

# “LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL, EN EL DERECHO DEL SEGURO PRIVADO (NOTAS PRELIMINARES)”<sup>1</sup>

José Luis García-Pita y Lastres

*Sumario: I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL DERECHO DEL SEGURO PRIVADO Y EL EMPRESARIO ASEGURADOR. III.- LAS MODALIDADES DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL, EN EL DERECHO DEL SEGURO PRIVADO. IV.- LAS MEDIDAS DE CONTROL DE LOS FENÓMENOS DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL, EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL SEGURO PRIVADO.*

## I. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista económico<sup>2</sup>, toda Compañía de seguros -igual que una empresa industrial- ha de desarrollar su actividad persiguiendo una gestión óptima, en un marco de libre y leal competencia, pero **no puede reducir eficazmente sus precios, reduciendo el coste de la materia prima**, si bien el progreso técnico y los avances en materia de tratamiento de la información, etc... **introducen nuevos modos de acción sobre los costes**<sup>3</sup> y la **extensión de la clientela**, a través de la emisión de nuevas pólizas y la asunción de nuevos riesgos homogéneos, puede facilitar **una reducción del coste unitario de la producción**, al tiempo que la aparición de nuevos servicios permite acceder a mercados más productivos.

Las Entidades Aseguradoras son “*inversores institucionales no bancarios*” integrados en el Sistema Financiero<sup>4</sup>, que captan grandes masas de capital, a través de la

<sup>1</sup> Por.: José Luis GARCÍA-PITA y LASTRES, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña, abogado.

<sup>2</sup> Los *mecanismos económicos* del Seguro *no siempre son correcta y suficientemente comprendidos* porque se encuentran muy *lejos de las actividades de fabricación o distribución de bienes*. Y eso que -sin embargo-, una parte creciente, y con frecuencia predominante, del “valor añadido”, así como de los efectivos empleados en las actividades directas de producción (agricultura, minería...), se forma en las actividades “indirectas” de producción, como el Seguro (LAMBERT, D-C.: “*L’Économie de l’Assurance*”, en LAMBERT-FAIVRE, Y.: “*Droit des assurances*”, edit. DALLOZ, 4ª ed., París, 1982, p. 52. HERMANNSDÖRFER, F.: “*Seguros privados*”, trad. esp. por R.Luengo Tapia y W.Neumannm notas de A.Lasheras Sanz, edit. LABOR, Barcelona/Madrid/ Buenos Aires, 1933, p. 1. **Indirectamente**, cfr. también ESTASÉN, P.: “*Los Seguros. Ensayo jurídico*”, edit. F.GRANADA y Cía, EDITORES, Barcelona, 1906, p. V, quien comienza con las siguientes palabras.:

“*Nos ocupamos en el presente libro de los seguros desde el punto de vista del Derecho español. Es, pues, ajeno a este tratado todo lo que se refiere a la técnica del seguro, bajo su aspecto económico*”).

<sup>3</sup> Vid. LAMBERT, D-C.: cit., p. 59

<sup>4</sup> PARLEANI, G.: “*Le Marché Unique de l’Assurance*”, en BIGOT, J., BELLANDO, J-L., HAGOPIAN, M., MOREAU, J. y PARLEANI, G.: “*Traité de Droit des assurances. Entreprises et organismes d’assurance*”, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 1ª ed., París, 1992, p. 671. BERR, J.C. y GROUDEL, H.: “*Memento de Droit des assurances*”, edit. DALLOZ, 4ª ed., París, 1986, ps. 7 y s. CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: “*Armonización del Derecho de Seguro de daños en la Unión Europea*”, edit. CIVITAS,S.A., Madrid, 1996, p. 23.

acumulación de primas<sup>5</sup> y desarrollan una función de “Seguridad”, atendiendo a la necesidad de poner a disposición de las personas, medios económicos (bienes) idóneos para satisfacer las exigencias psico-fisiológicas ineludibles del Ser humano<sup>6</sup>; exigencias sólo **probables e inciertas**<sup>7</sup>, pero con un reflejo actual en el deseo de tener a la propia disposición esos medios de satisfacción de necesidades futuras, cuando quiera que lleguen a presentarse, eludiendo las consecuencias negativas del azar<sup>8,9</sup>. Estas necesidades

En efecto, las entidades aseguradoras son empresarios **de servicios**: cuya actividad, desde el punto de vista económico, las sitúa -en una primera aproximación economicista- dentro del “sector terciario” (NIETO DE ALBA, U.: “Economía financiera del seguro”, en “*Previsión y Seguro*”, 1989, nº 2, p. 87. PARLEANI, G.: “Le Marché Unique de l’Assurance”, cit., p. 671). Pero, habida cuenta de que, por su actividad, **intermedian en el tráfico de activos financieros** -activos caracterizados por representar el derecho de crédito de un acreedor y la obligación de un deudor-, también deben ser calificados como **intermediarios financieros**. Cuando una Entidad aseguradora emite una póliza de seguro, está emitiendo un **pasivo financiero**, que deviene **activo financiero, para su adquirente**, aunque lo cierto es que se trata de un activo financiero que **satisface una necesidad específica** (PÉREZ DE ARMINÁN, G.: “*Legislación bancaria española*”, edit. BANCO DE ESPAÑA, 6ª ed., Madrid, 1983, ps. 224 y ss. PRIETO PÉREZ, E.: “El Seguro como inversión”, en “*Previsión y Seguro*”, 1989, nº 1, septiembre/ octubre, ps. 69 y s.). Pero -a su vez- la emisión de ese activo ha tenido lugar como consecuencia de la percepción de otros activos financieros -esta vez **activos “monetarios”**- que son las **primas** pagadas por tomadores de seguro y asegurados. Sin embargo, a pesar de esa modalidad de intermediación financiera, las Entidades aseguradoras deben ser calificadas como **intermediarios financieros no bancarios**, pero *cuya actividad es, a la vez, complementaria y potencialmente concurrente con la de las entidades de crédito* (Cfr. CASTELLANO, G. y COSTI, R.: “Attività bancaria e attività assicurativa nell’intermediazione finanziaria”, en VV.AA.: “*Profili di concorrenza e di integrazione fra attività bancaria e attività assicurativa*”, dir. por A. Nigro y G. Volpe-Putzolu, edit. DOTT.A. GIUFFRÈ, Milán, 1985, p. 4).

<sup>5</sup> KAULBACH, D.: “Einleitung”, en “*Versicherungsaufsichtsgesetz mit dem Gesetz über die Errichtung des Bundesaufsichtsamtes sowie anderen ergänzenden Bestimmungen des Bundes, der Länder und der EG.*”, edit. C.H.BECK’SCHER VERLAGSBUCHHANDLUNG, 15ª ed., Munich, 1992, p. 2, quien señala que el Sector económico del Seguro (“*Versicherungswirtschaft*”), junto con la Sector económico de las entidades de crédito (“*Kreditwirtschaft*”), constituye el segundo mayor atractor y centralizador de capitales de todo el sistema económico. GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “La Responsabilidad por delitos societarios, desde la perspectiva del Seguro privado. Reflexiones sobre la posibilidad de cobertura de las responsabilidades derivadas de la comisión de delitos societarios”, en VV.AA.: “*El Nuevo Código penal y los delitos societarios*”, edit. FUNDACIÓN CAIXA DE GALICIA, La Coruña, 1998, p. 113.

Un *cúmulo de sumas* generalmente módicas, que de otro modo posiblemente hubieran sido gastadas, se reúnen y acumulan en el seno de la Empresa aseguradora, *conservadas e invertidas hasta el día en que deben servir para pagar la indemnización de los siniestros* (VICENT CHULIÁ, F.: “*Compendio crítico de Derecho mercantil*”, t. II, edit. BOSCH, 3ª ed., Barcelona, 1992, p. 468).

La importancia de este fenómeno se hace más evidente en los seguros de vida, donde las prestaciones del asegurador se ejecutan a muy largo plazo. Así, **el seguro de vida representa una forma de ahorro**, pero una forma **perfeccionada** porque está **científicamente organizada** (Vid. PICARD, M. y BESSON, A.: “*Droit des assurances*”, t. I, “*Le Contrat d’Assurance*”, edit. LIBRARIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 4ª ed., París, 1977, p. 14).

<sup>6</sup> MANES, A.: “*Tratado de Seguros. Teoría General del Seguro*”, trad. esp. de la 4ª ed. alemana por F.Soto, edit. LOGOS, Ltda., Madrid, 1930, p. 1. GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “La Responsabilidad...”, cit., p. 113.

<sup>7</sup> MANES, A.: cit., p. 2.

<sup>8</sup> DONATI, A., y VOLPE-PUTZOLU, G.: “*Manuale di Diritto delle assicurazioni private*”, edit. DOTT.A. GIUFFRÈ, 3ª ed., Milán, 1987, p. 1. LLUELLES, D.: “*Précis des assurances terrestres*”, edit. LES ÉDITIONS THEMIS, Montreal, 1994, p. 2. GARRIDO y COMAS, J.J.: “*El Mutualismo privado en la Europa del siglo XX*”, edit. FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS-INSTITUTO DE CIENCIAS DEL SEGURO, Madrid, 1994, p. 1.

<sup>9</sup> Aunque, “*a priori*”, también sea posible concebir la adopción de varias posibles actitudes ante el riesgo:

1.- **Indiferencia**: En este caso, el sujeto sometido a la situación de riesgo lo “*autoassume*”; **se convierte en “Propio Asegurador”** y **soporta con su patrimonio las consecuencias económicas de los accidentes** que dañen a sus bienes o su persona, sin adoptar medida alguna para paliar las consecuencias dañosas derivadas del siniestro.

eventuales giran en torno a la noción de “Riesgo”<sup>10</sup>, de modo que cabe afirmar que el Seguro es el “antídoto o anticuerpo del riesgo”<sup>11</sup>.

La esencia económica del Seguro consiste en la “**traslación del riesgo**” que un sujeto -el Asegurado- **desplaza sobre otro sujeto**: el Asegurador<sup>12</sup>. Pero lo característico de esta **traslación** del riesgo reside en el hecho de **a quién** se le traslada y de **cómo reacciona** este sujeto, ante la asunción del riesgo. Y esto sólo lo descubre la “**Teoría Mutualística**”<sup>13</sup>, la cual pone de manifiesto la trascendencia de la *aportación de grandes masas dinerarias, en forma de “primas” por una masa ingente de asegurados*, revelando, de paso, un rasgo esencial: la **ineludible empresarialidad del Seguro**; la necesidad de su desarrollo en el seno de una organización o de una actividad organizada constitutivas de empresa.

2.- **Prevención.**: En este caso, **el sujeto adopta un conjunto de medidas materiales destinadas a evitar o dificultar el acaecimiento del siniestro** y a conseguir que, si se produce, sus consecuencias dañosas sean las menores posibles (MESSINEO, F.: “*Manuale di Diritto civile e commerciale (codici e norme complementarie)*”, t. Vº, edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, 9ª ed., revisada y actualizada, Milán, 1972, p. 172). Por su parte, DINSDALE/ McMURDIE añaden que también podría ser posible evitar la sumisión al riesgo, si considera que la satisfacción proporcionada por las circunstancias o factores de riesgo es inferior al propio grado de riesgo y siempre que exista un medio de evitar quedar expuesto al riesgo, de tal manera, que el interesado tenga una cierta libertad de elegir; de optar, aunque éste comportamiento podría hacer la vida imposible, si fuera observado siempre. Además, existen riesgos que son inherentes a la propia vida, y no se pueden eludir (DINSDALE/McMURDIE.: cit., p. 2) DINSDALE, W.A. y McMURDIE, D.C.: “*Elements of Insurance*”, 5ª ed., Londres, 1983.

A su vez, según GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “*Contrato de Seguro terrestre*”, cit., 2ª ed., p. 11, las diversas posibilidades de enfrentarse con el Riesgo, pueden consistir en las siguientes.:

A) **Evitar el hecho temido.**:

- 1.- Mediante la instrucción o aprendizaje.
- 2.- Trasladando el riesgo a otro sujeto (P.e., el riesgo de alteración del precio en un contrato de obra).
- 3.- Repartiendo el riesgo (P.e., adquiriendo varios valores diversos, en lugar de uno sólo, para aminorar las consecuencias de su posible depreciación, o poseyendo varios buques, destinadas a la explotación del transporte marítimo, de forma que el riesgo de la empresa náutica **se distribuye entre el total de buques.**, sin quedar restringido a uno sólo).

B) **Sustituir las consecuencias económicas desfavorables por un equivalente económico.**

<sup>10</sup> “*El hombre -se ha dicho- es juguete del azar; cada día y en cada instante, en todo momento y lugar, está expuesto a peligros, imprevistos en sus causas, irregulares en sus resultados; está amenazado en su persona y sus bienes: corre un riesgo*” (Vid. BENÍTEZ DE LUGO, F.: “*Legislación y técnica de los seguros privados*”, t. I, Madrid, 1930, ps. 11 y ss. Igualmente, vid. DONATI/VOLPE- PUTZOLU.: “*Manuale...*”, cit., 3ª ed., p. 2. DINSDALE, W.A. y McMURDIE, D.C.: “*Elements of Insurance*”, 5ª ed., Londres, 1983, p. 1, quienes señalan que el Seguro es un instrumento o herramienta para el tratamiento de los riesgos o posibilidades de pérdida, a los que está sometido el Hombre. KOENIG, W.: “*Leitfaden über die Grundgedanken der Versicherung*”, Berna, 1976, p. 9.: El seguro debe agradecer su existencia a la Necesidad de seguridad de la existencia, que es connatural a la naturaleza humana. Y esta existencia se encuentra amenazada por riesgos de todo tipo).

<sup>11</sup> GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: “*Contrato de Seguro terrestre*”, 2ª ed., rev. y puesta al día, según Ley de 8 de octubre de 1980, Madrid, 1983, p. 11

<sup>12</sup> MESSINEO, F.: “*Manuale...*”, t. Vº, edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, 9ª ed., revisada y actualizada, Milán, 1972, p. 172

<sup>13</sup> En efecto, el Seguro es un recurso por medio del cual “*un gran número de existencias económicas amenazadas por peligros análogos se organizan para atender mutuamente a posibles necesidades taxables y fortuitas de dinero*”; la organización científica y planificada -es decir: empresarial- de una **mutualidad**. De ahí deduce LAMBERT-FAIVRE una definición o -más bien- descripción técnica del Seguro como “operación”:

“*...un asegurador, organizando en mutualidad una multitud de asegurados expuestos a la realización de ciertos riesgos, indemniza a aquellos de entre ellos que sufren un siniestro gracias a la masa común de primas acumuladas*”.

Así, el Seguro deja de aparecer como mero juego o apuesta, para configurarse como una operación que se manifiesta como esencialmente antialeatoria; de lucha colectiva contra el azar (LAMBERT-FAIVRE, Y.: cit., 6ª ed., p. 16, inspirándose en MANES, A.: cit., ps. 2 y s., quien parafraseando a Dumas utiliza la frase de que la mutualidad supone “*uno para todos y todos para uno*”).

Ahora bien, a su vez, las “empresas” -aseguradoras, o no- en el marco de un modelo basado en la competencia y en el mercado, *muestran ciertas tendencias centrípetas*, que comportan la configuración de *agregados organizativos complejos*. En ocasiones, su complejidad es tanta, que *ni siquiera pueden ser organizados o desarrollados por un sólo sujeto, sino por varios* -empresarios- más o menos independientes, aunque *unidos por vínculos económico-jurídicos de la índole más diversa*. Se producen, así, fenómenos de “*concentración empresarial*”, que no pueden escapar a la atención del Derecho, y que -en concreto- pueden afectar al Derecho del seguro privado.

La “**concentración empresarial**” es un fenómeno socio-económico, pero también **jurídico**, porque en su desarrollo recurre a y se sirve de técnicas que proporciona el Derecho, y porque -simultáneamente- suscita problemas en el plano jurídico. Por este motivo, cabe hablar de un “**Derecho de la Concentración empresarial**”, aunque solo pueda ser calificado como Derecho “*informativo*” o “*de categoría*”, simple agregado normativo “*in fieri*”, inorgánico, que podría ser descrito como el Derecho que regula, o como el sector de la Ciencia jurídica que se ocupa de, la *vinculación entre empresas, en sentido amplio*; regula *las relaciones jurídicas existentes entre las diversas entidades agrupadas*, y, más precisamente, cuando se presenta bajo la forma del “*Derecho de los grupos de sociedades*”, su objeto está constituido, por *las cuestiones jurídico-societarias que resultan del hecho de la unión o agrupación -"Verbindung"- de varias empresas, en una nueva unidad económica*<sup>14</sup>, aunque -como veremos- la problemática de las “uniones o agrupaciones de empresas” y -en general- de la “Concentración empresarial”, posee un *contenido mucho más rico y complejo*, que presenta múltiples y estrechos puntos de conexión con otros sectores de la ciencia jurídica, extravagantes del plano de lo meramente “societario”, y que hacen extremadamente difícil “*envolver jurídicamente*” relaciones tan complejas<sup>15</sup>.

Fruto del llamado “*capitalismo maduro*”<sup>16</sup>, la “Concentración empresarial” supone -con frecuencia- la “articulación de **varias entidades** -preferentemente socieda-

<sup>14</sup> EMMERICH, V. y SONNENSCHNEIDER, J.: “*Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH, Personengesellschaften und Genossenschaft. Ein Studienbuch*”, edit. C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 4ª ed completamente actualizada. Munich, 1992, p. 3. WÜRDINGER, H.: *Preliminar al Libro III*, en VV.AA.: “*Aktiengesetz. Grosskommentar*”, inicialmente escrito en colaboración por W.Gadow, E.Heinichen y otros, t. IV, edit. WALTER DE GRUYTER, Berlín/N.York, 1973, ps. 1 y ss. GROSSFELD, B.: “*Internationales Unternehmensrecht. Das Organisationsrecht transnationaler unternehmen*”, edit. C.F.MÜLLER JURISTISCHER VERLAG, Heidelberg, 1986, p. 71.

<sup>15</sup> ORTIZ VAAMONDE, S.: “*Grupos de sociedades: problemática general y regulación en el Derecho comparado*”, en “*Actualidad Civil*”, 1996, nº 2, del 8 al 14 de enero, p. 25.

