

BOICAC N° 115/2018 Consulta 5

Sobre si las sociedades que se describen en los antecedentes de la consulta forman un grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio (CdC).

Respuesta:

La sociedad consultante A constituida en 2013 tiene como objeto social, entre otros, la realización para terceros de estudios e informes económicos y de mercado y la administración y asesoramiento de negocios y bienes. La sociedad fue constituida por 4 socios: la sociedad B retuvo el 44,75%, la Sociedad C el 28,25%, la sociedad D el 18% y la sociedad E el 9%.

La participación en el capital social, tal y como se constituyó, se mantuvo inalterada hasta mayo de 2016. En ese año se produjo una reducción de capital de tal manera que la Sociedad B se quedó con el 51%, la sociedad C con el 34,50% y la sociedad E con el 14,50%.

Cada una de las sociedades B, C y E se encuentra íntegramente participada por una persona física las cuales no mantienen vinculación y/o grado de parentesco alguno entre ellas. Los tres socios personas físicas forman parte del Consejo de Administración de la sociedad A, a título de representantes de las sociedades socio.

En el momento de su constitución se firma un pacto de socios donde entre otros acuerdos se establece que las decisiones de la Junta General se tomarán por mayoría del capital presente, pero se establece una mayoría del 75% para la toma de algunas decisiones significativas. Posteriormente en el año 2014 se modificó dicho pacto, de tal forma que, la adopción de los acuerdos y toma de decisiones de mayor trascendencia para la sociedad queda limitada, impidiendo así que el socio mayoritario pueda tomar decisiones unilaterales sin el apoyo del resto de los socios con independencia de que este posea la mayoría de los derechos de voto.

La sociedad consultante también informa que ésta no forma parte de un grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio recordando para ello la consulta 4 del BOICAC 92 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en el cual se señala que *“sólo hay grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio cuando una sociedad controla a otra sociedad o empresa”* teniendo en cuenta que se entiende por control *“el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de una entidad con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades”* conforme recoge el artículo 1 de las Normas para la Formulación de las Cuentas



Anuales Consolidadas (NFCAC), aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.

Sobre la base de la interpretación del ICAC a la consulta señalada, la sociedad consultante considera que no forma parte de un grupo con sus socios en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio y que no existe control por parte de ninguno de los socios.

La consulta que se formula a este Instituto versa sobre la existencia o no, a raíz de la información aportada, de un grupo de subordinación.

La definición de grupo, a efectos de consolidación de cuentas, viene recogida en el artículo 42 del Código de Comercio (CdC), que indica que existe grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras, indicando varios casos en los que se presume el control; éste sería el que podríamos denominar grupo de subordinación. En tal caso, la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá incluir en ellas, a las sociedades integrantes del grupo, así como a cualquier empresa dominada por éstas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social.

Por otro lado, el Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 13. *Empresas del grupo, multigrupo y asociadas*, prevé además la existencia de lo que se podría denominar grupo de coordinación, 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. Para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2008 únicamente los grupos de subordinación están obligados a formular cuentas anuales consolidadas.

La interpretación de este Instituto sobre el concepto de empresas del grupo está publicada en la consulta 1 del BOICAC nº 83, de septiembre de 2010, y en la consulta 4 del BOICAC nº 92, de diciembre de 2012.

A modo de resumen, a la vista del contenido de las citadas consultas se puede afirmar que sólo hay grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del CdC cuando una sociedad controla a otra sociedad o empresa. En este sentido, en el artículo 1 de las NFCAC aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, se estipula que la sociedad dominante es aquélla que ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras, que se calificarán como dependientes o dominadas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social. Y que a estos efectos se entiende por control el poder de dirigir las



políticas financieras y de explotación de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades.

Además, en principio, el control 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. No obstante, en aplicación del artículo 42 del CdC cabría sostener:

1. Que una sociedad que posee la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad no posee el control si un tercero u otro socio, que no tiene la mayoría, adquiere la capacidad de dirigir las políticas financieras y de explotación de la participada en virtud de un acuerdo contractual, y deja el ejercicio de los derechos de voto del socio mayoritario relegado a la toma de decisiones sobre aspectos formales o administrativos, sin alcanzar a las actividades relevantes.
2. Que una sociedad que posea una inversión notable en otra sociedad, pero no mayoritaria, puede ejercer el control en función de cuál sea el número y el porcentaje de participación de los restantes socios. Así, por ejemplo, si el resto del accionariado es numeroso y su participación reducida es muy probable que el inversor pueda ejercer el control, del mismo modo que también sería verosímil el control en caso de que el número de socios no fuese elevado y al mismo tiempo resultase posible lograr la mayoría mediante acuerdos con uno solo de ellos.
3. Igualmente, de conformidad con el artículo 42 del CdC es posible que el control se pueda ejercer con una participación minoritaria e incluso sin participación. Para identificar estos supuestos, en el artículo 2, apartado 2, de las NFCAC se regulan una serie de presunciones sobre el control. En este punto conviene aclarar que si una sociedad controla otra sociedad en virtud de estos acuerdos y no posee participación alguna, el grupo así configurado no es un grupo de coordinación sino un grupo de los previstos en el artículo 42 del CdC, es decir, un grupo de subordinación.

