

Departamento: Derecho económico- social

Área: Derecho Mercantil.

Coordinador: D. Alberto de Martín

Alumna colaboradora: Ana García Rodríguez

Revista revisada: Revista de Derecho Mercantil, nº 249, 2003

El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades

I. Introducción

La obra ante la que nos encontramos ha sido publicada en el Número 249 (julio-septiembre de 2003) de la Revista de Derecho Mercantil como un artículo perteneciente al mercantilista D. José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia.

II. Planteamiento

Tras los numerosos acontecimientos sociales que en los últimos tiempos han puesto en entredicho las estructuras impuestas por los códigos de buen gobierno de las sociedades cotizadas, hemos sido testigos de una proliferación a nivel mundial de iniciativas doctrinales y legislativas que han tratado de poner sobre la mesa una solución más o menos eficaz ante una problemática patente. El tradicional modelo de organización bajo el que se articulan las sociedades mercantiles se ha visto también afectado por la necesidad de adaptarse a las nuevas circunstancias del tráfico mer-

cantil. Cada vez es más frecuente que las empresas se inserten en grupos, lo que complica aun más los sistemas de gobierno.

No obstante lo expuesto con anterioridad, no contamos en nuestro sistema con un tratamiento pormenorizado de los grupos de sociedades, lo cual no parece consistente con la realidad empresarial. Como bien expone el Catedrático D. José Miguel Embid Irujo, “la alusión a los grupos en el seno del “Corporate Governance” es ciertamente fragmentaria y no está libre de ciertas contradicciones”.

Ante la situación imperante, el Profesor Embid Irujo reflexiona, a la luz de los numerosos avances en materia de Gobierno de las empresas, sobre el tratamiento que reciben los grupos de empresas, y expone las carencias de que adolece. En primer lugar, estudia el tratamiento a nivel mundial del fenómeno de los grupos con especial referencia al Derecho de los Estados Unidos (lo que hemos considerado como parte primera). A continuación, analiza su problemática actual en España y los cambios que se esperan en un futuro más o menos próximo (parte segunda).

III. Parte primera

El análisis de los problemas vinculados al Derecho de grupos carece de relevancia para la mayor parte de los autores que se han ocupado de los problemas del gobierno corporativo en el marco de los principios y reglas del Derecho de Estados Unidos. Se debe destacar el especial hincapié del autor en este aspecto. Sobre todo, si tenemos en cuenta que desde los orígenes del “movimiento” del “Corporate Governance”, Estados Unidos ha sido uno de sus principales impulsores. Al contrario de lo que sería deseable, esta situación no se presenta aislada: en el ámbito comunitario, el Informe Winter ha hecho caso omiso a las deficiencias de la regulación en materia de grupos. Por todo ello, no podemos vanagloriarnos del tratamiento que éstos reciben en el Derecho internacional. En este contexto de falta de regulación del grupo de sociedades, no quedaría otro remedio para solventar los problemas que en ellos se producen que acudir al mecanismo del “levantamiento del velo”. A este principio, como es ampliamente conocido en todos los ordenamientos jurídicos, no se le puede calificar de eficaz. Y ello, debido a la arbitrariedad con la que los tribunales han fijado sus límites y las dificultades probatorias que suele acarrear.

Siguiendo una línea tan precisa y crítica como la expuesta *ut supra*, el Profesor Embid Irujo plantea la posibilidad de articular el estudio de los grupos de sociedades sobre la base de los siguientes argumentos: (i) trasladando los principios doctrinales reguladores del funcionamiento del gobierno corporativo de la sociedad anónima cotizada; y (ii) manteniendo un equilibrio razonable entre la unidad del grupo y la autonomía de las sociedades que lo conforman. Es decir, no se trata de un simple trasvase, sino de una meditada adaptación al conjunto formado por la integración de las sociedades, sin que ello suponga una exoneración encubierta del cumplimiento de los deberes por parte de las sociedades individuales.

La viabilidad práctica de esta teoría, se ve dificultada por la oposición de parte de la doctrina mercantilista. Y ello porque el Profesor Embid Irujo parte de que los grupos de sociedades carecen de personalidad jurídica, pero considera que pueden ser calificados como centros de imputación de responsabilidad. A su vez, el nuevo concepto de empresa que se está desarrollando en la actualidad es cada vez más cercano a los grupos de sociedades. Por tanto, el hecho de que los grupos de sociedades no gocen de la cualidad de persona jurídica no implica que no debería tomarse en consideración la posibilidad de otorgársela en un futuro no muy lejano.

