

EN TORNO A LA CONCURRENCIA DE RELACIONES LABORALES Y SOCIETARIAS

(Orientaciones de la jurisprudencia laboral)

M^a de la Sierra Flores Doña
Titular de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

- I. INTRODUCCION
- II. BALANCE DE LOS CASOS ENJUICIADOS POR LA SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA, DE 20 DE OCTUBRE DE 1998
 - 1. Trabajadores ordinarios y de alta dirección, Consejero con facultades mancomunadas y Socios minoritarios
 - 2. Caracterización de las relaciones laborales-societarias
 - 3. Problemática de la compatibilidad. Relevancia del control o dominio de la sociedad
- III. SIGNIFICACION Y ALCANCE DEL CONTROL SOCIETARIO EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL Y EN EL DERECHO DE SOCIEDADES ANONIMAS
 - 1. Posiciones en la jurisprudencia laboral. Delimitación casuística por parámetros del Derecho de Sociedades Anónimas
 - 2. Ausencia de un concepto sustantivo unitario de control societario y la posible función del Art. 87 del TRLSA, como concepto general
 - 3. Aproximación y relaciones entre la "influencia decisiva" delimitada en la jurisprudencia laboral y la configurada en el Derecho de Sociedades Anónimas
 - 4. Alcance de las presunciones legales de influencia dominante

I. INTRODUCCION

La experiencia empresarial de las sociedades anónimas manifiesta la frecuencia con la que en una misma persona confluyen la condición de trabajador y la de accionista; las de administrador y gerente (o apoderado general) y otras posibles combinaciones (trabajador ordinario-accionista minoritario; trabajador ordinario-accionista mayoritario; trabajador especial-accionista minoritario; administrador-accionista minoritario; administrador con facultades mancomunadas o solidarias-accionista minoritario o mayoritario,

entre otras). Y ello tanto en el seno de las pequeñas sociedades anónimas como en el de las grandes. Estos supuestos de relaciones societarias-laborales plantean problemas en los distintos sectores del ordenamiento jurídico implicados, ya que la ordenación jurídica de dichas posiciones jurídicas en el seno de las sociedades anónimas están pensadas para su aplicación aislada, tanto en el Derecho Mercantil (Administrador, Accionista, Apoderados general y singulares) como en el Derecho laboral (trabajador ordinario y especial, de alta dirección). Sectores que operan con sus propias reglas y finalidad, que pueden verse distorsionadas en los supuestos de confluencia. De aquí, que la aplicación coordinada y pacífica de los distintos bloques normativos (tanto en el seno de cada una de las disciplinas, como en el plano interdisciplinar) no siempre resulte fácil, como lo manifiestan los estudios científicos de carácter interdisciplinar y la relativa litigiosidad de los mismos, no sólo en el plano laboral que ahora se analiza, sino también en el del propio Derecho de sociedades anónimas y en otros sectores del Derecho Mercantil (como el relacionado con el Derecho de la competencia). Frente al rechazo y celos iniciales respecto de la compatibilidad entre dichas relaciones jurídicas, hoy es predominante la opinión favorable a la compatibilidad de la mayoría de las relaciones societarias-laborales concurrentes, tanto en el plano mercantil como laboral. Asimismo la interdependencia de ambos sectores normativos es acusada en su tratamiento laboral y mercantil, pese a que su ámbito de competencia diferenciado explican y justifican la diversidad de cuestiones suscitadas en uno (en el Derecho laboral: reclamaciones por desempleo; alta en el Régimen de la Seguridad Social...) y en otro campo (en el plano societario: compatibilidad de la retribución de administrador con la de trabajador; la discusión registral en torno a la posibilidad de otorgar poderes a favor de Consejeros o administradores); y más recientemente en el ámbito del Derecho de la Competencia (la trascendencia de la constitución de sociedades con el mismo objeto por parte de antiguos trabajadores de la sociedad en la que prestaban sus servicios o la posible consideración de acto de competencia desleal, al incumplimiento del deber laboral, de no concurrencia -entre las más recientes, la STS, de 29 de octubre de 1999, RJ 1999/8.614-).

En este plano de relaciones interdisciplinarias, tanto en la Sentencia que seguidamente se examinará como en la jurisprudencia laboral, que se irá reseñando al hilo de las cuestiones planteadas, se recurre a criterios y parámetros del Derecho de sociedades anónimas para delimitar el ámbito de vigencia del Derecho Laboral en las situaciones de trabajadores con relaciones sociales convergentes. En concreto, a la "influencia decisiva" en la voluntad social como elemento decisor del control societario y, por ahí, la aplicación o exclusión de la normativa laboral. Figura esta última, delimitada por parámetros societarios (de participación en el capital y en el órgano administrativo) por la Sala Social del Supremo para solucionar las controversias laborales y que, desde hace tiempo se comprenden en el Art. 87 del TRLSA para perfilar la relación de dominio entre dos o más sociedades, a los efectos de la aplicación de la disciplina reguladora de las participaciones propias y recíprocas, así como de los negocios destinados a su financiación

II. BALANCE DE LOS CASOS ENJUICIADOS POR LA SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA , DE 20 DE OCTUBRE DE 1998

La sentencia objeto de examen enriquece y complementa la lista resoluciones que, sobre trabajadores con relaciones sociales concurrentes, han sido pronunciadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en los últimos veinte años. Entre ellas, la de 29 de enero de 1997, RJ 1997/640, sobre accionista con participación inferior al 50% y administrador; la de 6 de febrero de 1997, RJ 1997/1.001, relacionada con trabajador de alta dirección y administradores; la de 4 de junio de 1996, RJ 1996/4.878, relativa a un administrador solidario con una participación próxima al cincuenta por ciento; la de 23 de noviembre de 1993, RJ 1993/9.035, que se ocupaba del administrador único con participación mayoritaria en el capital; la de 27 de enero de 1992, sobre simultaneidad de relación de administración y de trabajador de alta dirección, RJ 1992/76; las de 18 de junio de 1991, RJ 1991/5.512, 3 de junio de 1991, RJ 1991/5.123 en la que concurrían la condición de miembro del órgano administrativo y desempeño de alto cargo.

1. Trabajadores ordinarios y de alta dirección, Consejeros con facultades mancomunadas y Socios minoritarios

La STS, de 20 de octubre de 1998, Sala de lo Social (RJ 1998/9296) resolvió un recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 4.062/1997) presentado por un grupo de trabajadores (Encargado, maestros de taller, Jefe administrativo y Gerente) que, a su vez, eran administradores con facultades mancomunadas y socios minoritarios. Los recurrentes *reclamaban del Fondo de Garantía Salarial el cumplimiento de la obligación legal de pagar los salarios debidos y que asume en los casos de insolvencia de la empresa* (F. Derecho segundo). Eran socios de "Hornos, Gases y Calderas Laboral, SA"; sociedad constituida el 7 de enero de 1985, por 13 socios, partícipes en la misma proporción (minoritarios) e integrantes del Consejo de Administración. Los hoy demandantes adquirieron con el tiempo "amplios poderes para actuar en nombre y representación de la sociedad con carácter mancomunado". La sociedad instó voluntariamente la quiebra (Admitida por Auto de 14 de marzo de 1994, dictado por el Juzgado de 1º Instancia de Bilbao). Y "eran los únicos que figuraban en la empresa demandada en marzo de 1994, y tras haber planteado por separado varias demandas de despido en las que alegaban despidos verbales con fecha 28 de febrero de 1993 debido a la situación económica de la empresa, tramitaron un expediente de regulación de empleo (número 737/1994), que terminó por Resolución de 27 de mayo 1994 de la Delegación Territorial de Trabajo, en la que se facultaba a la empresa a la rescisión de las relaciones laborales con los antes mencionados y con efectos de 26 de mayo de 1994 y en los que demandantes figuran los siguientes puestos: cuatro maestros de Taller, 1 Encargado, 1 Jefe Administrativo y 1 Gerente".