<sup>16</sup> No se puede afirmar, ni mucho menos, que la “concentración empresarial” y las “uniones y agrupaciones de empresas”, en sus múltiples manifestaciones, sean fenómenos absolutamente novedosos (LANGLE RUBIO, E.: “*Manual de Derecho Mercantil Español*”, t. I, edit. BOSCH, Barcelona, 1950, p. 707). Sin embargo, se trata de una materia “*remozada*” y de *creciente actualidad*, porque uno de los rasgos que, en las últimas décadas -desde finales del siglo XIX-, viene caracterizado la actividad empresarial, en todos los ámbitos, tanto desde la perspectiva económica, como jurídica, es el creciente aumento y desarrollo del fenómeno que se conoce con los nombres de “*concentración empresarial*”; “*grupos de empresas*” o “*grupos de sociedades*”; y ello, hasta el punto de que la figura del “grupo de empresas”, en sentido amplio, se ha convertido en *la forma preferida por los operadores económicos, en los procesos de concentración empresarial*, con manifestaciones en los sectores más diversos del sistema económico; el “*modo de organización genuino del moderno supercapitalismo*”, habiéndose llegado a una quasi-sinonimia de ambas nociones: “*capitalismo*” y “*concentración*” (REICH, N.: “*Mercado y Derecho*”, edit. ARIEL,S.A., Barcelona, 1985, p. 211. DAVIES, P.I. y PRENTICE, D.D.: “*Gower's Principles of Modern Company Law*”, edit. SWEET & MAXWELL, 6ª ed., Londres, 1997, ps. 69 y 159. BLUMBERG, Ph.I.: “*The Law of Corporate Groups. Problems of Parent and Subsidiary Corporations under Statutory Law of General Application*”, edit. LITTLE, BROWN & Co., Boston/Toronto/Londres, 1989, p. 7. GUYON, Y.: “*Droit des affaires*”, t. I. “*Droit commercial général et Sociétés*”, edit. ECONOMICA, 8ª ed., Paris, 1994, p. 596. SÁNCHEZ CALERO, F.: “*De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades*”, en RDBB., 2000, nº 77, enero/marzo, p. 11. URÍA GONZÁLEZ, R.: “*Teoría de la Concentración de empresas*”, en RDM., 1949, nº 24, p. 330. VICENT

des- **jurídicamente autónomas** bajo la **dirección económica única** de otra sociedad”, justificada por exigencias inherentes al sistema de economía de mercado, que impone cambios en las unidades productivas organizadas en forma de empresa<sup>17</sup>, con el fin de lograr varios objetivos inmediatos; a saber:

- \* en primer término, un *objetivo de racionalización del proceso productivo*: el objetivo de constituir una “nueva forma de empresa”, que -de acuerdo con las particulares condiciones del mercado- *alcance la “dimensión óptima”, minimizando los riesgos del comercio*, y que, merced a los beneficios derivados de las economías de escala, con su *efecto reductor de ciertos costes fijos*, proporcione la mejor utilización de las redes de distribución y difusión de los conocimientos técnicos; es decir -en términos generales- una *mejor asignación de los recursos*.

Desde esta perspectiva, se aprecia que la formación de los “grupos de empresas”; de las “uniones o agrupaciones de empresas”, cumple, en primer término.:

- una función de *expansión y crecimiento empresarial*.

- ... a la par que una función de *dispersión y diversificación de los riesgos*, de forma que *cada una de estas entidades agrupadas desarrolle una empresa propia, con los riesgos propios, inherentes a las mismas*, de forma que por virtud del principio de la *Responsabilidad limitada* al patrimonio neto de cada sociedad o empresario agrupado, los riesgos se distribuyen y dispersan entre todos ellos, sin comunicarse -en principio- a los restantes.

- \* A estos objetivos de optimización, cabe añadir -más allá, incluso, de la búsqueda y mantenimiento de una posición competitiva- el puro intento de *dominio del mercado*; es decir: la *consecución de un mayor grado de monopolio*<sup>18</sup>;

CHULIÁ, F.: “La Fusión propia y las fusiones impropias en el Derecho español”, en VV.AA.: “Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues”, t. III, edit. TECNOS, Madrid, 1971, p. 489. EMBID IRUJO, J.M.: “Recientes aportaciones suizas al derecho de los grupos de sociedades”, en RDM., 1981, nº 160, abril/junio, ps. 325 y ss. FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: “Algunas acotaciones sobre el concepto de grupos de sociedades en los Derechos mercantil y laboral”, en VV.AA.: “Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont”, t. I, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1995, ps. 1219 y s. MIRANDA SERRANO, L.M.: “Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español”, edit. “LA LEY”, S.A., Madrid, 1994, p. 29. RUIZ RULL, J.M.: “La competencia entre grupos de empresas”, en “Derecho de los Negocios”, 1994, nº50, noviembre, p. 18).

<sup>17</sup> IMMENGA, U.: “Líneas de desarrollo y características del Derecho Europeo de la Competencia”, en RDM., 1997, nº 225, julio/septiembre, ps. 1110 y s. ORTIZ VAAMONDE, S.: cit., p. 26.

<sup>18</sup> Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: “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)”, en RDBB., 1989, nº 35, p. 467. EMBID IRUJO, J.M.: “Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo”, edit. CENTRO DE PUBLICACIONES DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, Madrid, 1987, p. 25. Idem.: “Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (El Proyecto de Novena Directiva)”, en “Cuadernos de Derecho y Comercio”, 1989, nº 5, junio, p. 363. BROSETA PONT, M.: “Manual...”, cit., 10ª ed., p. 389. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE/URÍA GONZÁLEZ.: “Comentario a la Ley de Sociedades anónimas”, t. II, 3ª ed., Madrid, 1976, p. 786. GARRETA SUCH, J.M.: “Introducción al Derecho contable”, edit. MARCIAL PONS EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A., Madrid, 1994, p. 347. LLEBOT MAJÓ, J.O.: “Grupos de entidades de crédito”, edit., CIVITAS.S.A., Madrid, 1993, p. 91. BAZ IZQUIERDO, F.: “Agrupaciones de Interés Económico y sus conexiones con la Ley de Sociedades Limitadas”, edit. CIVITAS.S.A., Madrid, 1996, ps. 19 y s. MONGE GIL, A.L.: “Las Agrupaciones de Interés Económico”, edit. TECNOS, Madrid, 1993, ps. 25 y ss. BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P.: “Concentración de empresas de dimensión comunitaria”, edit. ARANZADI.S.A., Pamplona, 1997, ps. 29 y ss. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Régimen jurídico de la Contabilidad del empresario”, edit. LEX NOVA, S.A., Valladolid, 1992, p. 353. MIRANDA SERRANO, L.M.: “Las concentraciones...”, cit., p. 29. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A. L.: “Libertad de Establecimiento y Derecho de Sociedades en la Comunidad Económica Europea”, edit. TECNOS, Madrid, 1998, p. 149. ARAGÓN MEDINA, J.: “Los grupos de empresas como unidad económica dominante”, en VV.AA.: “Grupos de empresas y Derecho del trabajo”, edit. A.BAYLOS GRAU y L.COLLADO GARCIA/EDITORIAL TROTTA, S.A..

- \* finalidades ambas que -como ha señalado MIRANDA SERRANO- se aglutinan en otra finalidad superior, que él identifica como *el ánimo de lucro*<sup>19</sup>.

Cuando GARRIGUES señaló que “*el tema de nuestro tiempo en Derecho mercantil es la asociación*”, no olvidó que semejante fenómeno asociativo *también podía tener lugar entre las propias empresas sociales*, que “*confluyen en más amplios organismos*”, donde se esfuma el primitivo substrato personal a través de una sucesiva superposición de organizaciones colectivas<sup>20</sup>, cuya agrupación; cuyo proceso de aunar fuerzas económicas dispersas, “*... responde a los mismos motivos que justifican la agrupación de individuos mediante el contrato de sociedad*”<sup>21</sup>.

La concentración empresarial lleva aparejadas sensibles ventajas.:

- \* **técnicas**: se trata de ventajas polarizadas en torno a la mayor *especialización de la maquinaria y la mano de obra*, así como de una *mejor coordinación del proceso productivo*,
- \* **financieras**: más fácil acceso a las fuentes de financiación, ya que los empresarios agrupados -p.e.- pueden acceder mejor al mercado de capitales,
- \* **comerciales**: la concentración empresarial puede proporcionar *mercados más amplios y un mejor conocimiento de los mismos*, lo que permite economizar en gastos de publicidad, distribución y venta,
- \* **estratégicas**: posibilidad de controlar el mercado, con la posibilidad de *estabilizar los precios, restringir la producción y aumentar los beneficios*<sup>22</sup>.

Como *inconvenientes*, cabe señalar; en primerísimo término, los *potenciales daños a la libre competencia*, que constituyen la “*patología concurrencial*” del fenómeno concentracionista.:

- \* posibilidad de monopolización; de adquisición de una posición de dominio sobre el mercado, germen de futuros comportamientos abusivos

Madrid, 1994, p. 23. TERRADILLOS BASOCO, J.: “*Delitos societarios y grupos de empresas*”, en VV.AA.: “*Grupos de empresas y Derecho del trabajo*”, cit., ps. 73 y s. MONEREO PÉREZ, J.L.: “*Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*”, edit. COMARES, Granada, 1997, ps. 3 y ss. SERRANO MORACHO, F.: “*Fusiones y escisiones de empresas: aspectos legales (problemática laboral, fiscal, sobre Derecho de la competencia y mercantil)*”, en VV.AA.: “*Las Sociedades anónimas y Limitadas ante la Nueva Reforma mercantil*”, edit. CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID, Madrid, 1995, ps. 217 y ss. EMMERICH/SONNENSCHNEIN.: cit., ps. 4, 10 y ss. HOPT, K.J.: “*Groups of companies. Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies*”, en VV.AA.: “*Il Diritto delle società per azioni: problemi, esperienze progetti*”, edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, milán, 1993, ps. 715 y s. KLUNZINGER, E.: “*Grundzüge des Gesellschaftsrechts*”, edit. FRANZ VAHLEN, 7ª ed., Munich, 1991, p. 194. VIDAL, D.: “*Droit des sociétés*”, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, Paris, 1993, p. 76. BLUMBERG, Ph.I.: “*The Law of Corporate Groups...*”, cit., t. I, ps. xxxix y ss.

<sup>19</sup> MIRANDA SERRANO, L.M.: “*Las concentraciones...*”, cit., p. 29.

<sup>20</sup> GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: “*Tratado de Derecho mercantil*”, cit., t. I, vol. 1º, Madrid, 1947, p. 377.

<sup>21</sup> GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: “*Tratado...*”, cit., t. I, vol. 3º, p. 1297. *Idem.*: “*Formas sociales de uniones de empresas*”, en RDM., 1947, p. 51. MADRID PARRA, A.: “*Uniones y Agrupaciones de empresarios y Cuentas en participación*”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y otros.: “*Derecho mercantil*”, t. I, edit. ARIEL,S.A., 3ª ed., Barcelona, ps. 425 y s. FLÓREZ DE QUIÑONES y TOMÉ, V.: “*Absorción de empresas e incorporación de negocios*”, en AAMN., t. II, 1950, p. 409. Las reproducidas frases del Maestro GARRIGUES han sido aplicadas, recientemente, al fenómeno de la “*Joint-Venture*”, por MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: “*La Sociedad Conjunta (“Joint-Venture Corporation”)*”, edit. CIVITAS,S.A., Madrid, 1998, p. 41. OTRIZ VAAMONDE, S.: cit., p. 26. VIDAL, D.: “*Droit des sociétés*”, cit., p. 76, quien señala que “*más que las economías de escala, lo que se busca es el “poder de mercado” (a veces en relación con una modificación de las reglas del mercado...) o el poder de investigación científica, hallándose con frecuencia, íntimamente vinculadas las consideraciones financieras y las consideraciones tecnológicas*”. SERRA, Y.: “*Le Droit français de la Concurrence*”, edit. DALLOZ, Paris, 1993, p. 98.

<sup>22</sup> MIRANDA SERRANO, L.M.: “*Las concentraciones...*”, cit., p. 32

\* disminución del número de operadores económicos, con una correlativa reducción de la eficacia económica o del juego del mercado<sup>23</sup>.

A estos inconvenientes hay que añadir *otros*, más propios del ámbito societario:

\* posibilidad de lesiones al interés de los socios minoritarios y externos

\* riesgos de abuso de la personalidad jurídica, etc... con riesgo para los intereses de los acreedores sociales de las entidades agrupadas; para los intereses de la Hacienda pública, etc.

“Concentración empresarial” y “Seguro privado” son dos realidades socio-económicas y jurídicas **estrechamente conectadas**, hasta el punto de que me atrevería a decir que **el seguro privado es un sector dotado de una especial vocación concentrativa**; que la concentración empresarial es un fenómeno cuya concurrencia en el sector asegurador parece casi de una *verdadera necesidad lógica y teleológica*. Pero, con todo y eso, **también** tendría que señalar que -simultáneamente- **el seguro privado es un sector donde los problemas suscitados por la concentración empresarial pueden agravarse, debido a que un proceso concentrativo inadecuado puede intensificar los riesgos de insolvencia**, propios del ejercicio del seguro privado, **hasta hacerlos insoportables**.

La “Concentración empresarial”<sup>24</sup> es un vasto fenómeno económico-jurídico, dentro del cual tienen cabida -con independencia del supuesto de la “integración” (fusiones y absorciones)- diversas formas de mera “agrupación” o “unión” de empresas y empresarios; formas diversas que -como también adelantábamos- abarcan, tanto las “Uniones de Empresas” en sentido propio, como los “Grupos de Sociedades”, que son una subespecie de estas últimas o bien una subespecie de la “concentración” económica, caracterizada por la presencia de “una unidad empresarial, en sentido económico, frente a la que existe una pluralidad de entidades cada una con personalidad jurídica propia”. Se habla, incluso, del grupo como un supuesto de “Empresa policorporativa” ó “Empresa pluriarticulada”, que, lejos de resultar definida o delimitada por la “Sociedad”, concentra o agrupa, élla, a varias sociedades, sujetos o entidades diversos<sup>25</sup>.

Hay una noción *amplia* y una noción *restringida* del “grupo”, que -para empezar- divergen en punto a *si se debe hablar de “grupo de sociedades”; de “grupo de empresas”* o de “grupo de empresarios”<sup>26</sup>. En cualquier caso, las varias opciones se caracterizan por los rasgos siguientes, y poseen el correspondiente alcance objetivo.:

\* La noción “restringida” de “grupo” se basa en la necesaria e ineludible concurrencia de *dos factores o elementos*, que han de concurrir *cumulativamente*; a saber.:

23 MIRANDA SERRANO, L.M<sup>a</sup>.: “Las concentraciones...”, cit., p. 32.

24 Propongo definir la “Concentración empresarial” como.:

“El conjunto de *todas las instituciones, técnicas y procesos jurídicos* -fusiones, absorciones, escisiones; escisiones/fusiones; contratos de cartelización, adquisiciones y cesiones de unidades productivas,...-, por medio de los cuales se lleva a cabo una *acción de combinación económica de unidades productivas constitutivas de empresa*, con el fin de lograr su adaptación a las *dimensiones óptimas* exigidas por el mercado; de operar una *distribución de los riesgos económicos*, entre las diversas entidades, titulares de las unidades productivas, o para la *disciplina colectiva del funcionamiento del mercado*”.

25 VICENT CHULIÁ, F.: “*Introducción al Derecho mercantil*”, edit. TIRANT LO BLANCH, 12<sup>a</sup> ed., Valencia, 1999, p. 548. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J.: “*Funciones de la Sociedad Anónima: legislación y práctica española*”, edit. “CUADERNOS DE LOS STUDIA ALBORNOTIANA”, Zaragoza, 1985, p. 26. MASSAGUER FUERTES, J.: “La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídico-societarios)”, en RDM., 1989, n<sup>o</sup> 192, abril/junio, ps. 281 y ss. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “*Régimen jurídico de la Contabilidad del Empresario*”, cit., ps. 356 y s. LLEBOT MAJÓ, J.O.: cit., p. 90, aunque no comparta el criterio.

26 FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: “*El Control de las empresas multinacionales*”, edit. TECNOS, Madrid, 1983, p. 19.

- la existencia de una relación de “dependencia”
- el ejercicio de una “dirección económica única”; “unitaria” o “unificada”. Desde esta perspectiva se excluirían del ámbito de esta figura, los llamados “grupos por coordinación”<sup>27</sup>.

En mi opinión, parece más adecuado el recurso a la noción de “dirección unitaria”, como elemento característico del “grupo”; como factor que *crea y revela la existencia de una única empresa* (si se admite la tesis de la llamada “empresa policorporativa”)<sup>28</sup>, o que pone de relieve la existencia de un “interés común”, en cuyo caso *posiblemente se limasen las diferencias entre la noción “amplia” y la “restringida”*. Frente a la trascendencia de este dato o de este factor, *el elemento de la “participación de control”*, o -en general- de la participación de capital, no deja de ser sino el mero “substrato” -de hecho, “un” mero substrato, y no el único: ya que solamente se da en los grupos de vínculo financiero- *sobre el que se asienta el “grupo”*<sup>29</sup>.

Este concepto restringido de “grupo” parece dejar fuera de su ámbito fenómenos como el de las “Joint-Venture Corporations”; sociedades que son creadas, precisamente, *para quedar bajo el control conjunto de otras dos o más sociedades*, de manera que faltaría en este caso el elemento de la llamada “Dependencia unitaria”<sup>30</sup>, o como el de los “grupos cooperativos” (las “cooperativas de segundo y ulterior grado” y otras modalidades de colaboración interempresarial cooperativa).

\* La noción “amplia” de “grupo” se elabora partiendo de la *eliminación o supresión del concepto de “dependencia”*, y -además- de la *sustitución del criterio de la “dirección unitaria”, por la noción del “interés de grupo”*<sup>31</sup>. Desde esta perspectiva nos aproximáramos a la figura que otros autores describen como “uniones de empresas”: modalidad de la concentración empresarial, en la que *varias empresas, que subsisten y conservan una independencia jurídica, adoptan una política económica común* -principio de la “unidad de decisión”-, a través de mecanismos jurídicos diversos -contratos, adquisición de participaciones...-, con objeto de *aunar, sea en un plano de igualdad o bien en régimen de subordinación, sus decisiones estratégicas* de actuación -producción, distribución, etc...-, en el mercado, *conforme a, o de acuerdo con, un interés común del conjunto*.

