 34.1 LCAragón - estas dos últimas no excluyen del cómputo los votos en blanco ni las abstenciones).

<sup>111</sup> Tan sólo el art. 32.5 LCCValenciana admitiría una interpretación favorable a la mayoría cualificada, siendo ésta precisa para adoptar aquellos acuerdos que signifiquen la imposición de nuevas obligaciones no previstas en los estatutos, siempre y cuando la creación del grupo por coordinación produjera la circunstancia descrita en la norma.

<sup>112</sup> Así, arts. 28.2 LCoop; 36.2 LCEuskadi; 33.2 LCCataluña; 54.2 LSCAndaluzas; 32.5 LCCValenciana; 34.2 LSCExtremadura; 37.2 LCGalicia; 34.2 LCAragón; 34.5 LCCMadrid.

<sup>113</sup> Así EMBID IRUJO, J.M., *Concentración de empresas*, cit., pág. 57. También defensor de la mayoría cualificada, aunque con base en argumentos diferentes, PAZ CANALEJO, N., "Las cooperativas de segundo grado", cit., pág. 508 -referido al Reglamento de cooperación de 1971-.

<sup>114</sup> Arts. 28.1 LCoop y 34.1 LSCExtremadura.

integrar un acuerdo social, sin que el estatuto pueda modificarla<sup>115</sup>. Tan sólo en el ámbito de vigencia del resto de las leyes los estatutos podrán establecer mayorías reforzadas para la adopción de aquellos acuerdos [como el que nos ocupa] respecto de los cuales la norma se conforma con una mayoría ordinaria, pero porque la propia ley habilita para tal alteración<sup>116</sup>.

Supuesto diverso es el que se produce si, como consecuencia de la creación del grupo por coordinación, o de la adhesión al mismo, resulta necesario modificar los estatutos de las cooperativas interesadas. En tal caso, será preceptivo el acuerdo de la Asamblea general adoptado, ahora sí, por la mayoría cualificada que prevén las leyes para la modificación de estatutos<sup>117</sup>, pero respecto de este extremo y no en cuanto a la creación de la estructura de grupo<sup>118</sup>.

### 3. FASE DE EJECUCIÓN

#### 3.1. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL GRUPO

---

<sup>115</sup> En contra de la opinión sostenida en el texto (y con respecto a la LGC), PAZ CANALEJO, N., (*Ley General de Cooperativas, cit.*, Vol. 2º, Art. 49, págs. 480-485) considera que en el estatuto se pueden elevar los quorum que, con carácter de mínimos, exige la ley. Por su parte, VICENT CHULIA, F., (*Ley General de Cooperativas, cit.*, Vol. 3º, art. 149, págs. 880-881) considera que exigir una mayoría reforzada para tales decisiones (eminentemente empresariales o económicas) daría a las mismas una excesiva rigidez.

<sup>116</sup> Cfr. arts. 36.1 LCEuskadi; 33.1 LCCataluña; 54.1 LSCAndaluzas; 31.4 LCCValenciana; 35.4 LFCNavarra; 37.1 LCGalicia; 34.1 LCAragón; 34.4 LCCMadrid.

<sup>117</sup> Arts. 28.2 LCoop, 36.1 LCEuskadi y 34.2 LSCExtremadura: *dos tercios de los votos presentes y representados*; art. 33.2 LCCataluña: *dos terceras partes del número de votos sociales presentes o representados*; art. 54.2 LSCAndaluzas: *en primera convocatoria, la emisión de votos favorables no inferior a tres quintos de los votos presentes y representados, y en segunda en número no inferior a los dos tercios*; art. 32.5 LCCValenciana, 37.2 LCGalicia y 34.5 LCCMadrid: *dos tercios de los socios presentes y representados*; art. 34.2 LCAragón: *dos tercios de los votos válidamente emitidos*.

<sup>118</sup> Por lo que se propone votación separada de cada uno de los aspectos citados.

En la fase de ejecución las cooperativas constituirán la estructura organizativa que hayan considerado idónea para satisfacer sus necesidades u objetivos de integración según el proyecto de grupo, por lo que sus trámites y requisitos formales dependerán de cuál sea ésta. Lógicamente, la creación de un grupo paritario de orden interno exigirá la cumplimentación de menos requisitos que la constitución de un grupo de orden externo, cualquiera que sea la modalidad elegida de organización de este último.

Respecto de la integración cooperativa, no cabe duda de que el grupo [de cooperativas] por coordinación aparece más reforzado cuando se da origen al nacimiento de una nueva estructura dotada de personalidad jurídica <sup>119</sup>, que aglutina o integra a las cooperativas agregadas, canaliza la dirección unitaria e, incluso, puede desempeñar las actividades que los partícipes le hubieren delegado. La forma elegida para tales fines podrá ser cooperativa (*endogamia material*) o extracooperativa (*heterogeneidad material*), debiendo contar su base subjetiva con la presencia de alguna entidad cooperativa <sup>120</sup>. Entre los primeros se encuentran las cooperativas de segundo grado o ulterior, las cooperativas de integración, las cooperativas de servicios, las corporaciones cooperativas, el grupo cooperativo, incluso los consorcios. Entre los segundos cobran relevancia las sociedades de capital participadas por entidades cooperativas (en especial, sociedades de responsabilidad limitada) que se utilizan como cabeza o dirección de grupo <sup>121</sup>. No se debe desdeñar ninguna fórmula apta para la integración, aún

---

<sup>119</sup> Ya se trate del supuesto de la sociedad órgano separada o de la sociedad órgano integrada.

<sup>120</sup> Una relación de las diversas fórmulas intercooperativas con finalidad económico empresarial puede verse en PAZ CANALEJO, N., "Aspectos jurídicos de la intercooperación", *cit.*, págs. 184-186.

<sup>121</sup> De interés en nuestro Derecho resulta el art. 1.2.pfo.2º del RD 1345/1992, de 6 de noviembre, que admite como cabeza de grupo tanto a una cooperativa como a «*cualquier otra entidad siempre que, en este último caso, su objeto exclusivo sea el de planificar y coordinar las estrategias a largo plazo de las cooperativas que integran el grupo (...)*». Por su parte, el art. 126.2º del Proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada (BOCG 25-1-1994, núm. 48-1) sometía al régimen jurídico de las sociedades unipersonales a la sociedad limitada cuyo capital perteneciera íntegramente a un grupo de sociedades, cualquiera que fuera el número de sociedades agrupadas que ostentara la titularidad directa de ese capital. Pero esta referencia a la sociedad de responsabilidad limitada «unigrupal» se suprimió en la tramitación parlamentaria del proyecto (A este respecto, véase ROJO, A., "Los grupos de sociedades en el Derecho español", *cit.*, pag. 478, nota 46). El mantenimiento del proyectado art. 126.2º habría supuesto un gran avance en la consideración del grupo por coordinación por venir a refrendar la existencia del grupo como unidad.

no prevista por el legislador cooperativo, pues hay instrumentos mercantiles - y civiles- que pueden dar flexibilidad a la rigidez de la legislación cooperativa<sup>122</sup>.

### 3.2. FORMALIDADES DE CONSTITUCIÓN DEL GRUPO

#### A) Documentación del contrato de grupo

En principio, la celebración del contrato de grupo paritario no requiere una forma concreta, puesto que el criterio general que preside nuestro Derecho de obligaciones y nuestro Derecho de sociedades es la libertad de forma<sup>123</sup>. No obstante, parece que el grupo de cooperativas por coordinación no debiera admitir su expresión tácita si lo que se persigue es la creación de un verdadero grupo y no la constatación de un mero acuerdo [ocasional] de colaboración empresarial<sup>124</sup>. A excepción del alemán<sup>125</sup>, el resto de los Ordenamientos

---

<sup>122</sup> La forma de organización variará, no obstante, según la estructura que se acoja; así, "si es una *cooperativa de segundo grado*, cada uno de los socios ostentará derecho a causar baja voluntaria, pero la competencia de los órganos de aquélla es punto de apoyo para desarrollar una estrategia de creciente integración. Por el contrario, si se adopta una forma de *sociedad capitalista*, aunque sea de duración indefinida, la cooperativa socio no puede causar baja mas que transmitiendo las acciones o participaciones -y las obligaciones de prestaciones accesorias- a otra cooperativa que la reemplace, en su caso respetando el sistema de restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones indispensable en esta clase de grupos. Por último, si el grupo se basa en un simple *contrato de asociación*, éste debe incluir fuertes vinculaciones, con el fin de mantener la unidad de estrategia empresarial" (VICENT CHULIA, F., *Ley general de Cooperativas, cit.*, Vol. 3º, Art. 149, pág. 881 -la cursiva es nuestra-).

<sup>123</sup> Arts. 1.278 C.c. y 51 C. de c. y arts. 1.667 C.c. y 117 C. de c., respectivamente. Sobre el principio general de libertad de forma, véase GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pág. 229; PAZ ARES, C., *Comentarios, art. 1.667 C.c., cit.*, pág. 1.325.

<sup>124</sup> EMBID IRUJO, J.M., ("Los grupos de sociedades como problema jurídico" -en prensa-, *cit.*, págs. 34 y 36) considera la escritura pública instrumento idóneo para el acceso del grupo a la vida jurídica, tanto si representa el fin de un proceso económico iniciado con la obtención del control de una o varias sociedades mediante la oportuna participación en su capital y desarrollado a merced al ejercicio de una dirección unitaria; como si viene a reflejar un contrato de dominación.

<sup>125</sup> El art. 293.3 AktG requiere constancia escrita de los contratos de empresa. Pese a ello, la doctrina alemana mayoritaria, supuesto que el art. 291.2 AktG excluye al contrato de grupo por coordinación del ámbito de los contratos de dominación, llega a marginar a aquél

reguladores de los grupos exigen forma escrita para la celebración del contrato de grupo por coordinación<sup>126</sup>, llegando, incluso, a acarrear su nulidad la inobservancia de la forma prescrita<sup>127</sup>. No sucede así en nuestro Ordenamiento, por lo que la constancia o no por escrito del contrato de grupo obedecerá tan sólo al oportuno criterio de las cooperativas partícipes. No obstante, si el grupo se configura como de orden externo con organización separada de la «sociedad órgano», será necesario observar, al menos, los requisitos formales y materiales exigidos por el Ordenamiento para constituir ésta. Y si el grupo se integra en la sociedad órgano, será el propio grupo el que deberá observar para su constitución los requisitos y formalidades propios de la forma social que le acoge.

La excepción a la regla de ausencia de forma la encontramos en el ámbito de los grupos cooperativos regulados en el RD 1345/1992, de 6 de noviembre y en el art. 78 LCoop, para los cuales se requiere constancia en escritura pública, bien del compromiso de redistribución solidaria del excedente neto en el primer caso<sup>128</sup>, bien del propio acuerdo de integración en el grupo en el segundo<sup>129</sup>.

---

también de la exigencia de forma escrita. Solución que parece no convenir a la realidad específica del grupo por coordinación como evidencia EMBID IRUJO, J.M., (*Concentración de empresas, cit.*, pág. 56, nota 73), adoptando así el criterio minoritario en la doctrina alemana.

<sup>126</sup> Sobre la exigencia de forma escrita en el contrato de consorcio del art. 279 LSpA.brasileña, véase TEIXEIRA, E./GUERREIRO, J.A., *Das sociedades anonimas, cit.*, pág. 803; EMBID IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña", *cit.*, pág. 479. También se preveía así en el art. 40 del proyecto de 9ª Directiva. Respecto de la exigencia de escritura pública en el contrato de grupo paritario del derecho portugués, véase ANTUNES, J.A., *Os grupos, cit.*, pág. 761.

<sup>127</sup> Así sucede, por ejemplo, en el Ordenamiento portugués (cfr. art. 220 de su Código civil). La nulidad es también la sanción prevista en el Ordenamiento italiano para el caso de que el contrato de consorcio no se celebre por escrito (arts. 2.603, 1.350 y 1.418 Codice civile y art. 27-ter del D.lg. C.P.S., de 14-12-1947, n. 1.577, relativo a los consorcios entre sociedades cooperativas para la coordinación de la producción y del intercambio (que remite a las normas del cap. II, del Tít. X, del Libro V del Codice civile).

<sup>128</sup> Véanse, arts. 1.3 y 2.1.b RD 1345/1992.

<sup>129</sup> Así expresamente, art. 78.4 *in fine* LCoop. Aunque no se hubiera exigido escritura pública, la lectura conjunta de los arts. 78.5 y 110.3 LCoop, permitía concluir la necesidad de constancia en documento público del acuerdo de integración, toda vez que éste debe «anotarse» en la correspondiente hoja registral de cada una de las cooperativas que forman el grupo, y que cualquier inscripción en el Registro de cooperativas, ya sea constitutiva o declarativa, ha de practicarse «*en virtud de documento público*», salvo que la ley o sus normas de desarrollo prevean que la inscripción pueda practicarse en virtud de documento privado. Véase *infra* Cap. 4º, II.2.2.A).c).

## B) Constancia registral de la existencia del grupo

En consonancia con lo expuesto (ausencia de exigencia de forma escrita) tampoco nuestro Ordenamiento prevé la inscripción registral de los grupos de sociedades<sup>130</sup>, pese a lo cual algún autor ha reclamado su reflejo tabular. Se considera que la nueva estructura organizativa surgida con ocasión del grupo aparece dotada de una dimensión externa o institucional que interesa a los terceros que entran en relación con ella<sup>131</sup>. El precedente de tal exigencia parece encontrarse en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo regional<sup>132</sup> que preveía la inscripción en un Registro Especial del Ministerio de Economía y Hacienda de las «*distintas modalidades contractuales de colaboración entre empresarios (...) que sin crear un ente con personalidad jurídica propia sirvan para facilitar o desarrollar en común la actividad empresarial de sus miembros*»<sup>133</sup>. También resulta de interés, aunque tan sólo a

<sup>130</sup> En el Derecho portugués el contrato de grupo por subordinación es objeto de inscripción en el registro de cada sociedad y ha de ser publicado (art. 498 C. de las ss.cc.); respecto al grupo paritario, y ante el silencio de la norma, la doctrina propone de lege ferenda el obligatorio registro y publicación de este contrato, aunque con eficacia declarativa (Así, ANTUNES, J.A., *Os grupos*, cit., pág. 761). En el Derecho brasileño, tanto la inscripción del contrato de grupo como la del contrato de consorcio tienen carácter constitutivo y han de ser publicadas (arts. 271 y 279 LSpA.brasileña, respectivamente); véase LACERDA TEXEIRA, E./TAVARES GUERREIRO, J.A., *Das sociedades anónimas*, cit., págs. 779-782, 803-806. El art. 41 del proyecto de 9ª Directiva señalaba los requisitos para la aprobación del contrato y para la publicidad del mismo conforme a la Directiva 68/151/CEE (Véase EMBID IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea", *CDC*, cit., págs 387-388). En el Derecho italiano los consorcios con actividad externa también tienen acceso al Registro (arts. 2.612 Codice Civile).

<sup>131</sup> Así, con respecto al necesario acceso al Registro Mercantil del grupo de sociedades como forma de concentración de empresas, véase FERNANDEZ DEL POZO, L., *El nuevo registro mercantil: sujeto y función mercantil registral Crítica general sobre su ámbito institucional*, Ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, págs. 110-112; EMBID IRUJO, J.M., "Grupos y gobierno corporativo", cit., pág. 604.

<sup>132</sup> Sobre tal norma, como precedente de la tesis que sostiene la conveniente constancia registral de la existencia de los grupos de sociedades, véase FERNANDEZ DEL POZO, L., *El nuevo registro mercantil*, cit., pág. 112.

<sup>133</sup> Véanse arts. 3 y 4 Ley 18/1982 (este último derogado por la DD de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (LAIE)) y DA.Segunda LAIE. Se trataba

efectos contables, la publicidad que proporciona el depósito de las cuentas anuales consolidadas de los grupos de sociedades en el Registro Mercantil, puesto que no sólo queda constancia de ellas en el Registro del domicilio social de la sociedad dominante, donde se depositan, sino también en los Registros donde se hallen inscritas las filiales mediante toma de razón en el Libro de depósito de cuentas, lo que puede servir a los terceros para conocer, al menos, la situación económico-financiera del grupo consolidable o del grupo contable<sup>134</sup>. Si bien es cierto que el RRM, en línea con la regulación de esta materia en el C. de c. y en la LSA<sup>135</sup>, establece un régimen de depósito de cuentas en atención al grupo por subordinación, nada obsta a que el mismo sea aplicable a los grupos por coordinación que opten por la [voluntaria] formulación consolidada de sus cuentas anuales. En el ámbito cooperativo, el art. 78.5 LCoop recoge la tradición legislativa de los Ordenamientos que tienen regulados los grupos de sociedades y requiere la anotación del acuerdo de integración en el grupo cooperativo en la correspondiente hoja registral de cada una de las cooperativas que lo forman<sup>136</sup>.

## V. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA SITUACIÓN DE GRUPO

### 1. MODIFICACIÓN DEL CONTENIDO CONTRACTUAL

---

de las Agrupaciones de Empresas, cuyo régimen hoy está derogado y tales formas adaptadas a la LAIE, transformadas en Uniones Temporales de Empresas (UTE) o disueltas (Véase DT LAIE). La inscripción en el Registro Especial es potestativa (desde la LAIE sólo respecto de las UTE) pero tiene trascendencia a efectos del régimen fiscal aplicable (art. 10 Ley 18/1982 según redacción dada por la DA.Segunda LAIE).

<sup>134</sup> Cfr. arts. 370-373 RRM. Véase distinción entre grupo consolidable y grupo contable *supra*, Cap. 2º, I.3.1.A).

<sup>135</sup> Arts. 42 y ss. C. de c. y 171 y ss. LSA.

<sup>136</sup> FERNANDEZ DEL POZO, L., (*El nuevo registro mercantil, cit.*, pág. 121) recuerda cómo los arts. 202 y ss. del proyecto de C. de c. de 1926 y 1927 ordenaban la inscripción en el Registro Mercantil de «*los empresarios individuales o sociales que se asocian o se federan para la realización en común de operaciones de comercio propias de su objeto social. Si se crean órganos de gestión o dirección a los cuales se transfiera todo o parte de las atribuciones y deberes propios de la administración de cada compañía*». Sobre la inscripción registral del grupo cooperativo, véase *infra* Cap. 4º, II.2.2.A).c).

La alteración del contenido contractual deberá ser objeto de aprobación previa por las Asambleas generales de las cooperativas del grupo<sup>137</sup>, de la misma forma que la decisión de participar en el grupo exigía el acuerdo del órgano soberano<sup>138</sup>. En cuanto a la propuesta de modificación del contrato de grupo paritario, ésta podrá partir de cualquiera de las sociedades partícipes o del propio órgano común de dirección, caso de existir éste, siendo diferente el proceso a seguir en cuanto a la modificación en cada supuesto<sup>139</sup>.

### 1.1. MODIFICACIÓN A PROPUESTA DE LA SOCIEDAD DEL GRUPO

Cuando la alteración del pacto se proponga por cualquiera de los componentes del grupo, la decisión habrá surgido de su Asamblea general -u órgano equivalente si no es una entidad cooperativa-, a instancia de sus administradores, de una minoría de socios, o incluso de los interventores -caso de existir tal órgano-<sup>140</sup>. La propuesta de modificación se someterá,

---

<sup>137</sup> De tratarse de grupos de cooperativas heterogéneos, cuya base subjetiva esté formada por cooperativas y otras entidades, la decisión en estas últimas deberá partir del homólogo a la Asamblea general de la cooperativa.

<sup>138</sup> Así se prevé también en el Ordenamiento portugués respecto al grupo por coordinación, art. 492.2 C. de las ss.cc.

<sup>139</sup> El art. 78.4 LCoop exige la previsión en el acuerdo de grupo del procedimiento para la modificación de los compromisos generales asumidos ante el grupo, y para la separación de una sociedad cooperativa (por su parte, el proyecto de ley -BOCG el 27-7-1998- no se refería sólo a las cooperativas, sino en general a «las sociedades componentes» del grupo.