Ante la insolvencia del empleador (sociedad) los actores (en su condición de afectados por el ERE) reclamaron "el cumplimiento de la obligación legal asumida por el Fondo de garantía salarial, pretensión que fue estimada por la sentencia revocatoria de la dictada en instancia, pronunciada por la Sala de lo Social del Tribunal del País Vasco, el 16 de septiembre de 1997. Esta última

fue recurrida en casación por el Abogado del Estado en representación del Organismo autónomo FGS, aportando como sentencia "contraria" a la pronunciada por igual Sala del Tribunal del País Vasco en 12 de diciembre de 1995 (F. Derecho Segundo) Y fue desestimada por el Tribunal Supremo, condenando al FGS a abonar a los trabajadores sus salarios pendientes. (Fundamento de Derecho Primero, cuyos hechos se consideran probados en la sentencia de instancia).

2. Caracterización de las relaciones laborales-societarias

La naturaleza mixta de las relaciones societarias-laborales se desprende de los Fundamentos de Derecho en los que apoya el TS su Sentencia. En línea con lo señalado por la Sentencia recurrida se considera, que en el caso controvertido *"coexisten trabajos profesionales ordinarios con actividad de gestión societaria de carácter mancomunado, y, justamente, ello es importante para determinar el carácter mercantil o laboral de los demandantes*. Esta doble situación aparece desde la fecha de constitución de la Sociedad Anónima (1985), por lo que debe descartarse cualquier duda de encubrimiento o apariencia de simulación. De un lado, la relación societaria de administración, ya que el Tribunal Supremo "ha dejado claro, de una vez por todas, que "esas personas o individuos que forman o integran los órganos sociales, están unidos a la compañía por medio de un vínculo de naturaleza societaria mercantil y no de carácter laboral" (STS, 22 -XII-1994, RJ 1994/10.221) (Fundamento Tercero, 1). De otro, relación laboral, en cuanto que existe dependencia y ajenidad. "Dependencia", por cuanto que el trabajador está sometido a la dirección orgánica de la empresa y la "ajeneidad" respecto del régimen de retribución y dada su "participación mínima e igual en el capital, lo que les impide controlar individualmente la sociedad...y con la cautela, además, de que las facultades de gestión les son otorgadas mancomunadamente" (Fundamento Tercero 1, segundo párrafo).

La compatibilidad en la aplicación de la normativa societaria y laboral se desprende en el Fundamento Tercero, número 2, cuando dice "Como afirma el

----- 5
M^a. Sierra Flores Doña.- "Concurrencia de relaciones laborales y societarias".(SAPERSONAL). RdS 14. 17/02/a

Ministerio Fiscal "la doble condición de administradores-trabajadores de los actores... no afecta al carácter laboral del vínculo, en la medida en que son perfectamente predicables los presupuestos configuradores de la relación laboral del artículo 1 ET" y "el hecho de que ninguno de los socios ostente posición mayoritaria y los poderes sean mancomunados, coadyuvan a la concurrencia de dependencia y ajeneidad". Existe pues en el caso examinado - y al margen de la relación societaria- un verdadero contrato de trabajo, en el que se ha establecido un intercambio de prestaciones entre la sociedad - acreedora de trabajo y deudor de remuneración- y el trabajador-socio, deudor del trabajo y acreedor de remuneración- en régimen de ajeneidad. De acuerdo con la regla general sentada por esta sala que *prevalece el carácter de ajeneidad cuando el administrador societario no es titular del 50%* (STS, 29 y 30 de enero de 1997 (RJ 1997/640 y RJ1997/18361) (Fundamento Tercero 2).

3. Problemática de la compatibilidad. Relevancia del control o dominio de la sociedad

Con ello, el Tribunal Supremo viene a completar la lista de supuestos de relaciones societarias-laborales, analizadas en los últimos años por las resoluciones judiciales y trabajos científicos, mercantiles y laborales. Sumándose a la orientación predominante, la Sentencia de 20 de octubre de 1998 es partidaria de la compatibilidad entre la relación laboral común y la relación de administración pacífica desde la STS, de 18 de marzo de 1991(RJ 1991/1869), salvo los casos de simulación o supuestos especiales en los que se pierde la nota de "ajeneidad" (en palabras de la STS, de 27 de junio de 1989 -1989/4.849-) y que la Sentencia de 20 de octubre acoge, al declarar que "*Esta doble situación aparece desde la fecha de constitución de la Sociedad Anónima (1985), por lo que debe descartarse cualquier duda de encubrimiento o apariencia de simulación*" (Fundamento Tercero, 1). Solución que recibe igualmente para el recurrente en el que concurrían la relación de administración

y la de trabajador de alto cargo (ésta última en su condición de gerente)¹ y, previsiblemente en razón a que la actuación "mancomunada" de todos los administradores, impedía el ejercicio del poder de dirección por parte del Gerente (según se desprende de la propia Sentencia). Con todo, la sentencia que comentamos se aparta en este último caso, de la incompatibilidad entre las posiciones jurídicas de trabajador especial de alta dirección, administrador y accionista defendida por las STS, de 18 de junio de 1991 (RJ 1991/5.152) y de 9 de mayo de 1991, en base a que "si quien ostenta cargo societario tiene poderes para efectuar contrataciones laborales puede incurrir en un supuesto de autocontratación no autorizado, en tanto que incidiría sobre intereses contrapuestos" (RJ 1991/3.794)².

La posición predominante en la jurisprudencia laboral es la que impera en la doctrina mercantil, partidaria de la coexistencia de dichas relaciones en los supuestos de trabajador ordinario y de su incompatibilidad en los casos de

¹ La STS, de 20 de octubre sigue así la orientación minoritaria defendida en su resolución de 22 de diciembre de 1994; RJ 1994/10.221. En este caso se entendió, que la compatibilidad entre la relación laboral de alta dirección y administrador debía resolverse sobre la base de la "forma con que se actúa y no al contenido de las funciones asumidas en una y otra posición". Conforme al Art. 141 del TRLSA, el Consejo puede delegar sus funciones: en una Comisión ejecutiva, de su propio seno, en unos o más Consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier personal. En los dos primeros casos, los Consejeros delegados y ejecutivos siguen realizando funciones que le son propias; en cambio, *en el caso de apoderados se recurre a una persona ajena al Consejo con quien, efectivamente, se establecería una relación laboral de carácter especial (Art. 2.3.a del ET y art.1.2 del RD 1.382/1985)*. De aquí, que *para la concurrencia de la relación laboral de carácter especial no basta que la actividad realizada sea la propia del alto cargo, y tal y como la define el precepto reglamentario (art. 1.2 del RD 1.382/1985), sino que la efectúe un trabajador, como el mismo precepto menciona y no un consejero en ejercicio de su cargo*" (Fundamento sexto).