---

<sup>27</sup> Aparentemente, SÁNCHEZ CALERO, F.: “De nuevo...”, cit., ps. 15 y ss. BOLDÓ RODA, C.: “Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho privado español”, edit. ARANZADI, S.A., Pamplona, 1996, p. 373. GARRETA SUCH, J.M.: “Introducción al derecho contable”, cit., p. 349. MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: cit., p. 121. CAMPS RUIZ, L.M.: “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos”, en VV.AA.: “Grupos de empresas y Derecho del trabajo”, cit., p. 87.

<sup>28</sup> Vid. MASSAGUER FUERTES, J.: cit., p. 303.

<sup>29</sup> La vinculación de varias sociedades o entidades, en términos de “grupo de empresas”, no existirá si solamente descansa sobre ese elemento material u orgánico de la participación, pues *necesita de la concurrencia del elemento de “dirección unitaria”* (Vid. MASSAGUER FUERTES, J.: cit., p. 303).

<sup>30</sup> MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: cit., ps. 121 y s.

<sup>31</sup> BOLDÓ RODA, C.: “Levantamiento del Velo y Persona Jurídica...”, cit., p. 373.

La opción por este concepto más amplio permitiría, p.e., incluir como supuesto de grupo el de las “Joint-Venture Corporations”, en la medida en que se adscribiesen estos supuestos al de los denominados “grupos de vínculos de coordinación”, toda vez que -aunque faltase la “dependencia unitaria”, lo que sí existiría sería el elemento de la “dirección unitaria”, ejercida por dos o más entidades *económicamente independientes* (MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: cit., ps. 12 y ss.).

## II. EL DERECHO DEL SEGURO PRIVADO Y EL EMPRESARIO ASEGURADOR.

### II.1. Concepto, naturaleza y caracteres del “Derecho del Seguro Privado”

El desarrollo de la actividad aseguradora -como el de la bancaria- supone captar, administrar e invertir grandes masas de capital, lo que confiere a los empresarios que se dedican a élla un papel determinante en la economía<sup>32</sup>. Así las cosas, es fácil apreciar la **complejidad esencial** que presenta el “**Derecho de Seguros**”; un agregado normativo dotado de ciertas **características peculiares**, en función de sus **finés institucionales**, que le confieren cierta **sustantividad** de obligada sistematización<sup>33</sup>. De esta labor surge, como primer resultado, una división en **dos grandes ramas**, una de las cuales no es, ahora, de interés para nosotros: el **Derecho de los Seguros sociales**. Por este motivo, hemos de centrar nuestra atención en el otro gran segmento: el **Derecho del Seguro privado**, que podría ser definido como:

*“Parte del Derecho objetivo constituída por las **normas públicas y privadas** que, de forma **específica** y en orden a la **protección de los asegurados, tomadores de seguros y beneficiarios**, y la **eficiencia del mercado asegurativo**, dentro del Sistema financiero, se refieren a la **constitución, la organización y el ejercicio de la empresa privada de seguros, reaseguros y operaciones de capitalización**, y de sus actividades financieras preparatorias y complementarias; a las **actividades de colaboración y mediación para la producción de operaciones asegurativas**; a las **relaciones de estos empresarios, aseguradores y mediadores de seguros, con las autoridades de control**, así como a los **contratos o negocios jurídicos**, en que, precisamente, se materializa esa actividad empresarial financiera”<sup>34</sup>.*

<sup>32</sup> GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A. y VOGEL, L.: “*Droit Commercial Européen*”, edit. DALLOZ, 5ª ed., París, 1994, p. 286. Sobre la tripartición de los servicios “*financieros*”, en tres sectores; a saber: el sector “*bancario*”, el sector “*bolsas de valores*” y el sector “*seguros*”, en la “*Doctrina comunitaria*”, vid. HINOJOSA MARTINEZ, L.M.: “*La regulación de los movimientos internacionales de capital, desde una perspectiva europea*”, edit. MCGRAW-HILL, Madrid, 1997, p. 2.

Por lo que se refiere a la importancia del sector bancario, vid. COURET, A., PELTIER, F. y DEVÈZE, J.: “*Le Droit Bancaire*”, edit. PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, Paris, p. 5.

Por lo que se refiere a la importancia del sector asegurador, vid. DEL CAÑO ESCUDERO, F.: “*Derecho español de seguros*”, t. I, “*Parte General. Antecedentes y fuentes, la empresa, los colaboradores de la empresa, empresas públicas, el control y el contrato de Seguro*”, impr. IMPRENTA SÁEZ, 3ª ed., Madrid, 1983, p. 22.

<sup>33</sup> DEL CAÑO ESCUDERO, F.: “*Derecho español de Seguros*”, t. I, p. 8

<sup>34</sup> Esta definición que proponemos, la hemos construido desarrollando la propuesta hace ya casi cuatro décadas por el Prof. SÁNCHEZ CALERO.:

“... conjunto de **normas jurídicas** que **específicamente** disciplinan **el estatuto del empresario** del seguro privado, **el de sus colaboradores y el contrato de seguro**”

(SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Curso de Derecho del Seguro privado*”, t. I, edit. NAUTA, Barcelona, 1961, p. 14).

Esta definición es, posiblemente, la más correcta -o una de las más correctas- porque, al hacer expresa referencia no solamente al régimen del Contrato de Seguro y al régimen del Empresario asegurador, **sino también** al régimen jurídico de sus **colaboradores**, incluye el tratamiento de una materia tan fundamental como es la de los **agentes y corredores de seguros**; es decir: la de la Actividad de “*producción*” de seguros (Considérese la referencia expresa de PICARD/BESSON.: cit., t. I, p. 53). Y no se diga que, al hablar del Empresario, en general, se comprendería también a estos -que pueden ser verdaderos empresarios, aunque no siempre-, porque este criterio serviría solamente para el Derecho mercantil, que es un Derecho “*de los empresarios*”, sin más, pero no para el Derecho del Seguro privado, que -en principio- no contempla a cualquier empresario, sino sólo al “*Empresario asegurador*”, y -en puridad- **el Agente y el Corredor de seguros no son propiamente empresarios de seguros, sino empresarios que dedican su Empresa a la gestión de intereses ajenos** (un Empresario de servicios que se dedica a la actuación por cuenta ajena, igual que un comisionista).

Su núcleo se polariza en torno al *elemento funcional de la actividad aseguradora* y de la *actividad de mediación* en los seguros privados<sup>35</sup>, cuyas actividades se regulan atendiendo a *dos objetivos fundamentales*:

- la *protección de los asegurados, tomadores de seguro y beneficiarios*
- la *garantía de la eficiencia del mercado asegurador, dentro del sistema financiero.*

El Derecho del Seguro privado afecta, materialmente, a los *sujetos profesionales* de esta actividad -las “*entidades de seguros*”-, cuya *creación, organización, estatuto profesional y relaciones con la Administración sectorial* de control, disciplina el Derecho del seguro. Y a los *contratos* en los que se plasma precisamente su actividad.

Por cuanto atiene a la “*naturaleza*” del Derecho del Seguro privado, hay que partir de la base de que la relación de seguro está constituida sobre un fundamento jurídico de *Derecho privado*; es decir: la relación de seguro constituida mediante un *contrato*: el “**Contrato de Seguro**”. En torno a este eje común, orbitan las siguientes instituciones: las **Empresas** (*rectius*: los empresarios) **de seguros** (Sociedades anónimas, mutuas de seguros..., e incluso las entidades de naturaleza jurídico-pública, que actúen sometidas al Derecho civil o privado). **Estas entidades o personas jurídicas y sus asegurados son las partes contratantes**. Sus relaciones jurídicas están reguladas sobre la base del **Derecho del contrato de seguro**. Pero, junto al Derecho “del contrato” de seguro, el Derecho del seguro privado también incorpora aquellos **preceptos que se ocupan del control estatal** sobre las empresas privadas de seguros y de la **organización** de las mismas (Respectivamente, **Derecho de control del seguro y Derecho de las empresas aseguradoras**)<sup>36</sup>; preceptos, algunos de naturaleza **privada** y otros, de carácter **público**<sup>37</sup>, debido a la intensa intervención del Estado, que afecta, no sólo a la preparación y ejecución del contrato, para proteger el interés de los asegurados, sino que se manifiesta, también, en la llamada “*inspección material de las empresas aseguradoras*”<sup>38</sup>. Así, el Derecho del Seguro privado *presenta un notable e intenso “sesgo intervencionista”*. Los empresarios de seguros no pueden desarrollar su actividad sometidos, simplemente, al régimen común de los empresarios mercantiles, ya que existen unas razones imperativas -unos intereses generales especialmente relevantes- que imponen la aplicación de unas normas adaptadas a su especial actividad. Ante todo, es preciso que la empresa de seguros se constituya y funcione en condiciones tales que los principios sobre los que reposa el mismo seguro, y que se vinculan a la organización de la mutualidad de riesgos, sean respetados: *la técnica del seguro no solamente penetra el Derecho “del contrato”, sino que rige también la estructura de la empresa asegu-*

---

<sup>35</sup> LAMBERT-FAIVRE, Y.: “*Droit des assurances*”, edit. DALLOZ, 4ª ed., París, 1982, ps. 44 y s.

<sup>36</sup> En este sentido, las opiniones de PICARD/BESSON son terminantes:

“... Si el Contrato de seguro -que regula las relaciones entre asegurado y asegurador nacidas de cada convenio- constituye el punto central del Derecho del Seguro, no se tendría de este Derecho más que una visión incompleta y no se comprendería la originalidad y complejidad del mismo, si no se estudiase al mismo tiempo el régimen jurídico de las empresas de seguros: es decir las reglas... de constitución y de funcionamiento de las Sociedades de seguros, las provisiones y reservas y el control al que están sometidas, así como el estatuto de los intermediarios de seguro, el régimen del reaseguro y el régimen del seguro en el Mercado Común... Este estudio se impone en la medida en que las relaciones que vinculan el contrato de seguro a la empresa de seguros... son muy estrechas”

(Vid. PICARD/BESSON.: cit., t. I, p. 53).

<sup>37</sup> DEL CAÑO ESCUDERO, F.: cit., t. I, p. 8. SANCHEZ CALERO, F.: “*Curso...*”, t. I, p. 15. TIRADO SUAREZ, F.J.: “*Ley Ordenadora del Seguro Privado. Exposición y crítica*”, edit. EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA, Sevilla, 1984, p. 35

<sup>38</sup> GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: “*Contrato de Seguro terrestre*”, 1ª ed., Madrid, 1978, p. 2.

radora<sup>39</sup>. De todo ello, resulta la **doble vertiente** del Derecho de seguros: **privada y pública**, que vienen a configurarlo como un gran complejo de normas que, para GARRIGUES, tiene su punto central en el propio "Contrato de seguro", sobre el cual convergen normas administrativas, fiscales, laborales, penales, mercantiles...<sup>40</sup>.

El Seguro es, por excelencia, un contrato **en masa**: cada singular relación resulta conforme a una póliza tipo; a un modelo *standard*, como todos los contratos predispuestos para una masa de consumidores o usuarios del mismo servicio (igual que los contratos bancarios, de transporte, de suministro de energía...). Además, existe una estrecha interdependencia entre el acto aislado y la actividad, en su conjunto<sup>41</sup>; entre el contrato aislado y la "organización" que sirve instrumentalmente al desarrollo de la actividad (es decir: la "**Empresa aseguradora**").

En estas condiciones, la posición del Asegurado es de clara desventaja frente a la Entidad aseguradora: no sólo es de temer que exista un desequilibrio contractual dañoso para aquél, como parte económicamente más débil<sup>42</sup>, además, **mientras que el asegurado paga inmediatamente la prima que le corresponde** -con frecuencia lo hace de forma **anticipada**-, **concediendo**, de este modo, **crédito a la Entidad aseguradora**, esta última entidad solamente asume un **compromiso de índole condicional o a plazo**: no pagará su deuda frente al asegurado más que si se produce un cierto evento futuro e incierto -siniestro-, por lo general en fecha posterior muy lejana (se trata de una "**inversión del ciclo productivo**", pues la Aseguradora recibe el "precio" de la prestación **antes** de que esta se realice)<sup>43</sup>. Y a este hecho se une el peligro potencial de que, a medio plazo, las primas cobradas por la entidad aseguradora sean distraídas de su destino natural, que es la cobertura del riesgo asegurado<sup>44</sup>. Así pues, es preciso que la protección del **Asegurado** -en sentido **amplio**- sea **efectiva**, existiendo dos posibles formas de concebir los fines del control sobre el Seguro privado:

<sup>39</sup> Vid. PICARD, M. y BESSON, R.: "*Les assurances terrestres en Droit français*", t. II. "*Les entreprises d'assurances*", edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 4<sup>a</sup> ed., por A. Besson, París, 1977, ps. 14 y s.

<sup>40</sup> Por éso, la existencia; la presencia de esas normas jurídico-públicas impide atribuir validez absoluta a la afirmación según la cual el Derecho del Seguro privado sería "una parte del Derecho mercantil". Antes bien, hay que renunciar a calificar al Derecho del Seguro privado, ni como parte del Derecho privado, ni como parte del Derecho mercantil, porque no se puede identificar el Derecho del "Seguro Privado" con el "Derecho privado" del Seguro (DEL CAÑO ESCUDERO, E.: cit., t. I, p. 11. SANCHEZ CALERO, F.: "*Curso...*", cit., t. I, p. 15. Aparentemente incurre en ese equívoco el alemán GÄRTNER, R.: "*Privatversicherungsrecht*", 2<sup>a</sup> ed., actualizada, Darmstadt, 1980, p. 11, porque -en su opinión- el estudio del "Derecho del Seguro privado" no incluye el estudio del "Derecho de la supervisión del Seguro").

<sup>41</sup> Vid. LA TORRE, A.: "*La disciplina giuridica dell' 'attiuita' assicurativa*", en LA TORRE, A. y FANELLI, G.: "*Diritto delle assicurazioni*", edit. DOTT. Á. GIUFFRÉ, t. I, Milán, 1987, p. 5.

<sup>42</sup> Vid. LA TORRE, A.: cit., p. 6. SOTOMAYOR GIPPINI, J.M.: "*La Ley de Ordenación del Mercado de seguros y el Consumidor*", en GARRIDO Y COMAS, J.J., SOTOMAYOR GIPPINI, J.M., y CARRERAS.: "*La Ley sobre Ordenación del Seguro privado. Tres perspectivas para su consideración*", Barcelona, 1985, p. 53. KEETON, R.E. y WIDISS.: "*Insurance Law. A guide to fundamental Principles, Legal Doctrines and Commercial practices*", edit. WEST PUBLISHING, CO., St. Paul., Mína., 1988, ps. 938 y s.

<sup>43</sup> Y, aunque esta afirmación es **sólo una verdad parcial**, precisamente a élla aludía, de manera explícita, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984, y así se recogió en la Exposición de Motivos del texto definitivo de esta Ley de 2 de agosto de 1984, que proclamó que la legislación reguladora del Seguro Privado constituía una unidad institucional, compuesta de normas jurídico-privadas y normas jurídico-públicas, que **se caracteriza por su objetivo de tutela del interés de los asegurados y beneficiarios** de los contratos de seguro. Hay que tener en cuenta que el ejercicio de la actividad aseguradora no depende, como otras, de yacimientos, de materias primas o de cualquier otro tipo de recursos naturales. Por el contrario, ocurre que el Seguro, como producto objeto de oferta y de demanda, sólo viene condicionado por el marco jurídico que lo regula; se trata del objeto de un "mercado institucional", donde se produce una **inversión del proceso productivo**; en otras palabras: la operación de seguro supone el **intercambio de una prestación presente, por otra futura y -meramente- posible** (Vid. MARTIN RETORTILLO, S.: cit., p. 71. TIRADO SUAREZ, F.J.: *ibídem*. PRIETO PEREZ, E.: cit., ps. 69 y s.).

<sup>44</sup> Vid. MARTIN RETORTILLO, S.: cit., p. 71. LA TORRE, A.: cit., ps. 6 y 7.

1.- La **Teoría de la Protección**.

2.- La **Teoría Estructural**<sup>45</sup>.

La primera teoría contemplaría las leyes ordenadoras del Seguro privado, como esencialmente pertenecientes a la órbita del “Derecho de la **policía administrativa industrial y económica**”, aunque caracterizadas por su objeto de **defender, también, el interés de la población**; de los ciudadanos, por la importancia y significación del seguro. La tesis contraria -la **estructural**- contempla a las Leyes de control del Seguro como orientadas a conseguir **un devenir sin dificultades del Proceso económico**. Pero, en definitiva, **las dos concepciones del control público sobre el seguro privado se complementan, ya que el fin del Sistema de control es conseguir la Funcionalidad del Seguro, por cuanto en ella subyace un interés general** en.:

- 1.- Garantizar la solvencia y estabilidad de las empresas;
- 2.- conseguir el desarrollo sano de las mismas, y
- 3.- proteger los derechos de los asegurados.

Así, el **art. 1º, LOSupSP. nº 30/1995, de 8 de noviembre**, proclama explícitamente, como “**objeto**” de la misma -aunque no se trata, en realidad, del “objeto” de la Ley; no se trata del “sector de la realidad social”, al que la Ley ha de aplicarse<sup>46</sup>-, el “**establecer la ordenación y supervisión del Seguro privado**” y de las demás operaciones indicadas en su **art. 3º**, lo cual viene a reiterar algo a lo que ya se refería la Exposición de Motivos de la LOSEP-1984, y que se ha llamado la “doble vertiente” orientadora de sus principios: establecer la ordenación del mercado de seguros y regular el control del sector asegurador<sup>47</sup>, y todo ello con el **triple fin** de.:

- 1) **Tutelar** los derechos de los **asegurados**,
- 2) Facilitar la **transparencia** y el **desarrollo del mercado** de Seguros
- 3) y **fomentar** la **actividad** aseguradora privada,

lo que revela que los fines últimos señalados -tutela de los asegurados, transparencia y desarrollo del mercado asegurador y fomento de la actividad de seguro privado- **son los objetivos que justifican teleológicamente la existencia de un sistema de ordenación y de supervisión** (las “funciones” o “finalidades” de la Ley).

