

EL CONTROL Y LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Lorena Ramírez Otero

Sumario: I.- Introducción. II.- El control o dominio. 2.1. - Desplazamiento del poder en las sociedades anónimas de la Junta General a los Órganos de Administración. 2.1.1. - El absentismo de los accionistas y el control minoritario 2.1.2. - Trasfondo ideológico de la distribución de poderes entre los órganos societarios e influencia en la legislación. 2.1.3. - Titularidad de la función de gestión social. 2.2. - Contenido de la gestión de la empresa. 2.3. - Concepto unitario de control. 2.3.1. - Participaciones significativas, control minoritario y poder indirecto de gestión. 2.3.2. - Especialización del Órgano de Administración. 2.3.3. - El concepto de control en el artículo 42 del Código de Comercio. III.- El control societario como presupuesto del Grupo de Sociedades. 3.1. - Características del control. 3.2. - Situación de control y concepto de Grupo de Sociedades.

I.- INTRODUCCIÓN.

Las Uniones de Empresas están formadas por empresarios que manteniendo su independencia jurídica se reúnen para la consecución de fines económicos, que en principio les son, comunes. A este fin limitan su libertad de decisión económica ateniéndose a las directrices emanadas de una dirección unitaria. Dentro de este fenómeno se ha ido tipificando la figura de los Grupos de Sociedades, que son uniones en las que lo que se son sociedades¹. Los Grupos de Sociedades, sean estos por subordinación o por coordinación, se encuentran de este modo en una relación de género a especie respecto de las uniones de empresas.

El Grupo de Sociedades es -según la mayoría de los autores- la forma de concentración empresarial preferida por los operadores jurídicos², para obtener una dimensión de empresa óptima y afrontar los retos competitivos del mercado³. En el ámbito

1 En este sentido SÁNCHEZ CALERO, F.: "De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades", Revista de Derecho Bancario y Bursátil (en adelante RDBB), nº 77, año XIX, enero-marzo 2000, pág. 12.

2 Afirmación compartida, entre otros, por FERNÁNDEZ RUIZ, J. L.: "Algunas acotaciones sobre el concepto de grupos de sociedades en los derechos mercantil y laboral", en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 1221 y 1222; EMBID IRUJO, J. M.: "La problemática de los grupos", en Derecho de sociedades de responsabilidad limitada tomo II, Edit. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, pág. 1225.

3 DUQUE DOMÍNGUEZ, F.: "El derecho de las empresas vinculadas", RDBB nº35, año IX, julio-septiembre de 1989, refiriéndose a las relaciones de cooperación en un sentido amplio habla de racionalización de la organización para alcanzar unas prestaciones de mejor calidad; y de lograr una mayor cuota de mercado, a fin de que su actuar no esté supeditado a los parámetros marcados por la actividad competitiva de otras empresas; en el mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ CALERO, F.: "De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades", pág. 11, respecto de la necesidad de mejora y perfeccionamiento técnico de la estructura de las unidades de producción.

positivo, la regulación de los Grupos de Sociedades en general suele presentar, entre otros, dos rasgos que encuentran explicación en la dificultad ante la que se halla el jurista de concebir en términos de abstracción y de regular situaciones que como el Grupo, constituyen ante todo una realidad económica. En primer lugar, salvo excepciones⁴, cabe afirmar que las legislaciones contemporáneas suelen adolecer de la ausencia de una definición única y general de Grupo de Sociedades, regulándose el mismo de forma sectorial. Esto se debe a la dificultad de abstracción del significado estrictamente empresarial del Grupo y a la interdisciplinariedad de esta nueva forma de empresa. En este sentido, el fenómeno de los Grupos de Sociedades, aunque satisface necesidades actuales de los operadores económicos, afecta a bienes jurídicos protegidos por diversos sectores del ordenamiento, así: la libre competencia, los derechos de los accionistas minoritarios, de los trabajadores, los derechos de crédito de los acreedores, los derechos de los consumidores, la estabilidad del sistema financiero, etc. Pero aunque su regulación especial de conformidad con los principios que rigen cada rama del ordenamiento, sea necesaria para una adecuada protección de los específicos intereses afectados, se hace preciso a la vez, sino una regulación general sobre Grupos -tarea bastante dificultosa incluso para los ordenamientos comunitarios⁵- por lo menos una previa comprensión de las características esenciales de la figura. El análisis de éstas y de las realidades económicas sobre las que se asienta el fenómeno, contribuirá a evitar la diversidad de terminología jurídica equívoca, traducible en muchos casos en una confusión de la figura con situaciones intermedias de vinculación empresarial, cuya presencia, en diversa medida y con diversos grados, constituye el segundo de los rasgos que caracteriza a las legislaciones contemporáneas en la materia.

En la regulación legal de los supuestos de Grupo se tiende a confundir esta figura con situaciones de control societario, de influencia dominante⁶ o de participación significativa en el capital, entre otras. Y en el mejor de los casos, el legislador adopta como técnica de regulación, el establecimiento de presunciones de existencia de Grupo de Sociedades sobre la base de otras situaciones de vinculación empresarial⁷. Criterio este

4 Básicamente la Ley de Sociedades por acciones alemana de 1965 (Aktiengesetz), y Ley de Sociedades por acciones brasileña de 1976.

5 En este sentido, los trabajos del Proyecto de Novena Directiva, que contiene el régimen material de los Grupos de Sociedades, se remontan al informe de WURDINGER de 1970. Sobre la Novena Directiva de la CEE y la posibilidad o conveniencia de un régimen material de Grupos de Sociedades, vid. EMBID IRUJO, J.M.: "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (El proyecto de Novena Directiva)", Cuadernos de Derecho y Comercio, nº5, Junio 1989, págs. 357 a 417).

6 Así, RUIZ PERIS, J.: "Significado del control empresarial en el derecho español", Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, tomo III, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 3318. Son varios los ejemplos confusión y falta de puridad de la técnica utilizada que pueden extraerse de la legislación. Así, el art. 2 del RD nº 1343/1992 para determinar la existencia de una relación de control, remite a los criterios previstos en el artículo 4 de la LMV, pese a que este último no establece ningún criterio para determinar la existencia del control sino en todo caso de unidad de decisión; la disposición adicional segunda nº10 de la LSRL establece una presunción de influencia dominante en los casos contemplados en el número 1 del art. 42 del C. de Com. y el art. 4 de la LMV presume, que en los mismos casos existe unidad de decisión y por tanto Grupo de Sociedades. Al respecto EMBID IRUJO, J. M.: "La problemática de los grupos", pág. 1229, concluye que "para el legislador español por tanto, no existe diferencia apreciable entre situación de control y grupo, ya que circunstancias idénticas hacen presumir tales resultados no necesariamente coincidentes".

7 En determinadas casos no estamos ante un desconocimiento de la diferencia entre control y Grupo, sino que el legislador simplemente se ha valido de presunciones, ante la imposibilidad de concretar realidades de naturaleza económica. Así p. e., la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados cuando en su art. 8 habla de vínculos estrechos les define como "... toda relación entre dos o más personas físicas o jurídicas si están unidas a través de una participación o un vínculo de control... y es vínculo de control el existente entre una sociedad dominante y una dominada en todos los casos contemplados en el artículo 42 números 1 y 2 del Código de Comercio" y cuando en el artículo 20 impone el deber de consolidación contable a los Grupos de Sociedades, señala que "... consolidarán sus estados contables con los de las demás entidades... que constituyan con ellas una unidad de decisión. A estos efectos se entiende que un Grupo de

último, no desechable siempre que se tenga presente que el supuesto de hecho de la presunción es sólo indicio de una situación de vinculación mucho mayor -que implica el funcionamiento de una empresa que trasciende las estructuras societarias- y en tanto no se traduzca el mecanismo legislativo en una elaboración de listados que impliquen una duplicidad de términos. Así pues, todo intento de diferenciación del Grupo -aunque no pueda ser concluyente al tratarse de una realidad cambiante- influirá en una regulación de éste y de las demás relaciones interempresariales, de acuerdo a su importancia, ya que no se produce en todas ellas el mismo nivel de concentración económica, ni de riesgo para los intereses comprometidos.

Los Grupos de Sociedades, al tener entre sus causas la necesidad de organización de empresas de grandes dimensiones, cuya viabilidad supera el tradicional binomio empresa-persona jurídica, predominan fundamentalmente en el ámbito de las sociedades de capital y agrupan en su mayoría a sociedades del tipo anónima, con una amplia base económica y personal. Partiremos pues de su manifestación más característica: conjuntos de sociedades anónimas con capitales elevados y divididos entre numerosos accionistas -supuesto general de regulación en ámbitos como el Bursátil o el de Seguros-, para realizar el análisis de algunos de los presupuestos esenciales de Grupo y sobre todo de aquellos que pueden constituir casos de vinculación con presencia autónoma.

En el ámbito de las sociedades con accionariado difundido, entendido el término en un sentido amplio, el Grupo de Sociedades por subordinación constituye una estructura empresarial proliferante, actual, de novedad constante y a la vez antigua, en tanto se asienta en realidades económicas sobre cuya vigencia se ha venido pronunciando la doctrina desde finales del siglo XIX. Para comprender los Grupos de Sociedades por subordinación, cuya autonomía se ha configurado de manera más completa⁸, creemos

entidades constituye una unidad de decisión cuando alguna de ellas ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente el control de las demás... Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concorra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio,...”. La LOSSP al referirse al Grupo introduce un nuevo concepto entre éste y el control: la unidad de decisión, pero ante la imposibilidad de definirlo, establece una presunción de su existencia en los casos de control. EMBID IRUJO, J. M.: “La problemática de los grupos”, pág. 1239 y 1240, señala que como la dirección unitaria no es un concepto fácil de precisar, cabe presumir la existencia de Grupo en presencia de un mero supuesto de control; DÚQUE DOMÍNGUEZ, J.: “El derecho de las empresas vinculadas”, pág. 480, dice que son conocidas las dificultades que en la práctica se encuentran para determinar el supuesto de hecho de regulación de los grupos por lo cual se utilizan como instrumentos técnicos en esta tarea, las presunciones y el deber de notificación. Respecto de las primeras expresa el autor que las mismas se van encadenando sucesivamente desde la participación hasta la unidad de decisión pasando por el dominio.

8 El otro tipo de Grupos de Sociedades son los de estructura paritaria. Según una definición comúnmente aceptada -tomada de la legislación alemana- se entiende por Grupo por Coordinación a aquella forma de unión de empresas, generalmente societarias, caracterizada por la sujeción de las mismas a una dirección unitaria, sin merma de la autonomía jurídica de sus titulares, y sin que se dé entre ellas relación de subordinación o dependencia. Como todo Grupo de Sociedades, tiene entre sus presupuestos a la dirección unitaria, más no al control o dependencia. La controvertida posibilidad de disociar ambas nociones -dirección unitaria y control- es causa de las discrepancias de la doctrina -incluso alemana- sobre la existencia o no de esta clase de Grupos (así, EMBID IRUJO, J.M.: “Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (El proyecto de Novena Directiva)”, pág. 387, opina que esta figura debe salir del ámbito de la concentración empresarial para situarse en el de la cooperación interempresarial). Sobre Grupos por Coordinación, vid. SACRISTAN REPRESA, M.: “El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas”, Revista de Derecho Mercantil, nº 165 y 166, julio-diciembre, 1982, págs. 375 a 443. En todo caso, los Grupos Paritarios suelen identificarse sobre todo en el ámbito cooperativo. VÁZQUEZ PENA, se refiere en este sentido a la incompatibilidad de los Grupos por subordinación con los principios de autonomía y gestión democrática que rigen a las Sociedades Cooperativas. Manifiesta este autor, que en el ámbito cooperativo sólo pueden producirse situaciones de Grupo por Coordinación (vid. “As cooperativas de segundo grao e outras formas de colaboración económica”, en Estudios sobre a Lei de Cooperativas de Galicia”, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela 1999, pág. 365). Al respecto hay que señalar el controvertido art. 78 de la Ley de Cooperativas, que a diferencia de las Leyes autonómicas -p.e. Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia- parece admitir la posibilidad de Grupos por subordinación entre Sociedades Cooperativas.

que es necesario realizar en parte una visión retrospectiva, y en ciertos aspectos -con perdón de los lectores- reiterativa de la evolución de la distribución de poderes al interior de las sociedades anónimas. Esto nos permitirá alcanzar un concepto unitario de control societario, determinar la relación existente entre la situación de dominio y la de Grupo de Sociedades, así como establecer la diferenciación del mismo con algunas figuras afines. Para esta tarea nos centraremos en el derecho español, con algunas alusiones al derecho comparado europeo y comunitario. Incluiremos asimismo referencias al “Informe Olivencia”, código ético de cita obligada, cuando se trata cualquier materia relacionada con el gobierno de las sociedades de accionariado difundido⁹.

II.- LA RELACIÓN DE CONTROL O DOMINIO.

Según una definición ampliamente extendida de Grupo de Sociedades se entiende por tal, el conjunto de sociedades que conservando su personalidad jurídica independiente se encuentran sometidas a una dirección económica unificada¹⁰ -única¹¹ según otro sector de la doctrina- sobre la base del control¹². Sin embargo cabe señalar, desde ahora, que esta noción -al incluir como presupuesto la existencia de un relación de control- conduce a restringir el concepto de Grupo de Sociedades a una sola de las categorías en que se divide el fenómeno: los Grupos jerárquicos por subordinación¹³.

Limitándonos al análisis de la figura de los Grupos por subordinación, el control y las técnicas que hacen posible su obtención son los primeros indicios de la formación del Grupo, pero no pueden identificarse con el mismo, ya que para hablar de Grupo en sentido propio es necesaria la existencia de una dirección económica unificada. Es ésta, como elemento unificador del grupo¹⁴, la que le distingue de un mero supuesto de con-

9 El Consejo de Ministros acordó el 28 de febrero de 1997, la creación de una comisión especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. A tal efecto, por Orden Ministerial de 24 de marzo de 1997 se designó una comisión integrada por diez prestigiosos juristas y presidida por Don Manuel Olivencia Ruiz. La “Comisión Olivencia” emitió el 12 de febrero de 1998 un informe sobre el gobierno societario, conocido como “El Informe Olivencia”. Este Código Ético no contiene normas de Derecho imperativo ni dispositivo, sino un conjunto de recomendaciones, que sólo en caso de ser voluntariamente adoptadas por los estatutos sociales o por los Consejos de Administración al regular su funcionamiento, adquirirían vigencia como normas de Derecho Convencional. Las recomendaciones son elaboradas sobre una amplia base de datos sobre el funcionamiento de las grandes sociedades anónimas existentes en el mercado. A pesar de su adjetivo, no contiene normas ético-morales sino principios y modelos de conducta para un “buen gobierno de las sociedades”, basados en criterios de racionalidad y corrección. Sus destinatarios son básicamente las sociedades que cotizan en mercados de valores y en especial las que presentan un mayor porcentaje de acciones de libre circulación (capital flotante), sin perjuicio de ser aplicable a cualquier sociedad que capta recursos financieros en los mercados de capitales aunque sus acciones no coticen en bolsa, así como cualquiera que encuentre utilidad en sus sugerencias. En este sentido sus creadores advierten que su contenido deberá ser adaptado a las necesidades y peculiaridades de cada sociedad. El texto íntegro del Informe Olivencia se publicó en “Derecho de los Negocios”, año 9, nº 92, Mayo, 1998, págs. 104 a 129.

10 EMBID IRUJO, J. M.: “La problemática de los grupos”, pág. 1238, propone un concepto operativo de validez global que defina al Grupo como “el conjunto de sociedades sometidas, sobre la base del control, al ejercicio de una dirección económica de carácter unificado”

11 DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: “El derecho de las empresas vinculadas”, págs. 475 y 476, cuando se refiere a los Grupos de Sociedades, habla de dirección única, sean estos por coordinación o por subordinación.

12 En cuanto al Derecho español, EMBID IRUJO, comenta que para el mismo “la noción básica en la regulación del grupo es el mero control” (vid. EMBID IRUJO, J. M.: “La problemática de los grupos”, pág. 1228); en el mismo sentido MARTÍNEZ MACHUCA, P.: “El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades”, Revista de Derecho de Sociedades (en adelante RdS), nº 12, 1999, Edit. Aranzadi, pág. 210.

13 Así, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: “El derecho de las empresas vinculadas”, pág. 490.

14 Vid. EMBID IRUJO, J. M.: “La problemática de los grupos”, pág. 1227.

trol societario. Así pues para comprender la realidad económica y jurídica que constituye el Grupo de sociedades, es necesario aprehender los medios de adquisición del control, el control, la influencia dominante y el concepto de dirección unitaria.

El control es el punto de partida en la formación de un grupo por subordinación¹⁵. Esto no significa que se subordine la importancia de tal situación a la posterior formación de esta nueva forma de empresa, ya que el control por sí mismo genera efectos jurídicos que el ordenamiento también tiende a detectar, regular y limitar, como hemos visto en el caso del artículo 8 de la LOSSP (vid. nota 7)¹⁶. Sin embargo, la regulación de las situaciones de control se establece en la mayoría de los casos, en tanto se presume de una situación de Grupo, como ocurre en el supuesto de la imposición del deber de consolidación contable según el método de integración global¹⁷. Por este motivo a los efectos del presente trabajo, interesa el análisis de la noción de control como supuesto de la formación de un Grupo de Sociedades por subordinación y como supuesto de hecho sobre el que suele recaer la presunción de su existencia.

Cabe hablar de una situación de dominio, para referirse a la relación que se establece entre dos personas, cuando una de ellas ejerce sobre la otra un poder; pudiéndonos también referir al control en cuanto poder que se ejerce sobre una persona jurídica. Siguiendo a **RUIZ PERIS**¹⁸ se dice que el control es un poder -consecuencia de la existencia de una relación entre dos sujetos- que permite a uno de ellos dirigir la actividad del otro -una persona jurídica-; es un poder de determinar en forma decisiva, duradera y general la gestión de otro.

Hablar de Grupo de Sociedades es hablar de una pluralidad de entidades independientes jurídicamente, pero que desde la perspectiva económica mantienen una relación de dependencia¹⁹, de forma que la libertad de delinear sus directrices de gestión económica se encuentra mermada. Contemplando el Grupo desde esta perspectiva, el elemento del "control", como uno de sus componentes, implicaría un respeto formal de la organización -legal o estatutaria- de las personas jurídicas que lo integran²⁰. Por este motivo, el control debe recaer o ejercerse a través de aquel órgano de la sociedad, que

15 Vid. RUIZ PERIS, J.: "Significado del control empresarial en el derecho español", pág. 3325, enuncia el control como uno de los presupuestos de los grupos por subordinación.