² En el Fundamento segundo, tercer párrafo de la STS, de 9 de mayo de 1991, ya citada, se señala que *como criterio general no es inexacto, pues la indicada figura, carente de regulación específica y entendida como la surgida por quien, actuando con referencia a patrimonios distintos, crea por su exclusiva voluntad relación jurídica que incide sobre aquéllos, no es fácilmente conciliable con preceptos legales que, aun contemplando supuestos distintos, manifiestan situaciones de conflictos de intereses (arts. 163, 299 y 1.459 del CC y 267 del Cco), persiguiendo, en definitiva, la atención de estos, a través de excluir actuaciones que, por defender los propios perjudiquen los ajenos.*

trabajadores de alta dirección³, contrariamente a la división de opiniones que al respecto coexisten en la doctrina laboral⁴. Pese a las distintas formulaciones y argumentaciones esgrimidas, en el fondo de la aceptación o rechazo a la compatibilidad entre las relaciones sociales y laborales late la idea del ejercicio de una "influencia decisiva en la voluntad social" por parte de la persona (o personas) en la que concurren las distintas posiciones jurídicas en la sociedad anónima: de miembro del órgano administrativo y/o de socio y que, en definitiva, les autoriza a controlar la sociedad en cuestión, determinando la dirección de su funcionamiento interno y exteno. Así se desprende en la Sentencia de 20 de octubre de 1998, cuando dice que la "*participación mínima e igual en el capital*" de los recurrentes les impedía "*controlar individualmente la sociedad ... y con la cautela, además, de que las facultades de gestión les son otorgadas mancomunadamente*". También resulta de las argumentaciones científicas, en el sentido de que "la compatibilidad o incompatibilidad debe resolverse en función de que el administrador por sí sólo, no tenga el poder de control o de mando de la sociedad"⁵ y de la que sostiene que la compatibilidad

³ Para el profesor ALCOVER, G. resulta incompatibilidad entre la relación de administración y laboral de alta dirección, porque la solución contraria sería ilógica, por inconsistente y porque al final nos encontraríamos ante la peligrosa figura de la autocontratación. En cambio, debe considerarse compatible la relación laboral ordinaria y la relación de administración ("La retribución de los administradores de las sociedades de capital (coordinación de su régimen jurídico mercantil, laboral, tributario y contable)", Rds 1995, 5, págs. 131 y ss.). Y en una postura similar se manifiesta el profesor SANCHEZ CALERO, F. por entender, que "Al no existir una norma de prohibición de nuestro ordenamiento, ha de admitirse, en principio, que el administrador designado para ocupar ese cargo en la sociedad solicite de esa su cntratación al mismo tiempo como trabajador, bien para cometidos específicos... o bien -y en este caso plantea más problemas- para funciones generales de dirección de la sociedad ... como Director general, gerente, etc..." (Administradores" en "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", dirigidos por dicho autor, T.IV, Madrid 1994, pág. 71).

⁴ En la doctrina laboral se discute respecto de la compatibilidad o no de las relaciones de administración y de alta dirección. A favor de su compatibilidad MONTROYA, a., GALIANA, J., SEMPERE, A. y RIOS, B.: "Comentarios al Estatuto de los trabajadores", pág. 28. En contra MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ- SAÑUDO, F., GARCIA-MURCIA, J.: "Derecho del Trabajo", Madrid 1998, pág. 188.

⁵ Esta es la postura del profesor SANCHEZ CALERO, F., para quien la incompatibilidad o compatibilidad debe resolverse en función de que "el administrador , por sí sólo, no tenga el poder de control o de mando de la sociedad, como sucede simplemente cuando forma parte del Consejo de Administración como consejero no

----- 8
M^a. Sierra Flores Doña.- "Concurrencia de relaciones laborales y societarias".(SAPERSONAL). RdS 14. 17/02/a

"entre la relación de administración y laboral de alta dirección... sería ilógica, por inconsistente y porque al final nos encontraríamos ante la peligrosa figura de la autocontratación"⁶.

III. SIGNIFICACION Y ALCANCE DEL CONTROL SOCIETARIO EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL Y EN EL DERECHO DE SOCIEDADES ANONIMAS

1. Posiciones en la jurisprudencia laboral. Delimitación casuística por parámetros del Derecho de Sociedades Anónimas

El acierto en el fundamento de la compatibilidad entre las relaciones societarias y laborales en la "influencia decisiva en la voluntad social" nos lleva a la cuestión inmediata de las claves o criterios para su determinación. Un repaso a las Sentencias emitidas en los últimos quince años revelan una interpretación pormenorizada de todos y cada uno de los aspectos relevantes de las "posiciones jurídicas" que concurrían en los trabajadores interesados. En este sentido y, de manera similar a como se expone en la Sentencia de 20 de octubre, la decisión respecto de la presencia de una influencia decisiva en la voluntad social se realiza por referencias al alcance de la "participación en el capital social" (distinguiéndose así entre participación importante, participación próxima al 50%, participación minoritaria, participación del 40%, participación del 25%) y al "poder de decisión de los miembros del órgano administrativo" (separándose los cargos administrador ejecutivo, administrador con facultades mancomunadas; director comercial con amplios poderes de gestión empresarial; consejero delegado con amplias facultades de decisión; administrador solidario).

ejecutivo" ("Administradores" en "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", pág. 72).

⁶ Así ALCOVER, G.: "La retribución de los administradores de las sociedades de capital", págs. 131 y ss.

Con este planteamiento, el Tribunal Supremo aplica o no la norma laboral, conforme a conceptos y parámetros que en el plano teórico han de buscarse en el Derecho de Sociedades Anónimas (entre otros, en los Arts. 47 y ss., en materia de acciones; arts. 93 y ss. relativos a la Junta General; los relacionados con la estructura y contenido del órgano administrativo: art. 124 del RRM, en relación con el 123 del TRLSA, así como el 141 para el Consejo de Administración) y en la práctica por referencia a la sociedad anónima en cuestión; tal y como lo viene haciendo el Tribunal Supremo en todos y cada uno de los casos enjuiciados, con el fin de valorar la situación de los interesados en el seno de la sociedad anónima en la que desempeñaban su trabajo y ostentaban la condición de accionista (entre otras expresiones con las de *"consejero Delegado, propietario del 50%... con firma y plena representación de la Sociedad, estando investido de todos los poderes, atribuciones y facultades... para regir y administrar la misma"* -STS, de 14 de mayo de 1996, ya señalada, Fundamentos Primero y Tercero-; *"administrador solidario de la sociedad a la que prestó servicios..., en la que no tiene una participación mayoritaria pero sí próxima al 50%con amplios poderes del actor para contratar, incluso para emplear y despedir al persona laboral y tomar decisiones por y en nombre de la empresa y a cuyo frente sigue"* -STS, de 4 de junio de 1996, ya citada, Fundamento Primero-). De esta manera, el Tribunal Supremo ha rechazado la prestación por desempleo instada por *un trabajador que participaba en un "44% en el capital social", ya que la "voluntad social, se confundía con la suya"* (STS, de 4 de junio de 1996 -RJ 1996/4.878). En cambio, la inexistencia de dicha influencia determinó el reconocimiento el derecho a la prestación por desempleo del *trabajador que participaba aproximadamente en un 10% en una sociedad anónima de carácter familiar* (STS, de 14 de junio de 1994 -RJ 1994/5.435). E idéntica idea se refuerza con la Sentencia de 20 de octubre de 1998 al considerar, que no existían indicios de que los *"socios-trabajadores-administradores" incidieran en la voluntad social; ni por su participación en el capital social (que era minoritaria), ni por la vía de su actividad como administradores, ya que estos actuaban mancomunadamente"* (Fundamento de Derecho, Primero).