## II.2. El empresario asegurador y sus formas de personificación

El problema esencial de todo asegurador es **cómo hacer frente a los compromisos de pago, asumidos frente a todos los asegurados**, que aportan pequeñas cantidades de dinero, pudiendo -si los siniestros se producen prontamente- recibir cantidades mucho más elevadas. Dado el carácter masivo de esta actividad, que da lugar a la necesidad de **aportación de grandes masas dinerarias** en forma de “**primas**”, por una masa ingente de asegurados, la única respuesta racional es la **organización de la actividad en forma de empresa**. Y no sólo esto, sino que -además- la empresa ha de adoptar formas de personificación caracterizadas por su **idoneidad para hacer frente a esos grandes riesgos económicos**.

---

<sup>45</sup> VOGEL.: “*Staatliche Beeinflussung von Konsumentenversicherungsverträgen*”. Karlsruhe, 1980, ps. 16 y ss.

<sup>46</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.: “Disposiciones generales (Artículos 1 a 5)”, en VVAA.: “*Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*”, t. I, edit. COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS FINANCIEROS/CONSEJO SUPERIOR BANCARIO, Madrid, 1987, ps. 149 y ss.

<sup>47</sup> OLIVENCIA RUIZ, M.: “Disposiciones generales (Artículos 1 a 5)”, en VVAA.: “*Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*”, cit., t. I, ps. 149 y ss.

Si bien, entrado el siglo XIX, las personas físicas aún podían desarrollar por cuenta propia la actividad aseguradora privada, resultan evidentes las limitaciones del Empresario individual para desarrollar tal actividad con las imprescindibles garantías que requiere, por la necesidad de poner en movimiento grandes volúmenes de capital y de poseer una Empresa caracterizada por su permanencia y estabilidad. Las operaciones de seguro, en razón de la técnica sobre la que se basan, y por las obligaciones que implican, suponen una organización y unas garantías que difícilmente pueden ser asumidas por un particular: *solo una "Sociedad" -o cuando menos, una "persona jurídica"- puede practicar el seguro*<sup>48</sup>.

La Ley nº 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados dedica la Secc. 1ª, del Cap. Iº, de su Tít. II, a las "Formas jurídicas" de las entidades aseguradoras. Y el primero de los preceptos que la componen -el art. 7º, LOSupSP.- establece que la actividad aseguradora únicamente podrá ser realizada -"numerus clausus"- por entidades privadas, que adopten la forma de:

- A) Sociedad anónima,
- B) Sociedad mutua,
- C) Sociedad cooperativa, y
- D) Mutualidad de previsión social;

pudiendo los tres últimos tipos de personificación, operar tanto a prima fija, como a prima variable<sup>49</sup>. Además, el mismo art. 7º, LOSupSP. admite la posibilidad de empresarios de seguros que adopten formas de personificación jurídico-públicas<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Curso...", cit., t. I, p. 60, CAÑO ESCUDERO, F.: "Derecho español de Seguros", cit., t. I, ps. 46 y s. CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: "Armonización del Derecho de Seguro...", cit., p. 58. LINDE PANIAGUA, E.: "Una reflexión sobre algunos aspectos de la Intervención del Estado en los Seguros (Condiciones de acceso a la actividad aseguradora: Arts. 6 a 12 de la Ley sobre Ordenación del Seguro Privado)", en "Revista Española de Seguros", 1988, nº 53, abril/junio, p. 76. RIVERO ALEMÁN, S.: "Seguro turístico y de Asistencia en viaje. Ordenación y contratación", edit. BOSCH, CASA EDITORIAL S.A., Barcelona, 1998, p. 30. GOLDBERG, A. y MÜLLER, H.: "Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen: Versicherungsaufsichtsgesetz. Gesetz über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen: Bundesaufsichtsgesetz. Kommentar", edit. WALTER DE GRUYTER, Berlín/N.York, 1980, p. 122. BAKAS-TSIRIMONAKI, M.E.: "Assurances et pouvoirs publics", edit. PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, París, 1983, p. 86, PICARD, M. y BESSON, R.: "Les Assurances terrestres", t. II, "Les Entreprises d'assurance", edit. LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, p. 25.

<sup>49</sup> BATALLER GRAU, J.: "La Reforma del Derecho del Seguro: La nueva Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y supervisión de los seguros privados", a "Revista Española de Seguros", 1995, nº 83, julio/septiembre, p. 16. BIBIAN DE MIGUEL, M.: "Ley del Seguro Privado", edit. REVISTA DE DERECHO DE LOS SEGUROS PRIVADOS, S.L., patrocinada por GROUPAMA. SEGUROS, Madrid, 1996, p. 7. GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS, J.E.: "Aspectos técnicos de la Legislación del Seguro privado", edit. CENTRO DE ESTUDIOS DEL SEGURO, Madrid, 1991, ps. 99 y ss. "Ejercicio de la Actividad Aseguradora y régimen de adaptación a la Ley de Ordenación y supervisión de los Seguros privados", en VV.AA.: "Ley de Ordenación y supervisión de los Seguros privados. Seguros de Responsabilidad Civil. Sistema de valoración de daños personales", edit. COLEX, Madrid, 1998, cit. p. 24. NÚÑEZ LOZANO, M.C.: "Ordenación y Supervisión...", cit., p. 81. LINDE PANIAGUA, E.: "Condiciones de acceso a la actividad aseguradora, régimen cautelar y sancionador", en VV.AA.: "Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros privados", cit., p. 62. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: "La Empresa Aseguradora: marco institucional...", cit., ps. 68 y s., en relación con la derogada LOSEP-1984.

<sup>50</sup> Nuestro Ordenamiento se muestra, así, mas "generoso" a la hora de admitir formas de personificación del empresario asegurador, que otros ordenamientos extranjeros, e incluso que nuestro propio Derecho "histórico" del Seguro privado.

Así, el art. 7º, VAG. ("Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen"), de 13 de octubre de 1983, y el art. L-322-1, Code des ass.fr. ("Code des assurances" francés), solamente contemplan -como modalidades de personificación jurídico-privada del "Empresario Asegurador"- la Sociedad anónima y la Mútua de Seguros.

Por su parte, LINDE PANIAGUA, E.: "Una reflexión sobre...", cit., ps. 76 y s. hace notar la novedad que supuso, en la LOSEP-1984, hoy derogada, el que se hubieran incluido las cooperativas de seguros: inclusión motivada -a su parecer- por razones sociológicas, aunque ese interés -claro- sea, de hecho, escaso.

Todas estas entidades **poseen personalidad jurídica propia**; de hecho deben poseerla y es impensable que no la posean, **como presupuesto esencial para acceder a la actividad aseguradora**, lo cual determina importantísimos efectos jurídico-prácticos, que giran -en cierto sentido- en torno a la idea de la “*simplificación*”: simplificación de los procedimientos de toma de decisiones; de celebración de contratos, de adquisición de derechos y obligaciones...<sup>51</sup>; a saber:

- 1) Ante todo, la sociedad se convierte en un “**Sujeto de Derecho**”, al que se trasladan -más o menos- todos los atributos propios de la persona física.

En definitiva, la Sociedad es un sujeto distinto de sus socios, a pesar de que estos tomen las decisiones de aquella, a través del control de sus órganos<sup>52</sup>, que refleja la identidad propia, que le reconoce el Ordenamiento, en el hecho de que **posee un “Nombre” o “Razón social”**, que el Ordenamiento jurídico protege y tutela contra las usurpaciones, falsificaciones y defraudaciones<sup>53</sup>.

- 2) La Sociedad posee **capacidad jurídica** y no sólo de goce, sino también de **ejercicio**; tiene aptitud para llevar a cabo toda suerte de negocios jurídicos de naturaleza patrimonial y posee, también, legitimación procesal activa y pasiva<sup>54</sup>.
- 3) La Sociedad **posee un patrimonio propio**, eventualmente dotado de un mayor o menor grado de autonomía y separación: los bienes de la persona jurídica constituyen un patrimonio personal, separado del patrimonio de cada uno de sus socios o representantes<sup>55</sup>.
- 4) Como consecuencia de lo anterior, la Sociedad **ostenta la titularidad de derechos** y también **puede asumir obligaciones** y contraer **responsabilidades**; puede responder contractual y extracontractualmente<sup>56</sup>, de conformidad con el

<sup>51</sup> HAMEL, J., LAGARDE, G. y JAUFFRE, A.: “*Traité de Droit commercial*”, t. 1º, vol. 2º, edit. DALLOZ, París, 1980, p. 63.

<sup>52</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22º ed., p. 236. VICENT CHULIÁ, F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 1º, 3ª ed., ps. 317 y s. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24ª ed., p. 170

<sup>53</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “*Tratado...*”, cit., t. I, vol. 1º, p. 462. SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22º ed., p. 236. LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 388. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24ª ed., p. 171. VICENT CHULIÁ, F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 1º, 3ª ed., p. 317. MERLE, Ph.: cit., 5ª ed., p. 84

<sup>54</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “*Tratado...*”, cit., t. I, vol. 1º, p. 462. SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22º ed., p. 236. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24ª ed., p. 170. VICENT CHULIÁ, F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 1º, 3ª ed., p. 317. DE CASTRO y BRAVO, F.: en “*La Persona Jurídica*” edit. CIVITAS, S.A., 2ª ed., Madrid, 1984, p. 272. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “*La Personalidad jurídica...*”, cit., en “*Estudios...*”, cit., t. I, 2ª ed., p. 174. LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 389. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: cit., t. I, ps. 127 y s. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET.: “*Traité...*”, cit., t. I, vol. 2º, p. 62. MERLE, Ph.: cit., 5ª ed., p. 84

<sup>55</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “*Tratado...*”, cit., t. I, vol. 1º, p. 462. SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22º ed., p. 236. DE CASTRO y BRAVO, F.: “*La Persona Jurídica*”, cit., ps. 272 y s. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “*La Personalidad jurídica del comerciante social*”, en “*Estudios de Derecho mercantil*”, t. I, 2ª ed., Madrid, 1997, p. 174. LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 391. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET.: “*Traité...*”, cit., t. I, vol. 2º, p. 62. MERLE, Ph.: cit., 5ª ed., p. 84

<sup>56</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, 22º ed., p. 236. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24ª ed., p. 170. VICENT CHULIÁ, F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 1º, 3ª ed., p. 317. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “*La Personalidad jurídica...*”, cit., en “*Estudios...*”, cit., t. I, 2ª ed., p. 174. LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 390. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ, F.: cit., t. II, vol. 3º, 2ª ed., p. 397. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: cit., t. I, ps. 127 y s. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET.: “*Traité...*”, cit., t. I, vol. 2º, p. 62. KIANTOU-PAMPUKI, A.: “*La protección de los acreedores mediante el levantamiento del velo de la personalidad jurídica en las sociedades navieras*”, en “*Anuario de Derecho marítimo*”, t. X, 1993, ps. 214 y s. McGEE/WILLIAMS; “*The Business of Company Law*”, cit., p. 102

régimen del **art. 1911, CC.**<sup>57</sup>; es decir: *responde con todo su patrimonio*, y no - en principio- con el de sus socios, pudiendo ser sujeto pasivo de procedimientos ejecutivos.

Y es que, en efecto, el patrimonio de la Sociedad -persona moral- carecería de utilidad, si no fuera porque a esa misma Sociedad personificada, se le atribuye *capacidad de adquirir y de disponer de -cuando menos- ciertos bienes*<sup>58</sup>.

- 5) La Sociedad cuenta con “**órganos**” o “**representantes**”, a través de los cuales actúa en el tráfico<sup>59</sup>.
- 6) La Sociedad tiene -también- **domicilio** y una **nacionalidad**<sup>60</sup>.

Una vez dotada de personalidad, la Sociedad deviene **un ente distinto de sus miembros**; posee una condición subjetiva distinta de la de los socios que la componen<sup>61</sup>. **Puede ser considerada como un comerciante** y -en consecuencia- verse obligada a la llevanza de una **contabilidad ordenada** e incluso puede ser **declarada en quiebra o suspensión de pagos**<sup>62</sup>.

Todo lo expuesto es -insisto- igualmente trasladable al ámbito de las **entidades de seguros**, como se deduce del **art. 7º, nº 3, LOSupSP.**, cuando establece que con la inscripción registral, adquirirán estas entidades su personalidad jurídica.

### III. LAS MODALIDADES DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL, EN EL DERECHO DEL SEGURO PRIVADO

Son *incontables* las *modalidades* que pueden adoptar las “uniones económicas empresariales”, ya que -si bien se trata de un fenómeno de agrupación de fuerzas económicas, y de una colaboración en actividades de defensa de intereses comunes, lo cual *sugeriría el empleo de técnicas propias del Derecho de Sociedades*, como la “Sociedad de sociedades”; la adquisición de participaciones...- lo cierto es que *el fenómeno es tan multiforme y complejo, que no resulta fácil adaptar sus distintas manifestaciones a las figuras típicas, no ya del Derecho de Sociedades, sino incluso del Derecho de Obligaciones y Contratos*. Los instrumentos y técnicas a las que se recurre van desde el contrato de sociedad entre varias sociedades, al intercambio de administradores, etc... *Las combinaciones son infinitas*; razón por la cual los diversos criterios clasificatorios sólo han alcanzado un resultado *mediocre*<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> KIANTOU-PAMPUKI, A.: “La protección de los acreedores mediante el levantamiento del velo...”, cit., p. 214.

<sup>58</sup> HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET.: “*Traité...*”, cit., t. I, vol. 2º, p. 62.

<sup>59</sup> VICENT CHULIÁ, F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 1º, 3ª ed., p. 317. LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. I, ps. 388 y ss.

<sup>60</sup> URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24ª ed., p. 171. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “La Personalidad jurídica...”, cit., en “*Estudios...*”, cit., t. I, 2ª ed., p. 174. LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 388. MERLE, Ph.: cit., 5ª ed., p. 84

<sup>61</sup> KIANTOU-PAMPUKI, A.: “La protección de los acreedores mediante el levantamiento del velo...”, cit., p. 215.

<sup>62</sup> KIANTOU-PAMPUKI, A.: “La protección de los acreedores mediante el levantamiento del velo...”, cit., p. 214.

<sup>63</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “*Tratado...*”, cit., t. I, vol. 3º, ps. 1298 y s. LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 714. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “*Estudios...*”, cit., t. II, ps. 264 y s. TRINIDAD GARCÍA/ESTEBAN DE LA ROSA/ARENAS GARCÍA.: cit., en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y otros.: “*Derecho del Comercio internacional*”, p. 228.

Ante todo, cabría comenzar distinguiendo e incluso “clasificando”, no ya las modalidades de concentración empresarial o de unión de empresas, *sino incluso los propios criterios de clasificación*, que son tan múltiples y variopintos, como las propias modalidades de organización de las relaciones de unión empresarial<sup>64</sup>. Y, en este sentido, es tradicional distinguir entre.:

\* clasificaciones de los fenómenos de “concentraciones y uniones de empresas”, en función de *criterios o factores “económicos”*.:

- por razón de la posición que ocupan las diversas empresas participantes: concentraciones y/o uniones *horizontales y verticales*
- por razón del objeto de la unión o concentración: concentraciones o uniones *de explotaciones; de empresas y de patrimonios* ó concentración “puramente financiera”.
- por la finalidad perseguida: concentraciones de *racionalización* (tienden a aumentar de la producción), y concentraciones de *monopolio* (tienden a aumentar los propios ingresos, a través de una política de presión sobre los precios)
- por el sector económico al que pertenecen las empresas participantes: concentración de empresas de actividades idénticas y de empresas con actividades conexas o derivadas....

\* y clasificaciones de los fenómenos de “concentraciones y uniones de empresas”, en función de *criterios o factores “jurídicos”*; más precisamente, en la noción jurídica de “*patrimonio*”<sup>65</sup>. Caben -inclusive- *clasificaciones “mixtas” ó “plurifactoriales”*, en las que se recurre a *más de un criterio distinto*. Así, la llamada “*Clasificación de HAUSMANN*”, se basa en los tres siguientes.:

- la *naturaleza real u obligacional* del vínculo
- el resultado de *coordinación o subordinación*
- la *unicidad* (sólo vínculo real/sólo vínculo obligacional) *o pluralidad de los tipos de vínculos*, lo que permite distinguir entre formas “*puras*” y formas “*mixtas*”.

Más aún: sucede que, dentro de determinadas clasificaciones, basadas en determinados criterios unitarios, pueden establecerse -a su vez- ulteriores distinciones y matizaciones, *que se formulan recurriendo a un criterio distinto*; diferente de aquél que sirvió de base a la clasificación formulada: piénsese, p.e., en la distinción entre “*grupos industriales de sociedades*” y “*grupos financieros de sociedades*”, que -basada en el factor del sistema de agrupación (de vínculo participativo)- *ha de recurrir al criterio económico de los fines perseguidos*.

Atendiendo al sentido de los objetivos que se pretende lograr, a través de la estructura de grupo, algunos autores distinguen entre.:

- *grupos de sociedades industriales*: su finalidad se orienta hacia *una mejor organización de la producción*, mediante el ejercicio de actividades industriales *idénticas, similares o complementarias*, aptas para integrarse horizontal o verticalmente, y... En estos grupos, la Sociedad matriz desarrolla el mismo o parecido objeto social que las dominadas o participadas, y -además- sigue conservando su actividad, de modo que las filiales acaban por funcionar como meras sucursales de aquélla.

---

<sup>64</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO CARAVACA.: “*Libertad de Establecimiento y derecho de Sociedades...*”, cit., p. 151.

<sup>65</sup> En este sentido, vid., p.e., VICENT CHULIÁ, F.: “*concentración y unión de empresas...*”, cit., ps. 129 y ss.

- grupos con finalidades estrictamente financieras, que solamente persiguen la limitación -por reparto- de los riesgos.

Los grupos financieros están representados -fundamentalmente- por las “*sociedades de cartera*”, denominadas “*holding*”. A decir verdad la verdadera modalidad de grupo de índole financiera, que verdaderamente constituye una “unión de empresas”, es el constituido por la “ *Holding*”; una Sociedad cuyo objeto es *detentar participaciones en otras sociedades*, y -en este sentido- hace honor al origen semántico de su nombre: “*to hold*” - en inglés- es un verbo que denota la acción de poseer; de tomar; de coger algo. Pero no sólo con fines de inversión, sino -sobre todo- *para adquirir y poseer su control*. Y en este sentido, la presencia de una “Sociedad *holding*”, como “*matriz*” del grupo, es el rasgo o el factor que constituye la *nota característica de los grupos de estructura financiera*.

