

Nota legal sobre el concepto „Grupo de Sociedades“

En los próximos meses verá la luz el Nuevo Código de Comercio, en el cual más de 60 expertos han trabajado durante los últimos años. En la presente nota abordamos como afectará el nuevo texto legal a, entre otros, lo que se entiende por Grupo de Sociedades. A continuación se expone una comparativa del concepto actual y el futuro en la nueva legislación.

ACTUAL Y FUTURA DEFINICIÓN MERCANTIL DE “GRUPO DE SOCIEDADES”

El PGC aprobado por el Real Decreto 1514/2007 presta especial atención a las exigencias informativas en materia de partes vinculadas al tener gran relevancia para poder conocer la verdadera imagen fiel de las relaciones económicas y financieras de una empresa.

En relación con lo anterior, la definición de empresa del grupo, multigrupo y asociada desde la perspectiva de las cuentas anuales individuales, se encuentra incluida en la NECA 13.^a contenida en la tercera parte del Plan, que a su vez proyecta sus efectos sobre las normas de registro y valoración incluidas en la segunda parte.

En particular, según el PGC, tendrán la calificación de empresas del grupo:

- las empresas controladas directa o indirectamente en los términos descritos en el artículo 42 del Código de Comercio a efectos de la formulación de las cuentas anuales consolidadas,
- aquellas controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas que actúan conjuntamente, y
- aquellas que se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.

Vemos como las definiciones de “grupo” a efectos de la formulación de las cuentas consolidadas, art. 42 CdC, y a efectos de información en las cuentas anuales individuales no son coincidentes. La reforma introducida en nuestro Derecho contable por la Ley 16/2007 define dos conceptos de grupo. Estos dos conceptos son los siguientes:

- **Grupo de subordinación (Grupo “vertical”):** El regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, que podríamos denominar de subordinación, formado por una sociedad dominante y otra u otras dependientes controladas por la primera.

- **Grupo de coordinación (Grupo “horizontal”):** El integrado por empresas controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, previsto en la indicación decimotercera del artículo 260 de la Ley de Sociedades de Capital, en la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) nº 13.

Empresas del grupo, multigrupo y asociadas del PGC y nº 11 del PGCPYMES. Atendiendo a una consulta sobre la calificación como empresas del grupo a los efectos del artículo 42 del Código de Comercio de tres sociedades participadas al cien por cien por familiares próximos, que comparten los mismos administradores, pero que no están participadas entre ellas, el ICAC responde que la condición de familiares próximos de las personas físicas que participan mayoritariamente en las tres sociedades y la presencia de los mismos administradores en sus órganos de dirección, debería llevar a presumir la existencia de actuación conjunta (BOICAC 83, noviembre 2010. Consulta 1)

Antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 16/2007, al basarse en la “unidad de decisión” y no exclusivamente en el control, el artículo 42 del Código de Comercio sí incluía estos “grupos horizontales” dentro de la obligación de consolidación. La reforma, con su nueva definición de grupo consolidable de sociedades, hizo que desapareciera la obligación de consolidar sociedades con las que existe unidad de dirección sin control. Por lo tanto, para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2008, solo los grupos de subordinación están obligados a formular cuentas anuales consolidadas, sin perjuicio del debido desglose en los modelos de cuentas anuales de los saldos que se mantienen con las sociedades integrantes del grupo de coordinación. En este sentido los artículos 78 y 79, dedicados a las normas de elaboración del balance consolidado y de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, respectivamente, indican lo siguiente:

- Los créditos y deudas con empresas del grupo, asociadas y multigrupo, definidas en los términos de la norma de elaboración de las cuentas anuales 13ª Empresas del grupo, multigrupo y asociadas del PGC, no incluidas en el perímetro de la consolidación lucirán separadamente en las correspondientes rúbricas del activo y del pasivo.
- Los ingresos y gastos derivados de transacciones con empresas del grupo, multigrupo y asociadas, definidas en los términos de la norma de elaboración de las cuentas anuales 13ª Empresas del grupo, multigrupo y asociadas del PGC, no incluidas en el perímetro de la consolidación lucirán separadamente en las correspondientes rúbricas de ingresos y de gastos.