2. Ausencia de un concepto sustantivo unitario de "control o dominio societario" y la posible función del Art. 87 del TRLSA como concepto general.

La pluralidad de referencias y criterios tenidos en cuenta para valorar las distintas posiciones jurídicas derivadas de la concurrencia de relaciones laborales y societarias se verían aliviadas, de existir un concepto sustantivo de control societario al que acudir para contrastar la realidad y, de esta manera, resolver con cierta seguridad la problemática de la aplicación o exclusión de normas que pueden afectar a las personas en la que convergen relaciones societarias y laborales (los ya reiterados en estas páginas, como los de reclamaciones por desempleo; alta en el Régimen de la Seguridad Social, compatibilidad de la retribución de administrador con la de trabajador-planteadas por trabajadores con relaciones sociales concurrentes, tanto en la jurisdicción laboral como en la civil-; la discusión registral en torno a la posibilidad de otorgar poderes a favor de Consejeros o administradores; la trascendencia de la constitución de sociedades con el mismo objeto por parte de antiguos trabajadores de la sociedad en la que prestaban sus servicios o la posible consideración de acto de competencia desleal, al incumplimiento de su deber laboral, de no concurrencia -en el ámbito del Derecho de la Competencia, en donde se apunta una relativa elevación de las controversias judiciales, entre las últimas suscitadas puede verse, la STS, de 29 de octubre de 1999, RJ 1999/8.614-)⁷.

⁷ La problemática sectorial de los distintos supuestos de relaciones societarias laborales puede consultarse en los trabajos realizados por ALCOVER, G.: "La retribución de los administradores de las sociedades de capital (coordinación de su régimen jurídico mercantil, laboral, tributario y contable)", págs. 131 y ss.; CASERO, R.: "Las relaciones sociedad-socio y las operaciones vinculadas. Análisis del Artículo 42 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas" y GARRIDO PALACIOS, J. y VILLALBA, B.: "La empresa familiar: aspectos laborales y de Seguridad Social". Los dos publicados en el Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1999, núm. 12, págs. 193 y ss.; GIRGADO, P.: "La noción de "control" en la Directiva 94/95/CEE sobre el Comité de Empresa europeo", RDM 1997, abril-junio, págs. 857 y ss.; SANCHEZ-CALERO, F.: "Los Administradores" págs. 71 y ss.; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "Competencia desleal por solicitud de marca coincidente con la denominación social utilizada por la empresa en la que se venían prestando servicios laborales (Comentario a la STS de 22 de enero de 1999)", págs. 1 y ss. del texto original, que amablemente me ha cedido el autor y que próximamente se publicará en la RGD; SANCHEZ- RUIZ, M.: "Apoderamiento general a favor de un Consejero. STS, de 19 de febrero de 1997", RdS 1997; 9; págs. 347 y ss.

Por el momento esto no es posible, pues el legislador mercantil ha renunciado implícitamente a establecer un concepto sustantivo unitario de "control societario", como lo manifiesta la pluralidad de conceptos relacionados con el "control" societario, con un alcance restringido al sector o al bloque normativo en el que se incardinan, cuya finalidad justifica la mayor o menor amplitud de la configuración legal del control o dominio societario. Este es el caso del Art. 42 del CCo, relativo a la consolidación de las cuentas anuales; del Art. 8 de la LDC, relacionado con el sector de Defensa de la Competencia; del Art. 87 del TRLSA, vinculado al régimen de las participaciones significativas, propias, recíprocas y de las atribuciones patrimoniales relacionadas con ellas; del Art. 4 de la LMV, con ámbito restringido al ámbito de los Mercados de Valores⁸. Sin duda, la singularidad de la configuración del control societario a un determinado sector o bloque normativo supone la mayor funcionalidad del concepto elegido a los objetivos y pretensiones de la normativa en cuestión (Consolidación de las Cuentas, Participaciones propias y recíprocas, etc.). Pero la diversidad y pluralidad de configuraciones genera continuas incertidumbres e inseguridades jurídicas, como lo demuestran la mera lectura de los preceptos

Y su examen, bajo la construcción de una disciplina del control entre sociedades en FLORES DOÑA, M^a.S.: "Sociedad dominante y sociedad dominada (Art. 87 del TRLSA)", colaboración para el libro en homenaje al Excmo. Sr. Don Antonio Hernández Gil; de próxima publicación; MARTINEZ MACHUCA, p.: "El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades", RdS 1999, núm. 12, págs. 210 y ss.; RUIZ PERIS, J.: "Significado del control empresarial en el Derecho español", en "Estudios de Derecho Mercantil, en homenaje al profesor Manuel Broseta, T. III, Valencia 1995, págs. 3.315 y ss.

⁸ La normativa mercantil nos ofrece una pluralidad de conceptos de "control", con un alcance restringido al sector o bloque normativo en que se incardina y con una significación heterogénea. Este es el caso del Art. 42 del CCo, en el que se obliga a consolidar las cuentas a las sociedades que se encuentren vinculadas por otra en virtud de una relación de dominio (por poseer la mayoría de los derechos de voto; tener la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; poder disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos; haber nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, ...) (Supuestos configuradores de la figura del Grupo, según el Art. 4.segundo párrafo de la LMV). Del Art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, que presupone el control, en los casos en que una "empresa determina el comportamiento económico de otra", considerando a ambas "corresponsables" del Acto contra la competencia. O del Art.87 del TRLSA, que se examina en el texto.

españoles (entre ellas, la contradicción en la que se ha incurrido por la identificación paralela de los supuestos del Art. 42.1 del CCo, como presunciones de "relación de dominio" -a los efectos del 87 del TRLSA- y como presunción de "Dirección económica unitaria" -a los efectos del Art. 4 de la LMV-). Problemas que en el ordenamiento italiano ha originado el debate científico acerca de la construcción unitaria o desagregada del concepto de control societario⁹ y que comienza a preocupar a la Doctrina española, en la que se separa la opinión partidaria de un "concepto unitario de control"¹⁰ de la partidaria de "tipos de control"¹¹ y, junto a ellas la conveniencia de que en el Derecho sustantivo de sociedades exista un "concepto general" y amplio, al que no se opondría la existencia de otros más restringidos. Y hasta entonces, la posible función del Art. 87 del TRLSA como concepto general y amplio de control societario.