<sup>140</sup> Con relación a la iniciativa de socios e interventores para la convocatoria de Asamblea extraordinaria, arts. 23.3 LCoop; 33.3 LCEuskadi -Comisión de vigilancia-; 31.2 y 3 LCCataluña; 49.2 LSCAndaluzas; 29.1 LCCValenciana; 31.3 LSCExtremadura; 29.3 LC Aragón y 31.1 LCCMadrid. En la LFCNavarra todos estos extremos se dejan a su previsión estatutaria (art. 35.1). En cuanto al derecho de minoría, el número de socios varía en las distintas normas: *el veinte por ciento del total de votos* (LCoop y LCEuskadi); *un diez por cien de todos los votos sociales* (LCCataluña); *el 10 por 100 de los socios en las cooperativas de más de mil, el 15 por 100 en las de más de quinientos y el 20 por 100 en las restantes* (LSCAndaluzas); *un 10% de los socios o cincuenta socios* (LCCValenciana, LCCMadrid); *el 10% de los socios* (LSCExtremadura); *el 20% de los socios* (LC Aragón); *un número de socios que represente el 5% o alcance la cifra de 100* (art. 33.1 LCGalicia).

posteriormente, a la decisión del grupo paritario, cuya voluntad se obtendrá de diversa forma según su organización.

a) En el grupo de orden interno se requiere el acuerdo *unánime* de todas las cooperativas, tal y como se exigió para la celebración del contrato de grupo<sup>141</sup>, salvo que en el propio contrato se hubiere pactado la cláusula mayoritaria para su modificación<sup>142</sup>. La unanimidad se aplica también a la modificación del contrato de grupo en caso de que éste sea de orden externo con organización separada respecto de la sociedad órgano<sup>143</sup>.

b) En el grupo de orden externo con organización integrada en la sociedad órgano, la cooperativa [u otra entidad, caso de grupos heterogéneos] interesada en la alteración del pacto, previa decisión de su Asamblea interna, solicitará la convocatoria de Asamblea extraordinaria en la sociedad órgano para decidir sobre la modificación de estatutos, puesto que en ellos se incluye el contrato de grupo, siempre que cuente con la proporción de votos que permitan ejercer ese derecho según cada ley reguladora<sup>144</sup>. El acuerdo se adoptará por la *mayoría* prevista para las *modificaciones estatutarias* según la forma social de que se trate.

## 1.2. MODIFICACIÓN A PROPUESTA DEL ÓRGANO CENTRAL

Cuando la propuesta de alteración del contrato de grupo provenga del órgano común de dirección, y caso de adoptar éste la forma de sociedad órgano,

---

<sup>141</sup> Previamente, cada cooperativa deberá haber formado su voluntad según la misma regla mayoritaria que, en su momento, rigió la celebración del contrato. Véase *supra* Cap. 3º, IV.2.2.

<sup>142</sup> Sobre la licitud y virtualidad de esta solución, véase GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, págs. 279 y ss. y bibliografía allí citada, en especial págs. 282-283 -nota 10- y pág. 587; PAZ ARES, C., *Comentarios*, art. 1.665, *cit.*, pág. 1.321.

<sup>143</sup> El art. 78.4 LCoop remite estos extremos a su previsión en el acuerdo de grupo.

<sup>144</sup> A estos efectos, parece conveniente que la sociedad órgano pertenezca a una forma social en la que se reconozca el derecho individual del socio a instar la convocatoria de la Junta general extraordinaria y no tan sólo un derecho de minoría (sociedad anónima o de responsabilidad limitada, correspondiendo tal derecho a los socios titulares/que representen, al menos, el 5% del capital social; cfr. arts. 100.2 LSA y 45.2 LSRL).

serán sus administradores quienes sometan al grupo la propuesta de modificación del pacto<sup>145</sup>.

a) En caso de organización separada del grupo y la sociedad órgano, la Asamblea o Junta de ésta decidirá por *mayoría*; y de ser su decisión favorable a la modificación se trasladará el asunto al seno de la «sociedad invisible». En ésta, se exigirá la *unanimidad*, salvo previsión de cláusula mayoritaria a tales efectos. Cuando de la modificación se derive la necesidad de alterar el contenido de los estatutos de la sociedad órgano, el acuerdo se adoptará por la *mayoría* exigida para las modificaciones de esta naturaleza.

b) En caso de organización integrada del grupo en la sociedad órgano, los administradores de ésta convocarán la Asamblea o Junta para modificar los estatutos, en los que se incluye el contrato de grupo, decidiendo por la *mayoría* prevista para estos supuestos. Sin embargo, como las cooperativas integradas tendrán que formar su voluntad a tal efecto, conviene, para mayor agilidad, que la convocatoria de la Asamblea se realice con antelación suficiente para que los administradores de cada cooperativa convoquen, a su vez, las respectivas Asambleas en las que definir su posición<sup>146</sup>. Los representantes de las entidades de base en la Asamblea de la sociedad órgano deberán emitir el voto en el sentido querido por su entidad.

En el seno de la sociedad órgano, en cualquiera de sus modalidades (separada del grupo o integrante de éste) la decisión, como se ha apuntado, deberá ser adoptada por *mayoría* pues la regla de la unanimidad, si bien más pura en cuanto al equilibrio de la voluntad de las sociedades agregadas, restaría al grupo posibilidades de desarrollo y expansión, y chocaría con las leyes de

---

<sup>145</sup> En la regulación que del grupo cooperativo realiza la LCoop se prevé que se pueda habilitar al órgano máximo de la entidad cabeza de grupo para modificar, ampliar o resolver los compromisos asumidos ante el grupo (art. 78.4 *in fine* LCoop). Como se sabe, este precepto admite tanto un grupo personificado como no personificado, por lo que la atribución de esta facultad a la cabeza de grupo puede chocar -en el segundo supuesto- con el principio cooperativo de autonomía en el caso de que la sociedad órgano externa modifique los compromisos adquiridos por cada cooperativa agregada. Véase *infra* Cap. 4º, II.2.2.A).

<sup>146</sup> Supuesto que recuerda al de la Asamblea general de delegados, arts. 30 LCoop; 38 LCEuskadi; 36 LCCataluña; 55 LSCAndaluzas; 35 LCCValenciana; 39 LCGalicia; 35 LC Aragón y 37 LCCMadrid.

cooperativas<sup>147</sup> que establecen la regla mayoritaria en la adopción de acuerdos<sup>148</sup>. No obstante, la cooperativa-socia disconforme con la modificación, en la medida en que ésta implicara la asunción de cargas gravemente onerosas, siempre tiene la posibilidad de causar baja en la agrupación<sup>149</sup>.

## 2. MODIFICACIÓN DE LA BASE SUBJETIVA

La alteración del contrato de grupo por coordinación puede también obedecer a razones subjetivas; se trata de la entrada de nuevos socios partícipes, del abandono de algunos de ellos, o de la sustitución de unos socios por otros<sup>150</sup>. Estas modificaciones subjetivas entrañan el peligro de desvirtuar la operación de concentración, y no conviene permitir el acceso de nuevos partícipes que intenten aprovecharse de las ventajas de la agrupación, ni la separación de socios con la intencionalidad de eximirse de las obligaciones que la integración les impone, ni la sustitución indiscriminada de miembros. Será, entonces, preciso determinar el número óptimo de miembros de la agrupación en atención a los fines empresariales de la misma, debiendo evitar cualquier aumento o disminución que los altere más allá de lo económicamente ventajoso. Conviene por todo ello perfilar en el contrato de grupo las condiciones objetivas y subjetivas exigibles para ser miembro de la agrupación, incluso el plazo

---

<sup>147</sup> En caso de que el órgano de dirección asumiera éste tipo social, o también con las normas reguladoras de las sociedades de capital si alguno de sus tipos fuera apto para tal operación de concentración.

<sup>148</sup> Subsistirán también en el grupo por coordinación "los problemas propios de la actuación del principio mayoritario en todos los tipos de sociedades y, correlativamente, de la necesaria tutela de la minoría o de la mayoría inorganizada", "aunque no existan los problemas derivados de la situación de dependencia de las sociedades dependientes del grupo" (DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado", *cit.*, pág. 553).

<sup>149</sup> Arts. 17.4 LCoop; 42.3 LSCAndaluzas; 17.2.b LCCValenciana; 20.3.a LCGalicia; 22.c LC Aragón; 20.6 LCCMadrid. Guardan silencio la LCEuskadi, LCCataluña, LFCNavarra, LSCExtremadura.

<sup>150</sup> Sobre las modificaciones del contrato de sociedad que afectan a su base subjetiva en las sociedades de personas, véase GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades*, I, *cit.*, págs. 589 y ss. Para su tratamiento en la cooperativa de segundo grado, véase *infra* Cap. 6º, III.1.2 y 3.

mínimo de permanencia de las cooperativas-socios en la misma<sup>151</sup>, las causas de separación y sus consecuencias así como el régimen de la transmisión de la posición de socio<sup>152</sup>.

### 3. EXTINCIÓN DE LA SITUACIÓN DE GRUPO

Es conveniente señalar en el contrato de grupo, como en todos los contratos, sus posibles causas de extinción. Con ello se dota de mayor estabilidad al grupo constituido en la medida en que todos los partícipes han pactado [contractualmente] las situaciones que pueden dar por finalizada la agrupación. Concretar las causas de extinción del grupo es materia reservada a la autonomía de la voluntad; autonomía que tan sólo se verá mermada por los límites que se deriven de la forma social elegida para constituir la agrupación. Desde esta perspectiva se pueden señalar unas causas extintivas generales, aunque propias del contrato asociativo de grupo, y otras causas específicas que vienen determinadas por la especialidad del grupo por coordinación.

#### 3.1. CAUSAS DE EXTINCIÓN GENERALES

La determinación de las causas extintivas generales viene condicionada por la modalidad de organización del grupo paritario elegida. Serán diferentes las

---

<sup>151</sup> La inclusión de esta última circunstancia es considerada preceptiva en las cooperativas de segundo grado sanitarias reguladas en el RCooP\$S, art. 2.b). Véanse también arts. 129.3 LCEuskadi, 158.3 LSCEExtremadura y 124.3 LCCMadrid.

<sup>152</sup> La LCoop tan sólo se refiere al procedimiento de separación. En general, sobre la separación (disolución parcial) y la transmisión de la posición de socio (cesión de partes sociales) en los grupos de orden interno y en los externos con organización separada del grupo y del órgano central, interesa la consulta de la monografía de QUESADA GONZALEZ, M<sup>a</sup> C., (*Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, págs. 87-120) por el tratamiento que realiza de estos dos institutos en la sociedad civil. Sobre la transmisión de partes sociales en la sociedad limitada instituida como órgano central en los grupos de orden externo, véase ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C., *La sociedad de responsabilidad limitada*, cit., págs. 201-212.

causas de extinción en los grupos de orden interno que en los de orden externo, sobre todo cuando en éstos últimos el grupo se integra en la sociedad órgano.

### A) Causas generales de extinción en los grupos de orden interno

Los grupos por coordinación de orden interno tienen su base en un contrato asociativo cuya naturaleza jurídica, como ya se apuntó, es la de sociedad civil, siendo ésta interna. En consecuencia, las causas extintivas debemos referirlas al art. 1.700 C.c., con las modulaciones que resulten pertinentes dada la naturaleza de los socios, en su totalidad personas jurídicas, cooperativas o no, y en atención a la peculiar situación de grupo<sup>153</sup>.

#### a) *Mutuo disenso*:

El acuerdo de todos los socios en orden a disolver la sociedad (contrato extintivo, mutuo disenso o *dissociatio*) es una causa de disolución común a todas las sociedades<sup>154</sup> aplicable, por tanto, también a la situación de grupo por

---

<sup>153</sup>) Hay que recordar que la lista del art. 1.700 C.c. tiene cierta pretensión de exhaustividad, aunque los socios pueden introducir nuevas causas de disolución si se fundan en la ausencia de algún elemento indispensable de la sociedad (V.gr.: la unipersonalidad) o en la autonomía privada (v.gr. acuerdo de disolución). En cuanto a la posibilidad de suprimir las causas señaladas en dicho artículo, parece que no pueden excluirse las causas objetivas (vencimiento del plazo, conclusión del negocio, imposibilidad del fin, acuerdo unánime, unipersonalidad, etc.). En cambio, los socios pueden excluir las subjetivas (muerte o insolvencia del socio, ejecución de su parte por los acreedores, etc.), a condición de que se transformen en causas de disolución parcial o en justos motivos para la denuncia unilateral. Así, sobre estos extremos, PAZ ARES, C., *Comentarios, art. 1.700, cit.*, pág. 1.491.

<sup>154</sup> Aunque el mutuo disenso, o el consentimiento unánime de los socios, no figura entre las causas de extinción del art. 1.700 C.c., se trata de una causa que cae «bajo el imperio de los principios comunes de Derecho, que no hay que detallar en cada contrato». Así, BATLLE VAZQUEZ, M., *Código Civil de Q. Mucius Scaevola*, T. XXV (arts. 1679 a 1708), Vol. 2º *Del contrato de sociedad (Conclusiones)*, 2ª ed., Ed. Reus SA, Madrid, 1971, pág. 161. Véase también CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXI, Vol. 1º, Arts. 1.665 a 1.708, Ed. Edersa, Madrid, 1991, págs. 573-574; QUESADA GONZALEZ, Mª C., *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio, cit.*, pág. 21; PAZ ARES, C., *Comentarios, art. 1.700, cit.*, pág. 1.494. Sobre el mutuo disenso como modo de extinción de las obligaciones, véase DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, II, *cit.*, págs. 888 y 890; NUÑEZ BOLUDA, Mª D., *El mutuo disenso*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1996).

coordinación<sup>155</sup>. En principio, parece que el acuerdo debe ser adoptado por unanimidad, regla que rige la constitución de la sociedad, y que es avalada por la jurisprudencia y por la doctrina. No obstante, también se ha apuntado por algún autor la posible previsión, en las sociedades personalistas, de régimen mayoritario corporativamente expresado<sup>156</sup>. Tal previsión parece cobrar virtualidad en el supuesto del grupo por coordinación, pues, desde el momento en que algunos partícipes (debiendo significar, en cualquier caso, la mayoría) no se muestren favorables a continuar la situación de grupo, la viabilidad de éste, con la consiguiente sumisión a la dirección unitaria, queda mermada. La regla mayoritaria sería, entonces, una solución adecuada para poner fin a una situación de grupo no querida por los partícipes<sup>157</sup>.

*b) Cumplimiento del término:*

El cumplimiento del término final fijado en el contrato para la duración de la integración cooperativa -o el cumplimiento de una expresa condición resolutoria-<sup>158</sup> es una causa de disolución expresamente prevista por la Ley (art. 1.700 C.c., art. 221.1º C. de c) que, no obstante, puede evitarse con el acuerdo unánime de prórroga adoptado antes de la expiración del término (art. 1.703 C.c.; 223 C. de c.)<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> Así sucede también en el Derecho portugués, aunque se exige la vigencia del contrato durante al menos un ejercicio completo (arts. 492.5 y 506.1 C. de las ss.cc.). Al respecto, véase ANTUNES, J.A., *Os grupos, cit.*, págs. 571-576 y 763. La voluntad unánime de los consorciados es también causa de disolución del consorcio en Derecho italiano (art. 2.611.3 Codice civile).

<sup>156</sup> Así, GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades, I, cit.*, pág. 628, aunque con referencia a las sociedades mercantiles. En la medida que la *dissociatio* es una causa de disolución que puede ser excluida por un pacto contractual en tal sentido (véase PAZ ARES, C., *Comentarios, art. 1.700 C.c., cit.*, pág. 1.491) puede entonces admitirse la validez del pacto que exiga tan sólo el principio mayoritario en la adopción de este acuerdo de disolución.

<sup>157</sup> Esta posibilidad está prevista para el consorcio en el art. 2.611.4 del *Codice civile* italiano, que contempla como causa autónoma de disolución -y diversa de la voluntad unánime- el acuerdo de la mayoría de los consorciados, siempre que concurra justa causa. Cfr., no obstante, el art. 1.256 C.c.

<sup>158</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos, II, cit.*, págs. 888-889.

<sup>159</sup> Sobre el particular, véase GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades, I, cit.*, págs. 622-623. Con respecto a esta causa de extinción del grupo paritario en Derecho portugués (arts. 492.5 y 506.3.b) C. de las ss.cc.) véase ANTUNES, J.A., *Os grupos, cit.*, págs. 584 y 763,

*c) Logro pleno de la finalidad económica:*

El logro pleno de la finalidad económica pretendida con el grupo, habiéndose agotado todos los efectos buscados con tal situación, es una circunstancia subsumible en aquella causa de disolución que se refiere al término del negocio que sirve de objeto a la sociedad art. 1.700.2º C.c.) o a la conclusión de la empresa que constituya su objeto (art. 221.1º C. de c.)<sup>160</sup>. Sin embargo, plantea la dificultad de apreciar el cumplimiento de los objetivos de concentración perseguidos con la creación del grupo, a lo cual podría ayudar la determinación en el contrato de aquellas circunstancias indiciarias de tal situación de plenitud.

*d) Disolución de alguna entidad partícipe:*

En el supuesto del grupo horizontal constituido por sociedades cooperativas (y otras entidades, si se admite), es causa de disolución la extinción plena de la personalidad jurídica de alguna de las sociedades integrantes del grupo<sup>161</sup>. Sin embargo, la extinción de la cooperativa (u otra entidad) plantea serios problemas como causa autónoma de disolución al no poder considerar extinguida la sociedad si continúa teniendo cuota de participación en otra (en este caso, no en la sociedad, sino en el grupo). Mas bien podrá ser considerada «justo motivo» para la denuncia unilateral del contrato (ya sea ésta ordinaria o extraordinaria), o causa de separación del socio si se ha previsto este derecho

---

aunque no se exige que la prórroga sea anterior a la expiración del término fijado para el contrato de grupo. En el consorcio italiano, véase art. 2.611.1 Codice civile.

<sup>160</sup> Sobre esta causa genérica de extinción de la relación obligatoria en general, véase DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos, II, cit.*, pág. 888. La consecución del objeto del consorcio (y la imposibilidad de conseguirlo) es causa de disolución del consorcio en el Ordenamiento italiano (art. 2.611.2 Codice civile).

<sup>161</sup> El único supuesto comparable con la muerte de la persona física -a que se refieren los arts. 1.700.3º C. y 222.1º C. de c.- es la extinción de la sociedad puesto que la simple disolución no da fin a la sociedad sino que provoca la apertura del procedimiento liquidatorio, tal y como advierten, entre otros, GIRON TENA, J., (*Derecho de sociedades, I*, pág. 646) y PAZ ARES, C., (*Comentarios, art. 1.700, cit.*, pág. 1.493). Señala PAZ-ARES que esta situación «difícilmente se producirá, puesto que la persona jurídica, en la medida en que continúa siendo socio y, por tanto, teniendo derechos y obligaciones patrimoniales en la sociedad, no puede considerarse extinguida». Para el autor, la disolución de una persona jurídica no puede equipararse a la muerte del socio, pues aquélla puede permanecer, como sociedad en liquidación, dentro de la sociedad.

contractualmente<sup>162</sup> continuando el grupo entre los restantes socios<sup>163</sup>. Por otro lado, nada impide que la causa de disolución del grupo pactada por los socios sea la sólo «disolución» de alguna de las sociedades integradas, tal y como sucede, por ejemplo, en el Ordenamiento portugués<sup>164</sup>.

*e) Insolvencia de alguno de los socios:*

La causa de disolución provocada por la *insolvencia de cualquiera de los socios* (arts. 1.700.3º C.c. y 221.3º C. de c.) ha de entenderse en el sentido de insolvencia judicialmente declarada mediante la quiebra<sup>165</sup>, puesto que viene referida a las sociedades cooperativas que integran el grupo cooperativo paritario, a las que se les aplica la legislación sobre suspensión de pagos y quiebras por disposición expresa de las leyes de cooperativas<sup>166</sup>. No obstante, parecen no existir obstáculos a la conversión de este motivo de disolución en causa de exclusión o disolución parcial de la sociedad mediante pacto contractual<sup>167</sup>, pudiendo, en tal caso, continuar el grupo entre los restantes<sup>168</sup>.

---

<sup>162</sup> Para PAZ-ARES, C., (*Comentarios, art. 1.700, cit.*, pág. 1.493) «el tema ha de trasladarse al art. 1.707: la disolución de la persona jurídica puede reputarse «justo motivo» para la denuncia de la sociedad». En el ámbito de la sociedad colectiva GIRON TENA, J., (*Derecho de sociedades, I, cit.*, pág. 646), canaliza esta circunstancia hacia la aplicación del art. 218.7º C. de c. con la consiguiente exclusión de la sociedad-socio disuelta.

<sup>163</sup> Sería este un pacto lícito que implicaría la exclusión de una causa de disolución subjetiva, como es la muerte -disolución- de uno de los socios, y la inclusión de una causa de disolución parcial, en principio admitida por la doctrina. Sobre el particular, PAZ ARES, C., *Comentarios, art. 1.700, cit.*, pág. 1.491.

<sup>164</sup> Cfr. arts. 492.5 y 506.3.a) C. de las ss.cc.; al respecto véase ANTUNES, J.A., *Os grupos, cit.*, págs. 582-583.

<sup>165</sup> La doctrina resalta la insuficiencia de la mera situación de insolvencia fáctica como causa de disolución; así CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios, art. 1.700 C.c., cit.*, pág. 594; PAZ ARES, C., *Comentarios, art. 1.700 C.c., cit.*, pág. 1.494 C.c. Por el contrario, a favor de la mera situación de insolvencia de hecho, DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, II, 7ª ed.*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 533.

<sup>166</sup> Véase *infra* Cap. 5º, II.1.3.A).d). Si se trata de grupos de base subjetiva heterogénea el estado de insolvencia dependerá del sistema que le resulte aplicable a la entidad que la padezca, bien el concurso de acreedores o la quiebra.

<sup>167</sup> En este sentido se manifiesta GIRON TENA, J., (*Derecho de sociedades, I, cit.*, págs. 626-628, 631-632), si bien con referencia al art. 222.3º C. de c.

