

FUENTES NAHARRO, Mónica

***Grupos de sociedades y protección de acreedores
(Una perspectiva societaria)***

**Estudios de Derecho Mercantil, Thomson-Civitas
Navarra, 2007, 546 páginas**

JOSÉ MARÍA BAÑO FOS

I. El aumento progresivo del relieve empresarial de los grupos de sociedades contrasta, en nuestro país, con la escasa atención que el legislador ha prestado a esta figura jurídica. Como es bien sabido, la normativa española sobre grupos es incompleta, al no existir en nuestro ordenamiento un concepto uniforme de grupo ni un régimen jurídico básico, y asistemática, pues su regulación se encuentra dispersa en normas de muy distinta naturaleza (Código de Comercio, Ley del Mercado de Valores, Ley del Impuesto de Sociedades, Ley de Cooperativas, etcétera). La doctrina española, consciente de la importancia empresarial del grupo, ha tratado de resolver esta carencia normativa con propuestas tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*; cabe destacar, entre otras, las aportaciones de los profesores Duque, Embid Irujo, Arriba Fernández o Girgado Perandones. La evolución doctrinal del grupo en España transcurre desde los primeros trabajos, que analizaban el grupo bajo una perspectiva general, hasta las obras más específicas, que estudian aspectos concretos de su régimen jurídico. En esta línea, la monografía que aquí se recensiona delimita su objeto de análisis en torno a la protección de los acreedores en los grupos de sociedades, continuando así la corriente de estudio que ya comenzase Girgado Perandones con su monografía *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*.

Los tribunales españoles han reaccionado, frente al vacío normativo antes descrito, elaborando una jurisprudencia consolidada sobre grupos de sociedades. La labor de los jueces como *rule maker* se ha producido, en la mayoría de las ocasiones, en el seno de procesos de responsabilidad y protección de terceros, resolviéndose, normalmente, a través de la doctrina del levantamiento del velo. En este sentido, el paréntesis en el título de la obra, «una perspectiva societaria», adquiere un cariz muy

interesante. La monografía, como explicaremos a continuación, es la búsqueda en nuestra legislación de aquellos mecanismos que ofrezcan o puedan ofrecer protección al acreedor de una sociedad que forme parte de un grupo. Esta búsqueda, no obstante, se limita, por voluntad de la autora, a aquellos mecanismos propios o endógenos del Derecho de sociedades, lo que explica la relevancia menor que la obra otorga al levantamiento del velo, cuyo origen sitúa, no en el Derecho de sociedades, sino en el Derecho privado y los estudios sobre personalidad jurídica.

II. El libro se divide en tres secciones. La primera parte (capítulos primero y segundo) constituye una introducción a los grupos de sociedades en nuestro ordenamiento y un análisis detallado del concepto de dirección unitaria como elemento configurador del grupo. La segunda parte (capítulos tercero y cuarto) analiza de modo escalonado la responsabilidad de los administradores de las sociedades filiales y de los administradores de la sociedad matriz. La tercera parte (capítulos quinto y sexto) trata los problemas de infracapitalización que pueden producirse en los grupos de sociedades, así como los mecanismos «externos» (por no ser propios del Derecho de sociedades) de protección de los acreedores; en concreto, la responsabilidad por la confianza defraudada, la responsabilidad objetiva del grupo frente al acreedor extracontractual y la doctrina del levantamiento del velo.

La primera parte de la monografía delimita el problema que se va a tratar, la protección de los acreedores, y plantea a modo de introducción los problemas básicos del Derecho de grupos en España: existencia de diversas definiciones de grupo dependiendo de la jurisdicción (mercantil, laboral y fiscal), el conflicto entre la dependencia como requisito indispensable del grupo y la concurrencia de grupos paritarios donde no existe relación jerárquica entre ellos, y el régimen de responsabilidad de los administradores sometidos al poder de dirección unitaria de la sociedad matriz. En opinión de la autora, el régimen jurídico del grupo gira alrededor de la dirección unitaria, por lo que dedica un amplio apartado de su trabajo (cien páginas) al tratamiento de este concepto. La dirección unitaria viene definida en la monografía como el poder de impartir instrucciones, la inmixción en el ámbito competencial del órgano de administración de la sociedad filial (p. 120). El principal escollo al que se enfrenta la obra es la legitimación del concepto de dirección unitaria en nuestro ordenamiento. La autora acude al Derecho comparado y equipara la situación actual en España con el Derecho alemán para los grupos de hecho y el Derecho italiano previo a la reforma del *Codice Civile* de 2003. Partiendo de la realidad comparada, la doctora Fuentes Naharro analiza la dirección unitaria bajo el prisma de las ventajas compensatorias, como ya hiciese la jurisprudencia francesa en el caso *Rozenblum* o la italiana en el caso *Tetrafin*. No obstante, como reconoce la autora, la admisión de las ventajas compensatorias se enfrenta al rechazo de una gran mayoría de la doctrina por ser incompatible con el artículo 1.686 CC (compensación de daños y perjuicios causados a la sociedad con el beneficio obtenido, *compensatio lucri cum damno*). La autora salva esta circunstancia acudiendo al Derecho alemán, que configura las ventajas

compensatorias, no como una compensación a un daño producido, sino como un balance económico entre la operación desventajosa y la contraprestación ofrecida. La autora entiende en el momento en que se da la orden que no se ha producido un daño todavía y, por tanto, lo que se ofrece es un valor mínimo de contraprestación (*Minderwert der Gegenleistung*); como corolario de lo anterior, la doctora Fuentes Naharro entiende acorde a derecho una teoría de las «contraprestaciones» en el ordenamiento español.