⁹ En la doctrina italiana se enfrentan los partidarios de construir un modelo "ontológico de control", seguido por dos tipos (el societario, del Art. 2.359 del CC y el "antitrust" del art. 7 de la legislación "antitrust"), defendido por LAMANDINI, M. ("Qualche spunto esegetico sulla nozione di "controllo" ai fini del consolidamento integrale" en "I Gruppi di Società". Atti del "Convegno internazionale di Studi", cit., vol. II, págs. 1.455 y ss.) y los que postulan una construcción desagregada de la figura del control societario por entender, que la construcción unitaria conduciría a un nivel de abstracción sin relevancia práctica, pues la existencia de elementos caracterizadores en la normativa sectorial impediría la aplicación analógica del concepto elaborado (Vid. MARCHETTI, P.: "Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale", Riv. Soc. 1992, págs. 4 y ss.; SPOLIDORO, M.: "Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust", Riv. Soc. 1995, fasc. 2-3, marzo-junio, pág. 481).

¹⁰ Esta es la opinión de RUIZ PERIS, J. para quien, la función y utilidad de un concepto unitario de control es, "de la máxima utilidad al permitir la interpretación unitaria de las normas que hacen referencia a dicho "nomen iuris" ..., acrecentando con ello la seguridad jurídica de los operadores económicos que actúan en el mercado", toda vez, que "desde el momento en que una disposición legal incluye la palabra control, el ordenamiento juridifica la noción" ("Significado del control empresarial en el Derecho español", págs. 3.324-3.325).

¹¹ Para MARTINEZ MACHUCA, P. "No parece apresurado señalar que no se puede dar una noción unitaria del control o dominio que una sociedad ejerce sobre otra u otras, sino que cuando se hace referencia al control o dominio entre las sociedades, en realidad, se está aludiendo a alguna de las distintas manifestaciones del control ... Por consiguiente, se habla de tipos de control más que de un concepto unitario" ("El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades", pág. 210).

El rechazo implícito del legislador español en torno a la concepción unitaria del control societario encuentra su explicación en la disciplina comunitaria; en cuyo seno, la pluralidad conceptual del control societario se apoya en la paralización de los trabajos relacionados con la IX Directiva sobre "Grupos de empresas" (Doc. III/1.639/84) y que ha obligado a las distintas Directivas encargadas de regular algunos aspectos de los Grupos y de las vinculaciones empresariales (cuentas, participaciones propias, significativas...) a determinar los presupuestos mínimos de la "relación de dominio"¹². Y estos últimos coinciden en la normativa sustantiva de la figura en los Arts. 42 del Cco. y 87 del TRLSA. No obstante, la comprensión de los supuestos contemplados en el primero¹³ en el Art. 87 del TRLSA -con el que se diferencia en el "poder

¹² Frente a las escasas legislaciones europeas que cuentan con un régimen sustantivo de los Grupos de sociedades (como la AktG alemana, de 1965 y el Código de Sociedades comerciales portugués, cuyo régimen puede verse en los trabajos de LUTTER, M. y ZÖLLNER, W.: "Das Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland" y de ENGRACIA, J.: "The law of affiliated companies in Portugal". Ambos publicados en "I Gruppi di societâ", vol. I, Milano 1996, págs. 217-244, 355-388, respectivamente), la mayoría de ellos presentan una regulación sectorial (preferentemente fiscal-laboral) y, dentro del Derecho de sociedades, de ámbito restringido a determinados aspectos; entre los que se encuentran los ya armonizados en el marco de la Unión Europea, como son los de la consolidación de las cuentas o la relacionada con las participaciones intersocietarias. Con todo, el temario es objeto de atención en la doctrina y algunos de sus problemas se resuelven judicialmente. Vid., entre otros CERRAI, A.: "I gruppi di impresa nell'esperienza giuridica europea", Riv. Soc. 1995, fasc. 2-3, mayo-junio, págs. 389 y ss.; DUQUE, J.: "El Derecho de las empresas vinculadas en la legislación española (especialmente en la Ley de reforma parcial y de adaptación a las directivas comunitarias en materia de sociedades y en la Ley del Mercado de Valores)", RDBB 1989, núm. 35, págs. 465 y ss.; EMBID, J.M.: "La problemática de los Grupos en la reforma de Sociedades de Responsabilidad Limitada", en "Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada, coordinado por AAVV, T.II, Madrid 1996, págs. 1.223 y ss.; GUYON, Y.: "Le droit des groupes de sociétés" en "I Gruppi di societâ", vol. I, cit., págs. 195 y ss.; MASSAGUER, J.: "La estructura interna de los Grupos de sociedades", RDM 1989, 192, págs. 281 y ss.; ROJO, A.: "Los grupos de sociedades en el Derecho español", RDM 1996, núm. 220, abril-junio, págs. 457 y ss.; ROSSI, G.: "Gruppi e Diritto societario" en "I Gruppi di societâ", vol. I, cit., págs. 17 y ss.; SACRISTAN, m.: "El Grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas", RDM 1982, núms. 165-166; págs. 375 y ss.

¹³ El Art. 87 del TRLSA dice:

"1. A los efectos de esta sección 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.*

2. En particular, se *presumirá que una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se encuentre en relación a ésta en algunos de los*

----- 14
M^a. Sierra Flores Doña.- "Concurrencia de relaciones laborales y societarias".(SAPERSONAL). RdS 14. 17/02/a

de dirección general y estable", vinculada a la dirección económica unificada", propia de los Grupos¹⁴- y la amplitud de su contenido podrían permitir recurrir a este último para resolver el problema de la laguna legal, en cuanto a la definición del control societario, relegando el más "estricto" del Art. 42 del CCo -integrado por el "control" más la "dirección económica uniformada" a la figura del Grupo (tal y como lo hace el Art. 4 de la LMV).

*supuestos previstos en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio *o, cuando menos, la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta.*

A efectos de lo previsto en el presente artículo, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras personas que actúen por cuenta de la sociedad dominante o de otras dominadas o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

3. Las disposiciones de esta sección referidas a operaciones que tienen por objeto acciones de la sociedad dominante serán de aplicación aun cuando la sociedad que las realice no sea de nacionalidad española".

*El Art. 42.1 del CCo. se refiere a la "sociedad mercantil que... siendo socio de otra sociedad, se encuentre con relación a ésta en algunos de los casos siguientes: 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 otros socios, de la mayoría de los derechos; 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 se deban formular 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 algunos de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo".

