

Reglamentos de grupo (reflexiones sobre el gobierno corporativo de los grupos de sociedades)

Fernando Marín de la Bárcena

*Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

Ante la parálisis del legislador, los grupos de sociedades necesitan dotarse de una organización jurídica que sea adecuada a sus necesidades, que ofrezca cierta seguridad jurídica a quienes ocupan posiciones directivas y que garantice que la legítima maximización del interés del grupo no se convierte en un sacrificio injustificado de los intereses particulares de las sociedades que lo integran. La propuesta de suscribir «contratos de grupo» no ha prosperado en España y se ha cuestionado que se pueda pactar la «dominación» sin reconocimiento legal expreso del interés del grupo. En las líneas que siguen analizaremos la funcionalidad de los denominados reglamentos de grupo como instrumento para el buen gobierno corporativo de los grupos de sociedades.

1. Introducción

La inseguridad jurídica que rodea el gobierno de los grupos de sociedades en nuestro país resulta insoportable para los operadores y tiene efectos paralizantes. Los administradores de la sociedad matriz tratan de evitar que la sociedad que administran sea calificada de administradora de hecho de la filial o dependiente y que, por esa vía, le pueda ser exigida responsabilidad a la propia sociedad y a ellos personalmente. Apenas se tiene en cuenta, sin embargo, que existe una responsabilidad por defectuoso ejercicio de la dirección unitaria más fácil de justificar en principios generales (operaciones altamente especulativas a costa de los acreedores, no adopción de medidas que impidan la propagación de la insolvencia entre las sociedades del grupo, falta de prestación de asistencia financiera en situaciones de desequilibrio, etcétera. Es sabido que, en el ámbito laboral, el uso abusivo —anormal— de la dirección unitaria con perjuicio para los derechos de los trabajadores puede arrastrar la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo.

Los gestores de las sociedades dependientes se plantean con frecuencia la cuestión de si deben abstenerse en la ejecución de las decisiones relativas a la dirección unitaria provenientes de la sociedad matriz o si tal deber sólo existe en relación con las transacciones vinculadas entre

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

la filial y la matriz que los designa, y a menudo se desconoce la forma de tratar el conflicto (regla MOM —mayoría de la minoría—, comités de expertos, mayoría de independientes, etcétera). No existe claridad sobre si los administradores de las filiales deben ejecutar las instrucciones procedentes de la matriz o cuándo su desobediencia puede considerarse legítima, porque, en definitiva, no se acaba de admitir la convergencia del interés de las sociedades filiales en interés del grupo.

La recomendación de los expertos en esta materia consiste precisamente en que los legisladores establezcan un «puerto seguro» para los administradores de las sociedades filiales mediante el reconocimiento de la legitimidad de la consecución del «interés del grupo» unido a la idea de una compensación adecuada, ya que tal reconocimiento, «would allow the directors of the subsidiary to take a decision in the interests of the group even if it is unclear that it is in the interests of the company provided that it is compensated or that it can be reasonably expected that it will be compensated or that some benefit may accrue to it by virtue of being part of the group in the future» (*cfr.* «Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law» [2011], p. 64).

Entretanto, la regulación española de grupos no acaba de superar la fase de anteproyecto y lo mismo ocurre con los intentos efectuados en el ámbito europeo (*cfr.* el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil aprobado el 21 de febrero del 2015 o el documento «Proposal to Facilitate the Management of Cross-Border Company Groups in Europe» [2015]).

Como ocurre muchas veces en el ámbito del Derecho de la empresa, la realidad se acaba imponiendo y no ha de extrañar por ello que, conscientes de que la consecución del interés del grupo es un objetivo plenamente legítimo, los operadores avancen en la elaboración de sus propias reglas de organización. En este contexto se plantea la utilidad de los denominados *reglamentos de grupo*.

2. La doctrina de las ventajas compensatorias

Como ya han apuntado algunos comentaristas, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de diciembre del 2015 tendrá una importancia crucial en la futura jurisprudencia sobre gobierno corporativo de los grupos de sociedades.

La doctrina que contiene esta sentencia se puede sintetizar en la siguiente idea: la consecución del interés del grupo en detrimento del interés de la filial es legítima siempre que se adopten ventajas compensatorias.