*f) Petición de embargo y remate de la parte de un socio:*

La petición de embargo y remate de la parte de un socio en el fondo social -si es que éste se hubiere constituido- realizada por sus acredores particulares (arts. 1.700.3º y 1.699 C.c.) provoca la disolución del grupo, salvo que se hubiera pactado en el contrato, al igual que en los apartados precedentes, la exclusión o separación del socio afectado continuando la sociedad entre el resto de los consocios <sup>169</sup> .

*g) Denuncia unilateral:*

La denuncia unilateral, efectuada por cualquier socio, sin necesidad de alegar justo motivo si el contrato de grupo no tenía establecido término de duración (arts. 1.700.4º y 1.705 C.c., -denuncia ordinaria-, o la denuncia por justo motivo si el contrato de grupo lo era para tiempo determinado (art. 1.700.4º y 1.707 C.c. -denuncia extraordinaria-<sup>170</sup> , son también causas de disolución del grupo paritario<sup>171</sup> . Sin embargo, se suscita la controversia sobre el carácter renunciable de esta facultad de instar la disolución.

---

<sup>168</sup> Observese que la LCoop (art. 70.1) «olvida» incluir entre las causas de disolución la quiebra de la cooperativa -cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare-.

<sup>169</sup> Tal y como propone CAPILLA RONCERO, F., (*Comentarios, art. 1.700 C.c.*, págs. 598 y 601) para evitar esta causa de disolución.

<sup>170</sup> Se trata de la facultad de dar por terminada la relación obligatoria, atribuida por la ley a los socios. Su ejercicio puede ser enteramente libre -en cuyo caso se denomina desistimiento o denuncia-, o puede que tenga que fundarse en una justa causa especialmente contemplada por la ley como presupuesto del ejercicio de la extinción de la relación -resolución por incumplimiento, por imposibilidad sobrevenida o por extraordinaria modificación sobrevenida de las circunstancias-. Sobre estos extremos véase DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos, II, cit.*, pág. 889.

<sup>171</sup> En general, sobre el desistimiento unilateral, véase KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Ed. Cívitas, Madrid, 1997, en especial los epígrafes dedicados al desistimiento ordinario y extraordinario en el contrato de sociedad. Véase también RODRIGUEZ MARIN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990. En particular, sobre esta causa de disolución en la sociedad civil, véase QUESADA GONZALEZ, Mª C., *Disolución de la sociedad civil, cit.*,. Con referencia al contrato de consorcio en la doctrina italiana, véase STRADELLA, U., "Lo scioglimento unilaterale del vincolo nel consorzio", en *Recesso e risoluzione nei contratti*, (A cura de G. de Nova), Ed. Giuffrè, Milano, 1994, págs. 1.201-1.228.

La doctrina no es unánime en lo referente a la posibilidad de renunciar de antemano a la facultad de pedir la disolución por simple voluntad. Hay quien opina que no existiendo prohibición expresa en el Código, y supuesto que puede pactarse la duración de la sociedad de por vida, tal potestad es perfectamente renunciabile<sup>172</sup>. Por el contrario, para la doctrina mayoritaria no puede admitirse la eliminación contractual del derecho de denuncia por ser de orden público la prohibición de vínculos perpetuos o excesivos<sup>173</sup>. No obstante, la misma doctrina parece inclinarse por la admisibilidad de la renuncia contractual a tal facultad si como contrapartida se pacta la libre transmisibilidad de la participación<sup>174</sup> o la previsión contractual de un derecho de separación<sup>175</sup>.

Por el contrario, parece no existir controversia en lo que respecta a la imposibilidad de renunciar, de modo general, a la facultad de denuncia extraordinaria o por justo motivo, pues se considera que es esta una facultad concedida por razones de orden público, y por tanto, de derecho necesario<sup>176</sup>.

## B) Causas generales de extinción en los grupos de orden externo

La extinción de los grupos de orden externo se produce de manera diversa según la modalidad de organización elegida.

---

<sup>172</sup> Así BATLLE VAZQUEZ, M., *Código Civil de Q. Mucius Scaevola*, art. 1.705 C.c., cit., pág. 186.

<sup>173</sup> En tal sentido, entre otros, GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, I, cit., pág. 636; CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios*, arts. 1.705 y 1.706 C.c., cit., pág. 669; PAZ ARES, C., *Comentarios*, art. 1.705 C.c., cit., pág. 1.508; QUESADA GONZALEZ, M<sup>a</sup> C., *Disolución de la sociedad civil*, cit., pág. 81.

<sup>174</sup> Proponen tal solución GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, I, cit., pág. 636, nota 59; CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios*, arts. 1.705 y 1.706 C.c., cit., pág. 669 y QUESADA GONZALEZ, M<sup>a</sup> C., *Disolución de la sociedad civil*, cit., pág. 82 y 115-120.

<sup>175</sup> Se muestran partidarios de esta medida como sustitutiva de la exclusión del derecho de denuncia, GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, I, cit., pág. 637; PAZ ARES, C., *Comentarios*, art. 1.705 C.c., cit., pág. 1.511 y QUESADA GONZALEZ, M<sup>a</sup> C., *Disolución de la sociedad civil*, cit., pág. 86, quien realiza un análisis detenido de esta posibilidad en págs. 87 a 115.

<sup>176</sup> En tal sentido, BATLLE VAZQUEZ, M., *Código Civil de Q. Mucius Scaevola*, art. 1.707 C.c., cit., pág. 193 y PAZ ARES, C., *Comentarios*, art. 1.707 C.c., cit., pág. 1.515;

a) Así, respecto del grupo con órgano central no personificado serán predicables las mismas causas generales de disolución que se acaban de tratar con respecto a los grupos de orden interno. No obstante, en el contrato se deberán prever, además, las consecuencias que la disolución de la situación de grupo va a tener para el órgano central, ya sea éste una persona física o un consejo directivo de constitución paritaria.

b) Por su parte, el grupo horizontal de orden externo con organización separada de éste y de la sociedad órgano, se disolverá por las mismas causas generales que las señaladas para el grupo de orden interno, con la peculiaridad de que tal circunstancia también se verá reflejada en la sociedad órgano, provocando la disolución de ésta última. En efecto, la disolución de la llamada «sociedad invisible» condiciona la subsistencia de la «sociedad pantalla» puesto que aquélla es el grupo y ésta su instrumento. No es necesario, por tanto, examinar las causas generales de disolución de la sociedad órgano, que serán las propias del tipo social a que responda<sup>177</sup>, sino tan solo señalar que a las mismas habrá que añadir, vía estatutaria<sup>178</sup>, la causa de disolución consistente en la disolución de la «sociedad invisible»<sup>179</sup>. Lógicamente, el acuerdo de disolución habrá de adoptarse en Junta o Asamblea general de la sociedad órgano<sup>180</sup>.

c) Por último, el grupo horizontal de orden externo integrado en la sociedad órgano se verá expuesto a las causas de disolución propias de la forma social que acoge al grupo. Tales causas podrán ser completadas por las que los socios estimen oportunas en atención a la particular situación de grupo por la

---

<sup>177</sup> Así, arts. 260-265 LSA; 104-108 LSRL; 70-76 LCoop.

<sup>178</sup> Véase arts. 104.1.g LSRL; 260.1.7º LSA y *supra* Cap. 6º, II.2.3.D).

<sup>179</sup> Se hace referencia a la disolución y no a la extinción de la «sociedad invisible» puesto que ésta última circunstancia resulta inviable mientras que aquélla continúe participando en la sociedad órgano, por sí (sociedad órgano unipersonal) o a través de sus partícipes (sociedad órgano pluripersonal).

<sup>180</sup> Es posible que en la sociedad órgano el acuerdo no sea favorable a la disolución. Parece que en tal caso lo que se debería producir es una modificación estatutaria que eliminara de la organización de esta sociedad toda referencia al grupo, lo que requiere una sustitución del objeto social. De esta forma podría la sociedad continuar su existencia con los mismos socios pero al margen de toda situación de grupo. Excede del tratamiento de esta materia el análisis de las diversas situaciones que se pueden provocar ante la solución propuesta (desacuerdo entre los socios ante la continuación de la sociedad, ejercicio de derecho de separación, posibles perjuicios a socios, etc.).

que hayan optado; sin embargo, parece que la voluntad de los socios no podrá excluir ninguno de los motivos de disolución previstos por las leyes para cada forma social en concreto, al tener la enumeración en ellas contenida el carácter de derecho necesario<sup>181</sup>.

### 3.2. CAUSAS DE EXTINCIÓN ESPECÍFICAS DE LA SITUACIÓN DE GRUPO

Además de las causas extintivas generales hay otras que los socios pueden incluir en el contrato de grupo paritario como específicas de la situación de grupo<sup>182</sup>. Se trata de situaciones que, de producirse, pueden hacer peligrar los elementos constitutivos del grupo por coordinación, de ahí la conveniencia de considerarlas causas de disolución<sup>183</sup>. No obstante, bastaría configurar algunas de ellas, en especial las de carácter subjetivo, como simples motivos de disolución parcial para garantizar la continuidad del grupo. Serán, en cualquier caso, los contratantes los que deberán valorar su configuración como causas de disolución parcial o como causas de extinción en atención al diseño de estructura paritaria que hayan realizado<sup>184</sup>. Así, entre otras causas extintivas especiales de la situación de grupo, se proponen las siguientes:

---

<sup>181</sup> La expresión «la sociedad ... se disolverá» con la se inicia el detalle de las causas de disolución en las diversas leyes (v.gr. art. 70.1 LCoop, 104.1. LSRL; art. 260.1 LSA) subraya el carácter de derecho imperativo de las mismas, sin perjuicio de cualquier otra causa que, de forma complementaria, pueda ser determinada en los estatutos.

<sup>182</sup> En el derecho italiano se deja abierta la posibilidad de que en el contrato de consorcio se incluyan otras causas de disolución además de las previstas en el art. 2.611 del Codice civile (véase apartado 6) del citado precepto).

<sup>183</sup> En la doctrina portuguesa ANTUNES, J.A., (*Os grupos, cit.*, págs. 584-585 y 763) propone una serie de causas extintivas del contrato de grupo paritario que añade a las expresamente previstas en el Código portugués, por considerar que tales causas, de producirse, eliminan los elementos de constitutivos del grupo (v.gr., fusión o escisión de alguna de las sociedades contratantes, transformación del respectivo tipo social, traslado del domicilio social al extranjero, establecimiento de relaciones de dominio o de grupo de otro tipo entre sí o de cualquier sociedad con una tercera, etc).

<sup>184</sup> La personalización de la sociedad por vía convencional provoca la vinculación de ésta a las vicisitudes de los socios, de forma que determinadas circunstancias subjetivas de éstos pueden afectar a la vida social. Sobre la incidencia de la personalización de la sociedad en el

### **A) Causas objetivas**

*a) Imposibilidad manifiesta de alcanzar los fines de la concentración empresarial que se persigan:*

Al igual que la consecución de la finalidad económica pretendida con la creación del grupo ponía fin a la existencia del mismo, la imposibilidad de alcanzarla debería ser configurada por las partes como causa de extinción. No obstante, se plantean aquí problemas respecto de la apreciación del incumplimiento de los objetivos o la dificultad en orden a materializarlos, a cuya solución ayudaría la medida, ya señalada en la causa general de extinción por cumplimiento de la finalidad de grupo, consistente en la previsión contractual de las circunstancias indiciarias de aquél, lo que a la inversa proporciona la medida del incumplimiento.

*b) Imposibilidad de ejercicio del poder de dirección:*

La configuración de este supuesto como causa de extinción viene a ofrecer una salida a aquellas situaciones del grupo paritario en las que éste quede paralizado por no alcanzarse el acuerdo entre las sociedades del grupo que permita la adopción de decisiones conjuntas y su ejecución. Se trata, en el fondo, de una denuncia unilateral por justo motivo, siendo éste la ineficacia sobrevenida del elemento esencial de cualquier contrato de grupo como lo es la dirección unitaria y su ejercicio.

*c) Desviación de la situación de grupo paritario hacia la de grupo por subordinación:*

Esta hipótesis puede plantearse en los grupos heterogéneos cuando por diversos medios una cooperativa pueda convertirse en la sociedad dominante del resto de entidades no cooperativas. En el momento en que se alcance dicha

---

estatuto del socio, véase FERNANDEZ DEL POZO, L., "La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada", *RGD*, nº 596, 1994, págs. 5.431-5.476, pág. 5.455.

situación, el grupo deja de ser paritario al faltar la independencia entre sus componentes para convertirse en un grupo por subordinación, quedando alteradas las bases contractuales que le dieron origen. Conviene entonces reconocer contractualmente el derecho de cualquier partícipe a instar la disolución del grupo, lo que suscita problemas, pues el ejercicio de tal derecho dependerá del grado de dominio que se ejerza sobre las sociedades del grupo, y, en definitiva, de que la sociedad que ha pasado a ser dominada pueda adoptar en su Junta de socios el acuerdo favorable a instar la disolución.

## **B) Causas subjetivas**

### *a) Disminución del tamaño óptimo de la agrupación:*

Desde una perspectiva subjetiva el grupo puede ver reducido su tamaño óptimo por diversas causas, por ejemplo, por disolución de alguna o algunas sociedades partícipes o por separación de un número significativo de entidades. Dicha disminución puede entenderse contraria a los intereses que se persiguen con la creación del grupo y, en consecuencia, quedar configurada en el contrato como causa de extinción. Quedará a la voluntad de las partes la determinación del número mínimo de entidades que se considera idóneo para alcanzar la finalidad de grupo pretendida.

### *b) Fusión o escisión de alguna de las sociedades del grupo:*

Cualquiera de estas modificaciones estructurales puede ser configurada como causa de extinción (o de disolución parcial) del contrato de grupo paritario, pero se ha de advertir que no todos los supuestos de fusión o escisión han de poner en peligro la continuidad del grupo. Básicamente habrá que estar al lado activo o pasivo de la operación. Por ejemplo, si alguna de las sociedades del grupo resulta ser la absorbente en una fusión, o la beneficiaria de una escisión parcial de alguna sociedad ajena al grupo, o incluso perteneciente al mismo, tal situación puede no afectar al grupo proyectado pues su base subjetiva, o bien se mantiene -favorecida por la incorporación de la sociedad absorbida o de la parte escindida-, o bien se reduce tan sólo formalmente, lo que sucederá en las fusiones intragrupo. Por el contrario, si es alguna sociedad del

grupo la absorbida o escindida<sup>185</sup> en beneficio de una sociedad ajena a éste, la extinción de la primera provocará una modificación subjetiva del contrato que, de no estar prevista la pervivencia del grupo en tales supuestos, devendrá en causa general de extinción (o disolución parcial) del mismo.

*c) Transformación de alguna sociedad del grupo en una forma social no apta para integrarlo:*

Esta causa de extinción dependerá del planteamiento subjetivo que se quiera para el grupo en particular según lo estipulado en el contrato: esto es, si se pretende que aquél se conforme sólo con sociedades cooperativas o si se admite su apertura hacia otras entidades, debiendo indicarse en éste caso cuáles serían las formas sociales admisibles<sup>186</sup>. De producirse la transformación en alguna de las formas no contempladas en el contrato de grupo, ello podría operar como causa de extinción, o de disolución parcial, según lo que se disponga en el contrato.

*d) Pérdida de independencia de alguna sociedad del grupo:*

La pérdida de la independencia de alguna de las sociedades del grupo por pasar a estar dominada por una tercera sociedad ajena al grupo sólo se producirá, en la práctica, en el contexto de grupos heterogéneos y cuando la sociedad afectada por el nuevo estado de dominación no sea una sociedad cooperativa pues, como sabemos, ésta no puede ser sujeto pasivo de una operación de control o de dominio. Su virtualidad como causa de disolución estriba en la falta de aptitud que la sociedad, ahora dependiente o dominada, demuestra en orden a seguir participando en un grupo paritario, puesto que su voluntad ha dejado de ser propia y autónoma para ser la de su sociedad

---

<sup>185</sup> Si se trata de una escisión total porque en tal caso la sociedad del grupo se extingue; si se trata de una escisión parcial porque tal circunstancia pueda modificar de forma esencial el interés económico que para el grupo tuviera la sociedad originaria.

<sup>186</sup> En cualquier caso, nuestra legislación ofrece tan pocas posibilidades a la transformación de cooperativas en otras sociedades, y cuando las ofrece lo hace con tantas cautelas, que la transformación se convierte en una modificación estructural de escaso atractivo para las cooperativas. Véase, ALFONSO SANCHEZ, R., "Ambito subjetivo de la transformación", *cit.*, págs. 178-193.

dominante; de admitirse tal situación se permitiría que un sujeto ajeno al contrato de grupo participara de forma mediata en el mismo<sup>187</sup>.

## VI. EFECTOS DEL CONTRATO DE GRUPO COOPERATIVO PARITARIO

### 1. ADOPCIÓN Y EJECUCIÓN DE DECISIONES DEL GRUPO

#### 1.1. DIRECCIÓN UNITARIA Y COMÚN

##### A) Significado de la dirección unitaria en los grupos de cooperativas por coordinación

Para que el grupo como entidad dinámica se desarrolle según lo pactado en el contrato será precisa la adopción de decisiones de grupo y su ejecución. Cobra así relieve en el grupo por coordinación, como sucede en todo supuesto de grupo, la *dirección unitaria* a la que han de quedar sometidas las sociedades integradas<sup>188</sup>. Ciertamente es que en los grupos horizontales la ausencia de un estado de dominación de una sociedad sobre otras plantea problemas de comprensión

---

<sup>187</sup> Una situación parecida se admite en el ámbito de la *société par actions simplifiée* (SAS) del Derecho francés (Ley 94-1, de 3-1-1994), que permite la previsión estatutaria de cláusulas que permitan vigilar tales cambios. Así, por ejemplo, si se altera el control de una sociedad accionista, ésta ha de informar a la SAS, que podrá decidir la suspensión del ejercicio del derecho de voto del socio y su exclusión. Y es que la cohesión del accionariado de la SAS puede verse alterado, por ejemplo, en el caso de toma de control de alguno de los accionistas por un competidor, circunstancia a la que podrá hacer frente la SAS con una previsión como la arriba indicada (cláusula de cambio de control de un socio). Véase sobre tales extremos ESTEBAN VELASCO, G., "La nueva «sociedad por acciones simplificada» del derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación de la tendencia a la desregulación y «contractualización» del derecho de sociedades de capital (Ley 94-1, de 3 de enero de 1994)", *RdS*, n° 3, 1994, págs. 433-443, pág. 437.

<sup>188</sup> Cfr. EMBID IRUJO, J.M., "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, pág. 435.

relativos al ejercicio de la unidad de decisión<sup>189</sup>; en especial por la pluralidad de centros de los que proviene<sup>190</sup>. Pero la cuestión pierde dificultad cuando se advierte cómo en el grupo horizontal la sumisión a la dirección unitaria deviene de un acuerdo de voluntades que queda reflejado en el contrato e, incluso, incorporado a los estatutos de la sociedad órgano. El sometimiento de una sociedad integrada en un grupo de coordinación al interés colectivo no se basa, pues, en un control o dominación que la dirección del grupo ejerza sobre ella - como es norma en los de subordinación- sino en la voluntad libre de la propia sociedad<sup>191</sup>.

La dirección unitaria es el elemento fundamental para la constatación de la existencia del grupo de sociedades y para distinguir tal realidad de la simple situación de control o de los estados de dependencia societaria<sup>192</sup>. Es pues el centro de gravedad de la estructura organizativa del grupo y supone, en los de estructura paritaria, la concentración del poder de dirección en el núcleo dirigente del grupo conseguida gracias a la transferencia de competencias [empresariales y decisionales] efectuada por las sociedades agregadas<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> Cualquiera que sea la naturaleza del grupo la dirección unitaria es siempre, por definición, superior y exterior a las sociedades que lo integran. La diferencia radica en la naturaleza de la conformación y ejercicio de esa dirección unitaria. Mientras que en los grupos por subordinación ésta revela la voluntad unilateral y exclusiva de una sociedad, en el grupo por coordinación es definida paritariamente por todas las sociedades (Cfr. ANTUNES, J.A., *Os grupos*, cit., pág. 758, nota 1.479).

<sup>190</sup> Por lo que habrá que delimitar la dirección unitaria en atención al "mínimo de jerarquización exigido por el aspecto técnico-empresarial del grupo" (SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria", cit., pág. 391).

<sup>191</sup> Aunque este hecho arroja una cierta carga de inestabilidad sobre el grupo por coordinación, resulta en nuestro criterio uno de sus principales atractivos como vehículo de la integración cooperativa, permitiendo el mantenimiento de los principios básicos del cooperativismo (Sobre esta idea, PARRA DE MAS, S., *La integración de la empresa cooperativa*, cit., pág. 98).

<sup>192</sup> Sobre la dirección unitaria, véase, por todos, EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades*, cit., págs. 154-160.

<sup>193</sup> En particular, sobre esta materia, ANTUNES, J.A., *Os grupos*, cit., págs. 758-760. La dirección unitaria supone la competencia de la sociedad que la ejerce para decidir en determinados ámbitos de la actividad económica de las empresas que quedan sometidas a ella. Según la amplitud de los sectores que integran el contenido de la dirección unitaria y, en consecuencia, la esfera de comportamiento empresarial autónomo que le quede a cada sociedad agregada, se distingue entre grupos centralizados y grupos descentralizados (EMBID IRUJO, J.M., "La regulación de los grupos de sociedades", cit., pág. 704).