- grupos mixtos de los anteriores<sup>66</sup>.

A estos tres tipos de estructura de grupo, se añade una *cuarta categoría*, abierta, integrada por grupos que persiguen finalidades distintas y diversas, entre las que *destacan* -notoriamente- los *objetivos de colaboración* -no siempre lícita, empero-, frente a los de incremento de volúmen de las unidades productivas<sup>67</sup>, y donde se engloban, p.e.::

- los “*cárteles*”.

- los “*corners*” y “*rings*”: reuniones transitorias de especuladores, que persiguen el objetivo de acaparar algún producto, para su reventa al alza, provocando incrementos artificiales en los precios<sup>68</sup>

- los “*pools*”: que son acuerdos que asocian a productores o prestadores de servicios, con objeto de *fixar precios determinados y hacer comunes las utilidades*<sup>69</sup>.

Uno de los criterios clasificatorios de los grupos de empresas es el que atiende a la *naturaleza de la actividad empresarial del grupo*; circunstancia que permitiría distinguir entre: \* grupos “**unifuncionales**” \* y grupos “**plurifuncionales**”. La base de esta clasificación reside en el hecho de que la actividad -exclusiva, o sólo “predominante”- del grupo sea: extractiva minera y agrícola/pesquera, o bien industrial, comercial o bien, finalmente, financiera<sup>70</sup>. A decir verdad, la clasificación sería interminable, por la inmensa diversidad de las actividades que pueden desarrollarse organizándolas en forma de empresa. Pero el problema que me interesa destacar tiene que ver con los “**grupos financieros**”, y con la *incidencia del carácter “financiero” de la actividad, sobre la posibilidad de la “uni-” o “plurifuncionalidad” del grupo*.

En principio, el “*Derecho de Grupos*” tiene como objetivo institucionalizar y someter a la legalidad el equilibrio entre la necesidad de reconocer la legitimidad del “interés del grupo”, canalizando de este modo la lícita, legítima y creciente tendencia hacia la concentración empresarial, y la conveniencia de tutelar los intereses de los “*socios externos*”, e incluso los “*acreedores sociales*”, pero -dadas las especiales

<sup>66</sup> Vid. RIPERT, G., ROBLOT, R., y GERMAIN, M.: “*Traité de Droit commercial*”, t. I, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 16ª ed., p. 1159. GIRÓN TENA, J.: “Los grupos de sociedades” en “*Las Grandes empresas. Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial, La Gran S.A. Los grupos de Sociedades*”, edit. PUBLICACIONES DE LOS SEMINARIOS DE LA FACULTAD DE DERECHO, Mejico/Valladolid, 1965, ps. 108 y s. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “*Estudios...*”, cit., t. II, ps. 279 y ss. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/CALVO CARAVACA: “*Libertad de Establecimiento y derecho de Sociedades...*”, cit., p. 153.

<sup>67</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “*Estudios...*”, cit., t. II, p. 266

<sup>68</sup> LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 720. FLÓREZ DE QUIÑONES y TOMÉ, V.: “*Absorción de empresas...*”, cit., p. 428.

<sup>69</sup> LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 720.

<sup>70</sup> BROSETA PONT, M.: “*Manual...*”, cit., 10ª ed., p. 391

características de toda **actividad de intermediación financiera**, que precisamente por versar sobre el comercio de activos financieros *arrostra los riesgos propios de estos activos*-, es preciso hacer un análisis específico y pormenorizado de la problemática de los denominados “*grupos financieros*”; “*grupos de entidades de crédito*” ó “*grupos bancarios*”; agrupaciones empresariales que se ven acompañadas por los “*grupos de empresas de inversión*” -sociedades y agencias de valores-, las “*agrupaciones de entidades aseguradoras*”, etc... toda vez que, si bien los “*grupos de entidades financieras*”, como tales grupos o uniones de empresas, se configuran en términos básicamente idénticos a cualesquiera otras modalidades de grupos de empresas, sin embargo *estos tipos de grupos o uniones plantean una problemática adicional específica*, que -a decir verdad- supone, en parte, una *intensificación de los problemas generales*<sup>71</sup>.

### III.1. Concentración empresarial de entidades aseguradoras y fenómenos similares

Entre otros factores, económicos o no<sup>72</sup>, el desarrollo de la actividad aseguradora viene condicionado por el volúmen de ahorro generado por las propias sociedades de seguros; un ahorro a largo plazo que sale fuera de los circuitos económicos de consumo<sup>73</sup>, y por la propia estructura económica del país. También hay que tener en cuenta que *el progreso tecnológico incrementa los riesgos a él conexos*, y -por tanto- la importancia y ámbito de los seguros<sup>74</sup>. A una mayor “*Demanda de cobertura asegurativa*” debe corresponder un *incremento de la Oferta*, vinculado a *fenómenos de crecimiento de la magnitud empresarial de las entidades aseguradoras*. Y, si a las circunstancias aludidas añadimos la **tendencia a la internacionalización** del Seguro, debido a la posible *transnacionalidad de los riesgos*<sup>75</sup> y a *sus propios fundamentos técnicos, económi-*

<sup>71</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O.: “*Grupos de Entidades de crédito*”, edit. CIVITAS,S.A., Madrid, ps. 92 y ss. TAPIA HERMIDA, A.J.: “*Los grupos de entidades financieras en el Derecho español*”, en VV.AA.: “*Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*”, cit., t. III, p. 3699.

<sup>72</sup> Que son.:

a.- El **nivel de ingresos**, en la medida en que determina la capacidad adquisitiva de diversos bienes y servicios, entre los que se cuenta el propio Seguro.

b.- La **distribución de la renta**: cuanto mejor sea la distribución de la renta, mayor será el acceso de nuevos demandantes de seguros, con rentas más bajas, lo cual **redundará en una disminución del valor medio de las primas, a la par que se incrementa su volúmen total, lo que hace más social al Seguro**.

c.- La **actitud frente al futuro**, que viene determinada por factores psicológicos, culturales e incluso geográficos, que contribuyen a diferenciar el mercado de seguros en cada país.

d.- El propio **proceso de desarrollo económico**, ya que **este factor suele determinar una mayor o menor incidencia del control y el intervencionismo público sobre el sector**. En este sentido, las determinadas modalidades de seguros pueden ser explotadas por aseguradores privados o públicos, de modo que -según el modelo que se elija- será más o menos favorable o desfavorable la evolución del ramo correspondiente del Seguro privado

e.- El **Sistema fiscal**, porque si contempla a la empresa aseguradora, no sólo como una unidad económica productiva más, sino que también tiene en cuenta el ahorro a largo plazo que la misma genera, la hará objeto de un tratamiento fiscal de favor.

(Vid. FLORES GOMEZ, T.: “*El sector del Seguro privado en España*”, en “*Revista Española de Seguros*”, 1988, nº 56, octubre/diciembre, p. 8).

<sup>73</sup> Quien prevé el mañana, sustrae una parte de los fondos que dedica al consumo diario, para destinarlo a las necesidades de seguridad de la vida y los bienes (VIDARI, E.: “*Corso...*”, cit., t. Vº, p. 343).

<sup>74</sup> VIDARI, E.: cit., t. Vº, p. 345.

<sup>75</sup> Vid. los ejemplos citados por BAIOCCHI, E.: “*L'internazionalizzazione delle assicurazioni: strutture organizzative e giuridiche*”, en “*Assicurazioni*”, 1989, fasc. 5/6, septiembre/diciembre, p. 395. CABALLERO SANCHEZ, E.: “*Prólogo*”, en BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “*El Seguro español en el Derecho Internacional privado (Derecho Comunitario)*”, edit. UNION EDITORIAL, Madrid, 1989, p. 9.

cos y comerciales, difícilmente acotables en modelos exclusivamente nacionales, podemos imaginar que la necesidad de crecimiento empresarial de las compañías de seguros habrá de multiplicarse, todavía más<sup>76</sup>, cual sucede en supuestos en que **el Empresario asegurador y su empresa**, que concierta con un Tomador extranjero la cobertura de un riesgo también situado en el extranjero, **se desenvuelven en varios ordenamientos jurídicos**, merced -p.e.- a la creación de una Filial. Y es que una forma de crecimiento empresarial puede ser, precisamente, la que se manifiesta a través de la pluralidad de fenómenos de **“Concentración económica”**; a través de la constitución de **agrupaciones** de variado signo e intensidad, entre las empresas<sup>77</sup>.

### II.1.1.- Concentración empresarial, uniones de empresas de seguros y grupos de entidades aseguradoras.

Los fenómenos de concentración empresarial muestran una notable pluralidad terminológica<sup>78</sup>, aunque a mi entender y desde una perspectiva de *contemplación “general”* y *“panorámica” del fenómeno*, parece preferible *no renunciar al núcleo de realidad común que hay en toda forma de concentración empresarial*, recurriendo a una noción **amplia** de la misma, sin perjuicio de que -en cada momento y para cada problema jurídico concreto- haya que elegir entre las múltiples y diversas nociones, la más adecuada<sup>79</sup>.

Las *“uniones de empresas lato sensu”* constituyen, por su ámbito material, un vasto fenómeno económico-jurídico, que -a su vez- puede ser objeto de una primera clasificación/división, distinguiendo entre los supuestos de.:

- \* la **“integración”** y
- \* la mera **“agrupación”** de empresas,

según que esa concentración económica *vaya, o no, unida a una unificación jurídica, con desaparición de la personalidad de una o varias o todas las entidades* que se agrupan. Aquí se encuentra la fuente de todos ellos, porque la personalidad jurídica independiente de las distintas entidades agrupadas, unida a las especialidades del riguroso régimen estatutario de las entidades de seguros, suscita el evidente riesgo de que a través de esa personificación independiente **se produzcan.:**

- \* **infracciones a la normativa sectorial**
- \* **agravamientos de los riesgos consustanciales a la actividad aseguradora,**

<sup>76</sup> GÄRTNER, R.: cit., p. 89.

<sup>77</sup> ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C.: *“La Sociedad de responsabilidad limitada como...”*, cit., p. 4. VALENZUELA GARACH, F.: *“Actividad bancaria y actividad aseguradora: algunos aspectos de integración y competencia”*, en RDBB., 1990, nº 40, octubre-diciembre, p. 867.

<sup>78</sup> Así, en el ámbito **anglosajón**, es posible encontrar expresiones como las siguientes: *“gentlemen’s agreements”*, *“pools”*, *“trusts”*, *“trade associations”*, *“holding companies”*, *“mergers”*, *“amalgamations”*; que algún autor incluso trata de clasificar -entendemos- en función del *grado de intensidad de la concentración*: partiendo de los *“gentlemen’s agreements”*, como modalidad de concentración menos intensa, y pasando por los *“pools”* -en los que puede, incluso, haber un órgano central de dirección-, los *“trusts”* y *“communities of interests”* -en los que existen vínculos de propiedad o de tenencia de participaciones-, hasta llegar a las *“mergers”* o *“consolidations”*, que son las fusiones. Ya dentro de la Europa continental, se habla de *“cárteles”* (*“Kartelle”*); de *“sindicatos industriales”*; de *“consorzi”* o de *“gruppi”* -en Italia-, o de *“ententes”* y *“groupes de sociétés”* -en Francia-, habiendo pasado a nuestro país expresiones como las de *“consorcios”* y *“concertos”* (*“Konzerne”*). (ALVAREZ QUELQUEJEU, L.C.: cit., ps. 69 y ss., en esp. p. 73. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.D., JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, R., MARTÍN PÉREZ, L.F., DOMENECH MARTÍNEZ, J.E. Y ONTAÑÓN CARRERA, M.: *“Asociaciones y Uniones de Empresas y Prácticas restrictivas de la Competencia”*, edit. EDITORIAL MONEDA Y CRÉDITO, S.A., Madrid, 1969, ps. 39 y ss.).

<sup>79</sup> SACRISTÁN REPRESA, M.: cit., ps. 399 y ss.

porque las uniones de empresas presuponen la existencia de un **conjunto** de empresarios que mantienen su **independencia jurídica**; es decir: la capacidad de poseer una voluntad propia, capaz de autodirigir cada una de las entidades agrupadas, pese a que están sometidos a una **dirección económica unitaria**<sup>80</sup>. Y esta circunstancia podría devenir “*problemática*”; es decir, generadora de problemas e interrogantes jurídicos, toda vez que el el “*Derecho común de Sociedades*” está concebido, en cada uno de sus preceptos, partiendo de la *premisa de que cada sociedad, dotada de su correspondiente personalidad jurídica individual y privativa de ella, es titular de su propia empresa, y es independiente en el proceso de toma de decisiones que incumben a la misma*. En este sentido, los preceptos legales del Derecho de Sociedades están formulados para regular la ordenación interna de sociedades que son *económicamente independientes*, y que -jurídicamente- *se diferencian de otras sociedades en que participa una pluralidad de socios*, que -en el seno de un órgano, como la Junta General- ejercitan -y sólo pueden ejercitar- derechos que responden a un interés **exclusivamente suyo**; que, de este modo, es como se conforman las voluntades *mayoritarias*, las cuales resultan *ajenas a cualquier interferencia, en el plano de la elección y nombramiento de los miembros de los órganos de administración y vigilancia*; que la Junta General, aunque tenga escasa intervención en la vida negocial de la Sociedad, *es verdaderamente soberana a la hora de aprobar las cuentas sociales y de acordar el reparto de beneficios*, etc... En fin: la completa y total construcción del Derecho de Sociedades tradicional está de tal modo conformada, que presupone que una *Junta General formada por todos los socios propicia una composición de intereses, conformada de tal modo que la voluntad de la mayoría representa en interés “social”*; es decir: el interés “*de la propia Sociedad*”, y no otro<sup>81</sup>.

Sea como fuere, el fenómeno de la concentración empresarial y de los grupos de sociedades, no solamente no es ajeno al Derecho del Seguro privado, ni éste le resulta hostil o inhóspito, sino que existen múltiples menciones y referencias -directas o indirectas- a los fenómenos aludidos, en los preceptos de la legislación sobre Ordenación y Supervisión de la Actividad aseguradora, y basta con una somera lectura del la **Ley nº 30/1995** y de su **Reglamento**, aprobado por **Real decreto nº 2486/1998, de 20 de noviembre**, para comprobar la veracidad de este aserto (Así, el **art. 2º, c), LOSupSP**, dentro de la enumeración de los sujetos sometidos a la Ley, incluye las “*organizaciones constituidas con carácter de permanencia para la distribución de la cobertura de riesgos o la prestación de servicios comunes relacionados con la actividad aseguradora, cualquiera que sea su naturaleza y forma jurídica*”, a las que también alude el **art. 6º, nº 8, LOSupSP**. Igualmente contienen referencias directas o indirectas a la concen-

<sup>80</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE/URÍA GONZÁLEZ.: cit., t. II, p. 786. SANCHEZ CALERO, F.: cit., p. 356. GIRON TENA, J.: “Los grupos...”, cit., p. 105. VICENT CHULIA, E.: “Concentración y unión de empresas...”, cit., p. 129. SACRISTAN REPRESA, M.: “El grupo de estructura paritaria”, en “*Revista de Derecho mercantil*”, 1982, nº 165/166, julio/diciembre, ps. 375 y s. BOLDÓ RODA, C.: “*Levantamiento del Velo y Persona Jurídica...*”, cit., p. 372. BUIREU GUJARRO, J.: “*Asociaciones y uniones de empresas*”, Madrid, 1981, p. 36. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/RODRÍGUEZ MARTÍNEZ/JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA/...: “*Asociaciones y Uniones...*”, cit., ps. 47 y s. BERTRÁN MENDIZÁBAL, F.: “Los grupos de sociedades: algunos aspectos financieros, laborales y fiscales”, en “*Hacienda Pública Española*”, 1985, nº 94, p. 147. GARRETA SUCH, J.M.: “*Introducción al Derecho contable*”, cit., p. 347. PETER, H.: “*L'action revocatoire dans les groupes de sociétés*”, Basilea/Frankfurt del Main, 1990, ps. 23 y 38. BELLAMY/CHILD.: cit., p. 557. WEINBERG, M.A., BLANK, M.V. y GREYSTOKE, A.L.: “*Weinberg on Take-overs and Mergers*”, 3ª ed., Londres, 1971, p. 3. GODIN/WILHELMI/WILHELMI.: cit., ps. 65 y ss. HERZIG, N. y FÖRSTER, G.: “*Steuerneutrale Umstrukturierung von Konzernen*”, en “*Steuer und Wirtschaft*”, 1998, nº 2, p. 99. WÜRDINGER, H.: Preámbulo a los Artículos 15 al 19, en VV.AA.: “*Aktiengesetz. Grosskommentar*”, cit., t. I, vol. 1º, p. 130. BEZARD, P.: “*La Société Anonyme*”, cit., p. 537. RIPERT/ROBLOT/GERMAIN.: cit., t. I, 16ª ed., p. 1160

<sup>81</sup> GODIN/WILHELMI/WILHELMI.: cit., p. 1575. KLUNZINGER, E.: “*Grundzüge...*”, cit., p. 194. TUNC, A.: “*The Fiduciary Duties of a Dominant Shareholder*”, en VV.AA.: “*Groups of Companies*”, dir. por C.M.Schmitthoff y F.Wooldrige, Londres, 1991, p. 1.

tración empresarial de entidades aseguradoras, preceptos como el art. 8º, que trata de los “vínculos estrechos”; el art. 14, LOSuSP, el art. 17, LOSupSP. Y esto, por citar solamente algunos -pocos- ejemplos).

De hecho, gran parte de las múltiples modalidades de concentraciones empresariales y grupos de sociedades, si no la totalidad, están presentes en las normas sobre Ordenación del seguro privado.

### III.1.2.- Asociacionismo empresarial, en el sector asegurador.

Si la concentración empresarial y los grupos de sociedades son fenómenos que responden a “los mismos motivos que justifican la agrupación de individuos mediante el contrato de sociedad”<sup>82</sup>, cabe imaginar que este tipo de fenómenos **debe** ser radicalmente **diferenciado** de otros fenómenos similares, en los que no concurren las características señaladas, porque los objetivos que se persiguen *se apartan* de los objetivos y las motivaciones propios del Derecho de Sociedades.