IV. Parte segunda

En la segunda parte del artículo, el autor se centra en la evolución que con relación a los grupos de sociedades ha tenido lugar en España, subrayando de forma irónica el minucioso análisis al que han sido sometidas las sociedades para dejar en evidencia el “olvido” al que han sido condenados los grupos.

Siguiendo una misma línea expositiva, desarrolla, aunque de una forma más bien enunciativa, el tratamiento de los deberes de los administradores, tanto los surgidos a consecuencia de la confianza que en ellos deposita la sociedad, como los que derivan de su relación con terceros.

Para lograr una cierta coherencia en la exposición de esta parte, un tanto extensa, la desglosaremos en dos hitos que se consideran fundamentales: (i) la regulación en el marco de los informes no vinculantes de Olivencia y de Aldama; y (ii) la regulación que se otorga tras la promulgación de la Ley de Transparencia de Sociedades Cotizadas (Ley 26/2003, de 17 de julio).

1. El informe Olivencia y el informe Aldama

El Profesor D. José Miguel Embid Irujo destaca cómo en el Informe Olivencia, se estudiaban los grupos de sociedades de una manera indirecta a través de la regulación de los accionistas significativos, si bien no se afronta de forma clara la problemática de las sociedades insertas en grupos. Sin embargo, se pone de relieve la existencia de determinados conflictos que surgen cuando existen posiciones de control mayoritarias. En este sentido, las recomendaciones del Informe Olivencia—recorremos que no tiene carácter vinculante—proponen la conveniencia de dotar al mercado de unos estándares de transparencia adecuados para poder ponderar los movimientos empresariales con un juicio insesgado.

Las expectativas que se habían fundado en este Informe, pronto quedarían frustradas ante el retroceso que en la materia supuso el Informe Aldama. Éste, lejos de regular el contenido de los grupos, se limitó a incluirlos en su texto sin realizar una pertinente exposición acerca de su consideración y requisitos.

El Profesor D. José Miguel Embid Irujo presenta de una forma clara el vacío legal

al que se había llegado, no sólo por falta de positivación, sino también por obviar la realidad y dar por analizado algo que carecía totalmente de análisis.

El avance del Informe Aldama con respecto al Informe Olivencia, no puede predicarse más que de lo referente a la regulación de los deberes que son exigibles a los administradores. Se da por supuesto que en lo referente a los gobiernos corporativos, los administradores ejercen su mandato sólo en lo relativo a la sociedad en particular. Sin embargo, como ya ha sido apuntado con anterioridad, la mayoría de las estructuras de gobierno corporativo de nuestros días, se derivan de modelos grupales. Por ello, el autor no puede dejar de criticar esta carencia de regulación, planteándose la posibilidad de extender las regulaciones individuales a los nuevos tiempos.

Probablemente, el mayor error en el que incurren las recomendaciones de los informes expuestos, según el autor, es de índole terminológica. El concepto de grupo de sociedades es utilizado de forma totalmente arbitraria incluso para referirse a realidades completamente diferentes a las que el mismo designa. Por esa circunstancia, en ciertas ocasiones se producen confusiones en torno a lo que realmente tratan de regular y el modo en el que pretenden hacerlo.

Las propuestas del autor en lo referente a la regulación de los deberes de los administradores no difieren de las anteriormente mencionadas en relación con la sociedad en su conjunto. Es decir, no se ve razón alguna para que deba entenderse que los deberes de los administradores se hayan de circunscribir a la sociedad cuando, en puridad, el interés de la sociedad es el interés del grupo en su conjunto. Por ello, debieran estar definidos de una forma más genérica.

Resulta inexcusable destacar la problemática en la que caen ambos Informes a la hora de regular los deberes de lealtad y de fidelidad de los administradores. Ambas propuestas refuerzan la necesidad de que los administradores velen por el interés de la empresa o por el interés social, pero en ningún momento se encuentra una definición aclaratoria de lo que significan dichos términos. Como muy bien expone el Profesor D. José Miguel Embid Irujo, “*quod non prohibita permissa est*”, por tanto nada impide que dichos conceptos sean expandidos al de grupo de sociedades, lo cual no debería haberse dejado al libre albedrío de una interpretación un tanto “arriesgada”.