16 Así, EMBID IRUJO, J. M.: "La problemática de los grupos", pág. 1235, comentando los artículos 52.1 y 53.4 de la LSRL, indica que los mismos contienen límites al ejercicio del dominio puesto que su operatividad comienza "*ya en sede del mero control, sin necesidad de trascender el marco societario en el cual se sitúan*"; RUIZ PERIS, J.: "Significado del control empresarial en el derecho español", pág. 3328, al hablar del control, le califica como un poder de derecho en el sentido de que el ordenamiento jurídico *reconoce la existencia de ese poder y otorga consecuencias jurídicas a su existencia*", mencionando los artículos 74 de la LSA, 8 de la LDC, etc.

17 Vid. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. "Régimen jurídico de la contabilidad de empresario", Edit. Lex Nova, Valladolid, 1992, pág. 403. De manera que podemos decir que este método se impone a las sociedades incursas en los supuestos del art. 42.1 no porque ejerzan un control sino porque a través de éste se presume que constituyen un Grupo del cual son cabeza. EMBID IRUJO, J. M.: "La problemática de los grupos", pág. 1227, indica que es habitual en la legislación societaria, no definir lo que se entiende por grupo y "*cuando se hace es a partir de una previa situación de control, llegando en ocasiones a establecer una verdadera presunción irrefutable de grupo en tal caso...*".

18 Vid. "Significado del control empresarial en el derecho español", págs. 3315 a 3353.

19 En este sentido, GALGANO, F.: "El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas", Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima, Edit., Civitas, Madrid 1995, pág. 63, denomina a la sociedad que forma parte de un grupo: "*sociedad con soberanía limitada*"

20 Compartimos pues la opinión de RUIZ PERIS (vid. "El significado del control empresarial en el derecho español", pág. 3328), en cuanto indica que el control es un "*poder que actúa en la esfera jurídica ajena a través del propio poder de gestión autónomo del controlado -tanto en los supuestos de control interno como en los de control externo-, ejercitado por los órganos de la controlada...*"

reúna entre sus facultades, aquellas que permitan a la dominante dirigir la actividad de la dominada. Es pues obligatorio un estudio de los órganos de las sociedades de capital para determinar cual de ellos posee el poder de dirección que se ve centralizado en el caso de los Grupos de Sociedades.

2.1.- Desplazamiento del poder en las sociedades anónimas de la Junta General a los órganos de administración.

2.1.1. - El absentismo de los accionistas y el control minoritario.-

Ya en 1933 el profesor GARRIGUES ponía de manifiesto la transformación en la estructura y funcionamiento de las sociedades anónimas, que se venía produciendo desde el siglo pasado. En cierta forma, la sociedad anónima ha vuelto a sus inicios en los que, a los accionistas mayoritarios se les reservaba el derecho de elección de los cargos administrativos, junto con quienes decidían sobre los asuntos de la sociedad²¹. Sin embargo este retroceso se ha producido antes en los hechos o por vías indirectas, que en el ámbito legislativo.

No se niega que la Junta General posea poderes y facultades originarios, en tanto es el órgano social formado por todos los socios por el hecho de ser tales, al que corresponden los poderes de nombramiento y revocación de los otros órganos sociales. Sin embargo, es sabido que desde hace tiempo - a pesar del criterio de los legisladores- la Junta General de accionistas ya no es de hecho, el órgano social soberano que la doctrina y el Derecho tradicional quisieron que fuese, al menos no de la forma en que era concebida en el concepto de sociedad anónima del siglo XIX²². En todo caso, ésta es soberana pero dentro de lo que son sus competencias. A esta pérdida de poder y paso de una competencia general²³ a una de tipo específico, han contribuido diferentes hechos e ideologías que intentaremos reseñar de forma sucinta.

A la igualdad de derechos entre los accionistas reconocida por las legislaciones responde una cada vez más generalizada, ausencia de un interés que respalde el derecho de voto y participación otorgado a los mismos. De modo que los niveles de participación en la vida de la sociedad y de ejercicio de los derechos políticos de los accionistas²⁴, se corresponden con las diferentes clases en que se encuentran clasificados

21 GARRIGUES, J.: "Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas", Reimpresión Edit. Civitas, 1998 págs. 27 y sgts. desvelaba "la quiebra del principio liberal y democrático en los nuevos hechos del derecho vivo de las sociedades anónimas. Mientras en la esfera interna propenden éstas de nuevo a configurarse en un régimen aristocrático que fue el de sus comienzos,..."

22 Sobre la soberanía de la Junta en el concepto clásico de sociedad anónima del siglo XIX, GALGANO expresa que: "los socios sumaban en sí, reunidos en asamblea, todos los poderes sociales, incluidos los relativos al ejercicio de la empresa. Los administradores eran simples ejecutores de las deliberaciones de la asamblea, y se les podía imponer directivas o impartir órdenes sobre todos los actos de la gestión de la sociedad" (la traducción es nuestra). (Vid. GALGANO, F.: "La società per azioni", Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. VII, Edit. Padova, 1989, pág. 32).

23 ESTEBAN VELASCO hablando de la competencia general de la Junta, explica que la misma tenía entre sus causas la escasa regulación de la organización societaria, el carácter dispositivo de las normas y las ideas de libertad contractual y de autodeterminación de la época. De modo que, se dejaba en manos de los estatutos -es decir de los socios fundadores y de la Junta General- la determinación y asignación de competencias entre los órganos, que se realizaba de acuerdo con la conveniencia de los socios, atrayendo hacía sí las posibles competencias de los otros órganos. Según el autor, "en este contexto la junta general puede dar las orientaciones generales sobre la política de gestión, instrucciones vinculantes de tipo general o para un negocio concreto o bien adoptar ella misma cuantas medidas de gestión estime conveniente. (Vid. ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho Europeo y reforma del derecho español", Edit. Civitas. Fundación Universidad - Empresa, Madrid, 1982, pág. 491).

24 GARRIGUES, J.: "Nuevos hechos, nuevo derecho de las sociedades anónimas", pág. 23, habla del derecho a cooperar en la administración social emitiendo el voto.

estos, según el tipo de interés que les lleva a participar en el capital social²⁵. De los diferentes tipos de accionistas existentes en las grandes sociedades anónimas con capital dividido en miles de acciones, predominan los que con su participación en la misma sólo buscan especular con el importe aportado²⁶. A estos les interesa principalmente el valor de cotización de las acciones, y la marcha de la sociedad sólo en la medida en que pueda significar una disminución de dicho valor²⁷. Esta falta de interés en la gestión social, se traduce primordialmente en el no ejercicio de los derechos de voto y su falta de concurrencia a las Juntas Generales: El absentismo de los accionistas²⁸.

El hecho de seguir siendo la Junta General, un órgano que funciona según el régimen de mayorías, unido al absentismo de los accionistas, lleva a que éstas no necesariamente se correspondan con la mayoría del capital social. Se forma así lo que se ha denominado por la doctrina “el control minoritario”²⁹. El absentismo de los accionistas

25 GALGANO, F.: “La società per azioni”, pág. 29, hablando de los tipos de accionistas y la diferencia entre los mismos indica que “*la distinción entre mayoría y minoría no es una distinción sólo cuantitativa, o sea basada sobre el hecho en sí de la mayor o menor cantidad de acciones poseídas; ella es también -y es más bien primeramente- una distinción cualitativa: una distinción que se funda sobre la diversa función a la que esta predispuesta la detentación de las acciones de mayoría o de minoría*” (la traducción es nuestra); considerando que la adquisición de acciones por la minoría se realiza sólo con el fin de invertir su dinero y no con el de obtener el comando de la sociedad. ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho Europeo y reforma del derecho español”, pág. 267 manifiesta que el llamado absentismo del accionista tiene su última causa en la estructura de intereses de la sociedad.

26 Con igual sentido SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, indica que “*en la gran sociedad anónima la masa la constituyen los accionistas/inversores, grupo invertebrado, consciente de que aisladamente no puede influir en la marcha de los asuntos sociales y cuya preocupación esencial es la cotización y el dividendo...*” (vid. “El gobierno de las sociedades cotizadas y su control”, Centro de documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1996, pág. 104).

27 El interés en la marcha de la sociedad disminuye en relación directa con el porcentaje de participación en el total del capital social. En las sociedades cuyo capital está dividido en miles de acciones el rendimiento que produce la colocación de dinero en capital societario no se diferencia mucho del que produce cualquier otro tipo de ahorro, por lo cuál la rentabilidad que busca el accionista, está en las fluctuaciones del precio de las acciones en el mercado. En la doctrina ponen de manifiesto ésta relación entre interés y participación accionaria, el profesor Joaquín GARRIGUES en su obra Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas, págs. 82 y 83 y modernamente ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho Europeo y reforma del derecho español”, Edit. Civitas. Fundación Universidad - Empresa, Madrid, 1982, pág. 267, entre otros. GALGANO dice que para este tipo de accionistas la suscripción y posterior adquisición de acciones significa “*una posible forma de inversión del ahorro: la acción es considerada, bajo este aspecto, como un valor mobiliario, que tiene un propio mercado, un precio oscilante que puede dejar un margen de ganancia entre la adquisición y la venta*”. (la traducción es nuestra). Se contraponen así a los accionistas empresarios, para quienes la posesión de acciones implica la posibilidad de hacerse con el control de la sociedad. (vid. “La società per azioni”, pág. 29). En el mismo sentido ESTEBAN VELASCO, G.: *ibid.*, pág. 267

28 GARRIGUES, J.: “Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas”, refiriéndose al derecho de voto universalmente reconocido por las legislaciones a los accionistas, indicaba que “*ocurrió una vez más lo que ocurre siempre que a las creaciones legales les falta el contenido económico: que los derechos se hacen letra muerta y quedan relegados en los Códigos a puras expresiones platónicas, sin ejercicio efectivo en la vida real, a la manera como, a veces, quedan en seco los puentes que el hombre construye si el curso de las aguas sigue un cauce distinto del previsto*”. Recientemente el Informe Olivencia a vuelto a referirse al absentismo de los accionistas, ésta vez en términos de coste-beneficio. Se trataría de una actitud económicamente comprensible a causa de los problemas de “apatía racional” (frecuentemente el coste de participar en la asamblea es superior al rendimiento que puede obtenerse) y de “acción colectiva” (no es posible coordinar las iniciativas individuales de los accionistas dispersos, y, en esa tesitura, no hay incentivos para realizar esfuerzos que aprovecharan otros).

29 Sobre el control minoritario GALGANO, explica que “*La función rectora de la propiedad, en la medida en que pervive, no siempre es ejercida por la mayoría del capital. A menudo es ejercida por la minoría, dando así lugar al fenómeno del llamado control minoritario. La función rectora, desde luego es ejercida por la propiedad, pero por una propiedad que representa una fracción reducida del capital y que impone su voluntad a la mayoría. En general este fenómeno es descrito como típico de las sociedades con amplísima base accionaria, y con acciones repartidas entre un vasto público de pequeños accionistas. Así, fracciones incluso mínimas del capital pueden permitir el dominio sobre la junta en ausencia de la gran*

y el control minoritario -que implica la formación de una mayoría estable- son causa de que las actuales y mermadas facultades de la Junta General, sean ejercidas por un reducido número de socios poseedores de la participación indispensable, para cumplir con los requisitos de *quórum* y mayoría requeridos, y son causa también del establecimiento de una relación de coordinación entre estos y el órgano administrativo³⁰, que les lleva a influir en la competencia de éste.

Hemos de señalar además, que a la irregular asistencia a las Juntas Generales y falta de ejercicio de los derechos políticos por parte de los socios, concurren otros factores que contribuyeron a quebrar el principio democrático de igualdad de derechos según la participación en el capital social: la creación de acciones privilegiadas y de voto múltiple³¹. La complejidad de la administración de la empresa, la distinción entre los diversos grupos de accionistas, el ejercicio del derecho de voto por parte de los bancos depositarios, etc., habían conducido a un falseamiento de la democracia capitalista que regía la organización interna de las sociedades anónimas, aunque formalmente se respetaba el principio de la mayoría de capital, sin embargo con la creación de este tipo de acciones se admite la ruptura del principio³². Estos valores quiebran la proporción entre riesgo patrimonial y poder o grado de cooperación en la administración de la

multitud de pequeños accionistas” (vid. “El desplazamiento del poder en las S.A. europeas”, Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima, AA.VV, Edit. Civitas, Madrid, 1995, pág. 73 y 74). En la doctrina española pone también de manifiesto el hecho de que los accionistas de control no necesariamente se corresponden con la titularidad de la mayoría del capital social, SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, F.: “El gobierno de las sociedades cotizadas y su control”, pág. 104; ALCOVER GARAU, G.: “La Representación proporcional de la minoría en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima y el principio mayoritario en el funcionamiento de la Junta General de Accionistas”, Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, tomo I, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 27 entre otros.

30 Descartamos pues, la generalización del fenómeno conocido como “separación entre propiedad y función del capital” o “disociación entre propiedad y control de la riqueza”, considerando que el supuesto normal es el establecimiento de un gobierno permanente conformado por determinados socios. La tesis de “separación entre propiedad y función del capital” (enunciada en distintos momentos por pensadores como MARX, VERDEN, KEYNES, BERLE, MEANS) habla del gobierno, dirección y control de las empresas por los directivos o *managers* no propietarios (entiéndase a efectos de su crítica, como no partícipes en la conformación del capital que administran) y de la existencia de socios - “propietarios” según la teoría- cuya opinión e interés se ven relegados en las decisiones que tomen los *managers* sobre el capital por ellos aportado. En su primigenia postulación, por CARLOS MARX, el supuesto de hecho en cual cobraba funcionalidad esta teoría, era el de una sociedad con un capital cuya atomización era extrema -en palabras de GALGANO- “*un capital enteramente monetario*” (la cita a la teoría según MARX es tomada de GALGANO, F.: “El desplazamiento del poder en las S.A. europeas”, nota a pág. 68). De aquí se colige que es necesario la existencia de un capital con estas características para que se dé la referida separación; en la medida en que el fortalecimiento del poder de los administradores opera a expensas del absentismo de los socios en las Juntas Generales y de su desinterés en la marcha de la sociedad. GALGANO señala que las sociedades en las que se cumpla la tesis de la “disociación entre propiedad y control de la riqueza” deben caracterizarse además por la inexistencia de una mayoría estable (vid. *ibid.* pág. 69 y 70). No falta razón a este autor, puesto que para que se verifique esta Teoría en su acepción más pura, es necesario que se produzca un absentismo de todos los accionistas y aún en el caso de que sea así -cuestión bastante difícil concebir- y el total del accionariado esté compuesto por socios de *risparmio* o monetarios, sus derechos políticos desprovistos de interés pueden ser captados (como lo describía el profesor GARRIGUES, en su obra “Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas”, pág. 97 a 121) y reunidos de manera estable conformando una mayoría en manos de un tercero. Vemos pues que el supuesto de hecho que se requiere para la verificación de esta tesis marxista, es pues, de escasa o nula producción, siendo lo normal en las grandes sociedades, la existencia en su seno de una minoría de capital estable, que da lugar al “control minoritario”. Se puede admitir una separación entre la gestión y la propiedad de la riqueza, pero sólo en el sentido de que es sólo una parte minoritaria de aportantes de capital los que junto con el órgano de administración -sea por influencia, coordinación, o contraposición con éste- gestionan la sociedad. Sobre este tema volveremos en el punto 2.3.2 de este trabajo.

31 Vid. GARRIGUES, J.: “Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas”, pág. 28.

32 Así, ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho Europeo y reforma del derecho español”, pág. 141 y 142.

sociedad, siendo diversos los motivos justificantes de su emisión³³. A través de ellas se contribuyó al reforzamiento del poder de la administración, ya que las mismas junto con las acciones reservadas eran entregadas a determinadas personas de confianza de la sociedad, lo cuál estrechaba más la relación entre las mayorías y la administración. Estos instrumentos fueron utilizados por la administración y los accionistas vinculados a ella, con el fin de ejercer el dominio en sociedad y conservar su posición en la misma³⁴. Debido a los abusos en su utilización, la emisión de este tipo de acciones se vio restringida y en algunos casos prohibida por parte de los distintos ordenamientos, aunque la tendencia hacia el fortalecimiento del poder de la administración, a que habían contribuido, continuó de manera progresiva.³⁵

2.1.2. - *Trasfondo ideológico de la distribución de poderes entre los órganos societarios e influencia en la legislación.*

Frente a este estado de cosas en el que la administración iba reforzando su posición en la sociedad, el derecho no reaccionó sino tardíamente, y su reacción se vio propiciada y sobre todo influida, en la mayoría de los países, por una serie de teorías, de entre las que destacan la de la Autosocialización de la gran empresa y la Teoría de la empresa en si (“*Unternehmen an sich*”). La exposición más difundida de la primera de las mencionadas³⁶, la encontramos en la conferencia pronunciada por KEYNES en Berlín en 1926 bajo el título de “el final del *laissez affaire*”. En ésta se pone de manifiesto la relación existente entre la evolución de la sociedad anónima y las transformaciones sufridas por el sistema económico; de forma que las empresas mientras más grandes y antiguas son, tienden a autosocializarse, produciéndose un alejamiento de la administración respecto de los numerosos accionistas. Distanciamiento que alcanza un grado tal, que los administradores sólo en último término, toman en cuenta el interés de los socios como punto de referencia en el ejercicio de su función. La sociedad es dirigida siguiendo una orientación que favorece a la prosperidad, conservación y prestigio de la empresa y residualmente al beneficio distribuible. De este modo la sociedad anó-

33 Las acciones de voto plural y las acciones reservadas se constituyeron en un medio para debilitar el poder de la Junta General frente a la administración necesitada de mayor estabilidad para la toma de decisiones y la consecuente buena marcha de la empresa. Se creía en la existencia de una oposición del órgano administrativo -custodio del interés de la empresa- y los accionistas minoritarios; no así frente a los mayoritarios cuya postura considerabase coincidente con la de la administración. La emisión de acciones de administración, invención inicial para luchar contra la influencia de inversionistas extranjeros, se justificaba como un medio de protección del interés de la empresa. (vid. para una exposición más detallada GARRIGUES, J.: “Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas”, págs. 61 a 95; ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español”, págs. 117 a 134.)