El primero de estos fenómenos es el del llamado “**asociacionismo empresarial**”, que se fundamenta en preceptos como los arts. 7º, 22 y 37, nº 1, Const.Esp., y que se caracteriza por su carácter “representativo de intereses profesionales”<sup>83</sup>. Frente a él, el fundamento constitucional de la “concentración empresarial” se halla, no en los preceptos señalados, sino en el propio art. 38, Const.Esp.; precepto que puede proyectarse, no sólo sobre la empresa individual o incluso sobre la empresa societaria, sino incluso sobre el plano de la *libertad de agrupación de empresas jurídicamente autónomas y la libertad de organización del grupo*<sup>84</sup>.

El “asociacionismo empresarial”, en realidad es “meta-empresarial”, porque atiende más a la promoción social de intereses trascendentes de la profesión, que a la producción o distribución de bienes y servicios: la función del “asociacionismo empresarial” -que en el ámbito asegurador tendría una importante manifestación en UNESPA. (“Unión Española de Entidades de Seguros, Reaseguros y Capitalización”)-, como la del sindicalismo o el movimiento asociativo consumerista, es promover la *defensa de intereses colectivos, con exclusión de las actividades empresariales*<sup>85</sup> y <sup>86</sup>. La concentración empresarial, en cambio, supone una concentración de organismos económicos o de actividades organizadas, que nunca podrá dejar de proyectarse a la producción o distribución de bienes y servicios para el mercado.

### III.1.3.- Inversión y participaciones societarias, en el ámbito de las entidades de seguros.

Otro fenómeno del que hay que diferenciar a la concentración empresarial aseguradora es el de las *puras operaciones de inversión accionarial*, cuyo objeto es -meramente- la colocación de capitales, en busca de la mayor seguridad, liquidez o ren-

<sup>82</sup> Vid., supra, nota 21.

<sup>83</sup> LÓPEZ-NIETO y MALLO, F. “Manual de Asociaciones...”, cit., ps. 23 y 184. MURILLO DE LA CUEVA, E.L.: “El derecho de asociación”, edit. TECNOS, Madrid, 1996, p. 133.

<sup>84</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A.J.: “Los grupos de sociedades en el Derecho español”, en RDM., 1996, nº 220, abril/junio, p. 477.

<sup>85</sup> Vid. VICENT CHULIÁ, F.: Comentario al Artículo 158 y Comentario al Artículo 161, en PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIÁ, F.: “Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial”, t. XX, “Ley general de Cooperativas”, vol. 3º, Artículos 67 al final, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1994, ps. 952, 954 y 962.

<sup>86</sup> EMBID IRUJO, J.M.: “Problemas actuales de la integración cooperativa”, en RDM., 1998, nº 227, enero/marzo, ps. 7 y ss., en esp. p. 12

tabilidad. En este punto reside, precisamente la *distinción entre “grupo de empresas o sociedades”*, por un lado, y *-por otro- “inversión societaria”*; entre *“participaciones capitalistas”* y *“participaciones empresariales”*, que defienden importantes sectores de la doctrina<sup>87</sup>.

Las entidades aseguradoras deben observar, como condiciones de ejercicio de su actividad, ciertos **deberes jurídico-públicos**, orientados a garantizar su **solvencia**, entre los cuales destacan los relacionados con la **constitución e inversión de las provisiones técnicas**, cuya imposición está orientada a lograr que *su activo sea, en todo momento, cuando menos igual al montante global de sus deudas y compromisos para con los asegurados*<sup>88</sup>.

Las provisiones o reservas técnicas de las entidades de seguros tienen por objeto el de garantizar la **solvencia “estática”** de la Entidad aseguradora<sup>89</sup>, y revisten una extraordinaria importancia, en orden a la posibilidad de cumplir las **obligaciones futuras** de las entidades aseguradoras. Su naturaleza económica, que parece vincularlas a la idea de **fondos de ahorro constituidos por los asegurados**, ha legitimado -tradicionalmente- a los legisladores para que dictasen preceptos especiales sobre su cálculo y contabilización; sobre la **constitución de especiales fondos de reserva** para constituir-las y sobre la **inversión** de esos fondos **en bienes y valores seguros**<sup>90</sup>.

Pues bien, en este sentido un volúmen muy importante de la inversión de las provisiones técnicas está constituido por la *inversión en valores negociables*, dentro de los cuales -como es obvio- *quedarían incluidos los valores “accionariales”*; es decir: valor que confieren *derechos corporativos* y -por tanto- que incorporan *derechos políticos*. En este sentido, no cabe sino aludir a lo dispuesto en el **art. 50, n°s 1, 5, 8 y 9, ROSupSP.**, en relación con el **art. 51, n° 1, ROSupSP.**, que se refieren -de forma explícita o implícita- a que las entidades aseguradoras deberán *“tener la titularidad y la libre disposición”* sobre *“valores negociables de renta variable”*, o sobre *“acciones”* emitidas por ciertas entidades como las entidades de crédito, sociedades y agencias de valores, otras entidades aseguradoras y reaseguradoras... Pero resultan **significativos** dos hechos que, a mi entender, revelan la **diversidad de esta situación, respecto de los fenómenos de concentración empresarial**; a saber.:

\* que el **art. 51, ROSupSP.** exige que la entidad aseguradora tenga la **“libre disponibilidad”** sobre esas acciones, pensando en la **des-inversión** y liquidación de las mismas, para proporcionar a la entidad activos monetarios; fenómeno que no puede ser más contrario a la estabilidad de una participación de central o concentrativa.

\* ... y que el **art. 52, ROSupSP.** valora las acciones mencionadas por su **“valor de mercado”**, sin incluir ningún tipo de referencia a la plusvalía de control..

### **III.1.4.- Fenómenos de distribución de los riesgos y concentración empresarial, en el ámbito del Seguro privado.**

Existen diversas técnicas e instituciones concebidas para *prolongar, más allá del Empresario asegurador, la distribución de los riesgos asumidos por aquél*; técnicas e instituciones que se caracterizan por la *conurrencia* -simultánea o sucesiva, en el

---

<sup>87</sup> Vid. MASSAGUER FUERTES, J.: cit., ps. 303 y s.

<sup>88</sup> Vid. DONATI/VOLPE-PUTZOLU.: *“Manuale...”*, cit., 3ª ed., p. 53. PICARD/BESSON.: cit., t. II, p. 103. BELLANDO, J.-L.: *“Les règles...”*, en BIGOT/BELLANDO/HAGOPIAN/MOREAU/PARLEANI.: cit., p. 404.

<sup>89</sup> TIRADO SUAREZ, F.J.: cit., p. 148.

<sup>90</sup> LEIBL, K.: *“Das Recht der Versicherungsunternehmen”*, cit., p. 89.

mismo plano o en planos diferentes- de otros empresarios aseguradores que colaboran con el Primero; razón por la cual se trata de fenómenos que guardan concomitancias con la concentración, unión y agrupación de empresarios aseguradores. Nos referimos a las técnicas del “Reaseguro” y del “Coaseguro”; dos fenómenos de “pluralidad subjetiva externa” en el seguro, aunque la misma no se refiere al “Asegurado”, sino al sujeto asegurador y que provoca fenómenos de multiplicidad de contratos y relaciones asegurativas<sup>91</sup>. Esta situación plantea dos tipos de problemas.:

- \* el régimen jurídico de las relaciones entre los varios aseguradores, entre sí, y el régimen de sus relaciones para con el Tomador del Seguro y el Asegurado.
- \* las relaciones entre el valor del interés y el importe total del conjunto de las sumas aseguradas por todos ellos<sup>92</sup>; es decir: la posibilidad de fraude y de conculcación del principio indemnizatorio<sup>93</sup>.

Sin embargo, esto poco tiene que ver con el Derecho de la Concentración empresarial: no hay aquí problemas de dirección unitaria, ni de protección del socio externo. Y los problemas de “solvencia” solo se suscitan de modo muy mediato, porque -salvo que se dé una vocación de estabilidad en las relaciones- en este tipo de situaciones no resulta fácil apreciar la existencia de los rasgos de la verdadera “concentración empresarial”, aunque -ciertamente- el Coaseguro representa “una forma superior de colaboración aseguradora”, que tiene una función de distribución del riesgo<sup>94</sup>, y que suele presentar dos rasgos que parecen muy propios del fenómeno de la concentración empresarial: por una parte, el Coaseguro propende acusadamente a configurarse como una operación internacional. Y, por otra, constituye un instrumento de primer orden -junto al Reaseguro- para la minoración de los riesgos aceptados por los aseguradores, toda vez que puede coadyuvar en la distribución de aquéllos, entre varias entidades de seguros distintas.

Atendiendo a estas circunstancias, la Directiva CEE., nº 473/1978, de 30 de mayo, sobre Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de Coaseguro Comunitario constituyó el primer paso en la implantación de la libre pretación de servicios, en el Seguro privado europeo<sup>95</sup>.

Lo característico del Coaseguro, frente a los restantes supuestos de seguro múltiple, es el hecho de que se asienta sobre la base de un acuerdo previo entre los diversos coaseguradores, verdadero “presupuesto técnico-jurídico” del Coaseguro<sup>96</sup>, que parece reconducirnos a esa modalidad de concentración que serían las “uniones contractuales de empresas”. En efecto, existen formas de concentración empresarial -posiblemente en una primera manifestación del fenómeno-, que están basadas en -o confor-

91 MENENDEZ MENENDEZ, A.: “Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro”, en RDM., 1959, nº 74, octubre/diciembre, p. 218. VICENT CHULIÁ, F.: “Compendio...”, cit., t. II, 3ª ed., p. 532.

92 VICENT CHULIÁ, F.: “Compendio...”, cit., t. II, 3ª ed., ps. 532 y s.

93 MENENDEZ MENENDEZ, A.: “Seguro múltiple, seguro cumulativo y...”, cit., p. 219

94 MENENDEZ MENENDEZ, A.: “Seguro múltiple, seguro cumulativo y...”, cit., p. 239.

95 ADRIAN ARNAIZ, A.J.: “El Coaseguro Comunitario: problemas de tráfico externo y problemas de armonización en la consecución del Mercado Interior”, en “Revista Española de Seguros”, 1987, nº 50, abril/junio, p. 59. LATORRE LLORENS, L.: “La nueva Regulación...”, cit., p. 12.

96 Vid. MENENDEZ MENENDEZ, A.: “Seguro múltiple, seguro cumulativo y...”, cit., p. 239.

Por lo que nuestro Ordenamiento jurídico se refiere, el Coaseguro se produce -de conformidad con lo dispuesto en el art. 33, LCS.- en los siguientes términos.:

“Cuando mediante uno o varios contratos de seguros, referentes al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores, previo acuerdo entre ellos y el tomador, cada asegurador está obligado, salvo pacto en contrario, al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva”.

madras en torno a- la existencia de **acuerdos, convenios o contratos entre diversas entidades**, que pueden presentar diversas -de hecho, *ilimitadas*- modalidades: tantas como posibilidades existen de alianza económica entre varias empresas que deseen actuar en la misma dirección, lo que ha propiciado el que -como indicaba GARRIGUES- en ocasiones se empleen términos muy amplios y genéricos para aludir a estas figuras, como es el caso de "*comunidad de intereses*"; nombre verdaderamente "*vago y difuso*"<sup>97</sup>. Ahora bien la **esporadicidad y singularidad** de la operación, **la separa del ámbito de la concentración empresarial**, propiamente dicha.

Otros contratos de concentración permiten unificar o dar un cierto sentido de coordinación a su actividad ("*cárteles*"), y que, eventualmente, pueden dar lugar a *nuevas estructuras supra-societarias, pero de carácter asociativo*, ya se encuentren dotadas de personalidad jurídica propia o bien se hallen desprovistas de ella<sup>98</sup>. Y también hay que incluir en este ámbito las uniones contractuales basadas en el pacto de "*comunidad de ganancias*", que algunos identifican con el "*pool*", entendido como contrato que tiene por objeto la simple puesta en común de las ganancias<sup>99</sup>. Pero **ninguna de estas posibilidades se da en el Coaseguro**, como **tampoco en el Reaseguro**; la otra gran modalidad de operación aseguradora<sup>100</sup>, cuyo objeto es la **distribución y homogeneización de los riesgos asumibles** por el Asegurador/Reasegurado, al fraccionar y repartir los derivados de las operaciones de seguro directo, y las sumas aseguradas en ellas, para que "*no resulte técnicamente peligroso hacer frente a la masa de riesgos directamente cubiertos*" por los Reasegurados<sup>101</sup>. Esta misma razón, a su vez, determina una serie de importantes concomitancia entre el Coaseguro y el Reaseguro, aunque la **distinción** entre ambas figuras sea bien clara: mientras el Reaseguro comporta una distribución secundario o "**de segundo grado**" del riesgo, en cambio, en el Coaseguro,

<sup>97</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: "*Tratado...*", cit., t. I, vol. 3º, p. 1300.

En primer término, puede tratarse de contratos por los que:

- se proporciona el uso de bienes (suministro, arrendamiento)
- o se prestan servicios (contrato de servicios, contratos de distribución, como la "*Concesión mercantil*" o la "*Franquicia*"), sirviendo para alcanzar la meta de una dirección unitaria o de la "*reunión de las producciones*" respectivas. También existen formas de concentración que consisten en la *venta de activos*

(Vid. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: "*Tratado...*", cit., t. I, vol. 3º, ps. 1301. LANGLE RUBIO, E.: "*Manual...*", cit., t. I, p. 720. BAZ IZQUIERDO, F.: "*Agrupaciones...*", cit., p. 20. BELLAMY, Ch. y CHILD, G.: "*Derecho de la Competencia en el Mercado Común*", trad. esp. por E. Picañol, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1992, p. 557).

<sup>98</sup> Vid. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24ª ed., p. 616. GIRON TENA, J.: "*Los grupos...*", cit., p. 106. BUIREU GUARRO, J.: cit., p. 34. MADRID PARRA, A.: "*Uniones y Agrupaciones...*", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y otros.: cit., t. I, 3ª ed., p. 426. GARRETA SUCH, J.M.: "*Introducción al Derecho contable*", cit., p. 347. Recientemente, RODRIGUEZ GARCIA, M.A.: "*Las concentraciones de empresas a la luz del Ordenamiento comunitario*", Burgo de Osma, 1991, ps. 7 y ss. BÉJOI, M.: "*La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne*", edit. BRUY-LANT, Bruselas, 1976, ps. 21 y 59 y ss. EMMERICH/SONNENSCHNEIN.: cit., ps. 18 y s.

<sup>99</sup> GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: "*Tratado...*", cit., t. I, vol. 3º, ps. 1300 y s.

<sup>100</sup> El Reaseguro es -sin duda alguna- una operación de carácter asegurador, cuyo origen y desarrollo histórico coinciden -al menos, parcialmente- con los del Seguro directo: al igual que este último, el Reaseguro surge -también- con los rasgos propios de una operación de pura y simple especulación y, además, aparece -también-, por primera vez, en el ámbito marítimo, pudiéndose citar como primera operación de reaseguro conocida, una que data de 1370, y es dudoso que se tratase de un caso aislado, porque -al parecer- el **Reaseguro marítimo** era práctica corriente en el Mediterráneo, durante la Edad Media (PICARD/BESSON.: cit., t. II, p. 342. PROSPERETTI, M. y APICELLA, E.A.: "*La Riassicurazione*", edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, Milán, 1994, ps. 9 y s., quienes critican otras configuraciones del Reaseguro, que tendían a *separarlo del Seguro*. BROWN, R.H. y REED, P.B.: "*Marine Reinsurance*", edit. WHITERBY & Co. Ltd., 1ª ed., Londres, 1981, p. 2. DE ANGULO RODRIGUEZ, L.: "*Consideraciones preliminares sobre el Reaseguro*", en VV.AA.: "*Estudios sobre el Contrato de Reaseguro*", edit. SEAIDA/MUSINI, Madrid, 1997, p. 22).

<sup>101</sup> PICARD/BESSON.: cit., t. II, p. 342. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 22ª ed., p. 793.

hay una distribución “**primaria**”<sup>102</sup>. Esta es una función técnico-económica que **no se agota en el ámbito estrictamente nacional**, y por este motivo se hace preciso potenciar el mercado internacional de reaseguros. Pero, sobre todo, debe tenerse en cuenta que se trata de una operación de aseguramiento que **tiene lugar entre empresarios**. Y, lo que es más: tiene lugar **entre empresarios aseguradores**; circunstancia que parecería reconducir esta institución por la senda de las modalidades de la concentración empresarial.

El Reaseguro puede presentarse en **diversas modalidades** y ser objeto de **varias clasificaciones**. En primer lugar, cabe distinguir entre.:

- a) Reaseguro “**singular**” o “**facultativo**”,
- b) Reaseguro “**general**”, “**de abono**”, o “**por tratado**” (ya sea “**de cuota**” o “**de participación**”, en los que el Reasegurador participa en un determinado porcentaje de los riesgos asumidos por la Compañía aseguradora cedente, pagando la indemnización en la porción correspondiente, o “**de excedentes**”, en los que la Entidad reasegurada o “cedente” fija la suma máxima de responsabilidad que quiere asumir en cada operación de seguro directo y “cede” el resto al reasegurador).

En la primera modalidad, el reaseguro **se contrata caso por caso**, de forma singular, concurriendo rasgos de esporadicidad y singularidad, que revelan que no estamos ante un fenómeno concentrativo... Pero, ¿“*quid iuris*” en los denominados “**reaseguros por tratado**”? En este caso, *el Asegurador/reasegurado queda obligado a reasegurar todos los seguros directos de un determinado ramo*, de forma muy similar a los “seguros en abono o por *póliza flotante*”, que se dan en el Seguro directo<sup>103</sup>.

Por otra parte, del mismo modo que es posible reasegurar un seguro directo, también es posible *ceder en reaseguro los riesgos derivados de otro previo reaseguro*. En este caso aparece, no sólo un primer asegurador/reasegurado, sino, también *un Reasegurador/Reasegurado*, en una operación especial de reaseguro, a la que se denomina “**Retrocesión**”.<sup>104</sup>

En estas circunstancias, hablar del Reaseguro “por tratado”, como modalidad de concentración empresarial aseguradora, dependería de los términos y cláusulas del “Tratado” o “Convenio”, en relación con el grado de incidencia sobre la toma de decisiones empresariales de la Compañía reaseguradora. Pues es dable imaginar que el Convenio termine predeterminando o mediatizando la política de captación de riesgos y celebración de contratos de una entidad aseguradora, por parte de otra (la Reaseguradora) que llegaría a poseer un cierto “control” sobre aquella.