## B) La dirección unitaria en el Derecho cooperativo

En definitiva, con la celebración del contrato de grupo de cooperativas paritario lo que se pretende es la sumisión consensuada de las sociedades partícipes a una dirección unitaria y común como vía para coordinar sus actividades empresariales. Lo que debe entenderse por dirección unitaria es una cuestión cuyo tratamiento había sido, hasta ahora, eludido por nuestro legislador, siempre centrado en las nociones de control, influencia dominante, o, a lo sumo, unidad de decisión, y referidas todas ellas, en cualquier caso, a los grupos de estructura vertical<sup>194</sup>. Cierta cambio de signo se aprecia, por el contrario, en el marco del Derecho cooperativo cuyas más recientes normas contienen ya referencias que suponen el reconocimiento de la dirección unitaria en el ámbito de la integración cooperativa.

La LCEuskadi ha supuesto un gran avance en la evolución de la integración cooperativa. Su regulación tanto de la cooperativa de segundo grado como de las corporaciones cooperativas permite la configuración de tales estructuras como verdaderos grupos paritarios. Ha sido precisamente en el marco de la regulación de las cooperativas de segundo grado donde la LCEuskadi [seguida también ahora por la LSCExtremadura, por la LCGalicia y por la LCCMadrid<sup>195</sup>], ha dado entrada a la dirección unitaria al establecer el carácter prioritario de los acuerdos e instrucciones que partan de la entidad secundaria frente a las decisiones de cada una de las sociedades agrupadas, siempre que la cooperativa de segundo grado se constituya con fines de

---

<sup>194</sup> En el Derecho concurrencial sí se ha venido prestando atención a este elemento definitorio del grupo, entendiendo por dirección unitaria (en el ámbito del derecho de la competencia) la desaparición de la autonomía real de las empresas en sus decisiones, siendo estas atribuidas a la fuente de control (Véase, resolución del TDC, de 20-12-1988, caso «Alconza»). Para VICENT CHULIA, F., (*Introducción, cit.*, pág. 496), el art. 8 de la LDC contiene una definición de grupo de hecho basada no sólo en datos jurídicos formales, como por ejemplo la posesión de la mayoría de capital, sino en la existencia de una dirección o un control efectivos.

<sup>195</sup> Así, arts. 128 LCEuskadi, 157 LSCExtremadura, 130.2 LCGalicia y 123.1 LCCMadrid.

integración empresarial<sup>196</sup>. A estos efectos, se presumen transferidas a la entidad de segundo grado todas las facultades directamente relacionadas con su objeto social. La misma prioridad se puede predicar respecto de los acuerdos y decisiones surgidas de la dirección de las corporaciones cooperativas dada la remisión que al régimen de las cooperativas de segundo o ulterior grado realiza el apartado 5 del artículo 135 LCEuskadi.

Se va perfilando así, tímidamente, el grupo paritario según los rasgos que hasta ahora se han expuesto: necesidad de un contrato [de grupo], cesión de facultades a la dirección del grupo, determinación de las áreas afectadas por la integración, carácter vinculante de las instrucciones e intromisión en la esfera de comportamiento de las cooperativas integradas. En el Derecho cooperativo, pues, la dirección unitaria se circunscribe a las facultades cedidas por las entidades agrupadas, lo que se reflejará, bien en los estatutos de la cooperativa de segundo o ulterior grado o de la corporación cooperativa, o bien en el contrato de grupo, según una u otra modalidad de integración. Como efecto, las instrucciones que surjan de la dirección unitaria serán válidas y obligatorias para las cooperativas integradas. Sin embargo estas precisiones, pese su carácter innovador y conceptual, no agotan todos los aspectos que encierra la dirección unitaria y su ejercicio en los grupos por coordinación<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> De lo que se deduce que la cooperativa de segundo grado se puede constituir con fines de integración empresarial o con otros fines. Así, no siempre la creación de una cooperativa de segundo grado da lugar al nacimiento de un grupo, sino que ello dependerá del objeto de la colaboración en común que se hayan propuesto los socios. Es esta una muestra del carácter versátil de la cooperativa de segundo grado, instrumento apto para muy diversos fines. Sobre estos extremos se volverá, *infra* Cap. 5º, II.2.

<sup>197</sup> La LCoop, más retraída que su Anteproyecto, y que las leyes autonómicas comentadas, predica la unidad de decisión al regular los grupos cooperativos (art. 78.1 y 2 LCoop). En el Anteproyecto, sin embargo, se cedía a la entidad común el derecho a emitir instrucciones de obligado cumplimiento y el derecho a ejercer facultades de decisión en las áreas expresamente recogidas en el contrato de grupo, llegando a alcanzar, incluso, a las facultades propias de la Asamblea general de cada una de las cooperativas agrupadas (art. 75). Con respecto al avance del reciente Derecho cooperativo en el reconocimiento del poder de dirección en los grupos integrados (exclusivamente o no) por cooperativas, véase EMBID IRUJO, J.M., "Problemas actuales de la integración", *cit.*, pág. 28.

### C) Aspectos fundamentales de la dirección unitaria en los grupos de cooperativas por coordinación

La forma que en concreto revista la dirección unitaria en los grupos paritarios resulta indiferente. Lo decisivo es que las sociedades integradas acepten las directrices emanadas del poder de dirección, resultado que se puede conseguir atendiendo a tres aspectos fundamentales: participación igualitaria en la conformación de la dirección unitaria, carácter vinculante de las decisiones<sup>198</sup> y ordenación permanente de tal dirección.

a) *En cuanto al primero de los aspectos citados, se ha de garantizar una efectiva e igualitaria participación de todas las sociedades en la conformación del ejercicio de la dirección unitaria del grupo*<sup>199</sup>. Para ello, las instrucciones en que se concreta el poder de dirección habrán de partir de todas las cooperativas integradas y no de una de ellas<sup>200</sup>, cualquiera que sea la forma elegida para la organización del grupo. Ahora bien, para conseguirlo es conveniente la existencia de un órgano central al que las cooperativas encomienden las funciones de dirección y vigilancia del grupo y a través del cual se conforme la voluntad unitaria del mismo. Será pues en el seno de dicho órgano donde se adopten las decisiones que luego vincularán tanto a éste como a las cooperativas integradas. El órgano competente a tal efecto<sup>201</sup>, las materias que quedan

---

<sup>198</sup> Así, con respecto al grupo paritario en general, véase ANTUNES, J.A., *Os grupos*, cit., pág. 759.

<sup>199</sup> Esto significa que las sociedades son simultáneamente sujetos activos y pasivos de ese poder de dirección, esto es, ejercen tal poder, y están vinculadas a la obligación de cumplimiento de las instrucciones recibidas.

<sup>200</sup> Con respecto al grupo por coordinación en general, advierte DUQUE DOMINGUEZ, J., ("Concepto y significado", cit., pág. 553) que "con frecuencia, las empresas integradas o agrupadas participan por igual en la formación de las directrices inspiradoras de la acción común de todas ellas, sin tener en cuenta ni la dimensión de su empresa ni su participación en el órgano común".

<sup>201</sup> En la práctica italiana de los grupos dominados por entidades cooperativas se ha puesto en evidencia el progresivo desplazamiento del centro de decisión de la Cooperativa cabeza de grupo desde la Asamblea hacia los administradores y gerentes, quedando en manos de éstos la estrategia de la empresa. Situación que parece no armonizar con el criterio de comportamiento que diferencia a una sociedad cooperativa de una sociedad lucrativa. Sobre la necesidad de reforzar las facultades de la Asamblea a este respecto, véase SCHIANO DI PEPE, G., en AA.VV., *Cooperative e gruppi di società*, cit., pág. XIV. La LCGalicia se sitúa en la línea de la práctica italiana al permitir que los estatutos deleguen en el Consejo rector facultades propias de

incluidas en el poder de dirección<sup>202</sup>, la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos, el módulo de distribución de votos por socio, etc., habrán quedado concretadas en el contrato de grupo y reflejadas (en su caso) en los estatutos de la sociedad órgano. Con este sistema se evita la necesidad de poner de acuerdo a todas y cada una de las sociedades (y previamente a sus Asambleas de socios) cada vez que haya que tomar decisiones del grupo<sup>203</sup>.

b) *En segundo lugar, y en lo que respecta al carácter de las decisiones*, la situación de grupo horizontal supone, inevitablemente, cierta restricción a la libertad empresarial y corporativa de sus sociedades, pues también en este tipo de estructuras<sup>204</sup> el poder de dirección se traduce en el derecho a emitir instrucciones vinculantes a las sociedades agrupadas y no solo meros consejos o recomendaciones<sup>205</sup>. En este sentido, las decisiones adoptadas por el grupo o que afecten al mismo deberán gozar de prioridad [frente a las que cada cooperativa pueda tomar individualmente con respecto a su ámbito exclusivo]<sup>206</sup>, resultando obligatorias para todos los miembros del grupo (siempre según lo estipulado).

Conviene aclarar, no obstante, que ni la existencia de una dirección unitaria ni el interés del grupo, son motivos suficientes para justificar cualquier actuación del grupo con respecto a sus integrantes. Como se ha apuntado por algún autor, el ejercicio de la dirección unitaria no puede exigir o reclamar un

---

la dirección unitaria (art. 130.2 LCGalicia). Igualmente la LCEuskadi respecto del órgano de dirección de la Corporación cooperativa (art. 135.2 y 4 LCEuskadi).

<sup>202</sup> Véase *supra* Cap. 2º, I.1.2.

<sup>203</sup> Se señala, además, que en el procedimiento de adopción del acuerdo se deben establecer los requisitos que aseguren "la participación en él de los integrantes de cada una de las empresas" (SACRISTAN REPRESA, M., "El grupo de estructura paritaria", *cit.*, pág. 439).

<sup>204</sup> Como se ha observado (ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, pág. 764), la dependencia o independencia de las sociedades tan sólo afecta a la titularidad y al modo de ejercicio de la dirección unitaria (en el contrato de subordinación, ejercicio unilateral y vertical; en el contrato por coordinación, ejercicio común y paritario), pero jamás a su propia existencia. De no existir tal poder se pasaría a estar ante meros acuerdos de cooperación.

<sup>205</sup> Así, con respecto al grupo por coordinación en el Derecho portugués, ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, pág. 764; CORREIA, L.B., "Grupos de sociedades", en *FDL: Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Ed. Almedina, Coimbra, págs. 379-389, pág. 389; TRIGO, M.G., "Grupos de sociedades", en *123 o Direito 1991*, págs. 41-114, pág. 96.

<sup>206</sup> Habrá que analizar el grado de ruptura o incumplimiento del contrato de coordinación que podría conllevar tal actuación.

deber de seguimiento ilimitado de sus instrucciones por parte de las cooperativas agregadas; tales instrucciones por el contrario, no deberán resultar perjudiciales ni desventajosas para las partícipes, quedando éstas obligadas, tan sólo, a ejecutar las que les sean ventajosas o, a lo sumo, neutrales desde el punto de vista del resultado<sup>207</sup>. Ello ha de ser así, no sólo por la inexistencia de un régimen protector especial para ellas, sus socios y acreedores<sup>208</sup>, sino, más elementalmente, por la simple presencia del principio cooperativo de autonomía que actúa de freno frente a cualquier intromisión no querida por la entidad<sup>209</sup>.

c) *En cuanto al tercer aspecto*, y debido a la sumisión del propio poder de dirección a los límites estrictos que hayan sido fijados en el acuerdo, las sociedades del grupo se van a ver obligadas a llevar a cabo una permanente actividad de *ordenación de la dirección unitaria*<sup>210</sup>.

## 1.2. LÍMITES AL PODER DE DIRECCIÓN

Los aspectos señalados permiten vislumbrar la inestabilidad del grupo de cooperativas por coordinación, en el que serán frecuentes los problemas de fijación de límites cuya solución habrá de buscarse en la "adecuada composición entre el interés del grupo como tal y la autonomía de las singulares cooperativas integradas en él"<sup>211</sup>. Ante el silencio de los textos legales con relación a los límites del ejercicio del poder de dirección en los grupos de sociedades, cabe tan

---

<sup>207</sup> Sobre estas cuestiones, EMBID IRUJO, J.M., "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, pág. 435; *Concentración de empresas*, *cit.*, pág. 60.

<sup>208</sup> Cfr. ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, pág. 765; CORREIA, L., "Grupos de sociedades", *cit.*, pág. 389; TRIGO, M.G., "Grupos de sociedades", *cit.*, pág. 96.

<sup>209</sup> En cualquier caso, el medio de defensa contra la imposición de instrucciones perjudiciales para las cooperativas socias resultará diferente según la estructura organizativa del grupo.

<sup>210</sup> EMBID IRUJO, J.M., "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, pág. 435.

<sup>211</sup> EMBID IRUJO, J.M., "Presupuestos jurídicos de la concentración", *cit.*, pág. 434.

solo exponer los diferentes elementos que permiten enmarcar el lícito ejercicio de la dirección unificada en los grupos cooperativos.

### A) El marco de las facultades cedidas

La integración podrá ser tan intensa como admitan las sociedades al autorregular sus grupos pero sin que en ningún caso se llegue a anular o a prescindir de la fisonomía de cada cooperativa agrupada<sup>212</sup>. Para que esto sea posible, en el contrato de grupo se han de definir las áreas de actividad que constituyen el objeto de la integración conforme a la finalidad perseguida con la constitución del grupo<sup>213</sup>. Desde el punto de vista de la estrategia económica global, el poder de dirección habrá de comprender todas las instrucciones relativas a la planificación y coordinación de las políticas empresariales de las sociedades agregadas; pero esa coordinación quedará circunscrita, exclusivamente, a los sectores de la organización y gestión empresarial de las sociedades integradas que hayan sido cedidos a la dirección unitaria, entre los que cabe citar producción, ventas, personal, financiación, inversiones, etc<sup>214</sup>.

Es pues, en el marco de facultades diseñado en el contrato de grupo en el que se debe ejercitar el poder de dirección. Dicho marco no es considerado como un límite al poder de dirección sino la concreción del ámbito válido de su

---

<sup>212</sup> En tal sentido, véase Apartado XI de la E. de M. de la LCEuskadi. Una vez más cabe cuestionar si esa fisonomía cooperativa no se vería alterada concediendo a la dirección del grupo la facultad de atribuirse algunas de las competencias propias de la Asamblea general, tal y como preveía el art. 75.1 del Anteproyecto LCoop.

<sup>213</sup> Véanse arts. 128.1 y 2 LCEuskadi, 157.1 y 2 LSCExtremadura, 130.1 LCGalicia, 123.1 y 2 LCCMadrid, sobre algunos de los aspectos que se deben determinar en los estatutos de las cooperativas de segundo grado cuando éstas se constituyen con fines de integración empresarial. La exacta concreción en el contrato de grupo de las áreas o sectores de actividad afectados por la integración cobraba especial importancia si el grupo respondiera a la regulación prevista en el art. 75 del Anteproyecto LCoop, puesto que en dicho marco era posible, incluso, la intromisión en las facultades de la Asamblea general.

<sup>214</sup> V.gr., instrucciones encaminadas a la apertura de nuevos centros de producción, supresión de sucursales, determinación de las prioridades de inversión, adquisición y venta de bienes inmuebles, estrategia de precios, medidas financieras, contratación y despido de personal dirigente, transferencia de trabajadores, equipamientos y bienes en general, etc. ANTUNES, J.A., *Os grupos*, cit., págs. 594-596.

ejercicio<sup>215</sup>; es en su seno donde, por el contrario, sí cobran vigencia los posibles límites a la impartición de instrucciones, la licitud de éstas y el deber de su observancia por parte de las sociedades que las reciben.

### **B) Límites a la dirección unitaria**

Son varios los límites a los que debe quedar sujeto el derecho a dar instrucciones vinculantes en los grupos de cooperativas por coordinación.

#### *a) Límites legales:*

El primer límite lo constituye la vigencia de las normas imperativas de nuestro Ordenamiento. Desde esta perspectiva, no serán lícitas ni, por tanto, vinculantes, las instrucciones que tiendan a la práctica de actos en sí mismos prohibidos, como por ejemplo, las contrarias a las normas del Derecho de defensa de la competencia, fiscal, laboral, etc. En cuanto al Derecho de sociedades, se deberán respetar no sólo las normas imperativas de la legislación cooperativa, sino también las del tipo social elegido para estructurar el grupo.

#### *b) Límites contractuales y/o estatutarios:*

Un segundo tipo de límites deviene del propio contrato social. En los grupos de orden interno, y también en los de orden externo con organización separada del grupo y del órgano central de dirección, el contrato de grupo marcará los límites al ejercicio de ese poder de dirección. En su determinación han intervenido todas las sociedades del grupo y, en la medida en que éstos han sido aceptados por los partícipes, ha sido posible celebrar el contrato de grupo. Por tanto, las cooperativas agregadas quedan obligadas a respetar el poder de dirección ejercitado según lo convenido, y la dirección unitaria queda obligada a una actuación en tales contornos. En los grupos de orden externo con organización integrada del grupo en la sociedad órgano serán los estatutos los

---

<sup>215</sup> EMBID IRUJO, J.M., "Problemas actuales de la integración", *cit.*, pág. 29.

que incorporarán los límites específicos al ejercicio de la dirección unitaria<sup>216</sup>, incluso podrán ser objeto de una más detenida concreción si se hace uso de los reglamentos de régimen interno<sup>217</sup>. El ejercicio de la dirección unitaria contrario a las previsiones contractuales o estatutarias sería una actuación ilícita y carente de efectos vinculantes para las cooperativas agregadas.

Pero los estatutos que constituyen un límite al poder de dirección del grupo paritario no son solamente los de la entidad que acoge al grupo, sino los particulares de cada una de las sociedades cooperativas partícipes, siendo ilícitas las instrucciones que colisionen con disposiciones previstas en ellos. Por ejemplo, y dado que las instrucciones van dirigidas al órgano de administración de las cooperativas agregadas, la dirección unitaria no podrá ordenar el desarrollo de actividades económicas que excedan de las delimitadas en el objeto social de cada sociedad miembro del grupo, ni aquellas que impliquen el abandono de actividades absolutamente precisas para su supervivencia. En cualquiera de estos casos, para la licitud de tales instrucciones sería necesaria una previa modificación estatutaria del objeto social. Así pues, si la competencia del órgano de administración de la sociedad partícipe se encuentra limitada por sus estatutos, indirectamente se verá limitada, en la misma medida, la dirección unitaria<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> La cláusula estatutaria relativa al objeto social es un instrumento útil a estos efectos. Para algunos autores, la dirección unitaria constituye por sí misma actividad empresarial. Así, VICENT CHULIA, F., (*Compendio*, T. I. Vol. 1º, 3ªed., 1991, *cit.*, pág. 299) considera la organización de un grupo de sociedades una actividad técnico productiva; y EMBID IRUJO, J.M., (*Grupos de sociedades*, *cit.*, pág. 155) califica la dirección unitaria como "proceso de naturaleza empresarial". Desde esta perspectiva, la dirección unitaria puede constituir el propio objeto social de la sociedad órgano. Sin embargo, hay quien considera que ello no es necesario, pues una vez formado el grupo, y coordinado el objeto social de la sociedad dominante con los de las sociedades dominadas, la dirección unitaria aparece, claramente, inscrita en los actos de gestión de la primera (MASSAGUER, J., "La estructura interna", *cit.*, pág. 311, aunque la opinión de este autor sólo tiene en cuenta los grupos por subordinación).

<sup>217</sup> En los grupos verticales, MASSAGUER, J., ("La estructura interna", *cit.*, págs. 306 y 316), advierte que el objeto social determinado en los estatutos sirve de umbral de legitimación de la dirección unitaria del grupo, de tal forma que el órgano de administración de la sociedad dominante sólo estará legitimado para asumir y ejercer de hecho la dirección unitaria si ésta entra en el marco de su competencia gerencial delimitado en abstracto por el objeto social y en concreto por las facultades de que dispone para su realización; de no ser así, resultará precisa una cláusula estatutaria que extienda las facultades de gestión también a la dirección unitaria.

<sup>218</sup> Véase ANTUNES, J.A., *Os grupos*, *cit.*, pág. 601. Quedan a salvo, no obstante, las actividades neutras o polivalentes.