34 ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español”, pág. 121.

35 Los motivos de la creación de éste tipo de acciones durante la post guerra obedecieron por un lado a la necesidad de inyección de capital y por otro a de defensa contra el dominio de las sociedades por capitales extranjeros. Sin embargo su uso, además de provocar un fortalecimiento de la administración, sirvió a fines contrarios a su creación. Las sociedades siguieron siendo dominadas por extranjeros valiéndose precisamente de las acciones de voto plural y por su parte los supuestos fiduciarios de la sociedad utilizaron las acciones reservadas para imponer contratos perjudiciales a las mismas (vid. GARRIGUES, J.: “Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas”, págs. 76 y 77). Como reacción a estos abusos, las legislaciones limitaron o prohibieron su emisión. Así el proyecto de Código de Comercio Alemán de 1930 suprime las acciones reservadas y limita el empleo de las acciones de voto plural propiciando su amortización -aunque el texto legislativo definitivo se muestra tolerante con las acciones de voto plural, y somete a las acciones reservadas al régimen de las acciones propias-; el proyecto suizo de 1928 y la ley francesa de 1930 rechazan las acciones de voto plural. En la actualidad, el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante TRLSA) prohíbe la posibilidad de emisión de acciones con voto plural en su art. 50.2.

36 Para una exposición más detallada de esta teoría, vid GARRIGUES, J.: “Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas”, pág. 36 a 41 y ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español”, pág. 133

nima se aproxima más al estatuto de una corporación jurídico pública que al de una empresa privada. Esta teoría fue elaborada sobre todo tomando como referencia a las grandes empresas bancarias, de seguros o de ferrocarriles: empresas concesionarias de un servicio público o de un monopolio³⁷. Tal y como expresó la doctrina de la época *parece como si la forma de sociedad por acciones, similar a la de la corporación pública hubiera reaccionado sobre el objeto mismo de la sociedad como empresa mercantil, que es el propósito de ganancia, posponiendo éste a un segundo término o haciéndolo desaparecer por completo*³⁸.

La teoría de “la empresa en sí” fue postulada por RATHENAU quién basándose en la evolución de las sociedades familiares hacia las grandes sociedades anónimas industriales, resaltaba la importancia social de éstas como entes productores de riqueza. Debido a la función social de estas entidades se precisaba, la protección del interés de la empresa³⁹ frente al de los accionistas, encomendando la misma al órgano de administración de la sociedad⁴⁰. Esta Teoría en los hechos, implicaba que la dirección de la empresa debía ser sustraída a los socios cuyas connaturales egoístas intenciones de ganancia podían comprometer la eficiencia de la empresa y el cumplimiento de su función social. Se sentaban así las bases para la configuración de un órgano administrativo autónomo e independiente en la toma de sus decisiones y ejercicio de la dirección de la empresa.

Es difícil identificar la formulación pura de esta teoría, ya que el pensamiento de su autor ha sido objeto de interpretaciones y de matizaciones por parte de la doctrina contemporánea y ulterior⁴¹. Así pues, posteriormente se considera que “el interés de la empresa sí” se identifica con el interés de los socios mayoritarios quienes a diferencia de los minoritarios buscan una permanencia no sólo de su posición en la empresa sino también de la empresa misma, buscando su consolidación aún a costa de la anulación temporal del reparto de beneficios⁴².

37 GARRIGUES, J.: “Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas”, pág. 36 a 41, a pesar de considerar que la tesis es aplicable sobre todo a este tipo de empresas, generaliza su aplicación, al considerar un supuesto menos frecuente el uso de la sociedad anónima para la explotación de pequeñas empresas.

38 GARRIGUES, J.: “Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas”, pág. 40.

39 *“La sociedad anónima no debe actuar para realizar el interés egoísta de los socios, la aspiración al beneficio de los capitalistas, sino que debe actuar para realizar un interés que trasciende al de los socios y puede ser identificable como el interés de la “empresa en sí misma”; el interés por consiguiente de la eficiencia productiva de la empresa. Este interés superior frente... de los socios por el beneficio, se presenta... como un interés propio de toda la colectividad nacional, o incluso de la humanidad misma, ya que la prosperidad colectiva, y el mismo progreso económico de la humanidad, parece depender de la eficiencia productiva de las empresas”*. (RATHENAU, cit. por GALGANO, F.: “El desplazamiento de poder en las S.A. europeas”, pág. 66)

40 Es importante resaltar que RATHENAU reconocía sólo dos clases de accionistas, de inversión y de especulación, dejando de lado la posibilidad de accionistas empresarios (cit. a RATHENAU, ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español”, pág. 125). De modo que, si consideramos que para este autor los accionistas sólo buscan una retribución lo más rentable posible de su inversión (dividendos todos los ejercicios) o en todo caso una cotización siempre en alza de las acciones, se explica el porqué se volvía necesaria la defensa del interés de la empresa y se otorgaba esta función sólo a los administradores.

41 En este sentido, se entiende por tal teoría la presentación que hace de determinados fenómenos y tendencias HAUSMANN teniendo como punto de referencia el famoso escrito de RATHENAU “*Von Arienwesen*”, pero siendo diferente -tal y como deja sentado NETTER- los fenómenos a los que se refiere este escrito y la interpretación que de los mismos hace el primero de los mencionados (así lo explica ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español”, pág. 123 y 124).

42 Variaciones de ésta teoría las encontramos en el profesor GARRIGUES, quién al referirse en 1933 a los intereses en pugna al interior de las sociedades anónimas expresaba “*pero en las grandes empresas es casi constante el conflicto entre los accionistas representados por la junta general y las personas que ejercen la administración de la sociedad. ... Los administradores buscan ante todo el interés de la empresa, su*

Esta Teoría que intentó explicar y sobre todo justificar⁴³ los cambios producidos en la realidad, traducibles en un fortalecimiento del poder de la administración, inspiró transformaciones legislativas en la época, como la Ley alemana sobre acciones de 1937⁴⁴. Esta Ley derogó el principio de soberanía de Junta General sustituyéndolo por un principio de competencia especial -a la que eran ajenos los asuntos de gestión de la empresa-, a favor de una competencia también específica detenida por el órgano administrativo. Otro ejemplo de la influencia de esta Teoría, es la reforma de 1971 de la Ley holandesa de sociedades, que incluso desautorizó a la Junta General para el nombramiento de los administradores. De este modo lo que se intentó fue dar carta de legalidad al poder de los administradores y por tanto responsabilizarlos⁴⁵ en el ejercicio de su gestión⁴⁶.

conservación y prosperidad. ... Dentro del régimen democrático en que la sociedad anónima legalmente se organiza, la administración está sometida al capital y este régimen lleva consigo el peligro de entorpecer las iniciativas vigorosas, las rápidas decisiones, las dotes de organización de los administradores. esta contraposición de fuerzas se evidencia mejor cuando se trata de los pequeños accionistas, cuyo interés está generalmente divorciado del interés objetivo de la empresa en sí, ... En cambio los grandes accionistas están más ligados al interés de la empresa misma y por ello se encuentran en oposición a los pequeños accionistas..." (vid. "Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas", pág. 64 y 65); NETTER, a quien se le reconoce el mérito de haber sido quién de manera más seria intentó una elaboración dogmática y aplicación de la mencionada teoría al derecho de sociedades, sintetizó el pensamiento de RATHENAU como una forma de "tratar de proteger, en interés de la conservación permanente de la empresa y de la importancia económica política de la gran empresa, a la mayoría de la sociedad anónima frente al desenfrenado interés económico privado de la minoría", propugnando además el término "Unternehmensgemeinschaft" para indicar una comunidad de intereses: el de la empresa y el de los accionistas. Según el autor estos intereses, deben ser coordinados, de forma tal que el organismo de la empresa sea entendido como compuesto por dos elementos, la administración y los accionistas (cit. por ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", pág. 126).

43 Se dice con acierto, que la teoría de la empresa fue una elaboración doctrinal que más que propugnar un cambio, busco legitimar nuevos hechos -el fortalecimiento del poder de los administradores- que ya se venían suscitando en la realidad y en el derecho vivo de las sociedades anónimas: los estatutos. Así lo indica ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", pág. 130, agregando además, que esta tesis no aportó -lo que era más importante- una solución satisfactoria al problema de la relación entre poder de dirección y responsabilidad

44 El sistema alemán establecido por la ley de 1937 sobre acciones y confirmado por la de 1965, incluye un órgano de administración (*Vorstand*) que es nombrado por el consejo de vigilancia *Aufsichrat*, cuyo nombramiento corresponde a su vez a la Junta General. La influencia de este sistema se encuentra presente en el Proyecto de Quinta Directiva de sociedades anónimas

45 La reforma alemana de 1937 configuró un órgano de administración titular de la dirección de la empresa y además condicionó el ejercicio de su función a la consideración del interés de la empresa, los intereses de los trabajadores, el bien común del pueblo y del Reich. La situación desmejorada del accionista se vio modificada con la ley de 1965 pero sin alterar esencialmente el sistema dualista e imperativo de competencias establecido. Esta ley trató de otorgar una mayor protección y reconocimiento de derechos al accionariado sin desmedro de un funcionamiento eficaz de la sociedad. La reforma sólo significó respecto del accionariado, la atribución de un derecho de información (además de un mayor control pero por parte del *Aufsichrat*), y una mejora en sus derechos económicos dándoseles el poder de decidir sobre la distribución de beneficios y constitución de reservas. En general, actualmente las directrices que deben seguir los administradores en el ejercicio de su función fluctúan fundamentalmente alrededor del interés de la sociedad, de los accionistas y de los trabajadores. Así el Proyecto de Quinta Directiva indica que los administradores deberán ejercer su función en interés de la sociedad teniendo en cuenta los intereses de los accionistas y de los trabajadores; y el Proyecto de Estatuto de la S.E establece que deberán promover en su gestión los intereses de la sociedad y de su personal. Otro grupo de textos establece como directrices de actuación el interés de la sociedad y de las empresas vinculadas como es el caso de la Ley holandesa vigente y también el Anteproyecto español de LSA, el cual al referirse a la dación de instrucciones a las sociedades dependientes pone como directriz de actuación el interés del Grupo. Existen también textos legales, como el TRLSA, que no establecen ninguna directriz sino principios de actuación como "la diligencia de un ordenado comerciante".

46 Incluso se intentó sin éxito plasmar legalmente las diferentes clases de accionistas existentes atribuyendo a los de control una responsabilidad y un estatuto diferente al de los accionistas minoritarios, a quienes se les excluía el derecho de voto. En este sentido se recogen las opiniones de Planitz y Müller-Erzbach (cit. por ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", pág. 143)

Independientemente de las críticas que se han formulado a la Teoría de la Empresa en sí⁴⁷, no se puede negar su trascendencia en cuanto identifica otro tipo de intereses dignos de protección - produciendo fisuras en la identificación entre empresa y sociedad -; da lugar a la suplantación del concepto decimonónico de soberanía de la Junta General por una competencia específica; y otorga la titularidad de la gestión de la empresa al órgano de administración⁴⁸, soberano también dentro de sus competencias, que dejaba de ser visto formalmente sólo como un representante de la sociedad.

Mediante la justificación de la necesidad de un órgano autónomo, que compatibilizara y defendiera, en la dirección económica de la empresa, los diferentes intereses presentes en la misma, se legitimó una realidad que ya venía siendo demostrada con los hechos anteriormente descritos: la gestión de la empresa moderna no reside y no puede residir sino en unas pocas personas expertas, que sólo pueden cumplir con éxito su función y tolerar la responsabilidad que les es propia, si dirigen los negocios con independencia.

2.1.3. - Titularidad de la función de gestión social.

Actualmente tanto la Junta General como el órgano de administración poseen competencias específicas⁴⁹, siendo ambos soberanos en el ámbito de las facultades que tienen atribuidas⁵⁰. Ha perdido vigencia la figura de los socios - constituidos en Junta General- con funciones empresariales, al haberse otorgado la titularidad de la función de dirección a los administradores; cobrando fuerza la justificación de esta traslación de funciones, en los conocimientos técnicos y específicos que requiere la gestión de una empresa. Como dice GALGANO, la organización interna de la sociedad anónima actual sigue el modelo de "*organizzazione corporativa*", que implica la articulación de una pluralidad de órganos cada uno dotado de una competencia propia; correspondiendo al Consejo de Administración la directa gestión, bajo responsabilidad, de la empresa social⁵¹. El órgano de administración dejó de ser un mandatario y ejecutor de las decisiones de la Junta para pasar así a ser titular de los asuntos de gestión de la empresa.

47 Vid. ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", Madrid 1982, pág. 132

48 Este otorgamiento implica el reconocimiento de la imposibilidad de facto que supone la dirección de una sociedad anónima por parte de la Junta General y según un sistema democrático, habida cuenta de la complejidad de esta labor. Así mientras en las anteriores leyes se regulaba la competencia general de la Junta, los estatutos incluían extensos listados de facultades atribuidas al órgano administrativo o cláusulas según las cuáles lo que no se atribuyese a la Junta General se entendía como competencia del órgano administrativo. En este sentido ESTEBAN VELASCO se refiere a la necesidad de conocimientos técnicos de los que realizan una función empresarial al mando de la empresa indicando asimismo que "*la atribución de la competencia de gestión al órgano administrativo no es sino el reconocimiento a nivel jurídico de las exigencias que presenta la realización de la función empresarial en un marco de libertad y progreso*" (vid. "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", pág. 396).

49 Sobre la competencia especial de la Junta General en el derecho comunitario y nacional de los países de la comunidad vid. , ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", pág. 500 y sgts.

50 En el Proyecto de Reglamento de la Sociedad Anónima Europea y en leyes como la francesa de 1966, debido a la forma como vienen redactadas las facultades del órgano administrativo, se puede hablar de una competencia general del mismo. El primero de los mencionados indica que "*la dirección estará investida de los más amplios poderes para realizar todos los actos que interesen a la sociedad y que no hayan sido atribuidos expresamente a otros órganos por el presente Estatuto*" (art. 64,1), y el francés expresa que el directorio, "*está investido de los más amplios poderes para actuar en toda circunstancia en nombre de la sociedad*".

51 Vid. "La società per azioni", pág. 26.

En este contexto, creemos que el único vínculo real de la Junta General de accionistas con las funciones de dirección de la empresa⁵² que detenta el órgano administrativo, es la facultad de nombrar, reelegir o revocar a sus miembros, ya sea directamente o de forma mediata a través de las mismas facultades pero respecto de los miembros del Consejo de vigilancia (como en la Ley alemana de 1937⁵³, en el Anteproyecto español de LSA de 1979⁵⁴, el Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y el Proyecto de Quinta Directiva de Sociedades⁵⁵).

El Derecho y la doctrina jurídica han admitido la evidencia de que en las empresas - por lo menos en las que alcanzan una cierta dimensión- el poder se concentra de hecho en el órgano de dirección⁵⁶ (que suele coordinar su actividad con los accionistas de control o desarrollarla de acuerdo a los intereses de estos). En primer término se ha atribuido al órgano administrativo la función de gestión y la autonomía e independencia para su cumplimiento, regulando adicionalmente mecanismos de control. En el sistema dualista la función de control reside en el Consejo de Vigilancia⁵⁷ - *Aufsichrat* en el ordenamiento alemán- y en el unitario es detenida por la Junta general, órganos que poseen a la vez la facultad de nombramiento y revocación del órgano administrativo, sirviéndoles ésta de base para el ejercicio del control.

52 Anteriormente la Junta de accionistas tenía, al menos formalmente, asegurada una influencia directa en la marcha de la sociedad a través no sólo de la facultad de nombramiento y revocación de los órganos de la administración sino también de intervención en los asuntos de gestión. Por el contrario el órgano de administración no tenía autonomía interna alguna en cuanto a la fijación de la política de gestión que dependía exclusivamente de los intereses de los accionistas (sobre los administradores vid. ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", pág. 153).

53 De conformidad con la Ley de 1937, la Junta General de accionistas podía ejercer una influencia mediata en las funciones del órgano administrativo, a través de la facultad de nombramiento de los miembros del *Aufsichrat*, entre cuyas facultades figuraba el nombramiento de la totalidad de miembros del *Vorstand*. ESTEBAN VELASCO, hace referencia a la falta de eficacia de la traslación de funciones, cuando el control -refiriéndose a la facultad de nombramiento y revocación de los órganos- continuaba de esta manera en manos del mismo órgano (y dentro de él en manos de los grupos de accionistas de control) (vid. "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", pág. 252, 253, 382 y sgts.). Esta situación se mitigó a lo largo del período de vigencia de ésta ley, con las leyes de cogestión de 1952 que redujeron el número de miembros del *Vorstand* que podían ser nombrados por el *Aufsichrat*. La ley de 1965 contenía una regulación reconocía estos dispositivos legales mencionados a los que se sumo la Ley de cogestión de 1974.

54 El Anteproyecto Español de LSA de 1979 contemplaba dos formas de organización de la administración: un consejo de vigilancia junto con una dirección unipersonal o colegiada, obligatoria para las empresas que cotizaban en bolsa, las que emitían obligaciones, las de capital superior a doscientos millones de pesetas o de más de quinientos trabajadores, y a las que les venía impuesta por Ley, y opcional para el resto de sociedades que además podían optar por el sistema unitario: un órgano de administración unipersonal o colegiado.

55 Después del segundo informe de la Comisión jurídica del Parlamento Europeo (Informe GEURT-SEN) publicado con fecha de 15 de enero de 1982 - que contiene modificaciones y propuesta de resolución respecto del Proyecto de Quinta Directiva de 1972- se contempla el sistema dualista como alternativo a una organización unitaria de la administración.

56 En este sentido RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "La delegación de facultades del consejo de administración de la sociedad anónima", RdS, n° 1, 1993, pág. 92 y ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", pág. 397, entre otros.