Y eso, aunque dicho “control” no se basase en la posesión de participaciones accionariales o derechos de voto.

## **II.2. La actitud del Derecho del Seguro Privado, ante el fenómeno de la concentración empresarial**

### **II.2.1.- Fuentes del Derecho del Seguro privado y Fuentes del Derecho de la Concentración empresarial: puntos de convergencia.**

Habida cuenta de que el Seguro privado y el fenómeno de la Concentración empresarial están regidos por el Derecho mercantil, el Derecho civil, el Derecho administrativo, etc., el “Derecho del Seguro privado” y el “Derecho de la Concentración

<sup>102</sup> MANES, A.: cit., p. 227. MENENDEZ MENENDEZ, A.: “Seguro múltiple, seguro cumulativo y...”, cit., p. 239.

<sup>103</sup> URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 22ª ed., p. 794.

<sup>104</sup> URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 22ª ed., p. 795

económica” sin duda *tomarán prestadas sus fuentes de aquellas diferentes ramas* del Ordenamiento jurídico. Por tanto, en última instancia, a uno y al otro habría que aplicarles el régimen general de fuentes que, para cada Ordenamiento jurídico nacional, prevén sus correspondientes Códigos civiles, etc...<sup>105</sup>. La primera fuente de ambos es, como cabe suponer, la **Ley**, en sentido **material**<sup>106</sup>, comenzando por la propia **Constitución de 27 de diciembre de 1978**, que conforma un modelo económico basado en la *libertad de empresa*, limitada por el principio del “*Estado social*”<sup>107</sup>; una libertad de empresa que se “*reconoce*” de forma *objetivamente genérica*, sin limitarla a unas u otras actividades económicas concretas, de forma que indiscutiblemente puede **englobar** el ejercicio del “**Seguro privado**”.

Así pues, el **art. 38, Const.Esp.** comporta la libertad de **acceder a la actividad aseguradora, reaseguradora y de capitalización**; de crear o establecer una empresa, y organizarlas de determinadas formas o con determinadas estructuras, para llevar a cabo la actividad de *asunción de riesgos, a cambio de la percepción de primas, para constituir un fondo mutualístico, con cargo al cual se satisfarán las indemnizaciones* derivadas de la actualización de los riesgos asumidos. Mas, la incidencia del “*Principio del Estado Social*” dota a la Libertad de Empresa “aseguradora” de unos *límites intrínsecos esenciales*, tiñendo el ejercicio del derecho, de rasgos de *solidaridad* y de *orientación hacia el interés general*<sup>108</sup>. Así, la *intervención administrativa* en el ejercicio de la actividad *aseguradora* y en la ordenación del Seguro privado constituye un *ejemplo paradigmático del intervencionismo del Estado en la actividad económica*<sup>109</sup>.

Pero la Libertad de Empresa aseguradora tiene -también- un ámbito, no ya “objetivo”, sino “*real*”, que se refiere al conjunto de *acciones* que puede desarrollar el Asegurador, para *llevar a cabo su acceso al mercado, y para organizar económicamente su actuación en dicho marco económico*. Y, desde este punto de vista -igualmente- la Norma constitucional puede proporcionar pautas a la hora de valorar la licitud -digamos- “fundamental” de la “Concentración empresarial Aseguradora”. En este sentido, el fenómeno de la concentración empresarial y de las uniones y grupos de sociedades *parte del principio de su “legalidad”*; de su *licitud* desde la perspectiva del Derecho, pues *ni para el Derecho público, ni para el Derecho privado constituye, en términos generales, nada ilícito*<sup>110</sup>.

El *reconocimiento de la Libertad de Empresa y de la Economía de Mercado (art. 38, Const.Esp.)* que se proyecta, también, sobre el plano de la “*agrupación empresa-*

<sup>105</sup> Para el Ordenamiento jurídico italiano dispone el art. 1º de las disposiciones preliminares del “Codice civile”, de 1942. Vid. FOLCO, C.: “*Il Sistema del Diritto della banca*”, edit. DOTT.A.GIUFFRÉ, 2ª ed., t. I, Milan, 1968, p. 191. ARAGÓN REYES, M.: “Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España”, en VV.AA.: “*Contratos bancarios*”, present. por E.de la Torre Saavedra, dir. R.García Villaverde, coord. R.Bonardell Lenzano, edit. CIVITAS,S.A./CONSEJO DE COLEGIOS OFICIALES DE CORREDORES DE COMERCIO, Madrid, 1992, p. 24. En relación con las fuentes del Derecho del Seguro privado, vid. SANCHEZ CALERO, F., “*Curso...*”, cit., t. I, p. 29.

<sup>106</sup> Vid. GAVALDA/STOUFFLET.: cit., p. 16.

<sup>107</sup> MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: “*Derecho administrativo economico*”, edit. “LA LEY”, t. I, Madrid, 1988, ps. 42 y ss.

<sup>108</sup> Este principio, que resulta de múltiples normas, como el **art. 40, Const.Esp.** que establece la función promocional del Estado; como el **art. 53, Const.Esp.**, que admite la posibilidad de regular por Ley el ejercicio de una serie de derechos entre los que se encuentra la Libertad de empresa, o como el densísimo **art. 128, Const.Esp.**, de tan considerable trascendencia, autorizan a afirmar que la libertad de empresa, incluso dentro de una economía de mercado, *admite la intervención administrativa en muy diversos grados*, porque “desde la perspectiva más general, se acepta hoy que la libertad de empresa *no es un derecho absoluto*”, y que las limitaciones de la autonomía de la voluntad, y -por tanto- de la empresa, “*forman, ya, parte del patrimonio irreversible de la cultura jurídica europea*” (NÚÑEZ LOZANO, Mª.C.: “*Ordenación y supervisión de los seguros privados*”, cit., ps. 21 y s.).

<sup>109</sup> BASSOLS COMA, M.: “*Los principios...*”, cit., p. 94.

<sup>110</sup> SACRISTAN REPRESA, M.: cit., p. 416. LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. I, p. 712.

rial”, enlaza con el reconocimiento de la libertad de pactos, que podría servir de fundamento a este fenómeno de la “concentración de empresas”, cuando la concentración empresarial se sirve del instrumento de la libertad de contratación, por medio de contratos como la compraventa o la permuta, que permiten, p.e., la adquisición de paquetes accionariales de control<sup>111</sup>, y sólo el abuso de esa libertad de pactos puede dar lugar a prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por el Ordenamiento.

Por otra parte, si admitimos -como parece lógico- el que nuestra Constitución, al reconocer la Propiedad privada, en su art. 33, consagra una “visión expansiva” de la misma; es decir: el derecho “a” la propiedad<sup>112</sup>, podríamos afirmar que la norma constitucional proporciona una base suficiente para reconocer el derecho a esa modalidad de concentración empresarial que se basa en la creación de vínculos reales o financieros en Sociedades; es decir: en la adquisición de participaciones accionariales<sup>113</sup>.

Y si los arts. 33 y 38, Const.Esp. representan fundamentos jurídico-constitucionales serios y suficientes para sustentar, en abstracto, la licitud de los procesos de concentración empresarial, *otro tanto cabe afirmar*, como no podía ser de otro modo, respecto del art. 128, Const.Esp., que reconoce la “Libertad de Empresa pública”; libertad que los poderes públicos han ejercido, en numerosas ocasiones, bajo las múltiples y diversas formas que se engloban dentro del fenómeno de las “uniones y grupos de empresas”: valgan como ejemplo las “Joint-Ventures” en las que algunos o todos los “Joint-Venturers” son “Estados”.

### II.2.2.- Consideraciones generales, sobre la actitud del Derecho del Seguro privado, frente a los fenómenos de concentración empresarial.

El papel que juega el fenómeno de la “concentración empresarial”, dentro del sector asegurador, obliga a analizar *hasta qué punto es beneficiosa o perjudicial* esa dinámica de concentración en el ámbito del Seguro privado. A decir verdad, *se trata de una “cuestión de límites”*: en principio, la concentración empresarial debe ser considerada como un fenómeno *beneficioso*, en el ámbito de las compañías de seguros, aunque -por otra parte- tampoco cabe olvidar que *eventualmente pueden convertirse en un peligro para la libre competencia*<sup>114</sup>, aunque -a fuer de sinceros- hemos de señalar que los riesgos de la concentración empresarial, en el sector asegurador, sin duda *extravasan los límites del Derecho de la Libre Competencia*, para incidir sobre otras cuestiones y materias.

Desde luego, parece obvio que las “concentraciones empresariales” en el sector asegurador quedan sometidas al régimen del “Derecho Antitrust”, y -más precisamente- quedan sometidas *al régimen especial contenido en normas como el Regl.CEE. nº 4064/1989*<sup>115</sup>. Pero, ¿qué decir de la propia validez intrínseca de los fenómenos de concentración empresarial, que involucren a entidades aseguradoras, desde la propia perspectiva del Derecho del Seguro privado”?

<sup>111</sup> ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A.J.: cit., p. 477

<sup>112</sup> OJEDA MARIN, A.: cit., p. 50.

<sup>113</sup> De hecho, las diversas decisiones de nuestra jurisprudencia, en relación con el “Asunto RUMASA”, pueden considerarse como manifestaciones de la doctrina constitucional, sobre el derecho “de” propiedad; es decir: de la **dimensión estática de la propiedad “accionarial”**, que -por otra parte- involucraba un problema típico del Derecho de los grupos de sociedades (VICENT CHULIA, F.: “Compendio...”, cit., 3ª ed., t. I, vol. 1º, p. 52).

<sup>114</sup> DEL CAÑO ESCUDERO, F. y DEL CAÑO PALOP, J.R.: “Comentarios al reglamento de Ordenación del Seguro privado”, Madrid, 1987, p. 225

<sup>115</sup> BIGOT, J., BELLANDO, J-L., HAGOPIAN, M., MOREAU, J. y PARLEANI, G.. “Traité de Droit des assurances. Entreprises et organismes d’assurance”, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRAL DE DROIT ET JURISPRUDENCE, París, 1992, p. 804.

A nuestro modo de ver, parece posible concluir que el Derecho del Seguro privado admite, en principio, la *validez y licitud* de los fenómenos de concentración, y que admite y reconoce la posibilidad de *conformación de estructuras de “grupos societarios”*, con participación de entidades de seguros. En efecto, con independencia de que el **art. 1º, nº 3, LOSupSP.** establezca como una de sus finalidades la de “*fomentar la actividad aseguradora privada*”, lo cual muy bien pudiera suponer que, en esa línea de fomento, se hallen los fenómenos de concentración, que no solamente deben ser reconocidos, sino incluso propiciados, ya hemos visto que el **art. 2º, c), LOSupSP.**, dentro de la enumeración de los sujetos sometidos a la Ley, incluye las “*organizaciones constituidas con carácter de permanencia para la distribución de la cobertura de riesgos o la prestación de servicios comunes relacionados con la actividad aseguradora, cualquiera que sea su naturaleza y forma jurídica*”; entidades que quedan “*sometidas*” a la Ley, para que de este modo la misma proyecte su control, pero también su “*amparo*”, sobre estas, sin prohibirlas, y -además- eximiendo a dichas “organizaciones” de la autorización administrativa (**art. 6º, nº 8, LOSupSP.**).

#### IV. LAS MEDIDAS DE CONTROL DE LOS FENÓMENOS DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL, EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL SEGURO PRIVADO

Los grupos de empresas son *organizaciones muy poderosas y complejas*, que generan múltiples *riesgos potenciales* para los trabajadores, los consumidores, los competidores, los socios minoritarios...<sup>116</sup>. En consecuencia, el Ordenamiento debe reaccionar con la emanación de un agregado normativo -el Derecho “de grupos” o “de la concentración de empresas”- que, sobre todo -aunque, en modo alguno, únicamente-, tienda a \* proteger a los socios “*externos*” contra las decisiones abusivas de los grupos de control<sup>117</sup>, \* y a “*levantar el velo*” de la personalidad, imputando a quienes ostentan el control sobre el grupo las responsabilidades por los actos que otras entidades llevan a cabo bajo su dominio<sup>118</sup>. Porque -en efecto- reconocida la admisibilidad de las uniones de empresas, como fenómeno compatible con las exigencias del Ordenamiento jurídico, es imperativo *reconocer* la existencia de un “*interés legítimo*”, *del que es portador el propio “grupo”*; un interés que continuamente se halla *en conflicto* con otros intereses -en principio, tan legítimos y dignos de protección como él-, pues es dable pensar que *se produzcan perjuicios patrimoniales ocasionados por la Sociedad dominante a las dependientes, con el fin de maximizar los intereses del grupo*<sup>119</sup>.

##### IV.1. El riesgo propio de la actividad aseguradora y el control de los procesos de concentración empresarial

Junto a los problemas genéricos, propios de todo fenómeno de concentración, las entidades aseguradoras que pudieran verse comprometidas en procesos de semejante índole suscitan un problema *adicional*, que es muy similar, por no decir idéntico, al que suscitan -en los mismos casos- las entidades de crédito: el problema de **la solvencia individual y la solvencia colectiva** de las entidades agrupadas; de cómo la estructura

---

<sup>116</sup> BROSETA PONT, M.: “*Manual...*”, cit., 10ª ed., p. 391.

<sup>117</sup> VICENT CHULIA, F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 2º, 3ª ed., p. 971.

<sup>118</sup> VICENT CHULIA, F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 2º, 3ª ed., p. 970.

<sup>119</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O.: cit., p. 92. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “*Estudios...*”, cit., t. II, ps. 295 y s.

de grupo o la operación de concentración **pueden agravar las posibilidades de insolvencia** de cada entidad aseguradora individualmente considerada.

La concentración empresarial en el ámbito asegurador es, *simultáneamente*, un *factor multiplicador*, pero también -y paradójicamente- un *factor de reducción*, de los *riesgos de insolvencia*: la concentración empresarial de las compañías de seguros puede agravar la posibilidad de que no puedan hacer frente a sus compromisos, pero -al propio tiempo- puede permitirles *distribuir ulteriormente el riesgo*, de forma que -paralela o correlativamente- *se reduzcan las posibilidades de crisis económica*. Todo depende de las **condiciones en que se lleve a cabo la operación de concentración** y de las condiciones de **funcionamiento de esa empresa policorporativa**.

#### **IV.1.1.- El fenómeno de los grupos y su incidencia en la fase de autorización de las entidades aseguradoras.**

Al igual que sucede en el ámbito de las “entidades de crédito, el acceso al ejercicio del seguro privado está condicionado a una **autorización conformadora**, unida a la subsiguiente inscripción en un **Registro administrativo especial**, que lleva el Ministerio de Economía y Hacienda<sup>120</sup>, basada sobre la existencia de una *prohibición de ejercicio de la empresa de seguros para aquellas personas que no hayan obtenido la correspondiente autorización administrativa*<sup>121</sup>. Dicha autorización crea la capacidad especial aseguradora; la capacidad “para asegurar”, no “para crear la entidad aseguradora”, como lo demuestra el que se conceda “**por ramos**” (**art. 6º, nº 6, LOSupSP. y arts. 8º y 6º, nº 1, ROSupSP.**), extendiéndose a la totalidad de las modalidades del ramo<sup>122</sup>.

Cierto que, en las entidades aseguradoras, la *autorización es posterior a la constitución*, y -en consecuencia- se otorga a una entidad que ya se ha constituido y ha adquirido personalidad jurídica. Sin embargo, las “*exigencias societarias*” contenidas en la legislación ordenadora del seguro privado, poseen lo que me atrevería a describir como una *proyección “retrospectiva”*. En este sentido, la Ley nº 30/1995 establece los **requisitos** que han de concurrir, y que se refieren a.:

- \* la *Forma* social que se ha de adoptar (**art. 7º, LOSupSP.**)
- \* el *Objeto* social, que ha de ser *limitado y exclusivo* (**art. 11, LOSupSP.**)
- \* el “*Programa de Actividades*”, que se ha de presentar y a cuyos términos hay que atenerse (**art. 12, LOSupSP. y art. 14, ROSupSP.**)
- \* el “*capital social*” y el “*fondo de garantía*” que hay que poseer (**arts. 13 y 18, LOSupSP.**, respectivamente)
- \* la *indicación de las aportaciones de los socios*, al capital de la Cooperativa; socios que han de ser “*idóneos*” (vid. **art. 14, LOSupSP. y art. 28, ROSupSP.**).

<sup>120</sup> BATALLER GRAU, J.: “La Reforma del Derecho de Seguro...”, cit., p. 16. BIBIÁN DE MIGUEL, M.: “Ley del Seguro privado”, cit., ps. 73 y ss. LINDE PANIAGUA, E.: “Condiciones de acceso...”, cit., p. 52, quien señala que la LOSupSP. de 1995 “*responde con ortodoxia*” al modelo de “*Autorización conformadora*”. Así se establecía en el art. 3º de la antigua Ley del Seguro Privado, de 1954, en la LOSP.- 1984, y no solo ha pasado a nuestra vigente legislación, sino que encuentra paralelismo con disposiciones de otros países (SANCHEZ CALERO, F.: “Curso...”, cit., t. I, p. 83. CAÑO ESCUDERO/CAÑO PALOP.: cit., p. 41. GARRIDO Y COMAS, J.J.: cit., p. 87. GUARDIOLA LOZANO, J.A.: cit., p. 211. BORJABAD GONZALO, P.: “Manual de Derecho Cooperativo...”, cit., p. 231).

Por su parte, NÚÑEZ LOZANO, Mº.C.: “*Ordenación y Supervisión...*”, cit., ps. 146 y ss., la califica como autorización “*mixta, reglada, de funcionamiento y simple*”.

<sup>121</sup> SANCHEZ CALERO, F.: “Curso...”, cit., t. I, p. 90.

<sup>122</sup> LINDE PANIAGUA, E.: “*Derecho público del Seguro*”, edit. MONTECORVO,S.A., Madrid, 1977.

- \* la necesidad de una *dirección efectiva* de la Entidad, por parte de personas que reúnan condiciones de *honorabilidad y cualificación o experiencia* (art. 15, LOSupSP);

requisitos a los que hay que añadir el *tener cubiertas las provisiones técnicas* y disponer del *Márgen de Solvencia precisos*, cuando se trata de **ampliar el objeto social**.