¹⁴ La construcción normativa-científica de los Grupos encuentra su base en la concurrencia de control más dirección económica unificada. Dirección que se caracteriza por el poder de decisión sobre los aspectos sustanciales de la política económica-financiera y de personal de las sociedades integrantes del Grupo (esto es, inversiones y su financiación; elección y remoción de los altos directivos). Con distintas formulaciones y matices, estas ideas son compartidas por CERRAI, A.: "I Gruppi di impresa nell'esperienza giuridica europea", citl, pág. 415; EMBID, J.: "Grupos de sociedades y accionistas minoritarios", Madrid 1987, págs. 32 y ss. y, más recientemente en "Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos" en "Gruppi di società", cit., Vol. 2, pág. 1.299; GUYON, Y.: "Les groupes de sociétés", en "Les groupes des sociétés en droit européen. Analyses légales et économiques sur les entreprises multinationales", dirigidos por HOPT, K., vol. II, Berlín 1982, págs. 204 y ss.; JAEGER, P.: "Società del Gruppo tra unificazione-autonomia" en "I Gruppi di Società", cit., vol. II, pág. 1.441; MASAGUER, j.: "La estructura interna de los Grupos de sociedades", cit., págs. 292 y ss.; ROSSI, G.: "Gruppi y Diritto societario" en "I Gruppi di Società...", vol. 1, págs. 24-25.

En efecto, con algunas precisiones técnicas (que suprimieran reiteraciones y superaran la falta de claridad de algunos extremos del tenor literal), la construcción del control societario en el Art. 87 del TRLSA es técnicamente avanzada y se corresponde con el final de la evolución del control societario, resultante de las orientaciones germano-británicas e italianas, confluyentes en la Directiva 92/101/CEE¹⁵. Esta influencia explica, que en este precepto se recojan los casos más frecuentes de control utilizados en la realidad empresarial de los distintos países para dominar una sociedad (participaciones, identidad personal de los miembros o altos directivos de las empresas, acuerdos parasocietarios e incluso supuestos desvinculados de la condición de socio¹⁶). De aquí, que el art. 87 del TRLSA podría fundamentar

¹⁵ La relación de control o de dominio en el seno de las sociedades anónimas y sus Grupos es un concepto largamente elaborado y discutido por la dogmática europea desde principios del siglo XX, en paralelo con la extensión de las Grandes empresas. En este proceso resaltarán las aportaciones alemanas y británicas. En ambos ordenamientos se determina la "relación de dominio", bien bajo la perspectiva de la regulación de las participaciones recíprocas en el seno de los grupos de empresas (AktV 1931), bien bajo la disciplina de las participaciones significativas en las "public companies" (C.A. 1948). Paulatinamente se asiste a un triple proceso de "perfección, generalización y confluencia de corrientes" en torno a la figura del control. Estos resultados se recogerán dispersa y descoordinadamente en las diferentes reformas nacionales y en los trabajos comunitarios en materia de "Grupos de empresas" (Doc. COM XI/328/74-I), art. 22 y Doc. III/1.639/84, Art. 2, de influencia alemana); "consolidación de las cuentas" (Directiva 83/349/CEE, Art. 1, de influencia británica-alemana) e información sobre participaciones en sociedades cotizadas (Directiva 88/627/CEE, Arts. 1 y 7, con antecedentes preferentemente británicos). Pero posteriormente todos confluirán en el Art. 2 de la Propuesta inicial para la modificación de la Directiva 77/91/CEE (tal y como se expresaba en el número 17, último párrafo de los comentarios) y pasarán definitivamente a la Directiva 92/101/CEE, de 23 de noviembre. De acuerdo con ella, la relación de dominio gira en torno a la "disposición de la mayoría de los derechos de voto" o al ejercicio de una "influencia dominante sobre la actuación de otra sociedad". La concreción de los supuestos en que puede presumirse ésta última se deja a la relativa discrecionalidad de los ordenamientos nacionales y explica las diferencias existentes entre la amplitud de los Derechos italiano (conforme a la redacción del Art. 2.359, de 12 de febrero de 1992 y 2.359 bis, de 2 de mayo de 1994) y español (Art. 87, según el texto formulado por la disposición adicional 10 de la LSL, de 1995) con el ámbito más restringido de los Arts. 354 y 355-1 de la legislación francesa, tras las reformas de 1989 y 1991.

¹⁶ El dominio de una sociedad desvinculada de la condición de socio también se utiliza en la práctica empresarial y se constata en el sector de las grandes empresas financieras, aseguradoras o de telecomunicaciones. En este sentido, la adquisición de participaciones (unilaterales y recíprocas) por medio de sociedades controladas se constata en la realidad empresarial de los últimos cincuenta años, intensificándose en los sectores económicos más dinámicos y sensibles a las "expectativas" de beneficios

----- 16
M^a. Sierra Flores Doña.- "Concurrencia de relaciones laborales y societarias".(SAPERSONAL). RdS 14. 17/02/a

una determinada orientación en torno al control societario y, en un futuro, para la construcción de un concepto general de "control" en el Derecho de sociedades español, de carácter amplio y que no impediría su coexistencia con otros más restringidos, que como tales, podrían considerarse como especies o subtipos del general. Y esta idea es la que permite afirmar, que la aplicación analógica del Art. 87 del TRLSA a los distintos sectores normativos deberá ponderarse en atención a la finalidad y pretensiones de los mismos; en consonancia con la ordenación jurídica de la aplicación de las normas en el Título Preliminar del CC (Capítulo II) y como el propio Tribunal Supremo lo hace en las Sentencias que se examinan, a la hora de decidir o no sobre la aplicación de la normativa laboral.

El legislador general de las sociedades anónimas configura la relación de dominio entre dos o más sociedades sobre la base del dato jurídico de la "disposición de la mayoría de los derechos de voto" o el económico "ejercicio de una influencia dominante (Art. 87 del TRLSA). Frente a la seguridad jurídica que ofrece el criterio jurídico de la mayoría de los derechos de votos, en la medida que al tratarse de un criterio rígido ofrece mayor certeza de cuando se cumple el presupuesto legislativo, el económico de la influencia dominante o

que los mismos presentan para el mercado (como es el caso del sector de las telecomunicaciones o de la aeronáutica) o con mayor solvencia económica y capacidad de inversión (financiera y asegurador). Algunas de estas operaciones suelen integrarse en un proceso de reestructuración empresarial con fines diversos (fundamentalmente, incrementar su cuota en el mercado para consolidar progresivamente su dominio y dispersar el riesgo empresarial) y articulado mediante una pluralidad de fórmulas jurídicas, formalmente desconectadas entre sí (adquisición de participaciones significativas, de carácter unilateral y recíproca, acompañadas frecuentemente de operaciones de fusión, escisión, segregaciones parciales ...). La constatación de estas ideas es fácil en la prensa económica de los últimos tiempos y en algunos estudios científicos; entre ellos los de ADAMS, M.: "Die usurpation von Aktionärsbefugnissen mittels Ringverflechtung in der Deutschland AG", AG 4/1994, págs. 149 y ss.; BINDER, C.: "Beteiligungsstrategien in der Konzernpraxis. Eine empirische Untersuchung der Beteiligungshöhen in deutschen Konzernen", AG 1994, págs. 392 y ss; BUENO CAMPOS, E., bajo su dirección: "La empresa española: estructura y resultados", Madrid 1990, especialmente las págs. 115-291 y en el trabajo que ha dirigido sobre "La aventura de emprender", Madrid 1996, pág. 88; MARTIN, M., CARBO, S. Y SAEZ, F.: "Las participaciones accionarias de las entidades de depósitos españolas 1962-1992, documento de trabajo publicado por la Fundación FIES (Fondo para la investigación económica y social); MERLE, P.: "Droit Commercial. Sociétés Commerciales"; Paris 1988, págs. 663 y ss.