57 En el sistema dualista, la función de control y la de gestión han sido extirpadas a la Junta General y los órganos ahora competentes han sido revestidos de autonomía e independencia en el cumplimiento de las mismas. Este sistema tiene entre sus ventajas la eficacia de la actividad de control que se funda en su ejercicio independiente y por un reducido número de personas - y no por una Junta formada por numerosos accionistas y con altos índices de absentismo- y por lo general con conocimientos técnicos para juzgar una actividad de iguales características. Por otro lado no puede desconocerse que en la realidad la independencia entre ambos órganos puede llegar a ser sólo nominal, al vincularlos los sucesivos nombramientos orientados hacia el grupo de control de la Junta General

Según la tendencia actual en Derecho comunitario - entiéndase europeo- y en las diversas legislaciones⁵⁸, el órgano de dirección - o simplemente órgano administrativo en el caso de los sistemas unitarios- tiene una competencia general sobre la gestión⁵⁹ y la representación de la sociedad. Esto sin perjuicio de que, tanto la Junta General como el Consejo de Vigilancia (donde existiese) conserven aún - dependiendo de las legislaciones- ciertas facultades de gestión. Se puede hablar de una competencia especial de la Junta General pero en distintos niveles. El grado máximo de reducción de la competencia de la Junta General lo encontramos en la legislación Alemana y en el Proyecto de Estatuto de Sociedad Anónima Europea, donde se conceptúa de manera general la función del órgano de administración y de vigilancia, y a la Junta se le reduce sólo a las facultades que de manera concreta y detallada la ley le atribuye, cercenando cualquier posibilidad de ampliación de sus competencias por vía estatutaria⁶⁰. En la mayoría de los países restantes en cambio, si bien se ha derogado igualmente su competencia general y establecido una división de funciones, esto se ha realizado con una eficacia menor. Así, en Italia y Francia, e incluso en España - con ciertos matices- aunque se otorga funciones generales a los órganos administrativo y de vigilancia y facultades concretas a la Junta General, se deja abierta la posibilidad - o no se prohíbe ésta -, de que le vengan adicionadas otras por vía estatutaria.

La Junta General sigue conservando algunas facultades en materia de gestión, de forma que ni aún en el Sistema Alemán y en el Proyecto de Estatuto de Sociedad Anónima Europea, se le ha cerrado toda posibilidad de intervención en este aspecto. Al contrario, estos sistemas y los que presentan una delimitación menos rígida de competencias, han legislado dentro de las facultades concretas que se le atribuye⁶¹, decisiones de gestión sobre materias esenciales del contrato de sociedad o que son importantes para la empresa. Entre éstas se encuentran: la autorización para la celebración de contratos de empresa, para la realización de procesos de fusión, aprobación de las cuentas y distribución de beneficios, emisión de obligaciones, adquisición de acciones propias, adquisición de bienes a título oneroso durante un cierto plazo después de la inscripción de la sociedad, etc.

Es cuestión fundamental en el tema que nos ocupa, la posibilidad de atribución a la Junta de otras facultades de gestión, fuera de las atribuidas por la Ley. Aparte del ordenamiento alemán y del Proyecto de Estatuto de Sociedad Europea - en que esta posibilidad está negada -, cabe indicar que tanto por vía estatutaria⁶² como por vía de

58 Así el Proyecto de Reglamento de Sociedad Anónima Europea, el Proyecto de Quinta Directiva de Sociedades, y las legislaciones francesa, española e italiana.

59 Hablan de competencia general del órgano administrativo en materia de gestión GALGANO, F.: "La società per azioni", pág. 263; SANCHEZ CALERO, F.: "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", dirigidos y comentados por SANCHEZ CALERO, Tomo IV, pág. 19 refiriéndose a que éste está facultado a realizar cuantos actos sean necesarios para la consecución del objeto social, no reservados por la ley a la Junta General; ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", pág. 390 a 397; y Joaquín GARRIGUES, quien expresa que en materia de gestión se presume la competencia del órgano de administración (vid. GARRIGUES, J. Y URÍA, R.: "Comentario a la ley de sociedades anónimas", tomo I, pág. 503).

60 Lo que no impide que a iniciativa del órgano de dirección, la Junta se pronuncie sobre ciertos asuntos extraños a su competencia legal.

61 Las facultades que en general se le otorgan a la Junta General recaen sobre lo que la doctrina denomina "medidas que afectan a la organización y estructura jurídica y económica de la sociedad". Se califica como tal, la modificación de estatutos, aumento y reducción del capital social, emisión de obligaciones canjeables o con participación en beneficios, fusión, incorporación, disolución y continuación de la sociedad, transmisión del patrimonio, aprobación de los contratos de empresa. (vid. ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", pág. 253).

62 Como en el caso de la legislación italiana que establece que las facultades de la Junta se limitan sólo a las establecidas en la ley y en los estatutos.

hecho⁶³, la regla general es que sólo se podrán ampliar las facultades de gestión de la Junta, respetando la competencia establecida en las leyes a favor del Órgano Administrativo. Pues es comúnmente admitido que no se puede vaciar de contenido la función de gestión del órgano administrativo, cuando la legislación se la atribuye de manera general.

La regulación sobre estructura societaria y distribución de competencias del actual TRLSA -Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas- no diverge mucho de los términos empleados por la LSA de 1951. A lo largo de los articulados de ambos textos, se atribuyen a la Junta General competencias concretas⁶⁴, entre las que se encuentran las materias que afectan a la estructura económica y jurídica de la sociedad⁶⁵ y dentro éstas aquellas singulares y ya mencionadas cuestiones referentes a la gestión.

Tanto el TRLSA como su antecesora carecen de un artículo que de forma expresa atribuya al órgano administrativo, competencia general sobre la gestión social. Sólo, el artículo 136 del TRLSA, al referirse a las formas que puede adoptar el órgano administrativo, indica que *“cuando la administración se confíe conjuntamente a más de dos personas, éstas constituirán el consejo de administración”*. Independientemente de que a lo largo del articulado se le atribuyan otras facultades que contribuyen a definir su carácter como órgano de dirección⁶⁶, en este párrafo se encuentra la única referencia al otorgamiento de la función de gestión de la sociedad, al Órgano de Administración⁶⁷. Hemos de indicar que si bien al órgano administrativo unipersonal o colegiado -Consejo de Administración- se le atribuye tal función, comúnmente delega el ejercicio o la ejecución de sus decisiones en otras personas o comisiones que a tal efecto nombra o constituye. El ejercicio de sus funciones de gestión a través de un equipo de dirección, es práctica común en el caso de sociedades que alcanzan una cierta dimensión, constituye

63 Por ejemplo en art. 51, párrafo 2. del Anteproyecto de la LSA española de 1951, que indicaba que *“también podrá la junta ordinaria tomar acuerdos sobre cualquier otro asunto que no esté reservado a la decisión exclusiva de la J.G. extraordinaria o de los administradores por la Ley o los estatutos”*, permitiendo así una mayor expansión de facultades, en el ámbito de lo no previsto.

64 Así se somete a aprobación y consideración de la Junta la gestión de los promotores, los estatutos sociales, el nombramiento de los administradores y la valoración de los bienes aportados (art. 25 TRLSA y 21 LSA); las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas dentro del primer año de constitución de la sociedad, que excediesen la décima parte del capital social (art. 41 TRLSA y art.32 LSA); determinados casos de adquisición de acciones propias (art. 75 TRLSA y art. 47 LSA), nombramiento de administradores (art. 123 TRLSA y 71 LSA); modificaciones de estatutos incluyendo aumento y reducciones de capital, así como la delegación de la primera facultad (art. 144, 152, 153 y 163 TRLSA y art. 84, 87, 96 y 97 LSA), aprobación de las cuentas anuales y distribución del beneficio (212 y 213 TRLSA y 110 LSA); exclusión del derecho de suscripción preferente (art.159 TRLSA); transformación de la sociedad (art. 224 TRLSA y 134 LSA); fusión (art. 234.3, 239 y 240 TRLSA y 143 LSA); escisión (art. 254 TRLSA); disolución, rendición de cuentas de los liquidadores y división del haber social (260, 262, y 271, 277 TRLSA y art. 150, 158 y 162 LSA 87); condiciones de la emisión de obligaciones simples o convertibles en acciones (arts. 283, 292 y 294 TRLSA y 113 LSA).

65 Vid. OTERO LASTRES, M.: *“La junta general de accionistas de la S.A.”*, en Estudios sobre la Sociedad Anónima”, tomo II, Edit. Civitas, Madrid, 1993, pág. 55.

66 Entienden que en el caso de la sociedad anónima, la función de gestión o administración está atribuida al órgano de administración, entre otros GARRIGUES, J Y URÍA, R.: *“Comentario a la ley de sociedades anónimas”*, tomo I, pág. 502; DE LA CÁMARA, M.: *“La competencia de la junta general de accionistas”*, en Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima”, Edit. Civitas, Fundación Manuel Broseta Pont, Madrid, 1995, pág. 149; GARCÍA LUENGO, R. Y SOTO VÁZQUEZ, R.: *“El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima”*, pág. 444.

67 Así, GARRIGUES, J. Y URÍA, R.: *“Comentario a la ley de sociedades anónimas”*, tomo I, pág. 501, quienes además indicaban, que la ley consideraba que las facultades de gestión van inherentes al cargo administrativo (vid. tomo II pág. 17). No estamos de acuerdo en cambio con GARCÍA LUENGO, quien parece indicar que es el art. 141 del TRLSA el que atribuye esta función al órgano administrativo (vid. GARCÍA LUENGO, R. Y SOTO VÁZQUEZ, R.: *“El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima”*, Granada, 1991, pág. 444).

si se quiere una exigencia práctica de la gestión de la Gran Empresa. Sin embargo la titularidad de la función continúa en el órgano de administración -unipersonal o colegiado- nombrado por la Junta General con independencia de la reglamentación que el mismo haga de su funcionamiento.

En principio, dado a que no existe ningún artículo que prohíba la intervención de la Junta General en las funciones asignadas a otros órganos⁶⁸, ésta podría intervenir en cualquier asunto de gestión señalado o no por los estatutos. Sin embargo, el hecho de que la Ley confiera de manera general la función de gestión al órgano de administración, es considerado -ya desde la LSA de 1951- como un límite a las competencias que por vía de estatutaria o de hecho puedan otorgarse a la Junta General⁶⁹. Se habla pues de la existencia de un contenido mínimo en materia de gestión, cuya titularidad es exclusiva del órgano de administración; razón por la cual no le pueden ser sustraídas estas funciones y mucho menos hasta el punto de convertirle en un mero mandatario de la Junta General⁷⁰. Además hay que tener en cuenta que ahora se habla de un órgano de administración, al cuál, según el art. 133 del TRLSA se le atribuye una responsabilidad personal por sus actos, aun cuando los mismos hayan sido aprobados por la Junta General. El hecho de hablar de un mínimo de competencias que se debe respetar, no significa que el ámbito de poder inderogable del órgano de administración en materia de gestión, sea escaso, sino todo lo contrario⁷¹. Es él quien ostenta la titularidad de la función de administración y, por tanto, sobre él recae una presunción de competencia en los asuntos de gestión de la empresa⁷². De esta forma, la Junta General -en el ordenamiento español como en otros ordenamientos- no podrá invadir la competencia privativa en asuntos de gestión de los administradores, sin perjuicio poder decidir en alguna materia que se considere importante para la sociedad, pero con sus posibilidades de intervención recortadas⁷³.

68 GARCÍA LUENGO, R. Y SOTO VÁZQUEZ, R.: “El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima”, pág. 444, anota que la ley en la línea marcada por su antecesora, no ha establecido frente a otras legislaciones, una lista mínima de asuntos de competencia de la Junta General, por lo que su delimitación ha de instrumentarse mediante las aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia.

69 La doctrina entiende que cuando el art. 93 del TRLSA (y con idéntica redacción el art. 48 de la LSA de 1951) dice que “... los accionistas constituidos en junta general decidirán sobre los asuntos propios de su competencia”, señala implícitamente que la Junta no posee poderes omnímodos, sino que su competencia se encuentra limitada, entre otros, por la competencia asignada al órgano administrativo (así, OTERO LASTRES, M.: “La junta general de accionistas de la S.A.”, pág. 54). Otro límite, que se identifica a la injerencia de la Junta General en la gestión de la sociedad, es su propia configuración de órgano intermitente (vid. GARRIGUES, J Y URÍA, R.: “Comentario a la ley de sociedades anónimas”, tomo I, pág. 502 y OTERO LASTRES, M.: “La junta general de accionistas de la S.A.”, pág. 59).

70 Vid. GARRIGUES, J Y URÍA, R.: “Comentario a la ley de sociedades anónimas”, tomo I, pág. 502 y 503 y ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español”, pág.505.

71 En este sentido el maestro GARRIGUES señalaba que “la primera limitación al poder de la junta dimana de la existencia del órgano encargado por la ley de administrar la sociedad, en el más amplio sentido del termino “administración” (art. 73) y de representarla...” (vid. GARRIGUES, J Y URÍA, R.: “Comentario a la ley de sociedades anónimas”, tomo I, pág. 501).

72 En el mismo sentido, GARRIGUES, J Y URÍA, R.: “Comentario a la ley de sociedades anónimas”, tomo I, pág. 503 y OTERO LASTRES, M.: “La junta general de accionistas de la S.A.”, pág. 59.

73 Así, RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración”, pág. 211 y ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español”, págs. 496 y 497. En este sentido resulta concluyente la opinión de OTERO LASTRES, quién sostiene que siempre que no se desnaturalice la función de gestión de los administradores, sí se pueden atribuir a la Junta General facultades decisorias sobre determinados actos de gestión especialmente importantes para la sociedad, poniendo a título de ejemplo el apartado 4 del artículo 24 de la Ley 10/1990 que establece la necesidad de aquiescencia de la Junta para actos de disposición o gravamen sobre inmuebles de la sociedad cuyo importe sea superior a un 10% del valor del inmovilizado material, derecho y activos (vid. “La junta general de accionistas de la S.A.”, pág. 59).

Esta regulación establecida por la legislación española desde 1951 y la interpretación que a la misma ha dado la doctrina y jurisprudencia mayoritaria viene, como en el resto de países, influida por los cambios ideológicos antes mencionados⁷⁴. Al tratar de la vinculación entre los administradores y los grupos de control nos referiremos a lo que el maestro GARRIGUES llamaba “*poder indirecto de gestión de la Junta General*” y que hacía referencia a una cuestión más de posibilidad de influencia que de ejercicio directo o de atribución de funciones⁷⁵.

2.2. - Contenido de la gestión de la empresa.

Nuestro análisis del concepto de “*control*” se iniciaba con una premisa: al estar los Grupos compuestos por un conjunto de sociedades económicamente dependientes, pero con personalidad jurídica independiente, el control que se ejerciese sobre ellas debía respetar formalmente su organización interna y penetrar o influir en el órgano societario que posea el poder de decisión, especialmente económico, sobre el destino de la Sociedad. Llegados a este punto, hemos identificado al órgano de administración de la empresa, como el titular de la función de gestión. Veamos a continuación, cuál es el contenido de ésta, para en virtud de las posibilidades de actuación que confiere a su titular, medir la importancia del mismo en la constitución de la unidad económica existente en las estructuras de Grupo.

El contenido de la actividad de gestión o actividad administrativa⁷⁶ es económico-patrimonial y de naturaleza funcional, ya que gracias a ésta se lleva a cabo la finalidad de la sociedad⁷⁷. La administración recae sobre un patrimonio⁷⁸ y es imprescindible

74 A título de ejemplo vid. las opiniones de GARRIGUES, J y URÍA, R.: “Comentario a la ley de sociedades anónimas”, tomo II, pág. 21, y modernamente autores como LLAVERO RODRIGUEZ-PORREIRO, M.: “Los administradores de la sociedad anónima”, Edit. Ciss, Valencia, 1999, pág. 102.

75 Vid. GARRIGUES, J Y URÍA, R.: “Comentario a la ley de sociedades anónimas”, tomo I, págs. 501 y 502; en el mismo sentido DE LA CÁMARA, M.: “La competencia de la junta general de accionistas”, en Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima”, pág. 150.

76 El art. 136 del TRLSA, al igual que el art. 73 de la LSA de 1951, nomina esta actividad como administrativa. Al respecto GARRIGUES comentando el término empleado el art. 73, indicaba que la ley había querido huir de la distinción instaurada en el derecho germánico entre dirección y gestión, conservándose así el tradicional término de administración (Vid. GARRIGUES, J Y URÍA, R.: “Comentario a la ley de sociedades anónimas”, tomo I, pág. 17). El TRLSA ha conservado el término administración al enunciar esta función del órgano administrativo, con la misma finalidad de no acoger la diferencia germánica entre la actividad de definición de las consignas generales y orientación y directrices del negocio (dirección) que recaía sobre el director del consejo, y la decisión en asuntos económicos aislados (gestión) que recaía sobre los miembros del Consejo de Administración. Ello no impide que se utilice la palabra gestión como sinónimo de administración - obviamente sin reducir su contenido al que le otorga el derecho germánico - como en los arts. 50 de la LSA y 95 del TRLSA que hacen referencia a la convocatoria de la Junta General para censurar la gestión social de los administradores. Incluso la misma doctrina que señala el motivo del empleo legal del término administración, utiliza posteriormente como sinónimo el vocablo gestión (así, GARRIGUES, J Y URÍA, R: cfr. ibid. págs. 21 y 62). SUÁREZ-LLANOS, también pone de manifiesto la variante terminología legislativa de la época, en materia de administración de sociedades, indicando que “*para referirse a ella, el Código de Comercio y la legislación especial vigente emplean las expresiones: “gestión social” (art. 125, 4-131-132 C. de C., art. 50 LSA), dirección y manejo de los “negocios comunes”(art. 129- 138- 142 del C. de Com.), “manejo y administración”... “administración del caudal común”, caracterizándola a veces como “función” (218,2 C. de c.), o como “facultad”... bien como “ejercicio de un cargo”... o, en definitiva simplemente como “actividad”...*” (vid. “Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles”, en Revista de Derecho Mercantil, nº 85, Julio - Septiembre, Madrid 1962, pág. 62). Diversidad que en alguna medida se mantiene en la legislación actual según se desprende del art. 95 del TRLSA. Por tanto en el ordenamiento societario español los términos administración y gestión se emplean como sinónimos.

77 Vid. SUÁREZ-LLANOS GOMEZ “Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles”, pág.57.

78 Así, RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración”, pág. 76 y SUÁREZ-LLANOS, quien indica que la necesidad de una actividad administrativa deriva no sólo de la esencia misma del concepto de sociedad mercantil sino también de la existencia y

para la consecución del objeto social de la sociedad⁷⁹; por tanto se incluye dentro de ésta a todos los actos que sean necesarios para la realización del mismo⁸⁰. Bajo esta finalidad se enmarcan diferentes clases de actos⁸¹, no sólo de conservación del patrimonio sino también de disposición o de asunción de obligaciones⁸², exceptuando aquellos

reconocimiento de una autonomía patrimonial, y a la vez expresa en sentido inverso, que toda actividad administrativa debe ponerse en relación con un patrimonio (vid. "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", pág. 58).