*c) Límites orgánicos:*

Ya se ha señalado que las instrucciones emanadas de la dirección unitaria del grupo se dirigen al órgano de administración de las cooperativas integradas<sup>219</sup>, que queda encargado de su ejecución siempre que las materias a las que aquéllas se refieran sean de su competencia y no resulten perjudiciales para la sociedad. Por tanto, el poder de dirección tan sólo abarca el derecho a dar instrucciones al órgano de administración en el ámbito de sus competencias. Ello es así, sin perjuicio de la intervención de las respectivas Asambleas generales en los asuntos en que se precise su decisión, o la de los órganos de fiscalización de las cooperativas, pues puede suceder que las instrucciones dadas al órgano de administración tengan por objeto una materia para la que se requiera (por imperativo legal, contractual, estatutario u orgánico) la previa autorización o el parecer de cualquiera de estos órganos<sup>220</sup>. Ante la existencia de este límite, y para evitar que el mismo se convierta en un verdadero poder de veto susceptible de paralizar o bloquear el ejercicio de la dirección unitaria, resultará conveniente, en fase de constitución del grupo, coordinar los estatutos de las cooperativas agregadas y modificar aquellos extremos que puedan obstaculizar el ejercicio efectivo de la dirección unitaria. Por el contrario, la dirección unitaria no se podrá inmiscuir, por regla general, en la esfera de atribución de los restantes órganos sociales, cuyas competencias habrán de quedar intactas<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> Sobre la imposición de directrices al órgano de administración de la sociedad dominada en el grupo por subordinación, véase MASSAGUER, J., "La estructura interna", *cit.*, págs. 293 y 299.

<sup>220</sup> Obsérvese la dificultad que este límite puede conllevar en sede de sociedades de responsabilidad limitada, dada la distribución de competencias que en materia de gestión se establece entre los órganos sociales (art. 44.2 LSRL). A este respecto, véase ESTEBAN VELASCO, G., "Primeras consideraciones sobre las relaciones de competencia entre los órganos según la nueva ley española de sociedades de responsabilidad limitada de 1995", en *Studi Cottino*, Vol. II, *cit.*, págs. 1.098-1.118.

<sup>221</sup> El Anteproyecto LCoop ofrecía una llamativa excepción a esta regla, a través de la cual se pretendía reforzar la horizontalidad de las relaciones de grupo acentuando que la conclusión del contrato de grupo no debía afectar a la soberanía decisoria ni a la estructura jerárquica interna propias de cada sociedad agrupada. En concreto, según el art. 75, el contrato podía prever la posibilidad de que las facultades de decisión de la dirección del grupo, en las áreas recogidas expresamente en dicho contrato, alcanzasen «a las facultades propias de la Asamblea general de cada una de las cooperativas agrupadas». Se dejaba así a la concreción

d) *Interés del grupo versus interés de cada cooperativa:*

En esta materia subyace la permanente oposición entre el interés del grupo y los de las sociedades en él integradas, intereses que no tienen por qué ser coincidentes<sup>222</sup>. Se altera así el tradicional sistema de conflicto «socio-sociedad» del Derecho común de sociedades, incorporándose a la ecuación el grupo como categoría unitaria: «socio-sociedad-grupo»<sup>223</sup>. No resulta baladí la precisión de que el conflicto de intereses que se produce en los grupos de sociedades [por subordinación] debe resolverse concediendo primacía al «interés del grupo», entendido éste como el interés del conjunto resultante de la agregación de

---

contractual un aspecto esencial para la autonomía cooperativa: la libertad decisoria de su órgano soberano; era el contrato de grupo el que determinaba en qué sectores la competencia de la Asamblea general iba a ser sustituida por la decisión de la dirección unitaria. El riesgo de tal posibilidad era la inclusión de cláusulas genéricas de inhabilitación de la Asamblea general para el ejercicio de las competencias legalmente atribuidas; no obstante, la dirección del grupo nunca podría decidir sobre materias tan relevantes como modificaciones estructurales o estatutarias, censura y aprobación de cuentas anuales, aplicación del resultado, nombramiento y destitución de administradores, entre otros. Además, para que la dirección unitaria pudiera irrogarse competencias propias de la Asamblea general, aún exclusivamente en el ámbito de las áreas objeto de la integración, sería siempre precisa una previa modificación estatutaria en las cooperativas de base para permitir tal circunstancia.

<sup>222</sup> El conflicto de intereses que se produce en el seno del grupo de sociedades viene siendo objeto de análisis constante por la doctrina italiana. Así, véase BIN, M., "Gruppi di società e diritto commerciale", *Contratto e impresa*, 1990, págs. 509-522; idem, "Il conflitto d'interessi nei gruppi di società", *Contratto e impresa*, 3, 1993, págs. 879-890; BONELLI, F., "Conflitto di interesse nei gruppi di società", *Giur. Comm.*, I, 1992, págs. 219-232; D'ALESSANDRO, F., "Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppo di società", *Studi Cottino, cit.*, Vol. II, págs. 951-958; GALGANO, F., "Circolazione delle partecipazioni azionarie all'interno dei gruppi di società", *Contratto e impresa*, 2, 1986, págs. 357-376; GRIECO, A., "il conflitto di interessi in generale e nell'ambito dei gruppi di società", *Giustizia Civile*, 1991, págs. 141-167; MIGNOLI, A., "Interesse di gruppo e società a sovranità limitata", *Contratto e impresa*, 3, 1986, págs. 729-741; MONTALENTI, P., "Conflitto di interesse nei gruppo di società e teoria dei vantaggi compensativi", *Giur. Comm.*, I, 1995, págs. 710-736 y también en *Studi in onore di G. Cottino, cit.*, págs. 959-990; PATRONI GRIFFI, U., "«Fiduciary duties» e gruppi di società", *Giur. Comm.*, I, 1994, págs. 886-914; ROVELLI, L., "Conflitto di interessi nel gruppo di società", *Le Società*, n° 5, 1989, págs. 448-453; SALAFIA, V., "Il conflitto di interessi nelle società di capitali", *Le Società*, n° 4, 1996, págs. 391-397; SCHIANO DI PEPE, G., *Il gruppo di imprese*, Ed. Giuffrè, Milano, 1990 (*Quad. Giur. Comm.*, n° 112), págs. 87-105; SPADA, P., "L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo", *Riv. Dir. Civ.*, I, 1989, págs. 233-245.

<sup>223</sup> En realidad, las reglas sobre el conflicto de intereses en Derecho de sociedades están pensadas para resolver problemas diversos de los que se pueden dar en los grupos de sociedades; allí el conflicto de intereses es un evento ocasional, en éstos el conflicto suele adquirir connotaciones de estabilidad, llegando a impregnar la actividad del grupo. Sobre todos estos extremos, véase D'ALESSANDRO, F., "Il dilemma del conflitto", *cit.*, págs. 952-954.

sociedades, y no como interés de la sociedad dominante<sup>224</sup>; siendo el interés del grupo el parámetro con el que medir el comportamiento de la dirección unitaria y de cada sociedad, relegando el interés individual de ésta a un segundo plano. Pero, en cualquier caso, la manifestación de tal conflicto difiere en el grupo por subordinación y en el grupo por coordinación, dado el diverso grado de voluntariedad en la aceptación de la situación de dependencia que viene a estar presente en cada uno de estos grupos<sup>225</sup>.

e) *El principio cooperativo de puerta abierta:*

Conviene, asimismo, constatar el freno que, en orden al ejercicio de la dirección unitaria, puede suponer en este tipo de grupos el derecho de los socios a causar baja presente en alguna de sus manifestaciones como, por ejemplo, en las cooperativas de segundo grado<sup>226</sup>. En realidad, más que un peligro para la dirección unitaria, la baja del socio supone un peligro para la propia pervivencia del grupo, por lo que es aconsejable introducir en el contrato de grupo ciertas modulaciones o cautelas frente a la misma para evitar daños irreparables al conjunto<sup>227</sup>, así como también la previsión del número óptimo de miembros de la agrupación, o el plazo mínimo de permanencia en la misma. Así lo establecen, por ejemplo, la LCEuskadi, la LSCExtremadura y la LCCMadrid, al regular la baja de los socios personas jurídicas de las cooperativas de segundo o

---

<sup>224</sup> Solución propuesta por la doctrina italiana; véase, por todos, D'ALESSANDRO, F., "Il dilemma del conflitto", *cit.*, pág. 956.

<sup>225</sup> Para SANCHEZ ALVAREZ, M.M., ("Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores", *cit.*, págs. 137) "existe un interés de grupo desde el momento en que concurren las circunstancias establecidas en el art. 42.1 C.Co. para consolidar cuentas o desde que éstas se consolidan voluntariamente (art. 42.7 C.Co.) ya que desde ese momento el grupo funciona de facto como una empresa policorporativa, dotada incluso de un fin común semejante al fin común societario". A nuestro juicio, tales condiciones sirven para establecer otro tipo de presunciones (a saber, existencia de una relación de control o dependencia obtenida gracias a técnicas societarias), pero no la de que existe un interés de grupo puesto que éste sólo se podrá apreciar con el ulterior ejercicio del control obtenido en el marco de la dirección unitaria del grupo. Además, tal criterio serviría para negar la existencia de un interés de grupo en el ámbito de los grupos por coordinación dado que no responden a ninguna de las circunstancias del art. 42.1 C. de c.

<sup>226</sup> Así, VICENT CHULIA, F., *Ley General de Cooperativas*, *cit.*, Vol. 3º, Art. 149, págs. 879-880.

<sup>227</sup> Cfr. Apartado XI de la E. de M. de la LCEuskadi.

ulterior grado mediante un sistema que permite compatibilizar la estabilidad del grupo y la tutela del socio<sup>228</sup>. Las medidas consisten en un plazo de preaviso de un año, la obligación de cumplimiento de las obligaciones contraídas o de resarcimiento a la cooperativa (a opción del Consejo rector), y la continuación en el desarrollo de los compromisos adquiridos antes de la baja durante al menos dos años, salvo previsión estatutaria en contra. Lo novedoso de tales cautelas es su expresa regulación en sede de cooperativas de segundo grado, pero son medidas cuya exigencia viene habilitada por el régimen general de la baja voluntaria en las cooperativas primarias en cualquier legislación cooperativa<sup>229</sup>. De todos modos, las fórmulas que se puedan articular para paliar los efectos perjudiciales del derecho del socio a causar baja en el grupo irán referidas a la baja voluntaria no justificada, subsistiendo siempre el riesgo de la baja justificada y de la baja obligatoria, contra las que la sociedad dispone de menos medios de defensa.

El principio de puerta abierta contribuye así a la mencionada inestabilidad de los grupos cooperativos por coordinación; sin embargo, tal principio carece de operatividad en los grupos articulados al margen de la legislación cooperativa, pese a ser sociedades de esta naturaleza las partícipes, pues en ellos la baja del socio se traduce en causa de disolución parcial o en un derecho de separación siempre por causas contractual, legal o estatutariamente fijadas.

## 2. POSICIÓN JURÍDICA DE SOCIOS, ACREEDORES Y TRABAJADORES DE LAS COOPERATIVAS INTEGRADAS

La preocupación central de los Ordenamientos que han regulado los grupos de sociedades ha sido la salvaguarda de los intereses de socios, acreedores y trabajadores de las sociedades dependientes ante su posible vulneración por la sociedad dominante en el ejercicio del poder de dirección. Sin embargo, se echa en falta la previsión de un régimen de tutela para estos colectivos en el ámbito

---

<sup>228</sup> Arts. 129.3 LCEuskadi, 158.3 LSCExtremadura y 124.3 LCCMadrid. Dicho régimen es igualmente aplicable a las corporaciones cooperativas *ex art.* 135.5 LCEuskadi.

<sup>229</sup> Véase *infra* Cap. 6º, III.1.B).b).

de los grupos paritarios. La doctrina justifica la ausencia de tal régimen en la propia naturaleza y caracterización del grupo horizontal (en el que no existe relación de dependencia), y en la consideración de que en dichos grupos sólo son admisibles las instrucciones favorables o, a lo sumo, neutras, para las sociedades integradas<sup>230</sup>.

## 2.1. POSICIÓN JURÍDICA DE SOCIOS Y ACREEDORES DE LAS COOPERATIVAS INTEGRADAS

En nuestro Ordenamiento, la ausencia de la más mínima regulación del grupo obliga a la selección de aquellos instrumentos jurídicos que, aún previstos para otros fines y, por tanto, no específicos de la situación de grupo, puedan, no obstante, ser utilizados para tutelar los intereses de los distintos sectores afectados por la misma. En concreto, en lo que respecta al grupo paritario de cooperativas, la propia regulación de la sociedad cooperativa contiene medidas protectoras para sus socios y acreedores, al margen de cualquier situación de grupo, que devienen en instrumentos de primer orden también en ésta.

Así, los socios de cada cooperativa integrada, a los que podríamos denominar «socios externos» del grupo, tal y como se conceptúan en los grupos por subordinación, quedan suficientemente protegidos frente a su sociedad en particular y frente al grupo en general a través de diversos mecanismos de tutela. Entre ellos cabe citar el poder general de destitución de los consejeros de la sociedad a que pertenecen<sup>231</sup>, o el poder de exigencia de responsabilidad a los mismos por el daño que causen por dolo, abuso de facultades o negligencia

---

<sup>230</sup> Se considera que no es preciso articular medidas especiales de protección de acreedores o socios, siempre y cuando el poder de dirección respete la integridad de las sociedades partícipes (Así, EMBID IRUJO, J.M., *Concentración de empresas*, cit., pág. 61).

<sup>231</sup> Arts. 35.3 LCoop; 44.2 LCEuskadi; 41.5 LCCataluña; 59.5 LSCAndaluzas; 40.2 LCCValenciana; 37.6 LCExtremadura; 45.3 LCGalicia; 38.6 LCAragón; 43.6 LCCMadrid.

grave<sup>232</sup> ; incluso el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el Director - caso de existir éste-<sup>233</sup> si con su actuación lesiona directamente los intereses de los socios<sup>234</sup> . Sin olvidar, en último extremo, el principio cooperativo de puerta abierta, materializable, en esta ocasión, en el derecho a causar baja que asiste al socio disconforme con cualquier acuerdo de la Asamblea general que le suponga la asunción de cargas gravemente onerosas o, simplemente, la baja voluntaria no justificada.

Los acreedores sociales, por su parte, a falta de normas especiales, quedan igualmente protegidos, en principio, por las normas citadas que responsabilizan al Consejo Rector y al Director por las actuaciones que lesionen sus intereses, y, en cualquier caso, por el mantenimiento de la personalidad jurídica de la cooperativa integrada.

Para el supuesto particular de grupo regulado por la LCoop, se establece la responsabilidad de cada cooperativa del grupo por las operaciones que ésta realice directamente con terceros, quedando al margen el grupo y las demás sociedades cooperativas no actuantes. No hay, en consecuencia, comunicación de responsabilidades entre las sociedades del grupo, y la referencia a éste ha de entenderse dirigida a la entidad común a la que las cooperativas ceden, por virtud del acuerdo de grupo, el poder de dirección -y no al "grupo" en cuanto forma de empresa-. De no ser así la norma estaría reconociendo como sujeto responsable al propio grupo<sup>235</sup> .

---

<sup>232</sup> Arts. 43 LCoop; 48.3 LCEuskadi; 45.2 LCCataluña; 73.6 LSCAndaluzas; 42.3 LCCValenciana; 42.6 LSCExtremadura; 50.1 y 51.3 LCGalicia; 42.3 LCAragón; 43.2 LCCMadrid, que remiten al régimen de la LSA.

<sup>233</sup> A diferencia de la LGC (art. 60.4), la LCoop no regula la figura del Director, laguna ante la cual PAZ CANALEJO, N., ("Visión general de la Legislación Cooperativa Estatal: situación actual y perspectiva de reforma", *REVESCO*, nº 66, 1998, págs. 31-57, pág. 55) abre la cuestión de si ello supone una derogación tácita del régimen hoy aplicable o una confirmación implícita de su vigencia, y en éste caso, si exigiría, o no, una regulación estatutaria.

<sup>234</sup> Entiende SANCHEZ ALVAREZ, M.M., ("Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores", *cit.*, pág. 141) que en los grupos paritarios el esquema legal de responsabilidad de los administradores no parece que se vea afectado por la pertenencia al grupo.

<sup>235</sup> Art. 78.1 y 6 LCoop. Véase *infra* Cap. 4º, II.2.2.A).b). Para EMBID IRUJO, J.M., ("Problemas actuales de la integración", *cit.*, pág. 26 -con referencia al art. 75.5 Anteproyecto LCoop-) esta "alusión al grupo como sujeto responsable" sorprende "por cuanto carece de personalidad jurídica y no puede soportar, por tanto responsabilidad alguna". Sobre la aplicación

## 2.2. EL CASO ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE LAS SOCIEDADES DEL GRUPO POR COORDINACIÓN

En todo supuesto de grupo, el trabajador de cualquiera de las sociedades agregadas se ve afectado por los riesgos particulares que la integración en una organización más amplia y subordinada a una dirección exterior pueda provocar<sup>236</sup>, incluso, posiblemente, por una movilidad *intra grupo* que nunca se produciría en el caso de la empresa aislada<sup>237</sup>.

En atención a estos problemas, la jurisprudencia ha ido perfilando un concepto laboral de grupo<sup>238</sup> en su búsqueda de un sujeto responsable frente a los trabajadores de las sociedades agregadas, y, en definitiva, a los efectos de su consideración como empresario<sup>239</sup>. La doctrina jurisprudencial establece, por

---

de la doctrina del levantamiento del velo a los grupos de sociedades, véase BOLDO RODA, C., *Levantamiento del velo, cit.*, págs. 373-409.

<sup>236</sup> V.gr. crisis económica de las empresas del grupo, operaciones de reestructuración o reorganización en el seno del grupo, etc.

<sup>237</sup> Desde el punto de vista de las relaciones colectivas se abre todo un abanico de especialidades en cuanto a convenios, comités de empresa de grupo o conflictos colectivos. Sobre todos estos extremos, en general, véase ANTUNES, J.A., *Os grupos, cit.*, págs. 184-190. Con respecto al caso español, véase, GALIANA MORENO, J.M<sup>a</sup>, "El trabajo prestado a grupos de empresas", en *VI Jornadas, cit.*, págs. 111 y ss.; MARTINEZ MORENO, C., "La circulación de trabajadores entre las empresas de un mismo grupo y los derechos de antigüedad", *REDT*, nº 51, 1992, págs. 71-88; MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho nuevo de los grupos de sociedades (Entre libertad y norma)*, Ed. Ibidem, Madrid, 1997, págs. 163-173; MOLINA NAVARRETE, C./OLARTE, S., "Los grupos de empresas ¿definitivamente una unidad de negociación de ámbito empresarial y no supraempresarial?", *AL*, nº 43, 1993, págs. 773-786.

<sup>238</sup> Así, se señala que la condición de empresario corresponde a quienes hayan contratado y reciban la prestación de servicio de los trabajadores, ya lo hagan "en interés propio, ajeno o bien comunitario de cualquier Grupo u organización empresarial ..." (STS 31-5-1988, R.Ar. 4.681). Esta tesis jurisprudencial parece ratificarse en la LPFP, cuya DA.Primeras [en la nueva redacción dada por la LOSSP (DA.Undécima nº 19)], viene a otorgar la consideración de empresario a cualesquiera entidades que "aún carentes de personalidad jurídica sean susceptibles de asumir con sus trabajadores los compromisos" derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa (y vinculados a las contingencias establecidas en el art. 8.6, redactado por la DA.Undécima nº 6 LOSSP).

<sup>239</sup> El concepto de grupo como sujeto de la relación laboral parece tener su base en la figura de la comunidad de bienes, incluida en la noción de empresario que ofrece el

regla general<sup>240</sup>, la responsabilidad solidaria de todas las empresas agrupadas - comunicación de responsabilidades- cuando en la realidad exista entre ellas una interrelación que las presente bajo la *apariencia externa* de una sola<sup>241</sup>. Tal apariencia ha de ser acreditada<sup>242</sup> y, en caso de no poder serlo, la condición de empresario -y, por ende, la responsabilidad- se limita a la empresa del grupo que efectivamente haya contratado los servicios del trabajador<sup>243</sup>.

Ha sido, por tanto, el dato de la apariencia externa de unidad el decisivo, en el ámbito laboral, para determinar la responsabilidad del grupo [como empresario] frente a los trabajadores de sus sociedades. Pero no sólo jurisprudencia y doctrina han avanzado en el Derecho de grupos en este sector

---

Ordenamiento laboral al lado de las personas físicas y jurídicas (art. 1.2 ET). En este sentido, GALIANA MORENO, J.M.<sup>a</sup>, Voz "Grupo de empresas", *EJB*, Vol. II, *cit.*, pág. 3.273; MOLINA NAVARRETE, C., *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, págs. 158-159. Lo que viene a ser confirmado por el reconocimiento de capacidad procesal a las comunidades de bienes y grupos del art. 16.5 del RDLeg. 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. En cuanto a la aplicación del principio de unidad de empresa por la jurisprudencia laboral y la consideración del grupo como un único "patrono", BOLDO RODA, C., *Levantamiento del velo*, *cit.*, págs. 401-409.

<sup>240</sup> Si bien, no cabe desconocer aquella otra jurisprudencia que, basada en un criterio jurídico formal, niega que la existencia de un grupo de empresas tenga relevancia a efectos de la determinación de la figura del empresario. Esta condición correspondería, entonces, y como corolario de su personalidad jurídica, en exclusiva a la sociedad que emplea al trabajador y recibe su prestación de servicios (Sobre el particular, cfr. GALIANA MORENO, J.M.<sup>a</sup>, "El trabajo prestado", *cit.*, págs. 113-119 y jurisprudencia allí citada).