La recepción de la doctrina de las ventajas compensatorias en el ámbito societario, esto es, más allá de los precedentes que ya existían en sede rescisoria concursal, tiene su importancia porque no se trata de una mera regla de compensación de lucros con daños (la reparación del daño a la filial elimina la necesidad de indemnizarlo), sino que opera en un plano de antijuridicidad de la conducta. Los administradores que sacrifican el interés de la filial en beneficio del interés del grupo mediante la disposición de ventajas compensatorias (previas, coetáneas o futuras, pero verificables, concretas, proporcionales y justificadas de una manera razonable y adecuada) actúan de modo conforme a Derecho y por eso no se les puede exigir responsabilidad, con independencia

de que, con el tiempo, la ventaja no se llegue a realizar y se traduzca en un daño. En suma, si no hay comportamiento antijurídico, no puede haber responsabilidad, aunque finalmente haya daño.

La idea que subyace es que en el grupo existe convergencia y no contraposición de los intereses de las sociedades que lo integran, de modo que los administradores que persiguen el interés del grupo mediante la disposición de ventajas compensatorias no infringen sus deberes de lealtad frente a la sociedad administrada porque, de ese modo, persiguen también el interés de la filial.

La superación de la idea del conflicto de intereses y, por consiguiente, de la infracción de los deberes de lealtad permite aplicar el margen de discrecionalidad empresarial en lo que se refiere a la previsión de la consecución de ventajas compensatorias futuras, y esto es una cuestión importantísima para quienes se ven involucrados en el proceso de decisión.

Con todo, la aplicación de esta doctrina sólo es posible sobre la base de determinadas premisas que afectan a la cuestión de fondo y al procedimiento:

- En primer lugar, el ejercicio del poder de dirección unitaria en el grupo de sociedades requiere la consecución de un fin serio y legítimo.

Conforme a la doctrina Rozenblum, la consecución del interés del grupo es posible en una estructura que respete el equilibrio mutuo de todas las sociedades entre sí y de éstas con el grupo, de modo que la sociedad dominante o matriz procure que los beneficios y las cargas se distribuyan entre todas las sociedades que integran el grupo de forma equilibrada y solidaria. Otra cosa es que las filiales tengan *derecho* a participar *necesariamente* de los beneficios económicos de la gestión unitaria: las decisiones de colocar recursos financieros desde la matriz pueden resultar en la imposición de una política subóptima en una filial, pero justificada en la generación de unas mayores sinergias en el conjunto del grupo.

La política de la sociedad matriz no puede limitarse a distribuir valor de una sociedad a otra en beneficio de los socios de control. El daño patrimonial a las filiales sólo quedará justificado (mediante compensación) respecto de decisiones que aumenten la productividad del conjunto (*v. gr.*, se impide el acceso de la sociedad a un determinado mercado de producto en beneficio de otra filial que reporta mayores beneficios). Como dice el Tribunal Supremo en la sentencia citada: «... debe buscarse un equilibrio razonable entre el interés del grupo y el interés social particular de cada sociedad filial que haga posible el funcionamiento eficiente y flexible de la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades, pero que impida a su vez el expolio de las sociedades filiales y postergación innecesaria de su interés social, de manera que se proteja a los socios externos y a los acreedores de cualquier tipo, públicos, comerciales o laborales».

- En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que el ejercicio de la dirección unitaria en los grupos de sociedades es un *poder-deber* de la sociedad matriz: entra dentro de las funciones y competencias de su órgano de administración ejercer de forma sistemática la dirección y

coordinación de la actividad de las sociedades integradas en el grupo y hacerlo con la diligencia debida, lo que requiere establecer, en su caso, ventajas compensatorias.

- Por último, si bien no por ello menos importante: la formalización del procedimiento seguido para adoptar la decisión tiene una importancia crucial. El ejercicio del poder de decisión debe ser susceptible de revisión *ex post*, lo que requiere garantizar la *trazabilidad* de las decisiones adoptadas por los sujetos potencialmente responsables. La sentencia antes citada exige que las decisiones en materia de ventajas compensatorias se justifiquen de manera *razonable* y *adecuada*, que también es una exigencia para la aplicación del margen de discrecionalidad empresarial en la gestión (art. 226.1 Ley de Sociedades de Capital).