79 La doctrina más generalizada identifica la actividad de gestión como "*actividad encaminada a la realización del objeto social*" (vid. GALGANO, F.: "La società per azioni", pág. 263; SANCHEZ CALERO, F.: "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", Tomo IV, pág. 19; ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", pág. 502, quien además cita a GIRON TENA, J.: "Derecho de sociedades", tomo I, págs. 300 y sgts. y CORSI: "Il concetto di amministrazione", págs. 130 y sgts.; DE LA CÁMARA, M.: "La competencia de la junta general de accionistas", pág. 149; RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración", pág. 76; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", pág. 57 entre otros).

80 En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F.: "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", pág. 19; ESTEBAN VELASCO G.: "La administración de la sociedad de responsabilidad limitada", en Tratado de la Sociedad Limitada, coord. por Cándido Paz Ares, Madrid 1997, pág. 710 y GALGANO, F.: "La società per azioni", pág. 263, que indica que "*sus poderes decisorios se extienden a toda suerte de actos dirigidos a conseguir u obtener el objeto social, que no estén expresamente confiados a la competencia de la asamblea. Sus funciones pueden bajo este aspecto, ser asimiladas a la misma función empresarial de coordinación de los factores de la producción*" (la traducción es nuestra).

81 La doctrina tradicionalmente ha venido diferenciando entre actividad de gestión (administración interna o administración en sentido estricto) y actividad representativa, considerando que ambas poseen distinto contenido. Para diferenciar una actividad de otra, se recurría a diferentes criterios, principalmente: el ámbito de repercusión, ya que mientras la actividad de gestión estaba dirigida o causaba efectos hacia el interior de la sociedad, la actividad de representación se realizaba de cara hacia el exterior vinculando a la sociedad con terceros; y el carácter abierto de la actividad representativa frente al restringido de la actividad de gestión y en este sentido la consecuente naturaleza de poder de la representación y de deber de la gestión (vid. en la doctrina española, GARRIGUES, J.: "Tratado de Derecho Mercantil", Tomo I, Vol. I, pág. 449 y modernamente ESTEBAN VELASCO, G.: "La administración de la Sociedad de Responsabilidad Limitada", pág. 706). La doctrina contraria a esta diferenciación, representada por SUÁREZ-LLANOS entiende que en las sociedades mercantiles "*el instituto de la representación es el cauce jurídico por el que se canaliza toda la actividad de gestión de la sociedad en su proyección, tanto externa (faceta que toma en cuenta el legislador para dictar una especial disciplina) como interna (donde tal disciplina normalmente no se aplica)*". El autor basándose en que "*lo decisivo para calificar una actividad como de representación estriba en determinar si los efectos jurídicos propios del acto en que dicha actividad pueda concretarse se producen o no con respecto a otra persona*", sin que tenga importancia el ámbito externo o interno en que dicha actividad se desarrolla, opina que el administrador puede actuar como representante tanto cuando realiza algunos actos cuyos efectos quedan en el interior de la sociedad -p. e. al relacionarse con los trabajadores- como cuando realiza actos hacia el exterior. Estas consideraciones le llevan a desistir de la postura clásica que encuentra una diferencia sustancial de contenido entre la actividad de gestión (administración en sentido estricto) y la de representación, considerando que ambas nociones se encuentran en una relación de parte respecto de un todo que es la función de administrar (vid. "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", pág. 47 a 79).

Por nuestra parte al hablar de actividad administrativa nos referimos a la misma en un sentido amplio, uniéndonos en este punto a la doctrina que no encuentra una diferencia sustancial que justifique el distinguir entre actividad representativa y actividad de gestión (o administrativa en sentido estricto). Entendemos pues que tanto los actos cuyos efectos se circunscriben al interior de la sociedad como aquellos que producen efectos en la sociedad frente a terceros, constituyen actos administrativos en tanto en cuanto sirven a la consecución del objeto social (igual fundamento parece utilizar RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración", pág. 169).

82 Se ha desechado la posibilidad de aplicar a la administración de las sociedades mercantiles, los límites del acto administrativo civil, según los cuáles serían ajenos a la misma los actos de disposición del patrimonio (vid. URÍA, R.: "Derecho Mercantil", pág. 123; ESTEBAN VELASCO, G.: "La administración de la sociedad de responsabilidad limitada", pág. 711). Así pues, el órgano administrativo puede disponer del patrimonio de la sociedad y obligar a ésta con cargo al mismo, estableciéndose como límite a su actividad, el del mantenimiento de la integridad de la "potencialidad económica" del patrimonio. (vid. al respecto SUÁREZ-LLANOS GOMEZ "Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles", págs. 59 a 61). A esta conclusión ha llegado la doctrina empleando al parecer un criterio negativo y partiendo de aquellos actos cuya realización se encuentra encomendada a otros órganos como la Junta General, por ejemplo la escisión, (o la enajenación de activos inmuebles que sobrepasen determinado monto), etc.

incluidos en la competencia de la Junta General⁸³. En primer lugar, es en esta variedad de actuación -consecuencia de la competencia general en materia de gestión y la finalidad a la que se orienta⁸⁴- en donde en principio consideramos que se asienta el poder que posee el órgano administrativo sobre el destino económico de la sociedad. A continuación analizaremos qué clases de actos y qué actos concretos -a título de ejemplo- puede realizar el órgano administrativo en el cumplimiento de tal función, para así completar la visión de la posición estratégica que ocupa éste al interior de una sociedad a efectos de la formación de un Grupo de Sociedades.

A la variedad de contenido de la actividad administrativa acompaña en consecuencia una dificultad para clasificar los actos incluidos en la misma, dentro de departamentos estancos. Pero a pesar de la poca rigurosidad que en este sentido presentan las clasificaciones que se puedan realizar, nos serviremos -a efectos de este trabajo- de aquella que los divide en actos inherentes a la organización de la sociedad y actos relativos al ejercicio de la empresa social⁸⁵, independientemente de que dentro de cada una de estas categorías pueda hablarse de actos prevalentemente jurídicos y de actos prevalentemente técnico-económicos⁸⁶. Generalmente la doctrina cuando enumera las labores encomendadas al órgano administrativo menciona las que la ley le atribuye con carácter expreso, que coinciden con los llamados actos inherentes a la organización de la sociedad⁸⁷. Así se mencionan:

1. - Con relación a las aportaciones de los socios: revisar la valoración de las mismas y cuidar del desembolso de los dividendos pasivos (art. 41 TRLSA).

2. - Con relación a la emisión de acciones y de obligaciones: firmar los títulos (art. 53 TRLSA); elegir al responsable del pago de la acción no liberada en el caso de cesión; redactar el programa de aumento de capital cuando las nuevas acciones sean ofrecidas a suscripción pública; fijar el plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente.

3. - Con relación a la adquisición de acciones propias: vigilar y cumplir con las condiciones fijadas por la ley (arts. 74 y sgts.).

4. - Con relación a la convocatoria y celebración de la Junta Generales: convocarla, fijar el orden del día, asistir, proponer la prórroga, ejercitar las acciones de nulidad de acuerdos, requerir la presencia de notario para que se levante el acta (arts. 94, 97, 98, 100, 104.3, 109, 114, 143.1 del TRLSA).

5. - Con relación al derecho de información de los accionistas: proporcionar a los mismos los informes que se soliciten acerca de los asuntos del orden del día la Junta;

83 Vid. SANCHEZ CALERO, F.: "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", pág. 19.

84 En este sentido, el profesor SÁNCHEZ CALERO pone de manifiesto que al comprender la administración un conjunto de actos "*de diversa naturaleza tendentes a la consecución del objeto social... resulta claro que se confiere a los administradores competencia sobre asuntos de una cierta complejidad siendo el mismo concepto de administración una noción elástica*" (vid. SANCHEZ CALERO, F.: "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", pág. 19)

85 Siguiendo en este punto a SUÁREZ-LLANOS, L.: "Sobre la distinción entre administración y representación de la sociedad", pág.63; también se hace eco de esta distinción RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración", pág. 76, nota 3.

86 SUÁREZ-LLANOS, prefiere hablar de actos prevalentemente jurídicos o prevalentemente técnico-económicos antes que generalizar respecto de la naturaleza del contenido de cada categoría, ya que es difícil individualizar una operación jurídica que no posea una valoración técnico-económica o una operación de éste tipo que no discorra por un cauce jurídico (vid. "Sobre la distinción entre administración y representación de la sociedad", pág.63).

87 Menciona esta coincidencia RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración", pág. 76 nota 3 y pág. 211 nota 68.

poner a su disposición, antes de la celebración de la junta, el informe de los auditores de cuentas.

6. - Con relación a la elevación y reducción del capital social: realizar los aumentos conforme a los términos de la autorización (art. 153), elaborar la memoria justificativa en el caso del art. 159.1 TRLSA, vigilar el cumplimiento de las disposiciones referidas a los casos de reducción de capital.

7. - Con relación al balance: rendir cuentas y formular, suscribir y presentar a la Junta General el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta de distribución de beneficios y la memoria explicativa cuidando de ciertos requisitos de fondo y de forma, así como depositar estas cuentas anuales en el Registro Mercantil (arts. 171 y sgts., 175 y sgts., 189 y sgts., 199 y sgts., y 202 y sgts., 218 y 221);

8. - En cuanto a la publicidad de ciertos actos sociales: se incluyen aquí todas las obligaciones que les incumben respecto de los actos o acuerdos inscribibles en el Registro Mercantil.⁸⁸

Sin embargo a efectos de resaltar el verdadero poder que tiene el órgano administrativo desde el punto de vista de las facultades que posee, consideramos -sin restar importancia a las labores anteriormente mencionadas- que el mismo se puede apreciar en toda su amplitud en los actos de ejercicio de la empresa social. Nos serviremos en este punto de la exposición que de los mismos realiza **RODRIGUEZ ARTIGAS**⁸⁹, enfocando la gestión no desde un punto de vista societario o de la organización, sino sobre todo económico.

Sin dejar de tener en cuenta que la gestión constituye un proceso unitario⁹⁰, se pueden identificar en la misma las siguientes etapas -cuyos límites temporales y sobre

88 La doctrina en general coincide en el contenido de estas funciones extraídas de la ley, discrepando en todo caso en la forma de clasificarlas y exponerlas. Así, SANCHEZ CALERO, F.: "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", págs. 21 y 22, realiza una división peculiar de estos actos. El autor considerando un concepto de gestión en sentido estricto, divide la misma en actos de gestión en los que se concreta la realización del objeto social -gestión ordinaria-, y otros actos de gestión que incluyen las justificaciones respecto de las adquisiciones onerosas de los primeros años, el cobro de dividendos pasivos y el cumplimiento de las disposiciones sobre negocios sobre las propias acciones -que denomina "*deberes atinentes a la realidad del capital social*", y los deberes referentes al cuidado de la contabilidad y la rendición de cuentas. Para el autor sólo serían actos de organización, los referentes al funcionamiento del propio órgano administrativo (cobertura de vacantes y autorregulación), todos aquellos que lo ponen en relación con la Junta General (convocatoria, proposición obligada o facultativa de asuntos a consideración y votación de la Junta, de información a los accionistas y a la misma, de ejecución de sus acuerdos y de impugnación de los mismos), y los deberes que posee frente a los auditores, liquidadores, obligacionistas y accionistas en particular; LLAVERO RODRIGUEZ-PORRERO, M.: "Los administradores de la sociedad anónima", pág. 102 a 105, estructura estos actos en funciones respecto del capital social, respecto de las acciones; en relación con la Junta General; con relación a los aspectos económicos (decidir el aumento de capital en los términos del acuerdo de delegación o simplemente ejecutarlo decidido por la Junta al respecto, cumplir los requisitos para la reducción de capital, acordar el reparto de dividendos a cuenta, formular, suscribir y presentar los documentos relativos a las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación de resultado así como depositarlos en el registro mercantil; cumplir los requisitos de la emisión de obligaciones); respecto de los procesos de disolución y liquidación; respecto de los Estatutos; respecto de la fusión o escisión. ESTEBAN VELASCO los divide en facultades y deberes que se relacionan con el funcionamiento y organización de la sociedad y las que se relacionan con la tutela de los intereses de acreedores y terceros" (vid. "La administración de la Sociedad de Responsabilidad limitada", pág. 707). El listado más detallado y completo de las funciones de la Junta General según el TRLSA lo encontramos en OTERO LASTRES, M.: "La junta general de accionistas de la S.A.", en Estudios sobre la Sociedad Anónima", pág. 56 y 58, quién incluye además todos los supuestos que implican una participación del órgano administrativo en los supuestos de liquidación, disolución, escisión.

89 En este sentido, es incalculable el valor de su monografía "Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración", Edit. Montecorvo, Madrid 1971.

90 Ya que todos los actos recaen sobre un mismo patrimonio y tienden hacia una misma finalidad, de manera que cualquiera de ellos repercutirá sobre el conjunto (vid. RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: cfr. *ibid.* pág. 77).

todo materiales no dejan de estar en cierto modo difuminados al menos a la vista del jurista-: programación, dirección, ejecución y control⁹¹. Debido a la especialidad y extensión del tema, no se hará una exposición de todo el proceso, sino que nos limitaremos a los aspectos que entendemos como estratégicos para el establecimiento de la unidad económica entre las sociedades integrantes de un Grupo, y que se ubican fundamentalmente en las etapas de programación y dirección.

La programación consiste en el establecimiento de la política de desarrollo de la actividad económica de la empresa social. En ella encuentra su fundamento el poder de decisión⁹² al interior de la empresa social como organización económica, debido a la importancia de su contenido y a que éste condiciona el desenvolvimiento de las demás etapas del proceso de gestión. La programación incluye la definición de los objetivos de la empresa (que en términos prácticos significa asumir el curso futuro de los actos a realizar), la formulación de los planes generales destinados a aplicar la política o estrategia que se establece y la aprobación del presupuesto. A tal fin se realiza un análisis técnico, económico, político y social, de las tendencias interiores y exteriores a la empresa, a la vez que se examina y valora los recursos materiales, financieros y humanos de que se dispone o se puede llegar a disponer para llevar a cabo los objetivos prefijados. Dependiendo del tipo de empresa de que se trate la programación incluirá actuaciones como, la formulación de previsiones de venta por parte de los distintos órganos comerciales periféricos; estudios de mercado, definición de las posibles acciones de distribución; definición y desarrollo de las decisiones de venta en función de los medios y de los costes necesarios para realizarlas; definición del programa de venta a nivel de dirección general⁹³, etc.

En esta fase inicial de la gestión, el órgano administrativo posee un alto índice de discrecionalidad. Esta libertad de decisión no sólo es empleada para valorar los recursos exteriores a la empresa, sino sobre todo para estimar la utilidad del establecimiento de vínculos con personas (naturales o jurídicas) extrañas a la sociedad. Este grado de discrecionalidad se pone de manifiesto igualmente en la etapa de dirección, en la cual -según los objetivos y planes trazados- se concreta con más detalle qué es necesario hacer, cómo, cuándo y donde.

Destaca también como facultad del Órgano de Administración en orden a la constitución de un Grupo de Sociedades, la adquisición de participaciones sociales, como

91 Con similar contenido encontramos en la doctrina diferentes clasificaciones, así, GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: "La responsabilidad por delitos societarios, desde la perspectiva del seguro privado", El nuevo Código Penal y los delitos societarios, Fundación Caixa Galicia, 1998, pág. 160, indica que los elementos constitutivos del poder de dirección de los administradores -dentro de sus funciones de organizar y dirigir- son: la planificación; la organización de los elementos personales y materiales; la dirección propiamente dicha; la coordinación de los distintos elementos que conforman y constituyen la empresa y el control del buen funcionamiento de la organización empresarial y el logro de los fines u objetivos proyectados; ESTEBAN VELASCO, G.: "La administración de la sociedad de responsabilidad limitada", pág. 711, divide el contenido de la actividad administrativa en: administración ordinaria (planificación, ejecución y control de la actividad de la empresa), fijación de los principios de política empresarial (directrices generales en política de producción, financiación y personal) y administración extraordinaria, es decir aquellos actos que por su importancia, finalidad o excepcionalidad no pueden considerarse acontecimientos normales en una empresa del tipo que se trate (operaciones inmobiliarias, constitución de hipotecas, operaciones de gran valor económico, creación de filiales, adquisición originaria sucesiva de participaciones de otras sociedades, incluso la venta o segregación de partes esenciales de la empresa que no comprometan su continuidad). Como se puede apreciar en esta última se incluyen actos que afectan a la estructura económica y jurídica de la sociedad, que, como dijimos son normalmente, competencia de la Junta.

92 En este sentido, RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración", pág. 84.

93 Este detalle de actividades es realizado por SCIARELLI, "Il processo decisorio nell'impresa", Padova, 1967, pág. 156 (cit. por RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración", pág. 79), tomando como referencia el caso de una siderúrgica.

medio para el establecimiento de una relación de control indirecto entre la sociedad dominante de la adquirente y la participada por ésta. Al respecto debe tenerse en consideración dos cuestiones: la adquisición de estos títulos constituye facultad de los administradores, y estos como representantes de la sociedad y como gestores sus bienes tienen la posibilidad de decidir sobre el sentido del voto correspondiente a estas acciones.

2.3. - Concepto unitario de control.

Como afirmamos en la parte introductoria de este apartado, el control es respecto del Grupo, sólo un presupuesto para su formación, ya que, para poder hablar de Grupo de Sociedades es necesaria la presencia de una dirección económica unificada. Siendo el control, el poder de determinar la gestión de otro, y considerando que el Grupo está formado por sociedades que conservan su independencia jurídica, establecimos como primera premisa, que el dominio debía recaer sobre el órgano societario que detentara el poder de gestión, el poder de dirigir la marcha económica de la empresa; aun cuando en determinados casos pueda afirmarse que es necesario primero tener presencia significativa en otros órganos sociales⁹⁴.