decisiva es un criterio técnicamente más flexible, ya que permite modularlo a la realidad empresarial. No obstante es una opción técnica más insegura, puesto que su indeterminación ha de resolverse casuísticamente, en atención a todas y cada una de las circunstancias concurrentes en la relación en cuestión; en nuestro caso, la de las posiciones jurídicas ocupadas por la persona o personas en quienes concurren las diversas relaciones jurídicas. Y así se desprende de las distintas soluciones a las que llega el Tribunal Supremo, tras la valoración de las concretas posiciones jurídicas convergentes (como, por ejemplo, la del accionista con una participación importante, que desempeñaba el cargo de administrador solidario; o la del trabajador, accionista minoritario y administrador con facultades mancomunadas). Y esta idea es la que está detrás de la lista de presunciones de influencia dominante, establecida en el Art. 42 del CCo. -al que se remite el Art. 87 del TRLSA- (entre ellas, socios que dispongan de la mayoría de derechos o tengan la posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano administrativo y si hay identidad personal de la mayoría de los consejeros o altos directivos...)¹⁷ y que se analizan seguidamente.

3. Aproximación y relaciones entre la "influencia decisiva" delimitada en la jurisprudencia laboral y la configurada en el TRLSA.

La pluralidad de modelos empresariales cobijados bajo la estructura de las sociedades anónimas y favorecidos por el propio legislador, con la relativa flexibilidad con que puede organizarse la estructura patrimonial-administrativa

¹⁷ Los supuestos en que se presume que una sociedad ejerce una influencia dominante en otra, a los que se refiere el Art. 87 del TRLSA y que están contenidos en el Art. 42 del CCo. son los 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...":

de este tipo social, junto a la necesidad de aprehender jurídicamente la amplia y compleja realidad empresarial del control societario que está presente en el Art. 87 del TRLSA y que se integra por las participaciones en el capital y las distintas figuras, de naturaleza heterogénea, por las que se autoriza el ejercicio de un número de derechos de votos suficientes para imponerse en las decisiones de la Junta General¹⁸, son más que suficientes para justificar la amplitud de los supuestos legales. Amplitud que contrasta con los casos planteados y resueltos por el Tribunal Supremo, que se corresponden con los denominados supuestos de control societario interno (esto es, ejercido desde dentro de la sociedad, por estar conectados a la participación en el capital y a la posición orgánica), de carácter directo e individual (ya que en todos los casos los trabajadores... participaban ellos mismos en el capital) y permanente (como se aprecia del examen realizado en las sentencias a toda la vida de la sociedad). Por ello, el carácter "estricto" de la noción jurisprudencial de influencia decisiva respecto al más "amplio" configurado en el Art. 87 del TRLSA; pues en este último se comprenden, no sólo los tradicionales casos de control societario interno (los derivados de una participación en el capital o de

¹⁸ Los aspectos relacionados con la noción de influencia dominante, las vías para alcanzarla, sus pros e inconvenientes y las líneas de su ordenación jurídica (aplicación-exclusión de una determinada normativa; la responsabilidad de la persona que domina por los actos realizados por la sociedad, entre las más significativas) son cuestiones que carecen de unidad jurídica y conllevan cierta polémica. En unos casos, porque la multiplicidad de factores y variables que confluyen en la realidad son difíciles de sintetizar normativamente (los llamados mecanismos de acceso a la influencia dominante y que hoy separan al control interno y externo; de carácter contractual, del Derecho de Sociedades o resultantes de la combinación de ambos). En otros, porque los problemas que plantean son relativos y sólo pueden llegarse a soluciones aproximadas (como ocurre con la mayoría de los aspectos relativos a las ventajas e inconvenientes empresariales de la influencia dominante: aumento de cuota de poder en el Mercado, potenciales expectativas de ganancias...). Todo ello da lugar a un sistema de poderes y contrapoderes (de carácter legal, contractual), de enorme casuismo en la práctica empresarial, pero que recíprocamente se limitan y neutralizan, alterando sensiblemente el equilibrio de poderes presente e implícito en el modelo legal de las sociedades anónimas. Por ello, no es de extrañar la falta de acuerdo en la elaboración de una Directiva sobre los Grupos y vinculaciones empresariales; la profusión de conceptos normativos de control societario, formalmente descoordinados. Para mayor detalle sobre esta problemática puede consultarse FLORES DOÑA, M^a.S.: "Participaciones recíprocas entre sociedades de capital", RdS, monografía núm. 11, editada por Aranzadi; Pamplona 1998; especialmente las páginas 161-176.

la identidad sustancial de los miembros de su órgano administrativo), sino también los de control externo, conectados a relaciones contractuales (fundamentalmente negocios sobre política concurrencial y financiera¹⁹), pero decisivas para incidir en la gestión y dirección de una determinada sociedad. En este sentido, la norma alcanza a los llamados supuestos de control de derecho y de hecho (conforme a lo preceptuado en el 87.1 del TRLSA), siendo irrelevante la forma de su realización (control directo e indirecto, según se expresa en el 87.2, segundo párrafo, primera frase) o el modo de su ejercicio (control individual o conjunto, según que la titularidad sea unitaria o compartida con otra persona o personas, en virtud de un "concierto", Art. 87.2).

4. Alcance de las presunciones legales de influencia dominante

La amplitud teórica de la norma permite recurrir a la misma para solucionar los problemas de laguna legal, en torno a la ausencia de un concepto general del control en el Derecho sustantivo privado de Sociedades. Igualmente, dicha amplitud justifica la necesidad de darle un alcance diferente a las presunciones legales de dominio, a la hora de valorar los diversos supuestos que se presenten en la práctica empresarial. Así, el carácter incuestionable de los llamados control de derecho, porque la concurrencia del supuesto de hecho normativo permite por sí mismo asegurar el poder de decisión general y permanente en la gestión y dirección social -y por supuesto de la Junta General- (los representados por la disposición de la mayoría del

¹⁹ Entre los contratos de política concurrencial y comercial utilizados más frecuentemente para fundamentar los supuestos de control externo suelen señalarse los de: agencia, suministro de mercaderías, bienes o prestaciones de servicios en exclusiva; licencia de patentes y Know How; franquicia. También se indican los contratos de financiación y garantía y, en general, contratos cuyas prestaciones sean esenciales para la actividad de las sociedades implicadas. En todo caso, la calificación de "control contractual" de carácter externo, queda reservado a los supuestos de concurrencia del contrato más el nexo de causalidad entre los particulares vínculos contractuales y la influencia dominante (Vid. NOTARI, M.: "Il Gruppo ´contrattuale´ nella disciplina antitrust" in "Gruppi di società..." vol 3º, págs. 1.903 y ss.. En la misma obra RIMINI, E.: "Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione", págs. 1.903 y ss.; SCHMIDT, K.: "Wechselseitige Beteiligungen zum Gesellschafts- und Kartellrecht", Frankfurt 1995, págs. 120 y ss.; SPOLIDORO, M.: "Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust", págs. 481 y ss.).