Una vez realiza esta aclaración, como se ha señalado, es preciso recordar que en nuestro Derecho contable coexiste, junto al grupo de subordinación, otro concepto de grupo, el grupo de coordinación o grupo ampliado a que se refiere el último inciso de la Norma 13ª de elaboración de las cuentas anuales del PGC, esto es, el grupo que se construye a partir del concepto de unidad de decisión y que integran las sociedades 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.

A mayor abundamiento se puede indicar que el elemento que caracteriza a los grupos de coordinación es el hecho de que el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de las sociedades (que forman el grupo) se ejerce, bien por una persona física o jurídica (no obligada a consolidar) o por el mismo conjunto de personas físicas o jurídicas. También forman un grupo de coordinación las sociedades que se hallan bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias. En todos estos supuestos, no cabe duda que identificar relaciones de subordinación entre las sociedades puede llevar a un resultado arbitrario o infundado, porque el control se ejerce por las personas físicas o jurídicas que se han descrito, o ha quedado predeterminado en virtud de los citados acuerdos o cláusulas estatutarias.

En definitiva, en este contexto regulatorio, es preciso advertir que en muchas ocasiones la calificación de varias empresas como sociedades del grupo en el sentido del artículo 42 del CdC no es una cuestión del todo evidente, y que los accionistas que controlan el grupo cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para organizar la estructura jurídica de las diferentes empresas bajo cualquiera de las dos tipologías: grupo de subordinación o grupo de coordinación.

Frente a lo anterior, no cabe duda que la unidad de decisión se erige como un concepto que permite una aproximación más evidente a la cuestión de fondo, esto es, a la tarea de identificar el conjunto de las sociedades o empresas ubicadas bajo un mismo poder de dirección, sin perjuicio de que en algunos supuestos apreciar la identidad de las entidades que lo integran también sea una tarea no exenta de dificultad.

En resumen, este Instituto ha reiterado en la contestación a numerosas consultas que la calificación de un conjunto de empresas como grupo del artículo 42 del CdC requiere analizar los elementos indiciarios que puedan llevar a concluir que una sociedad controla a otra sociedad o empresa, y que a tal efecto sería preciso disponer y enjuiciar todos los antecedentes y circunstancias del correspondiente caso. Además es necesario advertir que si esta tarea no culmina con la identificación de un grupo de subordinación, pero las sociedades están sometidas por otros medios a un control común, la conclusión que debe arrojar el análisis es que todas ellas forman parte de un grupo de coordinación.

De acuerdo con todo lo anterior, y entrando en el fondo de la cuestión planteada, existirían razones por las que no podría concluirse que las sociedades A y B (socio que participa en un 51% del capital de la primera) forman un grupo del artículo 42 del CdC, en la medida en que según afirma



la consultante, primero en virtud del pacto de socios y posteriormente a raíz del cambio en los estatutos, parece que la adopción de las decisiones significativas sobre las políticas financieras y de explotación de la sociedad A requiere una mayoría reforzada que implica la necesidad de un acuerdo entre el socio mayoritario y, al menos, uno de los otros dos socios.

No obstante, y por los mismos motivos, tampoco se puede afirmar lo contrario. Esto es, que las sociedades A y B no forman un grupo del artículo 42 del CdC. En este sentido, conviene resaltar que la sociedad B, que posee el 51%, puede llegar a un acuerdo con cualquiera de los otros dos socios para tomar las decisiones relevantes, y que cualquier acuerdo siempre requerirá de la participación del socio mayoritario. Además, en todo caso, este último puede bloquear con sus votos las iniciativas que pudieran plantear los socios minoritarios.

Por ello, se recuerda que en muchas ocasiones la pertenencia de varias sociedades a un grupo es una cuestión de hecho, que no viene predeterminada por la mera posesión de un determinado porcentaje de los derechos de voto, sino que para poder llegar a una conclusión sería preciso analizar todos los antecedentes y circunstancias del caso. Y que esta tarea, en última instancia, corresponde a los administradores de la sociedad consultante.