Después de resaltar la importancia de la función de gestión -tanto para la sociedad en sí misma como para el establecimiento de vínculos externos- y definir al órgano de administración como el titular de la misma, podemos afirmar, que para que exista una situación de control societario debe, controlarse el órgano administrativo de la sociedad dependiente. De este modo, el control sobre el órgano de administración constituye la esencia -o por lo menos la manifestación externa más patente- de toda situación de dominio sobre una persona jurídica.

Hablar de control en la legislación española, nos conduce indefectiblemente al artículo 42.1 del Código de Comercio, cuyo tenor indica, *“Toda sociedad mercantil está obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, en la forma prevista en este Código y en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre con relación a ésta en alguno de los casos siguientes:*

- a) *Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) *Tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) *Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) *Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo”*

Como se deduce de su texto, el artículo 42.1 del Código de Comercio no establece un concepto de control, sino que se limita a enumerar supuestos de hecho en los

⁹⁴ Esta afirmación está en relación con la ya antigua discusión doctrinal sobre la posibilidad de una noción de control externo, de un “control” no basado en un vínculo financiero (posesión de una participación significativa). Sin perjuicio de volver sobre este tema al momento de tratar sobre el concepto de control en el art. 42.1 del C. de Com. (vid. nota 140), cabe indicar que las discrepancias se centran en la posibilidad de controlar una sociedad sin antes poseer una mayoría estable de derechos de voto en la Junta General.

cuáles parece considerar existente una relación de dominio⁹⁵, con suficiente entidad como para hacer presumible la existencia de un Grupo de Sociedades⁹⁶. A pesar de ello, dicho precepto ha adquirido dentro de la legislación española un cierto protagonismo en lo que a control y a Grupos se refiere⁹⁷, compartido, en menor medida, con el art. 4 de la Ley del Mercado de Valores (LMV). Aunque el primero de ambos se limita a indicar cuándo una sociedad mercantil debe consolidar sus cuentas con las de sus dependientes⁹⁸, son muchas las leyes que para el concepto de Grupo o de control, se remiten a su contenido⁹⁹; así, el propio artículo 4 de la LMV, 87 del TRLSA, 10 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) y 20.2 de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado (LOSSP), entre otras. De modo que, para entender lo que se considera como dominio en la legislación española, es necesario partir del contenido del artículo 42 del C. de Com., cuyos supuestos de hecho recogidos en éste pueden ser agrupados en dos:

1. -Disponer de la mayoría de los derechos de voto¹⁰⁰, sea por tener la mayoría del capital social o por la existencia de acuerdos con otros socios¹⁰¹.
2. -Haber nombrado a los miembros del Consejo de Administración.

Si es evidente la quiebra del principio democrático de correspondencia entre capital y poder en el interior de la Sociedad, y por lo que se refiere a facultades, la Junta

95 El artículo 42 del C. de Com., de manera indirecta deja entrever que considera los supuestos enumerados en su punto 1 como de control, al hacer referencia en su punto 2 a la sociedad dominante. En este sentido RUIZ PERIS, J.: "Significado del control en el derecho español", indica que desde la reforma del art. 4 de la LMV, no queda en el ordenamiento español una norma que establezca directamente qué debe entenderse por control. Discrepamos de la generalización realizada por este autor en cuanto los artículos 4.1 del R.D. 672/1992 y 6.1 del R.D. 671/1992 y en la actualidad en 7.2.a).2º del R.D 664/1999, sí definen el control.

96 Desde nuestro punto de vista el artículo de referencia contempla un sistema doble de presunción, presume que en los supuestos que enumera, existe una situación de dominio y sobre esta hipótesis presume la existencia de Grupo. Ésta es la razón por la cuál impone el deber de consolidar las cuentas anuales según la técnica de la integración global, que normalmente se utiliza en el caso de estructuras de Grupo.

97 Así, EMBID IRUJO, J. M.: "La problemática de los grupos", Derecho de sociedades de responsabilidad limitada, pág. 1231.

98 Afirmación mantenida por la mayoría de los autores, así SÁNCHEZ CALERO, F.: "De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 77, año XIX, enero-marzo, 2000, pág. 23; EMBID IRUJO, J. M.: "La problemática de los grupos", Derecho de sociedades de responsabilidad limitada, tomo II, Edit. Mac Graw-Hill, Valladolid 1996, pág. 1237; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: "El derecho de las empresas vinculadas", RDBB, nº 35, año IX, julio - septiembre de 1989, pág. 514 y 515, MARTÍNEZ MACHUCA, P.: "El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades", RdS, nº 12, 1999, Edit. Aranzadi, Pamplona; MARINA GARCÍA-TUNÓN, A.: "Régimen jurídico de la contabilidad del empresario", Edit. Lex Nova, pág. 378.

99 En este sentido, MARTÍNEZ MACHUCA, P.: "El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades", RdS, nº 12, 1999, Edit. Aranzadi, Pamplona, indica que a pesar de la diversidad de terminología legislativa sobre el control, existe un rasgo común: la norma básica es el artículo 42 del C. de Com., al utilizarse como norma de remisión para establecer los conceptos de control y por añadidura de Grupo. Por su parte DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: "El derecho de las empresas vinculadas", pág. 523, acertadamente objeto la extensión de este concepto contable de Grupo a otro tipo de vinculaciones entre sociedades.

100 Algunos autores indican que la mayoría de los derechos de voto ha sido adoptada como medida del monto de participación en el capital necesario para afirmar la existencia de una relación de control o dominación. Así, MARTÍNEZ MACHUCA, P.: "El fenómeno del control o de la dependencia entre sociedades", RdS, nº 12, 1999, Editorial Aranzadi, Pamplona, pág. 212; RUIZ PERIS, J.: "Significado del control en el derecho español", pág. 3335, quién señala que ley no se ha referido directamente a la posesión de la mayoría del capital social debido a la posibilidad de emisión de acciones sin voto (art. 90 TRLSA) y limitaciones estatutarias al número de votos que se pueden emitir (art. 105 TRLSA).

101 Esta modalidad contenida concretamente en la letra c) del art. 42.1 del C. de Com., contempla la posibilidad de que el control sea ejercido por una pluralidad de sujetos, valiéndose al efecto de pactos o de sindicatos de acciones (para una descripción detallada de esta figura vid. RUIZ PERIS, J.: "Significado del control en el derecho español", págs. 3338 y 3339).

General ha perdido la dirección de los destinos de la empresa social, ¿por qué el legislador sigue presumiendo la existencia de control, e incluso de Grupo, cuando se es socio y se posee la mayoría de votos en la Junta General?. Esta cuestión nos obliga a plantearnos, a fin de mantener la validez de nuestra postura en el sistema español, el poder que la Junta General o deberíamos decir los accionistas de control poseen sobre el órgano de administración.

2.3.1. - Participaciones significativas, control minoritario y poder indirecto de gestión

La Junta General de accionistas continúa conservando un poder de influir sobre la actividad del órgano administrativo, gracias a una de una serie de facultades que le otorga el ordenamiento. Entre estas se incluye la de ser el órgano encargado del nombramiento y revocación de los miembros del órgano de administración (arts. 123 y 131 del TRLSA)¹⁰². Con acierto pone de manifiesto la doctrina, la importancia que posee el acto de nombramiento de los administradores, ya que las personas sobre las que éste recaiga serán por definición, aquellas que compartan los intereses y la política de los accionistas que les nombran¹⁰³.

A fin de conservar la autonomía que se reconoce necesaria para una correcta gestión, los ordenamientos se han valido por un lado de una distribución rígida de competencias -que independientemente de la discutida bondad de su resultado, no se contempla en el TRLSA- y de una regulación de los supuestos de revocación del órgano administrativo¹⁰⁴. El ordenamiento español impone una serie de parámetros al actuar de los administradores (art. 127 TRLSA)¹⁰⁵ e incluso regula los supuestos en los que estos incurrir en responsabilidad (art. 133 TRLSA), pero al momento de legislar sobre la separación de los mismos, no establece la necesidad de una causa de justificación¹⁰⁶. Se otorga pues a la Junta General la facultad acordar, en cualquier momento, la separación de los administradores (art. 131 TRLSA). De esta forma, la revocación y el nombra-

102 Aunque en los sistemas dualistas de organización del órgano de dirección, esta facultad se haya trasladado al Consejo de Vigilancia, las conclusiones que aquí se emitan les son también aplicables, ya que se mantiene el vínculo de la Junta General con el nombramiento y revocación de los administradores, a través del ejercicio de estas facultades respecto de los miembros del Consejo de Vigilancia.

103 Así, RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: "Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración", Edit. Montecorvo, Madrid 1971, pág. 87; ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español", pág. 460 y 490, quién lo considera uno de los actos más importantes dentro de la realización de una determinada política de gestión.

104 El Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, a diferencia del Proyecto de Quinta Directiva, condiciona la revocación a la existencia de un motivo grave, aunque su ausencia no tiene un efecto retroactivo, sino sólo indemnizatorio.

105 Interesante comentario al art. 107 del TRLSA incluye el profesor GARCÍA-PITA Y LASTRES en "La responsabilidad por delitos societarios, desde la perspectiva del seguro privado", págs. 99 a 105. Indica este autor, que se impone a los administradores el deber de desempeñar su cargo con un nivel de diligencia que satisfaga dos parámetros: el criterio de un ordenado comerciante y el de un representante leal. El primero de ellos -siendo puramente técnico- mira a la eficacia de la gestión y a sido recogido por el TRLSA, tomando como referencia el art. 93 de la AktG de 1965 que recoge el sistema de la diligencia del "ordenado y minucioso director del negocio". En lo que respecta al módulo de un "representante leal", al estar referida la actividad del administrador a la gestión de intereses ajenos, éste está sometido a un deber de fidelidad que le compromete en la defensa de los intereses de la sociedad que representa, anteponiéndolos a los suyos personales. Por consiguiente -según expresa el autor- la diligencia del "representante leal" se refiere a la *ética de la actuación representativa*. Ambos módulos no tienen un contenido concreto y único, sino que el mismo dependerá en cada caso, de las exigencias del fin social, de las especialidades del objeto social, de las características de la sociedad, de la propia posición del administrador dentro del órgano y de otras circunstancias similares.

106 En este sentido también se pronuncia DE LA CÁMARA, M.: "Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima", Edit. Civitas, Madrid, 1995, pág. 158.

miento constituyen facultades, que junto con la posibilidad de no renovación, permiten a sus titulares ejercer una influencia sobre el órgano administrativo que se refleja sobre la gestión social que éste lleva a cabo. Por otra parte dependiendo de la regulación societaria, también se suelen dar otras posibilidades de influencia que se acumulan en torno a la negociación y fijación del contenido de sus contratos (remuneración¹⁰⁷, asentimiento al ejercicio de otra actividad paralela¹⁰⁸), o a la posibilidad de regular su funcionamiento interno¹⁰⁹, en caso de ser colegiado.

En los sistemas dualistas, además de traspasarse la titularidad de la facultad de nombramiento y destitución hacia otro órgano distinto a la Junta General, éste (Consejo de Vigilancia o *Aufsichrat*) se ve tipificado sobre todo por una labor de vigilancia. Al consistir esta labor en un control no sólo de la *legalidad sino también de la oportunidad y conveniencia de la gestión*¹¹⁰, su ejercicio se convierte en un mecanismo de influencia sobre el órgano de administración. Así lo corrobora la experiencia alemana, en donde son escasas las ocasiones en que el *Aufsichrat* en el ejercicio de sus funciones, ha vetado la actividad del *Vorstand*, indicio de una fuerte coordinación o condicionamiento previo de los administradores (*Vorstand*)¹¹¹. Para llevar a cabo la supervisión, suele establecerse un conjunto de deberes del órgano de administración y de facultades del órgano de vigilancia respectivamente¹¹².

El TRLSA no ha acogido la propuesta de organización dualista del órgano de dirección que contenía el Anteproyecto de Sociedades Anónimas y el Proyecto de Quinta Directiva. Sin embargo aunque no se haya regulado un Consejo de Vigilancia y la Junta General no tenga expresamente atribuidas sus funciones, sí posee según el TRLSA ciertos derechos de información a la vez que a la administración se le imponen algunas obligaciones de contenido también informativo. Pero este conjunto de derechos y facultades no llegan a tener la entidad suficiente como para que se pueda predicar una función de control o vigilancia de la Junta General, similar a poseída por los Consejos de Vigilancia

107 Una posibilidad real de influencia por esta vía, podría darse en el caso del Proyecto de Estatuto de Sociedad Anónima Europea que señala al Consejo de Vigilancia como encargado de fijar la remuneración de los directivos, no así en el caso del ordenamiento español donde lo concerniente a su determinación, es parte del contenido de los estatutos de la sociedad (art. 130 TRLSA), presentándose menos asequible su manipulación como mecanismo de influencia.

108 En la legislación española sólo el ejercicio de determinadas actividades puede constituir una causal de separación: actividad en una administración pública con funciones relacionadas con el objeto social y administración de sociedades competidoras. Sin embargo, aun cuando se incurra en estas causales, no es obligatoria la separación en todos los casos. Así, PORTELLANO DIEZ, menciona la diferencia en el tratamiento de las causales de separación del art. 124 y del 132.2 del TRLSA. Mientras en el primero existe un pronunciamiento en sentido imperativo, “*deberán ser inmediatamente...*”, en el segundo al decir la ley que “*cesarán en su cargo a petición...*” deja abierta para la Junta General la posibilidad de no acordar tal separación (vid. PORTELLANO DIEZ, P.: “Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio”, Edit. Civitas, Madrid, 1996, pág. 116 a 118). Esta posibilidad de discrecionalidad permitiría, también en el ordenamiento español, reforzar la influencia sobre el órgano administrativo.

109 Según el Proyecto de Estatuto de Sociedad Anónima Europea, es facultad del consejo de vigilancia la reglamentación del funcionamiento interno del consejo y la atribución de funciones. En el ordenamiento español en cambio, el Organo de Administración, en defecto de los estatutos, es autónomo en la estructuración de su regulación interna (art. 141).

110 ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español”, pág. 460.

111 En este sentido, la doctrina indica que este control es *a priori*, y desmerece la naturaleza de la función de vigilancia del *Aufsichrat* (vid. ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español”, pág. 460 y sgts.)

112 Los administradores tienen la obligación de informar trimestralmente sobre la gestión, el estado de los negocios y acontecimientos importantes, además de la obligación de presentación de las cuentas anuales dentro de los tres primeros meses del ejercicio. Por su parte el órgano de vigilancia tiene la facultad de solicitarles un informe especial sobre cuestiones que interesan a la sociedad y el derecho de verificar y examinar los libros, la correspondencia, las actas, y en general todos los documentos que requiera.

en los sistemas dualistas. Estos órganos, ejerciendo un control preventivo, llegan a intervenir casi directamente en la función del órgano de administración. En cambio el TRLSA impone al órgano de administración, solamente el deber de presentar el balance, estado de pérdidas y ganancias, etc., pero ninguna otra obligación legal de informar a la Junta General¹¹³. Por el contrario, los administradores poseen -excepto en los supuestos en que la ley lo ordena-, la discrecionalidad de convocar a la Junta cuando y respecto de lo que consideren conveniente (art. 100 TRLSA). En lo que se refiere a derechos de información, el legislador los atribuye a los accionistas y no a la Junta como órgano, estableciendo además limitaciones a su ejercicio. Así, el derecho de información del accionista individual, se ve limitado a los asuntos que aparezcan en el orden del día de la Junta General, y en cuanto a lo no contemplado en éste, normalmente se exige que el pedido se formule por un grupo que represente determinados porcentajes de capital social.

Respecto a la función de vigilancia, no puede dejarse de mencionar la recomendación del "Informe Olivencia", de su atribución al Consejo de administración. Sugiere este documento que, dado que es práctica común en las grandes sociedades la delegación de las funciones de gestión en un equipo de dirección, nombrado por el órgano colegiado de Administración, sería conveniente dotar de una composición plural de éste último, y configurarlo como órgano de vigilancia y control de los niveles ejecutivos. Al respecto, dos cosas, para la viabilidad de esta división de funciones sería preciso prever un sistema efectivo de representatividad de la pluralidad de intereses sociales al interior del Consejo de Administración, a fin de que pueda funcionar realmente como un órgano de control del equipo de dirección que nombra¹¹⁴; y en segundo lugar en ningún caso el Consejo deja de ejercer directamente labores de gestión según se puede apreciar del listado de funciones del mismo que se consideran como indelegables¹¹⁵.

De este breve análisis se desprende que, en cuanto a posibilidades reales de influir sobre el órgano de administración, la Junta General posee sobre todo las que le permite el ejercicio de sus facultades de nombramiento, revocación y renovación de los administradores¹¹⁶. Sin embargo, su funcionamiento según el principio de mayorías de

113 El Informe Olivencia llega más allá y parece decir, que aún concebida como foro en el cual los accionistas expresan sus opiniones y censuran la gestión, la Junta General como instrumento de control y de decisión ha fracasado en la realidad. Esto se debe a limitaciones estructurales, entre las cuáles señala el absentismo de los accionistas.

114 Este constituye uno de los puntos débiles del Informe Olivencia. Este Código Ético, contempla la conformación plural del Consejo de Administración, debiendo estar formado éste por consejeros independientes (representantes de los intereses del capital flotante), por un número de consejeros dominicales (representantes del interés de los accionistas mayoritarios), y por el primer ejecutivo de la compañía (junto con otros altos cargos del equipo de dirección). Sin embargo creemos que no se acierta a comprender cómo se eludirá el absentismo de los accionistas a las elecciones de consejeros independientes, y cómo el establecimiento de una relación entre el equipo de dirección y los consejeros dominicales. Al respecto el Informe parece indicar como única fórmula una proporción numérica entre consejeros independientes y consejeros dominicales, según la composición porcentual cualitativa de su accionariado.

115 Así, aunque comprendidas dentro de una hipotética función de Vigilancia el Consejo de Administración no podrá delegar en ningún caso -según el Informe Olivencia- las siguientes funciones: a) aprobación de las estrategias generales de la sociedad; b) nombramiento, retribución y en su caso destitución de los más altos directivos de la sociedad; c) control de la actividad de gestión y evaluación de los directivos; d) identificación de los principales riesgos de la sociedad e implantación y seguimiento de los sistemas de control interno y de información adecuados; e) determinación de las políticas de información y comunicación con los accionistas, los mercados y la opinión pública. Se puede observar que dentro de este listado se contemplan labores típicas de gestión de conformidad con lo dicho sobre el contenido de la misma en el apartado 2.2.