<sup>241</sup> Cfr. STCT de 4-7-1984 (R.TCT 6.053). Esta interpretación se aplica tanto en supuestos de fraude como en aquéllos de íntima conexión empresarial. Se trata de la apariencia de unidad empresarial. En opinión de FERNANDEZ RUIZ, J.L. ("Algunas acotaciones sobre el concepto de grupo de sociedades en los derechos mercantil y laboral", en *Estudios Broseta*, T.I., págs. 1.219-1.237, pág. 1.230), "estamos en presencia de lo que la doctrina llama empresario aparente" (Ss.TS de 27-6-1983, R.Ar. 3.053 y de 8-2-1988, R.Ar. 594). Se precisa, sin embargo, que no en todos los casos es necesario acudir a la construcción de la figura del grupo de empresas. Tal sucede cuando trabajadores contratados por una sociedad han venido prestando sus servicios de forma simultánea a dos o más empresas; en tal supuesto se estaría simplemente ante una pluralidad patronal simultánea (En este sentido, GALIANA MORENO, J.M.<sup>a</sup>, "El trabajo prestado", *cit.*, págs. 116-117; GALIANA MORENO, J.M.<sup>a</sup>/SEMPERE, A.V., "Estudio sobre los problemas laborales planteados por la escisión de la filial española de un Grupo de Empresas Multinacional", (I) *AL*, n.º 40, 1990, págs. 495-507, (II), *AL*, n.º 41, 1990, págs. 509-530.

<sup>242</sup> Cfr. STCT de 19-2-1986 (R.TCT 1.020).

<sup>243</sup> Cfr. STS de 31-5-1988 (R.Ar. 4.681) y de 30-6-1993 (R.Ar. 4.939). En la última, el TS rechaza la existencia del grupo a efectos laborales al no haber "una sólida apariencia externa unitaria capaz de influir en el ámbito de los contratos de los trabajadores de las distintas empresas del grupo".

del Ordenamiento; también el Derecho positivo en los últimos años ha venido a concretar, si bien en materias muy específicas, la pertenencia a un grupo de empresas y la determinación del supuesto de hecho.

Así, en la Ley 22/1992, de 30 de junio, de medidas urgentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo, se indicaba que pertenecían a un grupo las empresas que constituyeran una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controlara directa o indirectamente a las demás por encontrarse en alguno de los casos del apartado 1 del artículo 42 del Código de comercio<sup>244</sup>. Dos eran, pues, los datos relevantes para la existencia del grupo: el control de una empresa sobre las demás y, como consecuencia, la sumisión a una unidad de decisión<sup>245</sup>; no obstante, tal delimitación del grupo quedó derogada por el RD Ley 9/1997, de 16 de mayo<sup>246</sup>.

Por su parte, 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<sup>247</sup>, concreta que el *grupo de empresas* es el formado por la *empresa que ejerce el control* y las *empresas controladas* por ella<sup>248</sup>,

---

<sup>244</sup> Cfr. DA.Cuarta de la Ley 22/1992. La definición recordaba a la del art. 4 LMV, si bien con notables omisiones al no aludir a la actuación en concierto, ni incluir la referencia a la duplicidad de consejeros o directivos en las sociedades dominada y dominante, ni mencionar los derechos a sumar a los de la sociedad dominante (Cfr. arts. 4 LMV y 42.2 C. de c.).

<sup>245</sup> Control que quedaba remitido, en cuanto a las circunstancias induciarias de su existencia, al art. 42.1 C. de c. (Cfr. art. 2 RD 1815/1991). Según el planteamiento de la Ley 22/1992, en la medida en que se constatará la unidad de decisión basada en el control, trabajador de una *empresa* lo era tanto el que prestara sus servicios en una aislada como el que lo hiciera en varias del grupo. De esta manera se consideraba al grupo centro de imputación de la norma jurídica (art. 3 de la Ley 22/1992). Esta concepción del grupo "*tiene proyección en el Estatuto de los trabajadores; en su art. 1.2 y en las materias en que se plantea la relación jurídico-laboral con el grupo de empresas*" (STS de 30-6-1993, R.Ar. 4.939).

<sup>246</sup> Ley sobre incentivos en materia de seguridad social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo.

<sup>247</sup> La Ley 10/1997 supone la transposición a nuestro Ordenamiento de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores de las empresas y grupos de dimensión comunitaria (DO L núm. 254, de 30-9-1994).

<sup>248</sup> Cfr. Arts. 3.1.3º y 6º de la Ley 10/1997 y Arts. 2.1.3º y 6º de la Directiva 94/45/CE. La Ley 10/1997 transcribe, casi literalmente, las nociones de grupo, control y dirección central contenidas en los art. 2 y 3 de la Directiva. Según algún autor, la delimitación del perímetro del grupo que realiza la Directiva sirve para atribuir específicas obligaciones a la

siendo aquélla la que pueda ejercer una *influencia dominante* sobre otra<sup>249</sup>, a la que la Ley le atribuye la *dirección central* del grupo<sup>250</sup>. La concreción de lo que se ha de entender por influencia dominante se realiza a través de la descripción en la norma de algunas situaciones que permiten presumir su existencia<sup>251</sup>. Pero éstas, lejos de resultar una aportación original para la construcción de la influencia dominante, nos reconducen a situaciones similares a las descritas por el art. 42.1 C. de c., y por lo tanto a meros indicios de la existencia de control<sup>252</sup>.

Control e influencia dominante parecen ser los elementos definitorios del grupo según esta Ley; pero ejercer el control no es lo mismo que poder ejercer una influencia dominante, pese a que la Ley realice esta equiparación<sup>253</sup>.

---

empresa controlante, más que como centro de imputación subjetiva de relaciones colectivas y de trabajo (A este respecto, MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho nuevo de los grupos*, cit., págs. 178-179). Sobre la Directiva comunitaria y sus antecedentes, véase MOLINA NAVARRETE, C., "Un impulso del "derecho social" comunitario al proceso de normalización de las prácticas de grupo", *GJ de la CEE*, n° 153, 1995, págs. 139-214; MONEREO PEREZ, J.L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Ed. Cívitas, Madrid, 1992, pág. 187.

<sup>249</sup> Cfr. Arts. 4.1 de la Ley y 3.1 de la Directiva.

<sup>250</sup> Cfr. arts. 3.1.6ª de la Ley y 2.1.e de la Directiva.

<sup>251</sup> Sin perjuicio de algunos motivos que puedan dar lugar a tal influencia (v.gr. propiedad, participación financiera, estatutos u otros), ésta se presume (arts. 4.2 de la Ley y 3.2 de la Directiva) cuando, directa o indirectamente (a excepción de lo señalado en los arts. 4.4 de la Ley y 3.3 y 5 de la Directiva): a) posea la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) posea la mayoría de los derechos de voto correspondientes a las acciones emitidas por la empresa (cfr. art. 42.1.a. C. de c.: *mayoría de los derechos de voto*); c) tenga la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de la empresa (cfr. art. 42.1.b. C. de c.: *nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración*). De resultar varias las empresas del grupo en alguna de estas situaciones, y salvo prueba de que otra pudiera ejercer una influencia de dominio, empresa controlante lo será la que reúna el requisito señalado como c) y, en su defecto, el b) (Cfr. art. 4.2. *in fine* de la Ley). Los derechos de voto y de nombramiento de la empresa que ejerce el control incluirán los de cualquier otra controlada y los de toda persona u órgano que actúe en nombre propio pero por cuenta de la empresa que ejerce el control o de cualquier otra empresa controlada (Arts. 4.3 de la Ley y 3.3 de la Directiva).

<sup>252</sup> Se obtiene así un resultado similar al que se recoge en el art. 87.2 LSA, que emplea la misma expresión («influencia dominante») y la refiere, después de determinar una cláusula general, a los supuestos del art. 42.1 C. de c., incorporando el de los administradores cruzados.

<sup>253</sup> Se ha señalado por algún autor (GIRGADO, P., "La noción de «control» en la Directiva 94/95/CE sobre el Comité de Empresa Europeo", *RDM*, n° 224, 1997, págs. 857-873, págs. 867-869 que con ello se pretende incluir no sólo el control efectivo, sino también el control potencial.

Además, conviene recordar que control, influencia dominante y grupo de sociedades son fenómenos no siempre coincidentes; los dos primeros no implican el último aunque suelen derivar en él. Lo que se exige es que control o influencia dominante se ejerciten dando lugar a una dirección unitaria de las diversas sociedades del grupo<sup>254</sup>.

En cualquier caso, al margen de la crítica que pueda merecer desde la óptica societaria la construcción laboral de los grupos de sociedades, lo relevante de las aportaciones jurisprudenciales y normativas descritas es la referencia a la «apariencia externa de unidad», la «unidad de decisión», al «control» de una sociedad sobre otra u otras, o a la «influencia dominante»<sup>255</sup>, por muy imprecisas que resulten, en el actual estado de evolución del Derecho de grupos, algunas de ellas. Más en particular, lo que de este análisis interesa es la constatación de que en este sector del Ordenamiento el grupo que es tomado en consideración es el grupo basado en el control y el dominio, extendiéndose su tutela tan sólo a los intereses de los trabajadores de las sociedades agregadas bajo el principio de jerarquía, y desconsiderando, en consecuencia, el supuesto de los grupos por coordinación<sup>256</sup>. No quiere ello decir, sin embargo, que los trabajadores de las empresas de un grupo horizontal queden desprotegidos. En tales casos, cada sociedad aislada es responsable laboralmente frente a sus trabajadores, pero además, y de probarse una sólida apariencia externa unitaria

---

<sup>254</sup> Sobre esta materia, CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale 2, Diritto delle società*, 2ª ed., Ed. Utet, Torino, 1992, pág. 269, nota 3; PAVONE LA ROSA, A., "La responsabilità da "controllo" nei gruppi di società", *Riv. delle Società*, 1984, págs. 401-436, págs. 408-410.

<sup>255</sup> Como también ha tenido ocasión de señalar el TS: "y aún la misma idea de dependencia pasa a segundo término, para destacar la de la unidad de dirección de todas las empresas del grupo" (STS de 30-6-1993, R.Ar. 4.939). No hay que olvidar, sin embargo la importancia de otros elementos en el concepto laboral de grupo. Según advierte el Magistrado Desdentado Bonete, A., (voto particular formulado en la STS de 29-5-1995, R.Ar. 4.455), la existencia de un grupo definido por su dirección unitaria no es suficiente para "generalizar la posición empresarial a todas las sociedades que integran el grupo o para extender a todas ellas la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones laborales", sino que se precisan otros elementos: funcionamiento integrado de las diversas organizaciones de trabajo; prestación de trabajo indistinta y común, búsqueda de dispersión o elusión de responsabilidades laborales y confusión patrimonial intragrupo. Véase recensión a esta sentencia de TAPIA HERMIDA, A., en *RDBB*, julio-sept. 1995, págs. 806-807.

<sup>256</sup> Alguna referencia a esta materia puede encontrarse en GIRGADO, P., "La noción de «control» en la Directiva 94/95/CE", *cit.*, págs. 864-865.

capaz de influir en el ámbito de los trabajadores de las distintas empresas del grupo, nada obsta a pensar que los Tribunales establecerían la comunicación de responsabilidades de las sociedades del grupo.

### 3. EXPRESIÓN CONTABLE DEL GRUPO

La rendición de cuentas unificada parece ser, en principio, materia reservada en nuestro Derecho para los grupos por subordinación. En efecto, el art. 42.1 C. de c. y el RD 1815/1991, de 20 de diciembre, condicionan la obligación de presentar estados financieros consolidados a la presencia de determinadas circunstancias de vinculación intersocietaria que resultan ajenas a las coordenadas del grupo por coordinación al estar basadas en la dependencia<sup>257</sup>. Tan sólo los arts. 4.2.a y 5.2 del RD 1815/1991 -referidos a la gestión conjunta y a la influencia notable- o, incluso, los arts. 8.3.c LRPEF y 1.b del RD 1343/1992, de 6 de noviembre<sup>258</sup> -en cuanto al control ejercido por

<sup>257</sup> Para TUA PEREDA, J., ("Grupos de derecho y grupos de hecho en la legislación mercantil española", *Partida Doble (PD)*, n° 64, 1996, págs. 5-14, pág. 13) puede ocurrir "que situaciones en las que exista dirección única obtenida por otros procedimientos diferentes a los contemplados en el Código, queden exentos de la obligación de consolidar. Y a sensu contrario (...) que la obligación de consolidar recaiga sobre conglomerados que no constituyen de hecho auténticos grupos, por no ejercer efectivamente la dirección única, a pesar de estar en condiciones de hacerlo".

<sup>258</sup> Se excluye de la enumeración realizada en el texto tanto el art. 20.2 LOSSP como el art. 4 LMV por cuanto éstos aluden expresamente al control ejercido por una o varias "personas físicas" que actúen sistemáticamente en concierto. Sin embargo, con respecto al art. 4 LMV se ha planteado la posibilidad de una interpretación integradora que incluya a las personas jurídicas entre los sujetos aptos para la actuación conjunta (RUIZ PERIS, J.I., "Grupos de empresas", *cit.*, pág. 1.464). Quizá dicha integración haya sido ya realizada, con rango reglamentario, por el RD 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores [art. 15.1.b -ahora art. 18.1.b del RD 2590/1998, de 7 de diciembre sobre modificación del régimen jurídico de los mercados de valores-], que, respecto del contenido del folleto informativo, exige la indicación del grupo al que pertenece la entidad emisora de acuerdo con los criterios del art. 4 LMV. Y, más concretamente, en el «Anexo A» de la OM de 12-7-1993, que exige -en la medida en que sean conocidos por el emisor- la indicación de las personas físicas o jurídicas que directa o indirectamente, aislada o conjuntamente, ejerzan o puedan ejercer un control sobre el emisor (...). Por control conjunto se entenderá el control ejercido por varias sociedades o por varias personas que hayan concluido entre ellos un acuerdo que pueda conducirles a adoptar una política común frente al emisor. Como se observa, el emisor tiene que indicar su pertenencia al grupo en los términos del art. 4 LMV, pero, además, al señalar los datos de quienes ejercen el control sobre él, deberá señalar si se trata de personas físicas o jurídicas y si el control es aislado o conjunto. No pensamos que todas estas indicaciones tengan por finalidad detectar si se está

un grupo de personas que actúan sistemáticamente en concierto<sup>259</sup> -, pudieran alejarse de las coordenadas del grupo por subordinación. Aunque quizá sería demasiado arriesgado pensar que dichas normas permitan atisbar la existencia de una vinculación societaria basada, no en la dependencia, sino en el acuerdo paritario<sup>260</sup>, elemento que sustenta los grupos por coordinación<sup>261</sup>. Parece entonces que el grupo paritario no queda expresamente obligado a consolidar sus cuentas, aunque, si quiere, puede hacerlo<sup>262</sup>.

Pero la conveniencia de extender la consolidación contable al grupo por coordinación ha sido puesta de relieve por un sector doctrinal<sup>263</sup> que considera

---

ante un control conjunto por parte de personas jurídicas para excluir el supuesto del ámbito de aplicación de la norma, sino más bien para venir a ampliar el elenco de hipótesis de dominio del art. 4 LMV, o lo que es lo mismo, a realizar una interpretación integradora de dicho artículo. En el mismo sentido, el art. 43.3 de la Ley 26/1988, de 29 de julio (LDIEC) [en la redacción dada por el art. 3.8 de la ley 3/1994, de 14 de abril], para el caso de creación de entidades de crédito que vayan a estar controladas *por una o varias entidades*.

<sup>259</sup> Si es que se admite la interpretación comprensiva de las personas jurídicas en la referencia que a las "personas" se realiza en los preceptos citados, toda vez que no se indica expresamente que éstas hayan de ser físicas. En cualquier caso, la exclusión de las personas jurídicas resulta, desde nuestro punto de vista, injustificada, pues supone, no sólo ignorar la posible existencia de una unidad de decisión que tenga su base en una actuación en concierto de un grupo de personas jurídicas, sino apartarla de la vigencia de la norma.

<sup>260</sup> No entramos aquí a considerar el hecho de que en ninguna de esas normas se haga referencia a la unidad de dirección. En nuestra opinión, tal ausencia no debería ser el motivo último de la exclusión de los grupos paritarios del ámbito de la consolidación contable si, como ya se apuntó, del citado elemento configurador del grupo también se prescinde respecto del grupo por subordinación.

<sup>261</sup> La 7ª Directiva sí incorporaba a los grupos por coordinación a la consolidación contable. Así, el art. 12 admitía la existencia de dirección unitaria sin participación financiera ni dependencia entre las empresas. Sin embargo tal posibilidad no era de obligatoria incorporación a los Ordenamientos internos. Véanse comentarios al art. 12 de DUQUE DOMINGUEZ, J., "Las condiciones de la consolidación", *cit.*, págs. 759/794-796; FONT I RIBAS, A., "La consolidación de las cuentas", *cit.*, pág. 311 y CONDOR LOPEZ, V., *Metodología de las cuentas*, *cit.*, pág. 53.

<sup>262</sup> BOLDO RODA, C., (*Levantamiento del velo*, *cit.*, pág. 384) apuesta por la naturaleza voluntaria de la consolidación en los grupos por coordinación. Así también TUA PEREDA, J., ("Grupos de derecho", *cit.*, pág. 14) si bien con respecto a lo que el autor considera "grupos de hecho", esto es, los que no están reflejados en la legislación.

<sup>263</sup> Con respecto al derecho alemán, véase EMBID IRUJO, J.M., *Concentración de empresas*, *cit.*, pág. 62, notas 83-84 (GROMANN, H.G.). En nuestra doctrina, véase DUQUE DOMINGUEZ, J., "Concepto y significado", *cit.*, pág. 553.

importante obtener la imagen fiel de su situación económico-financiera<sup>264</sup>; de no ser así ésta quedaría diluida en la contabilidad de cada una de las sociedades del grupo<sup>265</sup>. Las normas aplicables en tal supuesto serían, en defecto de reglas específicas, las relativas a la consolidación que se señalan en el Libro I, Título III, Sección 3ª C. de c., *ex art.* 42.7 del mismo texto.

Adentrándonos en el ámbito cooperativo, la aplicación de las normas del C. de c. resultará *obligatoria*, con carácter general, en el supuesto de que la cooperativa sea la sociedad dominante de un grupo por subordinación según las circunstancias del art. 42 C. de c.<sup>266</sup>. Será en cambio *voluntaria*, por lo anteriormente expuesto, en caso de grupo cooperativo por coordinación<sup>267</sup>. La consolidación voluntaria parece entonces exigir una coordinación temporal (art. 44.4 C. de c.) de las cuentas individuales de las cooperativas del grupo incluidas en el perímetro de la consolidación, para lo que será también precisa la concreción consensuada (preferiblemente en el contrato de grupo, o en los estatutos de la sociedad órgano que lo integre) de ciertos extremos, tales como la elección de los métodos de consolidación (art. 44.6-7 C. de c.), o los criterios

---

<sup>264</sup> También así el art. 12 de la 7ª Directiva incorpora a los grupos por coordinación [existencia de dirección unitaria sin participación financiera ni dependencia entre las empresas] a la consolidación contable, aunque su asunción por los Ordenamientos internos no resultaba obligatoria. Al respecto, véase DUQUE DOMINGUEZ, J., "Las condiciones de la consolidación", *cit.*, págs. 759/794-796; FONT I RIBAS, A., "La consolidación de cuentas", *cit.*, pág. 53.

<sup>265</sup> Si las sociedades del grupo no pusieran de manifiesto en sus cuentas individuales la existencia del grupo y las relaciones entre sus componentes, aquéllas adolecerían de una notable carencia informativa (Así TUA PEREDA, J., "Grupos de derecho", *cit.*, págs. 13-14 con respecto a las cuentas consolidadas de los grupos de hecho).

<sup>266</sup> En el Derecho italiano la redacción del balance consolidado queda a cargo de la cooperativa cabeza de grupo que controla a una sociedad por acciones, comanditaria por acciones o de responsabilidad limitada (art. 25 n.2 DPR n. 127 de 9-4-1991). A éste respecto, véase SCHIANO DI PEPE, G., en AA.VV., *Cooperative e gruppi di società*, *cit.*, págs. IX-XV, pág. XIV; JAEGER, P.G./DENOZZA, F., *Appunti di Diritto Commerciale (I), Impresa e società*, 3ª ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1994, págs. 510-511. En nuestro Derecho el recelo para la admisión de tal propuesta podría derivar del rechazo a que la cooperativa se pueda entender comprendida en la indicación «sociedad mercantil» que contiene el art. 42.1 C. de c. (así parece entenderlo EMBID IRUJO, J.M., "Modelos de integración", *cit.*, págs. 45 y 53), en atención al debate que sobre tal extremo ha mantenido la doctrina, particular sobre el que se volverá, *infra* Cap. 5º.II). El C. de c. alemán, tras su reforma por Ley de 9-12-1985, no impone a la cooperativa el deber de consolidación de cuentas (véase VICENT CHULIA, F., *Ley General de Cooperativas*, *cit.*, Vol. 2º, art. 53, pág. 636, nota 29).