capital y de los votos correspondientes a las participaciones en una sociedad o aquellos derivados de un negocio o contrato al respecto²⁰). En ambos supuestos, la persona (o personas) podría imponer su decisión en los órganos de la sociedad y, por ahí, la confusión de la voluntad social con la suya propia, con los consiguientes riesgos de derivaciones de la primacía de sus propios intereses individuales respecto del interés general de socios y terceros. Por el contrario, la relación de dominio debería sólo "presumirse" si la mera presencia del supuesto de control normativo no fuera suficiente, de por sí, para asumir decisiones orgánicas, sino que ésta última dependiera igualmente de otras variables. En este bloque habría que incluir, entre otros, los supuestos de control interno de hecho, esto es, los conectados a una participación minoritaria en el capital de la sociedad presuntivamente dominada. Y ello porque el poder de decisión de la persona presumiblemente dominante dependería igualmente del resto de las variables que concurrieran con la participación minoritaria y que condicionarían su posición jurídica definitiva en la sociedad (entre estas, los diversos contratos celebrados con la sociedad, participaciones indirectas). En tales casos, la presunción legal de control debería entenderse "iuris tantum", esto es, salvo prueba en contrario. Así lo justifica una interpretación del precepto a la luz de la casuística y dificultades que pueden darse en la práctica empresarial. Se fundamenta en la aplicación subsidiaria de la regla general establecida en materia de presunciones por el Art. 1.251 del CC., según el cual, la presencia del supuesto normativo deberá significar la existencia de un indicio o potencialidad de control societario, que tendría que verificarse, con los consiguientes problemas de prueba por parte de terceros extraños a la situación de la persona o personas presumiblemente dominantes, como se

²⁰ En el ámbito de la relación de dominio entre dos sociedades, la posibilidad de fundamentar el poder de decisión en un contrato celebrado entre ellas se ha planteado en torno a los Grupos (Para un planteamiento general puede consultarse SACRISTAN, M.: "El Grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas"; RDM 1982, núms. 165-166, julio-diciembre, págs. 375 y ss.). Respecto de los límites de su licitud pueden verse los trabajos de los profesores DUQUE, J.: "El Derecho de las empresas vinculadas en la legislación española", RDBB 1989, núm. 35, pág. 483 y ROJO, A.: "Los grupos de sociedades en el Derecho español", RDM 1996, núm. 220, abril-junio, págs. 457 y ss.

advierde en algunas controversias de la práctica societaria²¹. Y, por último, la opinión defendida encontraría igualmente su apoyo en la corriente comparada, predominante en el marco del "control interno de hecho", en los que aparece disociada la propiedad de las acciones y el dominio de la sociedad²².

²¹ En el marco de las sociedades dominante y dominada, la prueba "convinciente" de las relaciones entre ambas sociedades se ha exigido por el Tribunal Supremo para determinar la existencia de un Grupo de sociedades. Así sucedió en la STS, de 24 de abril de 1997, en la que se rechazó la aplicación de la Doctrina del "levantamiento del velo de la personalidad jurídica" por entender, que *"ninguna prueba convincente se aportó a las relaciones entre ambas sociedades, conjunción de intereses, confusión de actividades ni de integración en un mismo grupo social"* (con independencia de que se dé coincidencia en la entidad de los accionistas) . El comentario a esta sentencia puede verse en ANGEL YAGÚEZ, R.: "La Doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia", Madrid 1994, págs. 178 y ss.

La *"suficiente justificación por parte de la sociedad dominante de tal posición"*, como presupuesto de aplicación de la "suspensión de los derechos políticos, inherentes a determinadas acciones, en las hipótesis del Art. 79.1º de la Ley de sociedades anónimas" fue señalada por la RDGRN para no rechazar la inscripción de los Acuerdos de una Junta General, los cuales presumiblemente se habían adoptados con el concurso de dichos votos. A este respecto se señaló "Que la sola afirmación del presidente de la Junta de que una de las Sociedades asistentes a ella en concepto de accionista está participada al 98 por 100 de su capital por la Sociedad cuya Junta se reúne, no ha de bastar para desconocer el voto emitido por aquella Entidad que ha acreditado debidamente su condición de accionista, máxime cuando en la misma acta se hace referencia a dos ventas distintas (una de ellas realizada por el propio Presidente de la Junta) que habrían eliminado ya esa situación de dominación; la necesidad de evitar *en la medida de lo posible, todas aquellas circunstancias que puedan provocar la invalidez de la Junta y de los Acuerdos en ella adoptados...*, imponen el que la suspensión de los derechos políticos, inherentes a determinadas acciones, en las hipótesis del Art. 79.1º de la Ley de Sociedades Anónimas, quede supeditado, en los casos de contradicción, ... a la suficiente justificación por parte de la Sociedad dominante de tal posición, reseñando en el Acta las pruebas invocadas al efecto..." (RDGRN, de 9 de enero de 1991. RJ 1991/582, Fundamento Segundo, letra c).

²² En el plano de las relaciones de dominio intersocietarias, la doctrina ha señalado que la *"disposición de votos suficientes para ejercer una influencia dominante en la Asamblea ordinaria" precisa de una indagación dirigida a la verificación del efectivo ejercicio del poder de influencia dominante*. Vid., entre otros LAMANDINI, m.: "Controllo e consolidamento integrale", pág. 1.461); o, en otras palabras, *de una reconstrucción completa de las relaciones existentes entre las empresas en cuestión* (Vid., GESSLER-HEFFERMEHL-ECKARDT-KORFT: "Kommentar zum Aktiengesetz", München 1973, pág. 263; MESTRE, J., bajo su dirección: "Régime légal des filiales et participations", Lamy Société 1998, pág. 765).

Y en una postura similar se ha mostrado el Tribunal Supremo alemán, en una sentencia relativa a la nulidad del balance anual de dos empresas participadas recíprocamente -ASKO AG y MASSA AG-. Al respecto se señaló, que para *determinar la realidad de la dirección unitaria y para las relaciones matriz-filial (referidas en el 290.1 HGB) debe tenerse en cuenta el conjunto de relaciones efectivas, lo mismo que en el caso de ejercicio originario de la dirección para el conjunto del Grupo y teniendo*

22
M^a. Sierra Flores Doña.- "Concurrencia de relaciones laborales y societarias".(SAPERSONAL). RdS 14. 17/02/a

en cuenta principalmente las actividades empresariales. Sin embargo para la relación de control (contemplada en el 290.2 del HGB) sólo es preciso tener en cuenta la mayoría de los derechos de voto del socio" (RGB, 16 de octubre de 1990, AG 1/1991, págs. 30 y ss.).

M^a. Sierra Flores Doña.- "Concurrencia de relaciones laborales y societarias".(SAPERSONAL). RdS 14. 17/02/a 23