116 Esta influencia es comúnmente reconocida por la doctrina, así, SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, F.: "El gobierno de las sociedades cotizadas y su control", Centro de documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1996, pág. 104 y sgts.; ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho Europeo y reforma del derecho español"; con ciertas reservas GALGANO, F.: "El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas", pág. 71 y sgts.). Indican que la misma origina un poder indirecto de gestión, GARRIGUES, J. Y URÍA, R.: "Comentario a la ley de sociedades anónimas", tomo I, pág. 502 y DE LA CÁMARA, M.: "La competencia de la junta general de accionistas", pág. 150, entre otros.)

capital y el absentismo de los accionistas¹¹⁷, provocan que las decisiones, que les son propias, no sean tomadas por ésta como asamblea de socios que definen en sus acuerdos la voluntad social, a través de mayorías formadas en las deliberaciones de cada sesión, sino sólo por uno o más socios: los accionistas de control¹¹⁸, o accionistas mayoritarios¹¹⁹. Estos Grupos de accionistas -o accionista único- poseen la mayoría de votos¹²⁰ necesarios para la toma de acuerdos, aunque ésta se alcance muchas veces por situaciones coyunturales como el número de asistentes a la Junta. Por consiguiente, es el grupo de accionistas o el accionista de control quienes tienen la posibilidad de elegir y revocar a los administradores¹²¹ y lo harán de entre aquellas personas que compartan su orientación y concreten sus intereses en la gestión de la empresa.

Las facultades que posee la Junta General sobre el nombramiento y permanencia en el cargo de administrador, hacen que la disminución de funciones de la misma y el trasvase de las de gestión hacia el órgano administrativo, no hayan hecho sino engrosar el ámbito de poder del grupo de control y facilitar su dirección sobre la actividad del órgano administrativo. En este sentido, la coordinación o las instrucciones a los administradores pueden darse fuera de la Junta General, escapando así a la publicidad del orden del día y al debate o control de la minoría¹²². Por otro lado, al no haberse otorgado a la Junta General una función de vigilancia o un conjunto de derechos y deberes que hagan posible su ejercicio de manera efectiva y al necesitar los accionistas agruparse para ejercer su derecho de información, se estaría obrando en beneficio del ejercicio de una dirección del Grupo de control sobre la actividad del órgano administrativo.

117 Junto a otras causas como la existencia de acciones privilegiadas y las limitaciones estatutarias a la asistencia a la Junta General.

118 Afirmación que venía ya siendo mantenida por la doctrina de principios de siglo (así el maestro GARRIGUES en 1933 en su obra "Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas" y posteriormente RODRIGUEZ ARTIGAS refiriéndose al órgano administrativo dice que es "*cierto que las decisiones de este órgano han de estar inspiradas en el criterio del interés social, pero no puede olvidarse a este respecto que el interés social se expresa a través de los acuerdos de la junta general y que este órgano está dominado de hecho por el grupo de control cuyos miembros además intervienen activamente... en la conformación del órgano supremo de la administración...* En estas condiciones no es difícil imaginar que dicho grupo actúa prácticamente como si fuera el empresario y, en consecuencia la actividad de gestión está encaminada a satisfacer sus intereses" (vid. "Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración", pág. 86).

119 Estos socios pueden no poseer la mayoría del capital social, pero sí el capital necesario para cumplir con el quórum y para -solos o ayudados del absentismo del resto de los accionistas *de risparmio* o de pactos entre ellos-, tener la mayoría de votos requerida para la toma de los acuerdos.

120 Al respecto, lo que importa es tener el derecho a emitir el voto y no la titularidad con que éste se posee. De modo que no se requiere ser necesariamente accionista para reunir la mayoría de votos, puede ostentarlo p.e. el depositario de una determinada cantidad de acciones que obtenga la representación de los socios en la Junta General. Sin embargo, ateniéndose al texto del art. 42.1 del Código de Comercio, sólo podría considerarse titular del control de una sociedad a quien sea a su vez socio de la misma (aunque no lo sean aquellos con los que celebre acuerdos para obtener el control).

121 Esto también se produce en los sistemas de organización dualista del órgano de dirección, en donde según la estructura y composición del accionariado, se ha comprobado que el Grupo de control desempeña un papel relevante en la política empresarial sea a través del *Aufsichtsrat* que nombra, o bien convirtiendo a éste en un órgano consulta o asesoramiento del *Vorstand* conformado según los intereses de estos. (vid. ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho Europeo y reforma del derecho español", pág. 383).

122 En este sentido, pero refiriéndose sobre todo a la autonomía del órgano administrativo se pronuncia GALGANO, F.: "La società per azioni", Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. VII, Edit. Padova, 1989, pág. 38 cuando indica que "*el hecho de que la asamblea no pueda más, como en el pasado, dar órdenes a los administradores produce una sola diferencia respecto del pasado: el grupo de control puede hoy dar órdenes a los administradores fuera de la asamblea y, por lo tanto fuera de todo control de la minoría... [las órdenes] no se dan más oficialmente, se dan secretamente o si se prefiere "confidencialmente" (la traducción es nuestra).*

Es en la posibilidad de influir o establecer una coordinación con el órgano administrativo, donde reside la importancia de la posesión de un número “significativo” de participaciones, que aseguren un voto mayoritario en las Juntas Generales. Para el establecimiento de situaciones de control societario y de estructuras de Grupo, el valor del porcentaje de acciones que se posee reside en los derechos políticos que otorgan estos títulos y no en los derechos económicos que se adquiere.

Para el establecimiento de presunciones de control societario o de Grupo de Sociedades, es común la utilización de la noción de Participación Significativa. La dificultad que presenta esta opción legislativa, es que se emplea un presupuesto de hecho que está en estrecha relación con las características de cada sociedad. El contenido esta noción, varía según las dimensiones de cada sociedad, el monto de su capital, el grado de dispersión del mismo, y la extensión y composición de intereses de su accionariado. Si se regula la Participación Significativa de acuerdo a porcentajes de capital, se hace preciso tomar en cuenta el tipo medio de sociedad del sector que se regula. Aunque fuera posible abstraer un prototipo de sociedad, es ineludible que se produzca un margen de error, que traería como consecuencia la aplicación de un régimen especial a entidades participadas pero no vinculadas, produciendo una inútil y perjudicial obstaculización de sus actividades. Por ello creemos que es más indicado el uso una fórmula genérica que conceptúe la participación significativa en función de su utilidad, como aquella que permite, en sí misma o por circunstancias ajenas a su posesión, una injerencia directa o indirecta en la gestión social.

2.3.2. - Especialización del órgano de administración.¹²³

Si bien el grupo de control hará uso de las facultades de la Junta General para mantener en el órgano de administración a personas de su confianza, que satisfagan sus intereses en el desarrollo de la gestión social, la actuación de los administradores no siempre responde a esta pretensión¹²⁴. Se ha producido una evolución de la Sociedad

123 Sobre el engrosamiento del poder e independencia del órgano administrativo, véase el inmejorable trabajo de SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, F.: “El Gobierno de las sociedades cotizadas y su control”, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1996.

124 Respecto de esta facultad de nombramiento de los miembros del órgano administrativo a través de la Junta General, hay que mencionar dos límites: la cogestión y el sistema de representación de minorías. El primero de los mencionados -instaurado sobre todo en el sistema alemán y también presente en el Proyecto de Quinta Directiva- implica que un determinado porcentaje de los miembros del *Aufsichtsrat* serán nombrados por las otras partes interesadas en la empresa: trabajadores y consumidores. El sistema de cogestión es considerado como límite a la autonomía de la voluntad, particularmente a la autonomía de gestión ya que “la composición paritaria del AR viene a restringir la autonomía de los socios para decidir los destinos de la sociedad” (vid. ESTEBAN VELASCO, G.: “El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho Europeo y reforma del derecho español”, Edit. Civitas. Fundación Universidad - Empresa, Madrid, 1982, pág. 308). En el ordenamiento español se contempla en el art. 137 del TRLSA, la representación proporcional, cuya finalidad es lograr una representatividad de los socios minoritarios en la gestión, dándoles el derecho de nombrar una parte de los miembros del órgano de administración. (vid. DE LA CAMARA, M.: “La competencia de la junta general de accionistas”, en Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima”, Edit. Civitas, Fundación Manuel Broseta Pont, Madrid, 1995, pág. 157 y 158). Para la operatividad de este sistema se divide el capital social entre el número de administradores previstos, obteniéndose así la cuantía de capital que debe poseerse -o agruparse- para poder nombrar un miembro del Consejo de Administración. La doctrina que comentaba la LSA de 1951 ya se pronunciaba anteriormente por el fracaso de este sistema, debido a su no utilización (vid. RODRIGUEZ ARTIGAS, F.: “Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración”, pág. 168). Resultado del todo lógico ya que es requisito *sine qua non* para el funcionamiento de este sistema el interés de los socios en la marcha de la empresa; interés que -como ya se explicaba (vid. supra nota 26)-, al disminuir en relación directa con la participación en el capital, no se suele encontrar presente en los accionistas minoritarios. Pero la razón primordial por la cual este sistema no constituye un límite real a la influencia sobre el órgano administrativo, radica en que al ser un mecanismo para que una minoría de capital pueda nombrar administradores, no es incompatible con el “control minoritario” que se da en las grandes sociedades. Comentando el art. 137 del TRLSA y el RD 821/1991 que establece su reglamentación, ALCOVER GARAU, G.: “La representación proporcional de la minoría en el Consejo de

Anónima, pero ésta no ha significado el paso del órgano de administración, de un mero mandatario de la Junta General a un mandatario *de facto* de los accionistas mayoritarios. Al respecto se deben tener en cuenta dos cosas: las decisiones del órgano administrativo están determinadas por otros factores, y además se ha producido una especialización de éste dando lugar a los actuales *managers*.

A la predisposición de los administradores hacía los intereses del grupo de control, se oponen como contrapesos el éxito y estabilidad de la empresa, el sistema regulado de responsabilidades de los directivos e incluso su propio interés económico. Su permanencia en el cargo depende tanto de la satisfacción de los intereses de los accionistas mayoritarios, como de su capacidad para realizar con éxito la empresa que se les ha confiado; no pudiendo frente a una posible acción de responsabilidad por incumplimiento, excusarse en las órdenes de la Junta o de los accionistas¹²⁵. La cualidad esencial del administrador de las grandes sociedades es la de saber mediar entre los intereses directos del grupo de control, y el interés de la empresa que implica, en cierta medida, el cumplimiento de los requerimientos de la minoría, de los acreedores, los consumidores, etc.¹²⁶.

Cuando la sociedad forma parte de un Grupo de Sociedades, es frecuente el conflicto entre el interés de los accionistas mayoritarios y el interés de la empresa (estabilidad, expansión, desarrollo o éxito del negocio). Esto se debe a que la pérdida que puedan sufrir los accionistas mayoritarios como socios de la dominada, se ve compensada, en grado superior, con el beneficio obtenido por la satisfacción de otros intereses extrasocietarios e intragrupal¹²⁷. Al respecto hay que indicar, que es distinta la disyuntiva en que se encuentra el órgano de administración dentro de un Grupo de sociedades de hecho, que dentro de un Grupo de Sociedades de base contractual. En éste las directrices sobre la gestión, vienen en gran parte marcadas por el contrato de dominación y por la legislación.

Por último, se debe tener en cuenta que el grado de relevancia que posee la impertinencia de alegar el respeto por las instrucciones de la Junta General frente a una acción de responsabilidad contra los administradores -como sobrepeso a la influencia sobre estos- depende en alguna medida de la composición de la Junta General. En el caso del ordenamiento español la Junta General es la titular por lo menos de la acción

Administración de la Sociedad Anónima y el principio mayoritario en el funcionamiento de la Junta General de accionistas”, págs. 25 a 51, realiza una detallada crítica a la efectividad de este sistema, mencionando entre sus causas, además del absentismo de los accionistas -causa principal en el caso de las grandes sociedades anónimas-, la posibilidad de aumento del capital social para elevar el monto del capital necesario para tener derecho al nombramiento de un miembro del Consejo; la modificación de la forma del órgano administrativo -pasando de un órgano colegiado a un administrador único- y las posibilidades de cesar a los administradores nombrados por la minoría.

125 Vid. GALGANO, F.: “El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas”, Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima, Edit., Civitas, Madrid 1995, pág. 72.

126 La Federación de Empresas de Bélgica (Feb) elaboró en 1997 un catálogo de “Recomendaciones para el buen funcionamiento del Consejo de Administración de una sociedad” (del que da noticia TAPIA HERMIDA, A. J., en RDBB, nº 68, año XVI, octubre-diciembre, 1997). El valor del documento reside en que las recomendaciones que contiene para un buen funcionamiento de los Consejos de Administración, han sido elaboradas sobre la base de la experiencia de los miembros de la federación (empresarios). Entre sus considerandos se encuentra la calificación del Consejo de administración como órgano que detenta las competencias básicas para el buen funcionamiento de la sociedad, cuyas decisiones deben guiarse por el interés de la misma -que comprende entre otros el interés del conjunto de los accionistas-. En este informe se da cuenta de cómo los Consejos constituyen la mayor parte de las veces el reflejo de la relación de fuerzas existente en la Junta General; por lo cual se recomienda que se dé protagonismo especial a aquellos consejeros no ligados al accionariado, ya que estos pueden contribuir de forma importante a las deliberaciones del Consejo.

127 En este sentido, DUQUE DOMINGUEZ, F.: “El derecho de las empresas vinculadas”, pág. 477, se refiere además a la diferencia que existe entre un conflicto común entre mayorías y minorías, y un conflicto del mismo tipo pero en el cuál la mayoría es un empresario que tiene intereses extrasocietarios, produciéndose un conflicto de intereses heterogéneos.

social de responsabilidad y puede en cualquier momento renunciar a su ejercicio, salvo que se opongan socios que representen el 5% del capital social, lo que facilita la obediencia del órgano administrativo al disminuir las posibilidades de ejercicio de una acción de responsabilidad.

La existencia de una relación de subordinación o de coordinación entre el órgano administrativo y los accionistas de control, no es pues absoluta, sino que admite situaciones intermedias. Cuando se trata de administradores de grandes sociedades anónimas, no estamos frente a mandatarios de hecho del Grupo de control, aún cuando no dejan de ser personas escogidas por éste. La relación entre el Grupo de control y el órgano administrativo está en estrecha relación con el grado de dispersión del capital social y la composición de intereses del accionariado.

Si bien, como hemos anotado anteriormente, consideramos difícil la verificación de la Teoría de la Separación entre la propiedad y la gestión de la empresa -en su formulación pura-¹²⁸, sí es obligado reconocer un reforzamiento del poder del órgano administrativo frente a los socios -incluido el grupo de control-, que resulta mayor en la medida en que mayores sean las dimensiones de la empresa y su número de accionistas¹²⁹. Al respecto hay que tener en cuenta dos factores:

- La captación de los derechos de voto de los accionistas mayoritarios, puede también realizarse por parte de los administradores.
- El accionista o accionista mayoritario puede ser al mismo tiempo miembro del Consejo de Administración. De ser así se produciría una identificación de intereses entre la administración vigente y el Grupo de control, o en todo caso la lucha por el poder en la empresa se trasladaría al interior del Consejo de Administración.

En efecto, los administradores, pueden reforzar su poder al interior de la empresa a través de la representación de los accionistas ahorradores en las Juntas Generales¹³⁰. Adicionalmente el Grupo de Control, en caso de presentar discrepancias con los directores, suele realizar una similar tarea de captación de derechos de voto, a fin de asegurarse su posición en la Junta¹³¹. Por consiguiente no cabe descartar la posibilidad de que exista un conflicto entre el órgano de administración y el grupo de control, dependiendo de la composición de intereses del accionariado de la sociedad de que se trate. Pero en ningún caso creemos que puede hablarse de un desinterés de todos los socios sobre la marcha de la empresa.

128 Vid. nota a pie 29. En cualquier caso, siempre existe la posibilidad de reunión de acciones y ejercicio de los respectivos derechos de voto por una tercera persona -un depositario p.e.- (práctica de la cual ya daba noticia el maestro GARRIGUES, en su libro "Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas", págs. 83 y 84, refiriéndose a los bancos depositarios de acciones). Puede que la realidad nos muestre cómo se verifica un hecho similar respecto de las empresas especializadas en prestar servicios de información y representación en las Juntas Generales, a los inversores institucionales que adquieren participaciones en Sociedades radicadas en Estados distintos de los de su residencia (vid. la noticia que sobre estas empresas de nueva creación da BAILLO MORALES, J., "Las Juntas Generales de accionistas de las sociedades cotizadas en Europa: el congreso de Osnabrück de Junio de 1998", RDBB, n° 71, año XVII, Julio - Septiembre, 1998, pág. 957).

129 Sobre el fenómeno de la separación funcional entre la gestión y la propiedad como causa de conflicto entre el grupo directivo y los distintos accionistas vid. ESTEBAN VELASCO: "¿Una nueva manera de entender e impulsar la evolución del sistema de gobierno de las sociedades cotizadas?", RdS, n° 11, 1998, págs. 13 a 31.

130 Según, SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, F.: "El Gobierno de las sociedades cotizadas y su control", Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1996, pág. 121, "constituye un hecho probado que a las Juntas Generales concurre el órgano de administración que la preside con una amplia mayoría de los derechos de voto".

131 A este fin se emplean figuras como la cesión legitimadora, la transmisión fiduciaria, el depósito administrado de títulos valores, la administración de valores en cuenta, etc.

2.3.3. - El concepto de control en el Artículo 42 del Código de Comercio.

El legislador del Código de Com. no ha sido pues ajeno a la influencia que ejerce la Junta General sobre el órgano administrativo, y al dominio de ésta por parte de los accionistas de control. Por eso cuando en su artículo 42 apartado 1.a) y c)¹³² considera como un supuesto de control la posesión de la mayoría de los derechos de voto, no está considerando el dominio de la Junta General y las funciones que sobre la marcha de la empresa conserva ésta. Se contempla la posesión de la mayoría de votos, porque ésta sigue siendo, según las facultades y reglas de funcionamiento de la Junta General, la forma básica de acceder al órgano administrativo. Esto se ve corroborado con el supuesto descrito en el apartado 1.d) del mismo artículo, ya que sí lo que importara para obtener el control fuera la calidad de socio o el dominio de la Junta General, no se consideraría suficiente haber nombrado a dicho órgano sin tener en cuenta el porcentaje de votos que se necesitó para ello.