<sup>267</sup> Art. 42.7 C. de c. Esta era la solución que acogía el Anteproyecto LCoop (art. 75.4) con respecto a la consolidación contable de los «grupos cooperativos».

de valoración a aplicar a las diferentes partidas (art. 48.1 C. de c.). De esta forma se consigue una previa homogeneidad en la confección de las cuentas anuales individuales de cada sociedad del grupo que han de servir de base a las cuentas consolidadas <sup>268</sup>. La LCoop parece avanzar hacia la consolidación obligatoria selectiva, esto es, sólo en los supuestos reglamentariamente previstos, tal y como se desprende de la habilitación que la DF.Cuarta realiza al Gobierno para dictar normas en las que se establezca en qué casos el grupo cooperativo vendrá obligado a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados.

Una atención especial merece, a nuestro juicio, el régimen de tributación consolidada que se establece en el RD 1345/1992, de 6 de noviembre <sup>269</sup>. Según esta norma aquellas cooperativas que [en virtud de reglas estatutarias] mantengan relaciones de vinculación en el ejercicio de sus actividades empresariales que impliquen el compromiso de redistribuir solidariamente el excedente neto obtenido por cada una de ellas, pueden solicitar el régimen de declaración consolidada que la misma prevé <sup>270</sup>. Pero para ello se hace preciso determinar el beneficio consolidado, lo que, se hace consolidando simplemente cuotas tributarias, al contrario de lo que sucede en los grupos de sociedades por subordinación, en los que la base imponible consolidada se calcula conjuntamente para todas las sociedades del grupo mediante la consolidación de cuentas de las sociedades que lo forman, según métodos y procedimientos de consolidación previstos en el RD 1815/1991, de 20 de diciembre. De esta forma, en los grupos cooperativos consolidables no se exige la previa consolidación contable; tan sólo será necesario realizar las eliminaciones intragrupo que procedan en relación a los retornos entre sociedades del grupo, a

---

<sup>268</sup> Sobre estos extremos, con relación a los grupos de sociedades por subordinación, véase MASSAGUER, J., "La estructura interna", *cit.*, págs. 292-293.

<sup>269</sup> Realmente el «grupo cooperativo» que describe el RD 1345/1992, encaja perfectamente en los moldes ya definidos de grupo paritario. Véase *infra* Cap. 4º, II.2.1.D).

<sup>270</sup> Tras la entrada en vigor de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre sociedades (LIS), las remisiones a las normas que según el RD 1345/1992 habrían de integrar el régimen aplicable a los grupos cooperativos consolidables (en concreto, Título I del RDLey 15/1977, de 25 de febrero y RD 1414/1977, de 17 de junio; supletoriamente DA.Tercera de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de las Agrupaciones y Uniones temporales de Empresas) han de entenderse realizadas al Cap. VII del Tít. VIII, así como al art. 68 de la LIS (Cfr. DD.Unica números 3 y 7 de la LIS).

las ayudas económicas prestadas entre sí o a los resultados distribuidos por la cabeza del grupo. Pese a todo, estas operaciones, reflejadas en la contabilidad de cada cooperativa del grupo, evidencian la situación de grupo, lo que supone un avance y quizá un primer paso para un ulterior ajuste de las normas de consolidación contable a los grupos cooperativos<sup>271</sup>.

Por último, en el ámbito sectorial, los grupos consolidables de entidades cooperativas de crédito presentan la dificultad de poder integrar el grupo por las circunstancias que exige el art. 8.3 LCIRP<sup>272</sup>. Pese a todo, la normativa sectorial le resultará aplicable *ex arts.* 2 y 11 LCCr.

#### 4. RÉGIMEN CONCURRENCIAL

La *noción de grupo del derecho antitrust* viene a coincidir esencialmente con aquélla 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<sup>273</sup>. Sin embargo, conviene aclarar si el grupo que tiene relevancia para el Derecho de la competencia es sólo el grupo por subordinación o si también es considerado el grupo paritario. De ser así, el grupo de cooperativas por coordinación será también *sujeto* destinatario de las normas sobre defensa de la competencia, cuya observancia se deberá considerar tanto en el momento de creación del grupo como, posteriormente, en su actuación concurrencial.

---

<sup>271</sup> A este respecto, véase GARCIA ORDAZ, M., "Consolidación del beneficio en grupos cooperativos", *PD*, nº 75, 1997, págs. 38-40, pág. 40.

<sup>272</sup> Como se sabe, en la redacción dada por el art. 1 LRPEF.

<sup>273</sup> Cfr. *supra* Cap.2º, II.1.1.A. Véase RUIZ PERIS, J.I., "Aplicaciones del principio de unidad económica a los grupos de sociedades en el Derecho protector de la competencia española", *RGD*, nº 562-563, 1991, págs. 6.433-6.444, pág. 6.440. Según lo define FONT GALAN, J.I., (*La libre competencia en la Comunidad Europea*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, pág. 122) el grupo constituye "una organización económica unitaria, dirigida y controlada por un único centro de dirección y control radicado en los órganos sociales deliberantes y ejecutivos de la sociedad madre, que es la que de hecho suele ejercer el poder de decisión sobre la política comercial de cada una de las empresas filiales pertenecientes al grupo".

#### 4.1. CONSTITUCIÓN DEL GRUPO Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

A continuación se analizan los efectos que para el mercado puede tener la constitución de un grupo paritario, tanto desde la perspectiva de las concentraciones económicas como desde el ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia<sup>274</sup>.

##### A) Constitución del grupo y control de las concentraciones económicas

Habida cuenta que el grupo paritario surge de un contrato, se trata de averiguar si su celebración puede verse afectada por las normas relativas al control de las concentraciones económicas<sup>275</sup>. Tales normas establecen un

---

<sup>274</sup> Algo similar se produce en el Derecho comunitario europeo en cuanto a la constitución de las filiales comunes. Tras la entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1310/97 del Consejo, [de 30-6-1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 4064/89], la acción de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente constituirá una concentración y será juzgada por el procedimiento establecido en el Reglamento núm. 4064/89, si bien, en la medida en que dicha operación tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas independientes, dicha coordinación se valorará en función del art. 81.1 y 3 TA, para determinar si es compatible o no con el mercado común. Véase sobre estos extremos RUIZ PERIS, J.I., "Desregulación en el Derecho de sociedades: un estatuto flexible para las filiales comunes y sociedades intragrupo", *RDM*, n° 226, 1997, págs. 1.803-1.838, pág. 1.819.

<sup>275</sup> Véanse arts. 14-18 LDC, según redacción dada por el art. 10 del RD Ley 6/1999, de 16 de abril, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia, así como RD 1080/1992, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir por los órganos de defensa de la competencia en concentraciones económicas y la forma y contenido de su notificación voluntaria, que seguirá rigiendo el procedimiento tras la entrada en vigor del RD Ley 6/1999 en lo que no se oponga a lo establecido en este último, tal y como dispone su DT. Primera (el RD 1080/1992 constituye el desarrollo reglamentario de la LDC, en concreto, del Capítulo II del Título I). En el ámbito comunitario, véase Reglamento (CEE) núm. 4064/89, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas; Reglamento (CEE) núm. 2367/90 de la Comisión, de 25 de julio de 1990 que desarrolla el procedimiento del Reglamento 4064/89. Sobre estas normas, DE LA CRUZ, A., "El control de las concentraciones en el Mercado Común y en España", *RGD*, n° 562-563,

control preventivo sobre los movimientos de concentración que puedan afectar al mercado, instituyendo la *obligación de notificar* a los órganos de defensa de la competencia<sup>276</sup> todo proyecto u operación de concentración de empresas que, suponiendo «una modificación estable de la estructura de control de las empresas partícipes», supere determinados umbrales de competencia efectiva<sup>277</sup>.

Pues bien, en nuestro Ordenamiento se enumeran ciertos procedimientos que se consideran aptos para llevar a cabo una operación de concentración y, en tal medida, susceptibles de ser objeto de notificación obligatoria al servicio de defensa de la competencia, caso de incidir en el mercado. A saber, la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, la toma de control de la totalidad o de parte de una empresa o empresas mediante cualquier medio o negocio jurídico, la creación de una empresa en común, y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa cuando ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente<sup>278</sup> y no tenga por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento

---

1991, págs. 6.269-6.305; MIRANDA SERRANO, L.M., "El procedimiento de control de las operaciones de concentración de empresas en el Derecho comunitario de la competencia", *Der. de los Neg.*, nº 16, 1992, págs. 8-18; *idem*, *Las concentraciones económicas, cit.*, págs. 181 y ss.; FERNANDEZ-LERGA GARRALDA, C., *Derecho de la competencia (Comunidad Europea y España)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994, págs. 391 y ss.; BELLO MARTIN-CRESPO, M<sup>a</sup> P., *Concentración de Empresas de dimensión comunitaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997. Véase también Reglamento núm. 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, y BRIONES/FOLGUERA/FONT/NAVARRO, *El control de las concentraciones en la Unión Europea*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

<sup>276</sup> Como es sabido, antes de la reforma la apreciación preventiva sobre los movimientos de concentración se basaba en la posibilidad de notificar *voluntariamente* todo proyecto u operación de concentración de empresas o de toma de control, así como su apreciación de oficio (arts. 14 y 15 LDC), con las consecuencias, en ambos casos, de los arts. 17 y 18 LDC.

<sup>277</sup> Según el art. 14.1 LDC -redacción dada por el art. 19 RD Ley 6/1999- los umbrales son los siguientes: a) cuando se adquiera o incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio; b) cuando el volumen global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable los 40.000 millones de ptas., siempre que al menos dos partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a 10.000 millones de ptas. La obligación de notificar no afecta a las operaciones de concentración que caigan dentro del ámbito del Reglamento núm. 4064/89 -modificado por el Reglamento núm. 1310/1997- (art. 14.2 LDC, redacción dada por el art. 10 RD Ley 6/1999).

<sup>278</sup> Arts. 14.1 y 15 LDC -redacción dada por el art. 10 RD Ley 6/1991-. El formulario de notificación de concentraciones económicas (anexo 71) del RD 1080/1992, de 11 de septiembre, se refiere, además a la adquisición de activos y a los contratos de cesión de dirección de explotación. Véase también art. 21.7 de la derogada Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, así como art. 3 del Reglamento (CEE) núm. 4064/89.

competitivo de empresas que continúen siendo independientes<sup>279</sup>. Algunas de las operaciones reseñadas pueden culminar en un supuesto de grupo<sup>280</sup>, situación que adquirirá relevancia desde la perspectiva concurrencial en la medida que afecte al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.

En ciertos casos el grupo surgido de la utilización de estos mecanismos será de naturaleza vertical o por subordinación (v.gr., la toma de control de una empresa). En efecto, la expresa alusión al *control* así como la remisión que, para tal noción, realiza el anexo 71 del RD 1080/1992 al *art. 42 C. de c.*<sup>281</sup>, parece centrar la atención del Derecho concurrencial en el grupo por subordinación. Esta solución vendría a concordar con el perfil de grupo preestablecido por el art. 8 LDC<sup>282</sup> que, en atención a los elementos que exige para la aplicabilidad de la norma [relación de control y dirección unitaria]<sup>283</sup>

---

<sup>279</sup> Art. 14.2 LDC -redacción dada por el RD Ley 6/1999-. Se observa, no obstante, el diferente tratamiento que la norma española realiza con respecto a la norma comunitaria en lo que se refiere a la adquisición de control conjunto sobre una empresa coordinadora de comportamientos competitivos. Así, mientras aquélla las excluye del concepto de operación de concentración, y por ende de la obligatoriedad de notificación, ésta la incluye en el control previo y obligatorio propio de las concentraciones de dimensión comunitaria (Reglamento núm. 1310/1997). Por su parte, el RD 1080/1992, de 11 de septiembre, relaciona, además los siguientes mecanismos: adquisición de activos, contrato de cesión o dirección de explotación, adquisición de participaciones de todo tipo en otras empresas que permitan alcanzar su control, y cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control de una empresa.

<sup>280</sup> A excepción de las operaciones de fusión y de adquisición de activos; instrumentos aptos para operaciones de concentración pero que no tienen como resultado la creación de un grupo, por lo que no interesan a los efectos de nuestro análisis.

<sup>281</sup> Según se aclara en el propio Anexo 71 del RD 1080/1992, la determinación de la existencia de control se realizará de acuerdo con los criterios del art. 42 C. de c.

<sup>282</sup> Art. 8 LDC (Corresponsabilidad de las empresas controladoras que ejercen influencia dominante): A los efectos de la aplicación de esta ley, se entiende que las *conductas de una empresa* previstas en la misma, *son también imputables a la empresa que la controla*, cuando el *comportamiento económico* de aquélla es *determinado por ésta*. (La cursiva es nuestra). Esta parece ser también la solución adoptada por la Comisión europea en sus decisiones, según puede verse en BELLO MARTIN-CRESPO, M<sup>a</sup>P., *Concentración de empresas*, cit., págs. 194-217.

<sup>283</sup> Con la inclusión del dato del control en el art. 8 LDC se positiviza una de las circunstancias exigidas por el TDC en sus resoluciones para apreciar la existencia de un grupo (Cfr. RUIZ PERIS, J.I., "Aplicaciones del principio", cit., pág. 6.442). Por su parte, la dirección unitaria es también elemento caracterizador del grupo de sociedades según tiene reiterado el TDC en el ámbito de las prácticas restrictivas y abusivas [dada la escasez de pronunciamientos respecto de las concentraciones económicas]. Así, la Resolución de 20-12-1988 (caso «Alconza», 88 DC 17) define la dirección unitaria por la desaparición de la autonomía real de las empresas en sus decisiones, siendo éstas atribuidas a la fuente común de

parece configurar una situación de grupo por subordinación basado en el control<sup>284</sup>. Sin embargo, se echa en falta en el RD 1080/1992 y en el RD Ley 6/1999 la alusión a la dirección unitaria; el simple control societario -en los términos del art. 42 C. de c.-, sin ejercicio efectivo del poder de dirección que aquél puede conferir, permite la hipótesis del mantenimiento de independencia económica y de decisión comercial de las empresas "controladas" y, en consecuencia, la desconexión de las empresas del grupo ante su actuación en el mercado. Es por ello que la noción de grupo basada en el control ha de ser complementada con el elemento que permite considerar a aquél como unidad económica, como «empresa» en el ámbito de las concentraciones económicas: la unidad de decisión<sup>285</sup>. En otras ocasiones, las operaciones de concentración parecen más cercanas a la situación de grupo por coordinación [v.gr., la constitución de una empresa común con resultado de concentración económica<sup>286</sup>].

En realidad, la enumeración contenida en el RD Ley 6/1999 y en el RD 1080/1992 no agota el elenco de las posibles operaciones de concentración por lo que la falta de alusión expresa al grupo paritario como mecanismo de concentración no supone la exclusión del mismo del ámbito de aplicación de las

---

control. También es ésta la doctrina de la Comisión en el marco de las concentraciones de dimensión comunitaria. Véase, BELLO MARTIN-CRESPO, M<sup>a</sup>P., *Concentración de empresas*, cit., pág. 217.

<sup>284</sup> En opinión de VICENT CHULIA, F., (*Introducción*, cit., pág. 482) este artículo contiene una "definición de «grupo de hecho» basada en la existencia de dirección o control efectivos y no sólo en datos jurídicos formales (como, por ej., la posesión de la mayoría de capital)". Ello no podía ser menos por cuanto la falta de tipificación del grupo en nuestro derecho conlleva que todo grupo devenga "atípico" (*supra* Cap. 2º, I.2.3).

<sup>285</sup> Es en la consideración de este elemento definidor del grupo donde puede encontrar cabida el grupo horizontal, pese a la ausencia de control en el mismo.

<sup>286</sup> La constitución de una empresa común con resultado de concentración económica suscita dudas en cuanto a su incardinación entre los grupos o entre los simples acuerdos de colaboración o cooperación empresarial. El Reglamento (CE) núm. 1310/1997, de 30 de junio de 1997, incluye determinadas filiales comunes (las empresas en participación coordinadoras de comportamientos competitivos de empresas que continúan siendo independientes) en el control previo y obligatorio propio de las concentraciones de dimensión comunitaria (véase, al respecto, BRIONES/FOLGUERA/FONT/NAVARRO, *El control de las concentraciones*, cit., págs. 40-80; DE LA VEGA GARCIA, F., "Filiales comunes coordinadoras de comportamientos competitivos de empresas independientes y Derecho de la competencia", *RGD*, nº 645, 1998, págs. 7.567-7.593), sin embargo, el art. 14.2.c LDC -redacción dada por el art. 10 RD Ley 6/1999-, las excluye de las operaciones de concentración y, por tanto, de la notificación obligatoria.

normas sobre control de las concentraciones económicas previsto en el Derecho español de Defensa de la competencia<sup>287</sup>. Así, nada impide que cuando se plantee algún supuesto de grupo por coordinación se tomen como referencia las soluciones previstas para las operaciones de concentración asimiladas a aquél en nuestro orden interno; incluso las soluciones comunitarias, también aplicables, como regla general, a supuestos de ámbito nacional<sup>288</sup>. La sumisión del grupo paritario a las normas relativas al control de las concentraciones económicas tan sólo dependerá de la verdadera naturaleza del grupo como operación de concentración, quedando excluidas las meras relaciones de colaboración o coordinación empresarial<sup>289</sup>.

### B) Constitución del grupo y prácticas restrictivas de la competencia

El art. 1.1 y 2 LDC declara nulos de pleno derecho los *acuerdos* que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional. El hecho de que la norma utilice la expresión «acuerdos» no es obstáculo para que el Tribunal de Defensa de la Competencia entienda a conocer cualquier contrato, convenio, decisión, recomendación, y no sólo acuerdo, que pueda afectar al

---

<sup>287</sup> Arts. 14-18 LDC -redacción dada por el RD Ley 6/1999) y RD 1080/1992, de 11 de septiembre. En cualquier caso, como señala SACRISTAN REPRESA, M., ("El grupo de estructura paritaria", *cit.*, pág. 441), «el problema no debería de plantearse en abstracto, sino teniendo en cuenta las concretas condiciones de constitución del grupo, entre otras el alcance de la dirección unitaria».

<sup>288</sup> Sin olvidar la facultad del TDC para dictaminar sobre los casos de concentración que le sean remitidos por la Comisión en aplicación del art. 9 del Reglamento 4064/89, y del Consejo de Ministros para autorizar [con o sin condiciones] o prohibir las operaciones de concentración de dimensión comunitaria que le sean remitidas por la Comisión (Véase RD 295/1998, de 27 de febrero, sobre aplicación en España de las reglas europeas de competencia).

<sup>289</sup> Sobre la exclusión de los acuerdos de coordinación o cooperación empresarial del ámbito de la concentración en el Derecho europeo de la competencia, véase BELLO MARTIN-CRESPO, M<sup>a</sup>P., *Concentración de empresas*, *cit.*, págs. 167-174. Sobre la distinción entre empresa común cooperativa y concentrativa en la legislación *antitrust*, véase PICCOLANTONIO, D., "Il trattamento delle operazioni di joint venture nella legge «antitrust»", *Riv. Dir. Comm.*, n° 5-6, 1997, págs. 385-433; págs. 406-413.

ámbito que la LDC trata de proteger<sup>290</sup>. Desde esta perspectiva cabría preguntarse si el contrato de grupo paritario susceptible de ser encuadrado en la hipótesis legal de nulidad deberá considerarse nulo<sup>291</sup>. La respuesta no puede ser unitaria, pues dependerá de los términos en que se haya concluido cada contrato: puede que tan sólo alguna cláusula resulte intrínsecamente anticompetitiva (nulidad parcial); puede que todo el contrato lo sea (nulidad total); o que la cláusula en cuestión sea esencial en el contrato y por consiguiente arrastre la nulidad del mismo<sup>292</sup>. En cualquier caso, compete a los Tribunales la declaración de nulidad del contrato o de la cláusula o cláusulas pues, la nulidad de los acuerdos contrarios al art. 1 LDC [que surge como radical o absoluta de la propia contravención legal, como expresamente señala el número 2 del citado precepto], ha de hacerse valer ante la jurisdicción<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> V.gr., Resolución del TDC de 30-5-1989 (Sec. 1º, 89 DC 7) sobre nulidad de *contratos* que resultan limitadores de la competencia (Ley 110/1963, de 20 de julio). El Tribunal señala que la intromisión de órganos administrativos en un negocio *inter privatos* solo se justifica si las cláusulas anticompetitivas han sido puestas en práctica afectando al mercado y comprometiendo el interés público.

<sup>291</sup> Cfr. letras a)-e) del apartado primero del art. 1 LDC.

<sup>292</sup> ANTUNES, J.A., (*Os grupos, cit.*, págs. 586-587 y 762) considera que en el Derecho portugués siempre que el contrato de grupo (por coordinación o por subordinación) constituya un acuerdo restrictivo en los términos de la ley de defensa de la competencia deberá considerarse nulo y sin ningún efecto (art. 13.3 DL nº 422/1983, de 13 de diciembre). El autor incluye esta nulidad entre las causas específicas de extinción del contrato de grupo. En el mismo sentido, con respecto a la sanción de nulidad prevista en el art. 85.2 TUE (ahora 81.2 TA), BERCOVITZ, A., "Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE", en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, Vol. II, Ed. Cívitas, Madrid, 1986, págs. 327-480, págs. 440-441.