Además, la reforma del artículo 42 del CCo. en el año 2007 vino acompañada por la incorporación de un nuevo requerimiento de información en la memoria de las cuentas anuales individuales de la sociedad de mayor activo (en la actualidad recogida en la indicación decimotercera del artículo 260 del texto refundido de la Ley de Sociedades

de Capital y en el punto 5 de la Nota 24. “Otra información” del modelo de memoria normal del PGC), sobre las magnitudes del conjunto de sociedades españolas sometidas a una misma unidad de decisión, en los siguientes términos:

“5. Cuando la sociedad sea la de mayor activo del conjunto de sociedades domiciliadas en España, sometidas a una misma unidad de decisión, porque estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, no obligadas a consolidar, que actúen conjuntamente, o porque se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, deberá incluir una descripción de las citadas sociedades, señalando el motivo por el que se encuentran bajo una misma unidad de decisión, e informará sobre el importe agregado de los activos, pasivos, patrimonio neto, cifra de negocios y resultado del conjunto de las citadas sociedades.

Se entiende por sociedad de mayor activo aquella que en el momento de su incorporación a la unidad de decisión, presente una cifra mayor en el total activo del modelo del balance.”

Art. 42 Código de Comercio

Según el artículo 42 del Código de Comercio, a efectos de la formulación de las cuentas anuales y el informe consolidados, existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.

En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a 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. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. 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 guiones.

A estos efectos, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

Doctrina del ICAC

El ICAC en respuesta a una consulta sobre si determinadas sociedades participadas mayoritariamente por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco, constituyen un grupo de sociedades de los previstos en el artículo 42 del Código de Comercio nos recuerda que su opinión sobre la calificación como empresas del grupo a los efectos de dicho artículo de sociedades participadas por familiares próximos está publicada en la consulta 1 del BOICAC nº 83, de septiembre de 2010. De su contenido, y en general de su propia doctrina administrativa acerca de la calificación de sociedades como empresas del grupo, el ICAC extrae las siguientes conclusiones (BOICAC 92, diciembre 2012. Consulta 4):

- **Concepto de grupo del artículo 42 del Código de Comercio, exclusión de los “grupos de coordinación”:** La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, modificó el artículo 42.1 del Código de Comercio en sintonía con la definición de grupo de sociedades regulado en las normas internacionales de contabilidad y cuya principal consecuencia fue la eliminación de la obligación de consolidar para los denominados “grupos de coordinación”, integrados por las empresas sometidas a una misma unidad de decisión; concepto jurídico que permitía identificar la obligación de consolidar cuando varias sociedades estaban controladas por terceros no obligados a consolidar, por carecer de la forma societaria mercantil.

En la práctica, no cabe duda que el supuesto genuino que podía conformar este tipo de grupos eran las sociedades participadas por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco, y que mediante la simple participación directa de las personas físicas en las citadas sociedades, o a partir de personas interpuestas, frente a la alternativa de estructurar la participación a través de una sociedad holding, evitaban incurrir en el supuesto de hecho que desencadenaba la obligación de consolidar. En este sentido, a raíz de la citada reforma, el concepto de grupo del artículo 42 del CCo. y, en consecuencia, la obligación de consolidar ha quedado definida a partir de la idea de “control entre sociedades o de una sociedad sobre una empresa. La relación de subordinación a que se refiere el artículo 42 del CCo. es la consecuencia lógica de poseer la mayoría de los derechos de voto de una sociedad, o de la facultad de nombrar o haber designado a la mayoría de los miembros de su órgano de administración, circunstancia que también requiere, con carácter general, gozar de los derechos de voto.

- **Entidades de propósito especial:** Sin embargo no es menos cierto que el artículo 42 del CCo. contempla la posibilidad de que el control se puede ejercer sin participación, configurándose a partir de esta hipótesis una nueva tipología de sociedades dependientes, las denominadas entidades de propósito especial, para cuya identificación uno de los aspectos más relevantes a considerar es la participación de una sociedad en los riesgos y beneficios de otra. A tal efecto y para facilitar la tarea de identificar estos supuestos, el artículo 2, apartado 2, de las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, desarrolla el concepto de control sin participación.

En este contexto regulatorio, en principio, cabe concluir que la calificación como empresas del grupo de un entramado societario es una cuestión de hecho, que viene determinada por la existencia o la posibilidad de control entre sociedades o de una empresa por una sociedad, para cuya apreciación concreta sería preciso analizar todos los antecedentes y circunstancias del correspondiente caso.