III. La segunda parte de la obra analiza la responsabilidad de los administradores frente a terceros en el seno de las sociedades en grupo. El capítulo tercero estudia la responsabilidad de los administradores de la sociedad filial, mientras que el capítulo cuarto observa la responsabilidad de los administradores de la sociedad matriz. En el capítulo tercero, la monografía elabora el deber del administrador de la filial de valorar la contraprestación recibida, así como la obligación de exigir información a la sociedad matriz respecto de la operación perjudicial impuesta. El cumplimiento de este deber, concreción del deber de diligencia en el seno de los grupos de sociedades, generará la exención de responsabilidad del administrador de la sociedad filial. El capítulo cuarto se divide en dos apartados: responsabilidad dentro y fuera del grupo. En la responsabilidad intragrupo, la obra examina tres figuras jurídicas: el administrador de hecho, el deber de fidelidad del socio dominante y la responsabilidad ex artículo 135 TRLSA. La monografía relativiza el valor de estos mecanismos al constatar problemas evidentes en su aplicación. En primer lugar, la figura del administrador de hecho plantea la disyuntiva de si pueden equipararse dos conceptos diferentes, como son la dirección unitaria y el ejercicio de una administración fáctica. En segundo lugar, el deber de diligencia del accionista mayoritario se presenta como un instrumento útil, pero sólo en aquellos casos en que exista participación accionarial de la sociedad matriz en la sociedad filial, por lo que no puede plantearse dentro de grupos paritarios. En tercer lugar, el sujeto activo de la acción de responsabilidad, ex artículo 135 TRLSA, es el administrador de la sociedad filial, quien raramente incoará un procedimiento contra sus superiores, por lo que será necesario acudir a la acción subrogatoria del 1.111 CC para dotar de legitimidad activa al acreedor. La responsabilidad extragrupo se produce cuando el acatamiento de las normas no traiga consigo un perjuicio a la sociedad filial, sino que produce un daño directo al acreedor. En este caso, entiende la doctora Fuentes Naharro, que será de aplicación el artículo 135 TRLSA. No obstante, cuando el daño causado al acreedor sea reflejo del perjuicio sufrido por la filial, el acreedor podrá, en primer lugar, ejercitar la acción del 134.5 TRLSA frente a los administradores de la filial y, en segundo lugar, subrogarse en la acción de responsabilidad (art. 135 TRLSA) solicitada por los administradores de la filial contra los administradores de la matriz.

IV. La tercera parte de la obra trata los problemas de infracapitalización de los grupos de sociedades y los remedios no propiamente societarios para la pro-

tección de los acreedores. La autora distingue entre la infracapitalización nominal (aportaciones de socios en forma de préstamo u otros créditos) y la material (capital desproporcionado por insuficiente en atención al objeto social). La infracapitalización nominal recibe mayor atención por parte de la autora, quien estudia el Derecho comparado en la materia y nuestra Ley concursal, concluyendo que, si bien la postergación de los créditos es un buen mecanismo de protección del acreedor, éste no debe establecerse como una presunción *iuris et iure* sino *iuris tantum*. La infracapitalización material se reduce a la responsabilidad del socio por una aportación menor a la necesaria, lo que normalmente concluirá con el levantamiento del velo. Respecto a los mecanismos extrasocietarios, la monografía define la responsabilidad por la confianza defraudada como un mecanismo *sui generis* creado por la jurisprudencia en los casos «Hoteles Catalonia» y «Grupo Zeta», sin que haya quedado claro, en estas sentencias, si lo que se castiga es la confusión generada al tercero o se imputan responsabilidades como consecuencia de una dirección unitaria. La teoría de la responsabilidad objetiva se diferencia de otros mecanismos ya estudiados por su amplitud, puesto que incluye los casos de responsabilidad extracontractual que la teoría de la confianza defraudada no recoge y los supuestos donde no existe ilicitud en el daño (requisitos exigidos por el art. 135 TRLSA). Por último, la autora alude a la doctrina del levantamiento del velo poniendo de manifiesto la falta de una línea jurisprudencial clara que delimite bajo qué supuestos debe aplicarse. La monografía constata la diferencia de criterios a la hora de aplicar el levantamiento del velo en el orden laboral y el civil y señala que, si bien es el mecanismo utilizado con mayor frecuencia, ello se debe a la inexistencia de un sistema *ad hoc* de protección del tercero en nuestro ordenamiento jurídico.

V. La monografía que aquí se recensiona trata de una realidad fáctica, los grupos de sociedades, que goza de escasa regulación normativa. La relevancia práctica del tema tratado es indubitada y la obra constituye una gran aportación, no sólo para la dogmática, sino para el mundo profesional, en cuanto propone mecanismos adicionales al manido levantamiento del velo. El rigor, la coherencia y el recurso constante al Derecho comparado son otras de las características que subyacen en el texto y que evidencian las cualidades científicas de la profesora Fuentes Naharro.