En conclusión, los operadores no podrán beneficiarse de la aplicación de la doctrina de las ventajas compensatorias sin incorporar a la gestión del grupo procedimientos de decisión que sean adecuados y verificables. Ésta es una responsabilidad de la propia sociedad matriz que ha de preceder al propio ejercicio de la dirección unitaria.

3. Sobre la conveniencia de elaborar reglamentos de grupo

El buen gobierno de los grupos de sociedades requiere establecer un procedimiento para el ejercicio del poder de dirección unitaria que sea formalizado, transparente y verificable y que contenga protocolos de actuación detallados. Éste es precisamente el objetivo que persiguen los denominados *reglamentos de grupo*, un instrumento al servicio de los operadores para facilitar el funcionamiento del grupo y definir las esferas de competencia y responsabilidad de cada uno de los distintos implicados en la organización de la empresa policorporativa. Todos los integrantes de la organización deben ser conscientes de la necesidad de considerar la perspectiva de grupo en la adopción de decisiones y han de ser conocedores de las reglas formales que rigen la gestión y de la responsabilidad que cada uno está obligado a desempeñar.

El reglamento ha de servir para constatar la propia existencia del grupo de sociedades (frente a situaciones de mero dominio o inversión mediante participación empresarial) y la naturaleza de las sociedades que lo integran (*holding*, dominante, filiales auxiliares u operativas...) y para definir los sectores en los que se realizará una actividad de dirección y coordinación comunes (política financiera, personal, compras, ventas, expansión...) conforme a criterios y principios que han de ser homogéneos y uniformes para todas las empresas del grupo, en beneficio de una mayor transparencia y eficiencia en la gestión coordinada.

Se han de establecer mecanismos que faciliten que la información circule de modo bidireccional de modo que se garantice el cumplimiento de la normativa y de los principios y procedimientos inherentes a la contratación y posterior ejecución de las transacciones vinculadas, así como mecanismos de control y de resolución de los conflictos que puedan plantearse.

Desde el punto de vista de las sociedades dependientes, se deben fijar los procedimientos que sirvan para diferenciar las meras recomendaciones de las instrucciones vinculantes y se han de regular los deberes de información, colaboración y ejecución que han de cumplirse en estos casos. Los administradores de las sociedades dependientes deben tener la seguridad de que

coordinar el interés social de la dependiente con el interés del grupo no implica una infracción de sus deberes en el desempeño del cargo y que las instrucciones impartidas desde la matriz son de ejecución obligatoria, previa verificación de su conformidad a Derecho.

Desde el punto de vista societario, es necesario establecer procedimientos para identificar cuáles pueden considerarse ventajas compensatorias, si sólo las que dan lugar a elementos positivos en el balance (v. gr., ahorro de costes derivado de la consecución de un ventajoso contrato de asesoramiento financiero o legal) o también las ventajas intangibles (v. gr., acceso a nuevos mercados), y, sobre todo, establecer los mecanismos para su cuantificación, pues ello resulta crucial para poder hablar de una ventaja (verdaderamente) verificable y previsible como exige la jurisprudencia.

En ocasiones puede resultar conveniente revisar los estatutos de las sociedades que integran el grupo con la finalidad de disponer mecanismos de protección de los socios externos, tales como derechos de información reforzados, mecanismos de compensación directa (v. gr., articulación de la ventaja compensatoria mediante un dividendo reforzado), ampliación de las causas de separación a eventos que afecten al grupo o regulación más precisa de la asistencia financiera intragrupo (autorización expresa del *cash pooling*).

En conclusión: la superación de una concepción «patológica» del grupo de sociedades, todavía presente en importantes sectores de nuestro ordenamiento jurídico, sólo se puede lograr mediante una regulación adecuada y transparente de la situación de grupo, que es ya una exigencia en el ámbito de las sociedades cotizadas (cfr. recomendación 2 del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas). Conscientes de las limitaciones que implica la ausencia de todo régimen legal —que no se debería mantener por más tiempo—, la elaboración y aprobación de «reglamentos de grupo» permite alcanzar ciertas cotas de seguridad jurídica y es garantía de una gestión sana, prudente y eficaz de organizaciones empresariales de cierta entidad.