El presente análisis es cerrado por el autor subrayando que, a pesar de que Aldama trata de llegar un poco más lejos en la regulación de los grupos de lo que ya había hecho Olivencia; sin embargo, no consigue la finalidad pretendida. Aldama se pierde en la difusión producida en el momento de sentar sus premisas definitorias; debido a ello, confunde la regulación de la sociedad en sí con los grupos en los que se integran produciendo una gran incertidumbre.

2. La Ley de Transparencia de las Sociedades Cotizadas

Con la promulgación de la Ley 26/2003, de Transparencia de las Sociedades Cotizadas, a pesar de que se produce un estudio más profundo de los grupos de

sociedades en el seno de la regulación de los Gobiernos Corporativos, sin embargo no se consigue la pretendida coherencia global propugnada por éste autor.

El Profesor D. José Miguel Embid Irujo realiza un recorrido a través de los numerosos textos legislativos que se han visto modificados por la promulgación de la citada Ley, centrándose sobre todo en los que regulan la configuración y funcionamiento de las sociedades cotizadas (nos referimos a la Ley de Sociedades Anónimas y a la Ley del Mercado de Valores).

Una de las principales reformas apuntadas es la regulación de la responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante frente a las sociedades dominadas, sus socios y sus acreedores. Dicha responsabilidad lejos de ser regulada de una forma tan minuciosa como requiere la materia, ha sido suprimida de un modo radical (tal como ha quedado recogido en el artículo 133.2 L.S.A.). Sin embargo, esta nada deseable modificación puede ser evitada recurriendo a los mecanismos existentes con anterioridad, tales como el “levantamiento del velo”, con el problema añadido de que el rigor que ahora se exige a la prueba va a ser mucho más severo.

También conviene aludir a las repercusiones que en el seno del tráfico mercantil tendrán los requerimientos impuestos a los pactos parasociales, los cuales han de cumplir con unos pluses de transparencia hasta el momento inexistentes. Surge aquí una gran problemática de hondo calado, puesto que la Ley no aclara suficientemente el concepto y alcance de la figura del pacto parasocial, ni tampoco a quiénes resultan exigibles las obligaciones de publicidad y depósito de los mismos. Así, por ejemplo, no queda claro que sucede cuando los pactos se concluyen entre sociedades que son filiales entre sí o entre filiales y la matriz.

Con todo, la ausencia de definición de grupo puede salvarse en este contexto acudiendo a la regulación en la que la misma se inserta. Esto es, al artículo 4 de la L.M.V.

Una de las cuestiones que suscitan mayor contrariedad dentro de la regulación de los grupos de sociedades deriva directamente de la pluralidad de intereses presentes en ellos y de los posibles conflictos que entre los mismos puedan surgir. La regulación que con relación a ellos realiza la Ley de Transparencia no ha sabido encuadrarse en el lugar que ocupan en nuestro ordenamiento jurídico. Una vez más se ha notado la falta de un buen empleo terminológico que culmine con los problemas interpretativos.

El autor propone como medio para solventar las dificultades que, en relación con el grupo, no ha podido superar la Ley de Transparencia la conclusión de contratos de grupo. De este modo se lograría que, por la vía de la autonomía de la voluntad, fuese posible la regulación exhaustiva del funcionamiento de estas estructuras, así como de las responsabilidades que de su actuación en el tráfico jurídico pudieran surgir. La única salvedad oponible a esta solución es el respeto que se debe mantener a los Estatutos de las sociedades que componen el grupo.

V. Conclusión

A lo largo de este magnífico artículo, José Miguel Embid, realiza un pormenorizado estudio, digno de encomio, acerca de la regulación de los grupos de sociedades desde la promulgación del Informe Olivencia, hasta la actualidad. El sentimiento pesimista del autor ante la falta de toma en consideración de un tema que es esencial en la sociedad actual sólo se ve aliviado por la esperanza depositada en la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles. El Código, de llegar a promulgarse, llevaría a cabo un análisis con el rigor técnico y legislativo del que carecen sus predecesores en materia de grupos de sociedades.

La disertación realizada por este, promete ser una palanca de cierto poder de cara al futuro de la regulación de los grupos de empresa, ya que de una manera tan brillante como directa, encara una realidad de un modo que no había sido realizado con anterioridad. Sólo queda ya intuir por qué no interesa regular de forma real la naturaleza de los grupos de sociedades en España.