<sup>293</sup> Así se declara en la Resolución del TDC de 10-6-1997. Varias empresas implicadas en el acuerdo anticompetitivo objeto de examen solicitaban del Tribunal la declaración de nulidad del mismo. A este respecto el Tribunal indica que «no puede hacer este tipo de declaraciones ya que, si bien tiene reservado en nuestro Derecho interno la declaración de las prácticas contrarias a la libre competencia (STS Sala 1ª de 30-12-1993, R.Ar. 9.912), el conocer y resolver sobre aquellos otros procedimientos está reservado a los Juzgados y Tribunales, que ejercen la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos (art. 117.3 CE)». Bajo la vigencia de la Ley de 1963 el Tribunal debía declarar la existencia de la práctica prohibida y la nulidad *ope legis* de los convenios, acuerdos o decisiones que eventualmente estuvieren en su origen [véanse, entre otras, RR.TDC de 2-11-1988 (88 DC 12), 30-12-1988, 23-10-1991 (91 DC 41)]. Sobre los problemas que tal solución planteaba, véase FERNANDEZ RUIZ, J.L., "La acción de resarcimiento de daños y perjuicios en la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia", en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, II, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, págs. 239-265, págs. 257-258.

## 4.2. ACTUACIÓN DEL GRUPO Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

### A) Actuación del grupo en sede de concentraciones económicas

El grupo no sólo es el resultado de una operación de concentración sino que, una vez constituido, también es uno de los posibles sujetos activos de una operación de concentración o de toma de control de una o varias empresas ajenas al mismo<sup>294</sup>. Para el Derecho de la competencia el grupo -concentración en la pluralidad- constituye una «unidad económica»<sup>295</sup>, habilitada para utilizar los instrumentos que se definen como aptos para llevar a efecto una operación concentrativa<sup>296</sup>. Claro está que las operaciones deberán producirse entre el grupo y empresas extrañas al mismo, de forma que la inicial concentración que éste significa vea ampliado su perímetro como consecuencia de aquéllas, y que tal ampliación incida en la competencia efectiva del mercado<sup>297</sup>. De utilizarse por y entre las propias empresas del grupo, las operaciones quedarían al margen de la noción de concentración de la LDC para encuadrarse en las de mera

---

<sup>294</sup> Así, expresamente, según la anterior redacción del art. 14 LDC («Todo proyecto u operación de *concentración* de empresas o de *toma de control* de una o varias empresas *por parte* de otra persona, empresa o *grupo de empresas*, siempre que afecte o pueda afectar al mercado español y especialmente mediante la creación o reforzamiento de una posición de dominio (...)

<sup>295</sup> Cfr. BELLO MARTIN-CRESPO, M<sup>a</sup>P., *Concentración de Empresas*, cit., pág. 145. Sin embargo, precisa RUIZ PERIS, J.I., ("Grupos de empresas" pág. 1.468) que el término "unidad económica" utilizado en el Derecho de la competencia [para designar grupos fuertemente centralizados entre cuyos componentes no existe competencia susceptible de ser restringida a través de un acuerdo] no debe ser interpretado como equivalente al de "unidad de decisión" que está presente en el Derecho del Mercado de Valores. Opinión que no compartimos pues en el Derecho de la competencia, la unidad económica del grupo susceptible de impedir la aplicación de la normativa anticoncurrencial, se basa en la ausencia de decisión propia, autónoma o independiente de la empresa que realiza el acto *intra* o *extra* grupo. Situación que implica la existencia de la unidad de decisión en el seno de tal unidad económica.

<sup>296</sup> Que son los mismos que los anteriormente señalados como aptos para constituir inicialmente el grupo (Cfr. anexo 71 del RD 1080/1992, de 11 de septiembre).

<sup>297</sup> Para analizar tales extremos es por lo que el Anexo 71 del RD 1080/1992 exige que se facilite a cada una de las partes que intervienen en la concentración una lista completa de todas las empresas pertenecientes al mismo grupo.

reorganización intra-grupo<sup>298</sup>. Por último, en cuanto a cuál sea la sociedad del grupo a la que compete la notificación de la práctica de concentración<sup>299</sup> entendemos que no ha de ser sólo la sociedad del grupo que directamente realice la operación la que ostente la legitimación para notificar<sup>300</sup>. De tratarse verdaderamente de una decisión nacida en el seno del grupo y en interés de éste<sup>301</sup>, y pese a no recaer en la sociedad que ejerza la dirección unitaria la autoría material del supuesto, la notificación debería realizarse por ésta, con indicación expresa de la sociedad del grupo encargada de su materialización, o al menos, de consuno entre ambas<sup>302</sup>. Solución propuesta que en la práctica resultaría más ágil por cuanto que la sociedad matriz dispone -en principio- de la información relativa a la situación del grupo que se debe adjuntar a la notificación<sup>303</sup>.

---

<sup>298</sup> Sobre estos extremos, aún referidos al ámbito comunitario, véase BELLO MARTIN-CRESPO, M<sup>a</sup>P., *Concentración de empresas*, cit., pág. 149 y decisiones de la Comisión al respecto allí referidas.

<sup>299</sup> Como en otras ocasiones, la carencia de personalidad jurídica del grupo motiva la necesidad de atribuir a alguna de ellas las obligaciones legales que toda concentración conlleva. Sobre el régimen jurídico español relativo a la notificación de las operaciones de concentración de empresas, véase LARGO GIL, R., "La notificación de las concentraciones empresariales en el ámbito de la defensa de la libre competencia", en *Estudios Broseta*, cit., Tomo II, págs. 1.903-1.947.

<sup>300</sup> A este respecto, el actual art. 14.1 LDC -redacción dada por el RD Ley 6/1999-, al igual que el anterior art. 15.1 LDC, se limitan a indicar que la notificación será presentada por una varias de las empresas participantes. Ahondan un poco más en la materia, aunque sin referencia al sujeto «grupo», el art. 3.2. 3 y 4 del RD 1080/1992 y art. 37.1 RD 1197/1991, que distinguen en función de la técnica jurídica que se haya instrumentado para llevar a cabo la operación. Así: a) Cuando se trate de una fusión o una toma de control conjunta, la notificación se presentará de forma conjunta por parte de las *empresas partícipes*; b) Cuando se trate de una adquisición por parte de una persona o empresa de intereses que determinen el control de una o varias empresas la notificación se presentará por *el adquirente*; y c) Cuando se trate de una oferta pública de adquisición de acciones la notificación se efectuará por *el oferente*.

<sup>301</sup> En el seno de la sociedad dominante para el interés del grupo o en el seno del propio grupo gracias a un acuerdo paritario. Aunque para mayor fluidez expositiva y comprensión genérica del supuesto se alude a sociedades matriz y filiales.

<sup>302</sup> Cierta paralelismo con la opción señalada en el texto presenta tanto el art. 8 LDC como el art. 20 LCD.

<sup>303</sup> Véase información solicitada en la sección 4<sup>a</sup> del Anexo 71, relativa a la propiedad y control previos. En cualquier caso, el dato relevante es la existencia de unidad de decisión.

### B) Actuación del grupo en sede de acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas

Desde el momento en que la adopción de una política comercial uniforme por un grupo de sociedades (empresas en el *argot* concurrencial) pueda llegar a perjudicar la competencia en el mercado, tal sujeto del plano económico adquiere relevancia para el Derecho de la competencia<sup>304</sup>. Lo que sucede es que la carencia de personalidad jurídica del grupo impide que la actuación sea realizada por éste; en atención a su base policorporativa, siempre se tratará de actuaciones de las empresas que lo integran. Queda, entonces, analizar cuál es la relevancia hacia el mercado de las actuaciones de las empresas de un grupo por coordinación y qué trascendencia tiene para el Derecho de la competencia que exista dicha unidad económica. La respuesta aquí variará según se considere al grupo en su doble vertiente externa e interna<sup>305</sup>.

Desde el punto de vista de las relaciones externas, interesa saber si las conductas contrarias a la competencia realizadas por una sociedad del grupo son imputables a ésta aisladamente o al grupo. En este sentido, si el comportamiento anticoncurrencial se dirige contra una tercera empresa (ajena al grupo) siguiendo instrucciones directas del núcleo dirigente, la práctica comunitaria parece inclinarse porque tal comportamiento sea imputado a la sociedad madre o al propio grupo<sup>306</sup>. Se da así primacía en el ámbito europeo a la realidad material

<sup>304</sup> Así, FONT GALAN, J.I., *La libre competencia en la Comunidad Europea*, cit., pág. 125; RUIZ PERIS, J.I., "Aplicaciones del principio", cit., págs. 6.433 y ss.; RUIZ RULL, J.M<sup>a</sup>, "La competencia entre grupos de empresas", cit., págs. 18-21, pág. 19.

<sup>305</sup> Con carácter general sobre estas cuestiones, véase ANTUNES, J.A., *Os grupos de sociedades*, cit., págs. 160-162.

<sup>306</sup> Como advierte RUIZ PERIS, J.I., ("Aplicaciones del principio", cit., págs. 6.439-6.440), este criterio también se extendió, al menos en el ámbito comunitario, a otros sectores del Derecho de la competencia. Así, en el del *abuso de la posición dominante* (art. 86 TUE) se llegó a considerar la responsabilidad solidaria de las empresas que, bajo una unidad de acción, detentaban una posición de dominio (Cfr. S.TJUE de 6-3-1974, caso «ICI». -En nuestro país, el TDC, en su resolución de 21-12-1989 (89 DC 16) sobre bloqueo telefónico, hace responsables solidarias de una sanción única, a todas las sociedades que, bajo identidad de socios y administradores, participaron en una práctica concertada; sobre esta resolución, aunque con conclusiones no coincidentes, RUIZ RULL, J.M<sup>a</sup>, "La competencia entre grupos", cit., pág. 21; RUIZ PERIS, J.I., "Aplicaciones del principio", cit., pág. 6.441-). En materia de *control de ayudas públicas* (art. 87 TA -antes art. 92 TUE-) se ha considerado empresa única al conjunto integrado en un grupo (Cfr. S.TJUE de 14-11-1984, caso «Intermills»).

del control intersocietario sobre el principio de separación de las personalidades jurídicas de las sociedades agrupadas<sup>307</sup>.

A este particular, en nuestro Derecho interno pudiera no ser admisible tal solución con carácter general, pues no siempre resultará adecuado prescindir de la sociedad actora<sup>308</sup>. El art. 8 LDC prevé un régimen sancionador especial para los ilícitos concurrenciales perpetrados por *una empresa controlada por otra* que, a la vez, también le determina su comportamiento económico<sup>309</sup>. En tal caso, la norma no limita su eficacia al autor directo de la práctica restrictiva o abusiva, sino que la extiende -en forma de corresponsabilidad- a su autor mediato<sup>310</sup>. Para algún autor<sup>311</sup> la exigencia de que las relaciones existentes entre las empresas sea de control excluye la imputabilidad de la conducta

---

<sup>307</sup> Si sólo hay un interés y un único poder de decisión, los diferentes sujetos han de tratarse como uno sólo. En aplicación de esta tesis, el TJUE llega a responsabilizar a la sociedad madre de la filial que cometiera el ilícito concurrencial (SS.TJUE de 14-7-1972, caso «Materias colorantes», y de 21-2-1973, caso «Continental Can»). Sobre la jurisprudencia del Tribunal europeo en este sentido, véase GOMEZ SEGADE, J.A., "Panorámica del Derecho de la libre competencia en la C.E.E", *ADI*, Tomo 5, 1978, págs. 67-121, págs. 83-84; RUIZ PERIS, J.I., "Aplicaciones del principio", *cit.*, págs. 6438-6439..

<sup>308</sup> Por su parte, SANCHEZ CALERO, F., (*Instituciones, cit.*, pág. 123) alude a la imputabilidad de las conductas prohibidas "tanto a la empresa que las realiza como, cuando pertenezca a un grupo de sociedades, a su sociedad dominante o matriz cuando el comportamiento económico de la primera es determinado por ésta" y BROSETA PONT, M., (*Manual de Derecho mercantil*, 10ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 395), indica que "la responsabilidad se extiende a la sociedad dominante". En otro orden, BOLDO RODA, C., (*Levantamiento del velo, cit.*, pág. 385) afirma que el art. 8 LDC contempla un supuesto de «levantamiento del velo» impuesto por el legislador al ser "la propia norma la que prescinde de la consideración de que sociedad dominante y ... dominada son personas jurídicas distintas ... para extender la responsabilidad ... a la sociedad dominante ...".

<sup>309</sup> Sobre este extremo se ha señalado (Cfr. RUIZ PERIS, J.I., "Aplicaciones del principio", *cit.*, pág. 6.442) la indefinición del legislador al no precisar si se trata del comportamiento económico general de la controlada o del concreto determinante del acto ilícito desde la perspectiva concurrencial. El autor se decanta por ésta última solución, más acorde con la doctrina comunitaria en la materia. Opinión que compartimos también desde la perspectiva de la variedad estructural y funcional del grupo.

<sup>310</sup> RUIZ RULL, J.Mª, ("La competencia entre grupos", *cit.*, pág. 20) considera (a nuestro juicio influido por las decisiones comunitarias en la materia) que el art. 8 "establece la responsabilidad directa de la sociedad matriz sobre actos de sus filiales cuando se demuestre que las directrices y el comportamiento económico dependen de su dirección". A nuestro modo de ver, parece más acorde con la norma interpretar que se trata de una *co-imputabilidad* entre la/s actora/s y su matriz, de la que deriva una corresponsabilidad ante los comportamientos colusorios y, por ende, la aplicabilidad de las sanciones a las dos y la exigibilidad de su cumplimiento a ambas.

<sup>311</sup> Así, RUIZ PERIS, J.I., ("Aplicaciones del principio", *cit.*, pág. 6.442).

realizada por una empresa integrante de un grupo por coordinación a otra del mismo que ejerza la dirección unitaria. En cualquier caso, también puede defenderse que siempre será una cuestión de prueba demostrar si la conducta de una sociedad integrante de un grupo por coordinación, en ejecución de un acuerdo paritario adoptado en el seno del grupo, resulta imputable sólo a aquella o si, por el contrario, es predicable la corresponsabilidad del resto de las sociedades del grupo. Habrá que estar al grado de autonomía o dependencia de la sociedad respecto de la decisión del grupo, dato de más difícil constatación dada la ausencia de situación de dominio en este tipo de estructuras horizontales, aunque no imposible.

Solución semejante, desde el punto de vista de la legitimación pasiva, parece ofrecer la norma contenida en el art. 20.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD). Recordemos que el precepto permite el ejercicio de las acciones contra un acto de competencia desleal (art. 18 -a excepción de la de enriquecimiento injusto- "contra cualquier persona *que haya realizado u ordenado* el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización"<sup>312</sup>). El hecho de que la simple "ordenación" del acto de competencia desleal sea motivo suficiente para convertir al "ordenante" en legitimado pasivo en esta sede, permite centrar la atención en el grupo de sociedades. En consecuencia, de un acto de competencia desleal responde, no sólo la sociedad del grupo autora del mismo, sino aquella de quien partiera la orden, presumiblemente, la sociedad dominante en una relación de subordinación<sup>313</sup> o, incluso, si éste fuere de carácter paritario, las sociedades integradas en él partícipes en el acuerdo luego ejecutado por una de ellas<sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> La referencia a «cualquier persona» ha de relacionarse con el art. 3.1 LCD, admitiendo como sujeto pasivo a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, además de los empresarios.

<sup>313</sup> Será entonces una cuestión de prueba demostrar [según la posición procesal en que nos encontremos], bien la independencia de la sociedad autora respecto de la sociedad matriz en cuanto a ese acto concreto, bien la implicación de ésta última en la actuación de la primera. Sobre la legitimación pasiva en la LCD, véase MUERZA ESPARZA, J.J., *Aspectos Procesales de las Acciones de Cesación y Prohibición de Daños en el Ambito del Derecho Industrial y de la Competencia*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, págs. 81-82.

<sup>314</sup> Aunque tal hipótesis no suele ser tomada en consideración por la doctrina y práctica en esta materia, que parten de la sólo consideración del grupo vertical o jerárquico.

En cualquier caso, sí cabe concluir que lo decisivo no es el mero hecho de pertenecer al grupo<sup>315</sup> sino que la actuación se ajuste a *una misma línea de acción en el mercado determinada por la sociedad matriz*. De tal forma que si se demuestra la autonomía de acción de la filial en cuanto al diseño de su línea de actuación, ésta sería responsable única<sup>316</sup>.

En el plano de las relaciones internas la cuestión es saber si las normas sobre competencia resultan aplicables a las conductas que, aún contrarias a ellas, se lleven a cabo entre sociedades del grupo. A este respecto, si el comportamiento anticoncurrencial se verifica dentro del perímetro del grupo la tendencia de la doctrina y jurisprudencia apunta a que perderá aquélla naturaleza, no resultando aplicables las normas competenciales<sup>317</sup>. La actuación deberá ser interpretada como una operación de organización interna de una única empresa<sup>318</sup>, sin efectos para el mercado ni para la competencia<sup>319</sup>. *El grupo es aquí considerado como una unidad*, no sólo económica, sino también jurídica;

---

<sup>315</sup> Pertenencia al grupo o integración en el mismo que puede tener su origen no sólo en mecanismos de control.

<sup>316</sup> En opinión de FERNANDEZ-LERGA GARRALDA, C., (*Derecho de la competencia, cit.*, pág. 163) la autonomía de comportamiento de la filial es el elemento fundamental a valorar para determinar si existe o no el acuerdo o la práctica concertada. Aunque en este punto parece que la práctica de la Comisión europea no es homogénea. Sobre este particular, véase RUIZ RULL, J.M<sup>a</sup>, "La competencia entre grupos", *cit.*, pág. 20.

<sup>317</sup> Para una visión evolutiva de la jurisprudencia comunitaria y de las decisiones de la Comisión hasta culminar en el sentido expresado en el texto, véase GALAN CORONA, E., "La empresa como destinataria de las normas de defensa de la competencia", *cit.*, págs. 318-321; *idem*, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs. 168 y ss.; FONT GALAN, J.I., *La libre competencia, cit.*, págs. 125 y ss.; RUIZ PERIS, J.I., "Aplicaciones del principio", *cit.*, págs. 6.436-6.440.

<sup>318</sup> Como ha precisado SAGRERA RULL, J., (Cfr. "Los acuerdos entre empresas y la nueva Ley española de Defensa de la Competencia", *Der. de los Neg.*, n° 0, págs. 25-37, pág. 25), no se trata de una conducta prohibida puesto que: "1° No podrá ser considerado acuerdo entre empresas ya que, en realidad, las dos partes forman una unidad económica. 2° No podrá ser considerada restrictiva de una competencia que no puede existir entre dos empresas que por el hecho de formar parte de una misma unidad económica y de toma de decisiones no pueden estar en competencia la una respecto de la otra". De interés al respecto, véase Resolución del TDC, de 19-11-1990 (caso «Mazzoni», 90 DC 46) y comentario de RUIZ PERIS, J.I., "Aplicaciones del principio", *cit.*, págs. 6.433 y ss.

<sup>319</sup> Según tiene reiterado el TJUE, cuando estamos ante una unidad de decisión no puede darse competencia en el seno del grupo. Sobre este extremo, véase RUIZ RULL, J.M<sup>a</sup>, "La competencia entre grupo", *cit.*, pág. 19; VICENT CHULIA, F., *Introducción, cit.*, pág. 476, así como Resoluciones del TDC allí citadas (19-11-1990 -90 DC 46-, y 8-2-1991 -91 DC 8-, ratificada esta última por la de 29-4-1991 -caso «RTVE» -91 DC 22).

como una verdadera empresa única a efectos de aplicar las normas en materia de competencia<sup>320</sup>.

---

<sup>320</sup> Este era el sentido del art. 75.6 Anteproyecto LCoop, no mereciendo los acuerdos entre las cooperativas integradas la calificación de conductas prohibidas conforme al art. 1 LDC (véase EMBID IRUJO, J.M., "Problemas actuales de la integración", *cit.*, pág. 25. En general sobre los grupos, *idem*, "Cuestiones básicas de la ordenación jurídica de los grupos de sociedades. Especial consideración del Derecho de la competencia", *ICE*, nº 650, 1987, págs. 107-111). Tan sólo si las empresas filiales gozan de independencia suficiente para adoptar sus propias políticas empresariales, los acuerdos entre ellas podrían ser considerados como suscritos entre empresas independientes y, por tanto, restrictivos de la competencia por ajenos al grupo (Cfr. SAGRERA RULL, J., "Los acuerdos entre empresas y la nueva Ley española de Defensa de la Competencia", *cit.*, pág. 25). Por el contrario, para FONT GALAN, J.I., (*La libre competencia*, *cit.*, pág 125) incluso en tal circunstancia resultaría difícil aceptar que las empresas estuvieran en situación de competencia dada la unidad económica del grupo. En todo caso, para cualquier conclusión definitiva, remite a cada supuesto concreto. Así también RUIZ PERIS, J.I., "Aplicaciones del principio", *cit.*, pág. 6.440.