- **El grupo “ampliado” del PGC:** A mayor abundamiento se informa que la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 13ª del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, dispone que a efectos de la presentación de las cuentas anuales individuales de una empresa o sociedad se entenderá que otra empresa forma parte del grupo cuando ambas estén vinculadas por una relación de control, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del CCo., o cuando las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.

El concepto de grupo “ampliado” a partir del concepto de “actuación conjunta”, también es una cuestión de hecho y por lo tanto de juicio pero cuya identificación con el concepto de unidad de decisión y lo que podríamos denominar grupo “familiar” es más que evidente. En este sentido cabe recordar que, como hemos visto anteriormente, la reforma del artículo 42 del CCo. en el año 2007 vino acompañada por la incorporación de un nuevo requerimiento de información en la memoria de las cuentas anuales individuales de la sociedad de mayor activo.

- **Grupo “familiar”:** Como se ha indicado, en el supuesto de que un conjunto de personas físicas vinculadas por una relación de parentesco posean la mayoría de los derechos de voto de varias sociedades, cuando menos, no cabe duda que se desencadenaría una presunción, que admitiría la prueba en contrario, de que dichas sociedades (tanto las controladas a título individual por cada una o algunas de dichas personas físicas, como las participadas por todas ellas), deben calificarse como empresas del grupo “ampliado” en la medida en que la posibilidad de “actuación conjunta” es más que evidente dado el reducido número de socios que conforman el accionariado y la ausencia de intereses contrapuestos que cabe inferir del vínculo de parentesco que los entrelaza.

Es decir, las sociedades integradas en lo que podríamos denominar un grupo “familiar”, como regla general, constituyen grupos sometidos a la misma unidad de decisión, que pueden reconocerse a la vista de la coincidencia de las personas que componen los órganos de administración de las empresas, y de las propias relaciones económicas cruzadas que la unidad de decisión teje entre las sociedades titulares de los activos y pasivos que “administran” directa o indirectamente las personas que la conforman, como por ejemplo, mediante el otorgamiento de asistencia financiera mutua o la presencia de estas sociedades en las sucesivas etapas de un determinado proceso productivo.

Sin embargo, no es menos cierto que identificar relaciones de subordinación entre ellas puede llevar a un resultado arbitrario o infundado (porque la unidad económica puede adoptar diferentes estructuras jurídicas, en función de los intereses en liza en cada momento), como se puede colegir de la solución legal que se ha seguido para designar a la sociedad que debe informar en la memoria de las cuentas anuales individuales del grupo “ampliado” (la sociedad de mayor activo, ante la imposibilidad de hacer recaer dicha obligación en las personas físicas que ejercen el control de todas ellas).

Futuro código mercantil

La exposición de motivos del **Anteproyecto de Ley del Código Mercantil** presentado a finales de mayo de 2014, comenta que la delicada tarea de establecer un concepto de grupo de sociedades se ha resuelto a favor del **criterio del control**, cualquiera que sea su fundamento, como elemento nuclear de los grupos por subordinación o de estructura jerarquizada, con sociedad dominante y sociedades dependientes o dominadas; pero siendo éstos los grupos donde se plantean los problemas más característicos que se han querido abordar, no cabe prescindir de la existencia de grupos por coordinación en los que dos o más sociedades independientes actúan bajo una **dirección única**.

Es decir, independientemente de que, como estableció la reforma de 2007, solo la sociedad dominante que controle a una o a varias sociedades dependientes estará obligada a formular cuentas anuales consolidadas, vuelve a incorporarse dentro de la noción de grupo el caso de los “grupos de coordinación”.

Así, el artículo 291-1 del anteproyecto establece que existe grupo:

1. Grupos de subordinación: Cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control.

2. Grupos de coordinación: Cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas.

Se hace expreso que en todo caso el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica.

En relación con los grupos de subordinación, en el anteproyecto se han recogido los supuestos del artículo 42 del actual Código de Comercio como “situaciones de control” y se han añadido, como presunciones iuris tantum que estaban dispersas, las derivadas de la denominación, documentación y publicidad de la sociedad. Así, salvo prueba en contrario, además de en los supuestos ya recogidos actualmente en el artículo 42 del Código de Comercio, también se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- Cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo.
- Cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la perteneciente de la misma al grupo.

En Madrid, a 12.06.2014