Lo que contienen los apartados a), c) y d) del artículo 42 del Código de Comercio son las posibilidades de derecho¹³³ y de hecho¹³⁴ de nombramiento del órgano administrativo. Por esto, por el propio concepto de control y porque el supuesto restante contemplado en el apartado b)¹³⁵ no ofrece duda de referirse al nombramiento del órgano de administración, creemos que los supuestos de control contemplados por éste artículo se reducen a uno solo: Presencia o influencia sobre el órgano administrativo. Además, si consideramos el control como el poder de influir o dirigir la gestión de otra persona jurídica a través del órgano de administración de la misma, debemos admitir en consecuencia, que sólo en el supuesto del inciso d) del art. 42.1 del C. de Com. y en los demás que como él contemplen algún tipo de vínculo, relación o actividad sobre el órgano administrativo¹³⁶, existe una situación de control. De esta forma en los demás casos podemos hablar de presupuestos o situaciones en las cuáles el legislador presume su existencia¹³⁷.

132 Este inciso contempla el ejercicio del control por una pluralidad de personas que pueden actuar de consuno (RUIZ PERIS, J.: "Significado del control en el derecho español", pág. 3337) o bajo el predominio a su vez de una de ellas. Un sector minoritario de la doctrina (MARTINEZ MACHUCA, P.: "El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades", RdS, nº 12, 1999, Edit. Aranzadi, Pamplona, pág. 213 y sgts.) considera incompatible la noción de control con su ejercicio por parte de una pluralidad de sujetos. Sin embargo parece que la realidad viene demostrando lo contrario.

133 MARTINEZ MACHUCA, P.: "El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades", pág. 213, indica que la posesión de la mayoría de los derechos de voto se califica como control de derecho porque se ejerce el control por derecho propio, es decir como consecuencia directa de su participación en el capital, sin necesidad de pactos ni vínculos indirectos de control.

134 El apartado d) del artículo 42.1 del C. de Com. regula un caso de control de hecho, en cuanto lo que se regula es la posibilidad de que aunque no se posea la mayoría de los derechos de voto, se nombre a los administradores, debido al absentismo a las Juntas Generales, a las limitaciones estatutarias a la asistencia a las mismas, etc. Este apartado contiene una referencia implícita al "control minoritario" ya mencionado. Autores como RUIZ PERIS manifiestan que lo que se produce, debido a la pulverización del capital, al absentismo de los accionistas y a las propias normas societaria de computo de mayorías es una situación de carácter oligárquico (vid. "Significado del control en el derecho español", Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, tomo III, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pág. 3334; GALGANO, F.: "La società per azioni", Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. VII, Edit. Padova, 1989, pág. 27).

135 La doctrina discute sobre la validez del supuesto contenido en este apartado. Un sector considera que el mismo obedece a una deficiente transposición de la Directiva sobre cuentas consolidadas, que contemplaba una figura no permitida en el ordenamiento español: la reserva estatutaria a favor de algunos socios, de las facultades de nombramiento del órgano administrativo. Por lo cuál este supuesto carece de validez en la práctica (vid. MARTINEZ MACHUCA, P.: "El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades", pág. 215). Otra parte de la doctrina considera aplicable esta práctica estatutaria en el ordenamiento español e incluso predica su utilidad en el caso de filiales comunes (vid. RUIZ PERIS, J.: "Significado del control en el derecho español", pág. 3337).

136 También puede tratarse de una omisión, como es el no separar a los administradores de la gestión anterior, pudiendo hacerlo (así, RUIZ PERIS, J.: "Significado del control en el derecho español", pág. 3333). Esta actitud puede entenderse como indicio de una comunidad de intereses con estos.

Por otro lado, los apartados del artículo 42.1 del Código de Comercio contienen mecanismos de adquisición de control que sólo se refieren al de tipo interno¹³⁹ extracontractual. Además de estos, existen otras técnicas para establecer un dominio -o una coordinación- del órgano administrativo, como la comunidad de consejeros, regulada en el art. 4 de la LMV y en la 2ª disposición adicional, 10, de la LSRL, consistente en que la mitad más uno de los consejeros de la dominada lo sean a su vez de la dominante o de otra dominada por ésta¹³⁹.

Los Grupos contractuales de Sociedades no están regulados en el ordenamiento español, por lo cual todos los supuestos de control que recoge, lo son de control por influencia de hecho sobre el órgano administrativo. De allí, que al ser este un órgano formalmente autónomo, adquieran importancia las facultades de nombramiento y revocación del mismo. Pero en el caso de los Grupos Contractuales la independencia de este órgano viene limitada por el contrato de dominación que regula la organización del Grupo de Sociedades. En estos, la actuación del órgano administrativo conforme a las directrices de la sociedad dominante, viene impuesta como un deber derivado del con-

137 Consideramos acertada la opinión de RUIZ PERIS, que señala que hasta que no se dé la sustitución de los miembros del órgano administrativo, no se podrá hablar en puridad del establecimiento de una situación de control, no podrá considerarse que la sociedad se encuentre controlada (vid. "Significado del control en el derecho español", pág. 3332)

138 Se refieren a la adquisición de un control de tipo interno, en tanto el sujeto dominante tiene la calidad de socio la dominada. Para hablar de control interno es requisito *sine qua non* la posesión de participaciones en el capital de la sociedad dominada, independientemente de que las mismas puedan ser insuficientes para adquirir el control necesitándose de pactos con otros socios o de los votos por acciones no poseídas en propiedad.

139 EMBID IRUJO, J. M.: "La problemática de los grupos", pág. 1232, considera el supuesto de comunidad de consejeros como un caso de control personal, en el cuál (coincidiendo con MARTÍNEZ MACHUCA, P.: "El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades", pág. 210 y sgts.) sin fundamento alguno, la ley ha basado una presunción de control (influencia dominante según el texto legal de la LSRL). Considera que mientras en el caso de adquisición de la mayoría de acciones, surge necesariamente el control (aunque sea sólo potencial), ya que este tipo de adquisiciones se realizan precisamente con este fin, no se sucede lo mismo con las vinculaciones personales entre dos sociedades, ya que ambas pueden tener socios, objetos sociales y política direccional diferentes. Por nuestra parte creemos que en ambos supuestos es lícito presumir la existencia de un control potencial, siendo en todo caso, diverso el grado de probabilidad de ejercicio. RUIZ PERIS señala que la comunidad de consejeros puede constituir un supuesto de control de tipo externo extracontractual. Según este autor el control externo no requiere necesariamente una posesión *a priori* de capital mayoritario en la sociedad. Las tres vías más conocidas de obtención del mismo son: nombramiento de una persona jurídica -no socio- como administrador, delegación de la facultad de nombramiento del órgano administrativo a un tercero extraño a la sociedad y por último, identidad entre los administradores de dos personas jurídicas, los cuáles actúan en marcado interés de una de ellas sociedad (vid. "Significado del control en el derecho español", pág. 3319 y 3348 a 3353). Es discutida en la doctrina la independencia de este tipo de control, ya que algunos consideran que es necesario que preexista al mismo un control interno o contractual. Si entendemos el control externo como la posibilidad de acceder al Órgano de Administración sin antes poseer la mayoría de los derechos de voto en la Junta General, se pueden identificar efectivamente determinados supuestos en los que no necesariamente preexiste un vínculo financiero, p. e. el nombramiento de un *manager* especializado y necesitado por la sociedad para superar una crisis económica, nombramiento de un acreedor como administrador a fin de evitar una declaración de quiebra o para desvincularse del control no interno de otra sociedad (ibidem), la celebración de determinados contratos de colaboración; e incluso puede entenderse también regulada la posibilidad de un control externo en el art. 87.1 del TRLSA, cuyo texto indica que "... se considerará sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que por cualesquiera otros medios pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación" (el subrayado es nuestro). Sin embargo aunque, la adquisición de participaciones significativas es el instrumento más usado para adquirir el control sobre el Órgano de Administración, no es el único. Lo que sí es cierto es que antes o después debe obtenerse una mayoría de votos en la Junta General, a fin de conseguir o mantener la estabilidad del poder obtenido, que como veremos (vid. apartado 3.1) es característica esencial del control.

tenido del contrato de empresa¹⁴⁰. Aunque para la firma de estos contratos se requiera de la aprobación de la Junta General, y por tanto tener mayoría en la misma, ello no es óbice para continuar afirmando que el control que se obtiene o que se ejerce a partir de entonces, viene causado directamente por el contenido del contrato.

Para establecer el control sobre una sociedad, no hace falta ser socio de la misma, sino que también se puede hablar de un control indirecto. Una sociedad puede controlar a otra a través del control que ejerce sobre la misma una de sus dependientes, o a través de la suma de las participaciones que posean varias de éstas. Para hablar de control indirecto sólo es necesario que la titularidad del control, independientemente del tipo de que se trate -interno¹⁴¹, externo: contractual o extracontractual¹⁴²-, sea ejercido por la dependiente o dependientes de la indirectamente dominante, pudiendo darse el caso de que entre ésta y la indirectamente dominada no exista relación alguna.

III.- EL CONTROL SOCIETARIO COMO PRESUPUESTO DEL GRUPO DE SOCIEDADES.

3.1. - Características del control.

Al hablar de control la doctrina indica que este poder deberá tener como características la estabilidad y la generalidad¹⁴³. El dominio debe de ser general -al menos potencialmente- ya que la gestión sobre la que se ejerce está formada por una diversidad de actos y a la vez constituye un proceso unitario.

140 Al respecto, ESTEBAN VELASCO, G.: "El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho Europeo y reforma del derecho español", pág. 232, refiriéndose al derecho alemán, expresa que en el caso de los grupos contractuales de sociedades existe una importante excepción al principio de actuación con independencia del órgano administrativo, ya que entonces el *Vorstand* viene obligado por el contrato de dominación a seguir las instrucciones de la sociedad dominante. En estos Grupos se reconoce formalmente el derecho de instrucción de la sociedad dominante. RUIZ PERIS, entiende que junto con los contratos de dominación, son también medios para adquirir un control externo contractual, la franquicia, la concesión, la agencia, e incluso habla de la posibilidad de establecer un control por medio de contratos de financiación (vid. "Significado del control en el derecho español", pág. 3343 a 3348). De conformidad con la opinión de este autor, creemos que aunque la legislación española no ha acogido la diferencia entre grupos contractuales y grupos de hecho, en el sentido de estar organizados los primeros conforme a un contrato de dominación, ello no significa que no se regulen o existan en la práctica contratos como los mencionados, que unidos a particulares circunstancias coyunturales, puedan constituir verdaderas situaciones de control. Sobre todo en cuanto tales contratos impliquen la configuración de la empresa societaria dependiente, conforme a las necesidades de la dominante, de forma tal que no sea operativa al margen de las relaciones comerciales con ésta.

141 El control indirecto da lugar a lo que la doctrina denomina "efecto antejojo", consistente básicamente en que con un capital inicial de participación en una sociedad, y gracias al "control minoritario", se puede llegar a dominar indirectamente varias sociedades en cascada, hasta que el monto del capital inicialmente invertido llega a ser 1 o menos de uno en la última de las sociedades dependientes. Al respecto, vid. GALGANO, F.: "El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas", pág. 73 y 74; RUIZ PERIS, J.: "Significado del control en el derecho español", pág. 3341.

142 En contra, RUIZ PERIS y MARTINEZ MACHUCA, quienes parecen manifestar que el control indirecto sólo puede basarse en una participación mayoritaria en el capital (control interno). (vid. RUIZ PERIS, J.: "Significado del control en el derecho español", pág. 3316 y sgts. y MARTINEZ MACHUCA, P.: "El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades", pág. 219).

143 Se refiere a estas características, pero respecto de la influencia dominante, ENGRACÍA ANTUNES, J.: "Os grupos de sociedades", Edit. Almedina, Coimbra, 1993, págs. 359 y 380, quién entiende la estabilidad como el hecho de que el ejercicio de la influencia dominante dependa exclusivamente de la voluntad de su titular. Manifiesta que hay que tener en consideración al valorar la existencia de influencia dominante, la posibilidad de que aún obedeciendo la misma a la concurrencia de circunstancias aleatorias, genere en el momento de su ejercicio consecuencias duraderas en el tiempo. En la doctrina española recogen estas características respecto del control, RUIZ PERIS, J.: "Significado del control en el derecho

Por otro lado si consideramos que el control es uno de los presupuestos para la formación de un grupo, será necesario que se trate de una posibilidad estable de dirigir la gestión ajena, para que sobre el mismo pueda establecerse una dirección unitaria. En este sentido, si bien una relación de control no equivale necesariamente a un grupo de sociedades, debe de ser potencialmente apta para que sobre la misma se configure la dirección unificada¹⁴⁴, en el caso de los Grupos por subordinación.

3.2. - Situación de control y concepto de grupo de sociedades.

Al ser el control un poder, no es necesario para su existencia que se produzca su ejercicio, sino sólo que éste sea posible. En este matiz creemos que se encuentra la diferencia entre control e influencia dominante. Así pues, el control existe desde el momento en que se posee la capacidad de ejercer una influencia dominante sobre otra sociedad¹⁴⁵. La influencia dominante se puede entender como el conjunto de posibilidades de actuación que se obtienen al adquirir el control y como el ejercicio concreto y puntual de ese conjunto de posibilidades -todas o algunas-. De esta forma, mientras el control puede ser meramente potencial, cuando -en el ordenamiento español- se hace referencia a la existencia de una situación de influencia dominante se está hablando necesariamente de un ejercicio de ese conjunto de posibilidades ligadas al control¹⁴⁶. Por tanto, el control puede ser potencial o actual y en el caso de que fuese actual estamos hablando del ejercicio o de una situación de influencia dominante.

El elemento que define la existencia de un Grupo de Sociedades es la dirección unitaria -afirmación generalizada entre la doctrina-. Aunque en algunas ocasiones el legislador defina al Grupo de Sociedades en función de la existencia de dirección unitaria, no es usual la determinación del contenido de la misma, sino que generalmente se recurre a la técnica de presumir su presencia en los casos de control o dependencia. Al respecto hemos de indicar que cuando el ejercicio del control es planificado y estable, y no referido solamente a un aspecto en concreto ni a un momento puntual, estaremos frente a una dirección unitaria¹⁴⁷ y por tanto frente a un Grupo de Sociedades. *La dirección unitaria es una actividad de gobierno continuada*¹⁴⁸. Hablar de dirección unitaria - y con ella del establecimiento de una unidad económica- implica traspasar las fronteras de una simple situación de control o de influencia dominante, pasando del ámbito societario a una nueva forma de empresa: el Grupo¹⁴⁹.

español”, pág. 3329; MARTINEZ MACHUCA, quien refiriéndose a la estabilidad en el caso del control conjunto, señala la necesidad de que los sindicatos de accionistas se constituyan en sociedades a las cuáles les sea transmitida la titularidad de las acciones. El autor parece proponer una especie de “*volting trust*” anglosajones (vid. “El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades”, pág. 210 y sgts.).

144 SÁNCHEZ CALERO, F.: “De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades”, pág. 19, indica que en el Grupo de Sociedades han de manifestarse conjuntamente los dos elementos: la dominación o control sobre una o varias sociedades y su sometimiento a una dirección única; MARTINEZ MACHUCA, P.: “El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades”, pág. 210 y 211, entiende que el control es un presupuesto para el ejercicio de la influencia dominante y de la dirección unitaria.

145 MARTINEZ MACHUCA, manifiesta que el control es un presupuesto para el ejercicio de una influencia dominante, siendo a la vez inseparables ésta y el control. De tal manera que sólo se puede decir que una sociedad controla a otra cuando tiene la capacidad necesaria para ejercer una influencia dominante sobre ella. El autor se refiere en este sentido a un control efectivo (vid. “El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades”, RdS, nº 12, 1999, pág. 210 y 211).

146 Vid. EMBID IRUJO, J. M.: “La problemática de los grupos”, pág. 1230

147 SÁNCHEZ CALERO, F.: “De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades”, pág. 20, indica que el poder de dirección se concreta no en un hecho que se produce en un determinado momento, como puede ser la designación de administradores sino en algo permanente.

148 SÁNCHEZ CALERO, F.: “De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades”, pág. 21

149 EMBID IRUJO, J. M.: “La problemática de los grupos”, en Derecho de sociedades de responsabilidad limitada tomo II, Edit. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, pág. 1230, señala al Grupo de Sociedades como una nueva forma de empresa necesitada de un tratamiento legislativo propio.

En el Grupo de Sociedades por subordinación se construye una organización jerárquica, en virtud de la cuál y mediante el poder de dirección, se imparten instrucciones a los órganos de gestión de las sociedades dependientes. La extensión de la dirección unitaria determina la estructura de los Grupos de Sociedades, de modo que cuando la misma se ejerce sólo sobre los asuntos de financiación y personal¹⁵⁰ estaremos frente a un Grupo Descentralizado, y cuando se extienda a otros sectores de la actividad económica de la dominada (ventas, producción, etc.) el Grupo será de tipo Centralizado. En estos últimos, el interés de la empresa del Grupo debe prevalecer incondicionalmente en todos los casos y la autonomía jurídica de las sociedades dependientes es una pura formalidad, de forma que -a través de la dirección unitaria- se convierte a las sociedades integrantes, en simples departamentos dentro de la gran empresa del Grupo de Sociedades. En los Grupos Descentralizados, en cambio, las sociedades dependientes suelen conservar una parcela -de contenido variable- de *comportamiento empresarial autónomo*¹⁵¹.

150 Sobre el contenido de la dirección unitaria, EMBID IRUJO, expresa que en la actualidad parece haber acuerdo en considerar que se trata de un concepto económico y en que para su determinación debe recurrirse a los datos proporcionados por la economía de la empresa. En todo caso -manifiesta el autor- la dirección unitaria para ser tal debe recaer como mínimo sobre las materias de financiación y personal; la competencia para decidir sobre estas materias constituye el contenido mínimo de ésta. (vid. "Los Grupos de sociedades en la comunidad económica europea (el proyecto de novena directiva)", pág. 386).

151 EMBID IRUJO, J. M.: "Los Grupos de sociedades en la comunidad económica europea (el proyecto de novena directiva)", págs. 366 y 367.