Pues bien: cualquier fenómeno de concentración empresarial, en el que subsista la independencia jurídica de las entidades aseguradoras participantes, puede *generar problemas en todos éstos planos*; problemas que -en su caso- pueden **condicionar la posibilidad de acceder a la autorización**. No parece que la referencia a la “forma” de personificación suscite especiales problemas, porque si bien ni el “grupo”, o la unión”, etc... tienen personalidad jurídica, *ni responden a un tipo susceptible de incardinarse en la lista de tipos sociales previstos en el art. 7º, LOSupSP*. -salvo en el caso de las cooperativas de seguros de segundo o ulterior grado-, también es cierto **que la autorización no se solicita ni por, ni para el “grupo”**, sino que se otorga **a las entidades singulares (aseguradoras) que lo compongan**.

Por otra parte, el **art. 6º, nº 8, LOSupSP**. contempla tanto las ya mencionadas “*organizaciones constituidas con carácter de permanencia para la distribución de la cobertura de riesgos o la prestación de servicios comunes relacionados con la actividad aseguradora, cualquiera que sea su naturaleza y forma jurídica*”, como las “*agrupaciones de entidades aseguradoras*”; figuras heterogéneas, que pueden constituirse (art. 23, nº 5, LOSupSP.) como.:

- 1.- “**agrupaciones de interés económico**”, verdaderas sociedades en sentido amplio, basadas en el rasgo de la *promoción colectiva de un “fin común”*<sup>123</sup>, pero caracterizadas por el hecho de que se trata de verdaderas “*sociedades de empresarios*”.
- 2.- o bien como “**uniones temporales de empresas**”, reguladas en la **Ley nº 18/1982, de 26 de mayo**: un *sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto*, determinado o indeterminado, basado sobre un “*contrato asociativo*”, que da lugar a una “*organización*”, aunque esa organización *carece de personalidad jurídica*<sup>124</sup>.

Ni unas, ni otras -según dispone la Ley- requieren de autorización administrativa, si bien, tanto en un caso, como en otro, habrá que comunicarlo a la Dirección General de Seguros, la cual “*podrá suspender las actividades... o requerir modificaciones en las mismas*”, cuando aprecie que no se ajustan a los preceptos reguladores de la ordenación y supervisión “*de la actividad aseguradora o a las normas del contrato de Seguro*”. Pero los **arts. 8º y 74, ROSupSP**. les imponen ciertos deberes de **información**: deben comunicar a la Dirección General de Seguros la iniciación de su actividad, aportando ciertos documentos que revelan su carácter organizado y permanente: copia detallada de la escritura de constitución -en su caso, inscrita en el registro Mercantil-, estatutos de la propia organización o agrupación, memoria detallada de las actividades que vayan

---

<sup>123</sup> MADRID PARRA, A.: “Uniones y Agrupaciones...”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y otros.: cit., t. I, 3ª ed., p. 429. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.-J.: Comentario al Artículo 1º. en VV.AA.: “Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico. Ley 12/1991, de 19 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico”, coord. por A.Pau Pedrón, edit. TECNOS, Madrid, 1992, ps. 13 y ss.

<sup>124</sup> Los miembros de la UTE. son *empresarios*, tanto individuales, como sociales; razón por la cual es obvio que nos hallamos en presencia de un fenómeno claramente enmarcable dentro de la tipología de las “*uniones de empresas*” y de la “*concentración empresarial*”. Y, si a este rasgo añadimos la ausencia de personalidad jurídica de la UTE., no puede extrañar que la *responsabilidad de los miembros de la misma sea personal e ilimitada por los actos “imputables” a la UTE*. (MADRID PARRA, A.: “Uniones y Agrupaciones...”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y otros.: cit., t. I, 3ª ed., p. 429).

a realizar. También deben presentar “información acerca de las entidades que las integran y de los accionistas y personas a las que se confiere la administración”.

En cambio, la **idoneidad de socios y directivos**, junto con el **objeto social**, sí que pueden verse intensamente afectados por la existencia de fenómenos de concentración.

El **art. 14, LOSuSP**, trata del problema de la **idoneidad** de los socios, estableciendo que las *personas físicas o jurídicas* que, directa o indirectamente, participen en la constitución de la entidad aseguradora, “mediante una participación significativa” en la misma, deberán ser “*idóneas para una gestión sana y prudente*”. Pues bien: un factor del que puede depender la idoneidad o inidoneidad reside en:

“... 3.: *la falta de transparencia en la estructura del grupo al que eventualmente pueda pertenecer la entidad, o la existencia de graves dificultades para obtener la información necesaria sobre el desarrollo de sus actividades...*”,

y la.:

“... posibilidad de que la entidad quede *expuesta de forma inapropiada al riesgo de las actividades no financieras de sus promotores; o cuando, tratándose de actividades financieras, la estabilidad o el control de la entidad queden afectados por el alto riesgo de aquéllas*”.

En cuanto a los **directivos**, el **art. 15, LOSuSP**, exige condiciones de honorabilidad que -en definitiva- se reconducen a la observancia de “*una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles y demás que regulan la actividad económica, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y de seguros*”; cláusulas lo suficientemente amplias, como para que se refirieran a los riesgos potenciales vinculados a esa especial forma de concentración de empresas de índole eminentemente **personal**, que consisten en la práctica del *intercambio de administradores* entre diferentes sociedades, mediante elecciones o nombramientos de administradores comunes a varias entidades formalmente independientes<sup>125</sup>.

### III.1.2.- El Objeto social de las entidades aseguradoras y la concentración empresarial

La relación entre “Objeto social” y libertad de concentración empresarial o de conformación de “grupos de sociedades” ha venido constituyendo una de las cuestiones típicas del Derecho de grupos. La licitud genérica de los grupos o uniones de sociedades presenta algunos problemas específicos, relacionados con *su adecuación o inadecuación a las exigencias del Derecho societario*. Para empezar, el problema de si *una sociedad puede, o no, ser socio de otra sociedad*; posibilidad no siempre reconocida<sup>126</sup>, como demuestra el ejemplo histórico del “*common law*”<sup>127</sup>. En este sentido, es preciso aludir a la doctrina sentada en el caso *De la Vergne Refrigerating Machine Co. c. German Savings Institution*, del año 1899. Y por lo que al Derecho continental se refiere, en Francia hubo que esperar a la última mitad del siglo pasado, para que hubiera un

<sup>125</sup> URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24ª ed., p. 616. BUIREU GUARRO, J.: cit., p. 37. CHARTIER, Y.: cit., p. 565.

Sin embargo, el prof. EMBID sugiere que no se trataría aquí sino de un mero efecto reflejo de otras formas de concentración, y no de una modalidad autónoma de adquisición del control, ya que comportan la atribución a las mismas personas, de puestos de administrador en varias sociedades o entidades diversas (Vid. EMBID IRUJO, J.M.: “*Grupos de sociedades...*”, cit., p. 37).

<sup>126</sup> BLUMERG, Ph.I.: “*The Multinational Challenge to Corporation Law. The Search for new Corporate Personality*”, edit OXFORD UNIVERSITY PRESS, Oxford/N.York, 1993, p. 52.

<sup>127</sup> BLUMERG, Ph.I.: “*The Multinational Challenge to...*”, cit., ps. 52 y s.

expres reconocimiento de la figura de la “Sociedad-socio”, como ya reconociera la “Chambre des requêtes” de la Cour de Casation francesa, en su **Sent. de 10 de diciembre de 1878**<sup>128</sup>.

Al parecer *no existe obstáculo legal* que impida que una sociedad sea socio de otra, incluso aunque se trate de sociedades de tipo diferente<sup>129</sup>. De hecho, el **art. 175, 2ª, Cdc.** alude entre las operaciones propias de las “Compañías de crédito”, la que consiste en “adquirir acciones... de toda clase de **empresas industriales**”. Y los propios **arts. 42 al 49, Cdc.** regulan, precisamente -desde el mero punto de vista contable-, los fenómenos consistentes en la *participación de unas sociedades en otras*. Por otra parte, el **art. 8º, a), TRLSA.** prevé la constancia en la escritura de constitución de una Sociedad anónima, de la “denominación o razón social” de las personas jurídicas que sean “fundadoras” de dicha Sociedad...<sup>130</sup>. Pero aun así, subsiste el problema de la *compatibilidad de la participación con el objeto social de la Sociedad participante*. Desde luego, si la sociedad participante es una “Sociedad financiera” o “de cartera”, tal problema no existe, porque precisamente su objeto consiste en adquirir participaciones sociales de otras sociedades... Pero, ¿“quid iuris”, si se trata de una Sociedad con **objeto industrial, comercial...**? ¿Pueden estas sociedades adquirir participaciones en otras sociedades?

Los grupos financieros “lato sensu”; es decir: los grupos de sociedades integrados por intermediarios financieros, presentan un problema *adicional* a los anteriores y *específico*; a saber: que las *posibilidades fácticas de la “insolvencia” bancaria*, que son constanciales al propio funcionamiento regular de la empresa de crédito, *se agravan*, cuando sobre este tipo de circunstancias se proyecta el fenómeno de los “grupos financieros”. Dicho de otro modo: cuando las entidades financieras forman o se integran en grupos de sociedades, sucede que *viene a agravarse el riesgo de insolvencia*; el riesgo de *quiebra de las entidades de depósito*, por dos tipos de motivos; a saber::

- \* en primer lugar, porque el régimen jurídico de control público sobre estas entidades *está diseñado partiendo de la base del principio de exclusividad del objeto*, de forma que resultaría inoperante, si tales entidades pudieran dedicarse a otras actividades empresariales distintas.
- \* Y, en segundo término, porque *la quiebra o la crisis patrimonial de una entidad de crédito puede acarrear la inestabilidad del propio sistema financiero*<sup>131</sup>.

Por estas razones -y puesto que el problema se plantea, en términos similares, respecto de las entidades dedicadas al ejercicio del Seguro-, la cuestión fundamental que plantean este tipo de grupos consiste en la *necesidad de establecer los límites al ejercicio de actividades que son ajenas al objeto de las entidades financieras*<sup>132</sup>, cuan-

<sup>128</sup> DIDIER, P.: “Droit commercial”, t. III, “Le marché financier. Les groupes de sociétés”, edit. PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE, p. 315. En general, sobre la posibilidad de que una sociedad posea participaciones sociales de otras, vid. RIPERT/ROBLLOT/GERMAIN.: cit., t. I, 16ª ed., p. 1159.

<sup>129</sup> Por lo que a Francia se refiere, nos remitimos a lo dispuesto, p.e., en los **arts. 354 y ss., Loi.socs.**: disposiciones que dan motivo a pensar que la posesión de personalidad jurídica permite a una Sociedad ser socio de otra, cuyas participaciones adquiriera, igual que lo haría una persona física. Esta adquisición de participaciones puede llevarse a cabo con fines de pura inversión, pero también con el designio de “ejercer una influencia, a veces dominante...”; una influencia más o menos fuerte, hasta el punto de que la Sociedad participada puede devenir “filial” de la participante, cuando ésta adquiere el “control” sobre ella. En este sentido, se suele afirmar que la “Sociedad filial” y su matriz constituyen la “imagen más elemental” del “Grupo de sociedades” (Vid. HEMARD/TERRÉ/MABILAT.: cit., t. III, ps. 427 y ss. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET.: cit., t. I, vol. 2º, p. 577).

<sup>130</sup> Sobre la cuestión, durante la vigencia del Reglamento del Registro mercantil, de 1956, vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “Estudios...”, cit., t. II, p. 271, quien aludía a los **arts. 98, 99, 100 y 120, RRM.-1956**

<sup>131</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O.: cit., p. 97.

<sup>132</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O.: cit., p. 97.

do este objeto -como sucede en las entidades aseguradoras- es un “objeto exclusivo”, cual revelan los arts. 3º, 5º, 6º y 11, LOSupSP., que establecen un complejo sistema basado en varios elementos.:

- \* Delimitación de las actividades sometidas a la aplicación de la Ley (art. 3º, LOSupSP.).
- \* determinación de las operaciones y actividades que quedan prohibidas (art. 5º, LOSupSP.).
- \* imposición de deberes de conformación del clausulado estatutario (art. 6º, LOSupSP.).
- \* Aplicación conjunta de los preceptos señalados, en torno al art. 11, LOSupSP., estableciendo la “Exclusividad del Objeto”<sup>133</sup>.

Las diversas legislaciones disponen que las entidades de seguros no pueden obtener la autorización si no cumplen -durante toda su existencia- el requisito *de no poder ejercer de forma habitual una actividad diversa del seguro*<sup>134</sup>, toda vez que cualquier otra actividad es incompatible *con la actividad que consiste en cubrir riesgos técnicamente delimitados, compensándolos según los datos de la estadística*<sup>135</sup>. Y el art. 6º, nº 2, apdo. b), LOSupSP. sigue, básicamente, los mismos principios<sup>136</sup>, ya que establece que será requisito necesario para obtener y conservar la autorización administrativa, el “limitar su objeto social a la actividad aseguradora y a las operaciones definidas en el artículo 3, con exclusión de cualquier otra actividad comercial”<sup>137</sup>.

El art. 11, LOSupSP. reitera el principio de exclusividad del objeto, reduciéndolo a la práctica de las “operaciones de seguro” y demás definidas en el art. 3º<sup>138</sup>, así como las permitidas, en el art. 5º, en los términos expresados en el mismo<sup>139</sup>; es decir: que el objeto de las entidades de seguro consiste en:

- \* Actividades de seguro **directo**, sea de vida o distinto del de vida, y de **reaseguro**.
- \* Operaciones de **capitalización** basadas en la **técnica actuarial**, que consistan en obtener compromisos determinados en cuanto a su duración y a su importe, a cambio de desembolsos únicos o periódicos, previamente establecidos.

<sup>133</sup> LINDE PANIAGUA, E.: “Una reflexión sobre...”, cit., ps. 77 y s., quien -en relación con el derogado art. 8º, LOSEP-1984- señala que, siguiendo una tendencia arraigada en nuestro sector financiero, se optó por el “criterio de la especialización”, aunque criticando que el precepto mencionado adoleciera de una redacción imprecisa, que -por desgracia- no ponía suficientemente de manifiesto la incompatibilidad de la actividad aseguradora con cualesquiera otras. NÚÑEZ LOZANO, M.C.: “Ordenación y Supervisión...”, cit., ps. 115 y ss.

<sup>134</sup> Sistema establecido, igualmente, por la Directiva nº 239/1973, de 24 de julio sobre el Seguro directo no de vida, y -de manera más extrema, todavía- por la Directiva nº 267/1979, de 5 de marzo, sobre Seguro directo de vida.

<sup>135</sup> VIRET, B.: cit., p. 37.

<sup>136</sup> Ya el art. 8º de la derogada LOSEP-1984 establecía el principio de limitación del objeto social, disponiendo que aquél consistiría en la práctica de “operaciones de seguro, reaseguro y capitalización”, a la vez que añadía que las entidades cuyo objeto social fuera la práctica de operaciones en cualquier modalidad de seguro sobre la vida, incluida la de capitalización, habrían de tener exclusivamente este objeto, sin que pudieran extender su actividad a otra clase de operaciones de seguro, salvo las concertadas con carácter complementario.

<sup>137</sup> BATALLER GRAU, J.: “La Reforma del Derecho del Seguro...”, cit., p. 16. LINDE PANIAGUA, E.: “Condiciones de acceso...”, cit., p. 69. Igualmente, vid., GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS, J.E.: cit., p. 105. CANO ESCUDERO/CANO PALOP.: cit., p. 73, en relación con el art. 18 del derogado ROSEP-1985.

<sup>138</sup> Reenvío justificado porque se trata del precepto que contiene una “descripción exhaustiva de las operaciones y actividades sometidas a la Ley” (LINDE PANIAGUA, E.: “Condiciones de acceso...”, cit., p. 69).

<sup>139</sup> Aquí, el reenvío parece de más difícil justificación, porque se refiere a “operaciones prohibidas” y a la sanción de nulidad de las mismas (LINDE PANIAGUA, E.: “Condiciones de acceso...”, cit., p. 69).

- \* Operaciones **preparatorias y complementarias** de las de seguro y capitalización, desarrolladas por las compañías de seguros **en su función canalizadora del ahorro, hacia la inversión.**
- \* **Actividades de prevención de daños**, vinculadas a la actividad aseguradora.

El nuevo **art. 3º, LOSupSP**, no ofrece *ninguna definición del Seguro*, a efectos de delimitar el ámbito de aplicación de los preceptos de ordenación y la propia actividad exclusiva de las entidades aseguradoras<sup>140</sup>. El **art. 2º, ROSupSP**, -como ya el antiguo ROSP.-1985- se remite al **concepto puramente contractual**, y no “empresarial”, del **art. 1º de la LCS. nº 50/1980, de 10 de octubre**<sup>141</sup>.

El sentido de este conjunto de normas se orienta a conseguir una total **transparencia** en el ejercicio de la actividad aseguradora, evitando que en la misma entidad concurriesen otros negocios que puedan determinar pérdidas o posibilitar que la Entidad aseguradora distrajera su patrimonio para otros fines<sup>142</sup>. Tan es así, que incluso hay que advertir que el “Principio de limitación del objeto social”, que se establece en los **arts. 2º, LOSupSP**, y **3º, ROSupSP**, en relación con lo dispuesto en el **art. 6º, nº 1, apdo. b), LOSupSP**, se materializa en dos niveles, progresivamente más restrictivos; a saber.:

- \* La entidad que se dedique a explotar cualquier ramo del **seguro no de vida**, igualmente podrá dedicarse a uno o más ramos cualesquiera del seguro no de vida, pero **a ninguna otra actividad mercantil, industrial o financiera**,
- \* ... Pero **tampoco** podrán ejercer las actividades pertenecientes al **Ramo de Vida (art. 11, nº 3, LOSupSP)**<sup>143</sup>.

Ahora bien -**art. 11, nº 2, LOSupSP**-, cuando se trata de **una Entidad que tiene por objeto social el ejercicio del Seguro de vida**, a la prohibición precedente se añade otra ulterior: no podrán ejercitar **ni siquiera otros ramos del seguro**, a no ser que se trate de actividades complementarias del Seguro de vida. En definitiva, se ha optado por el criterio de la **especialización**.

Por todo lo expuesto, cabe señalar que el problema de los *límites al ejercicio de la actividad* puede suscitarse en términos muy distintos según que se contemple desde la perspectiva de la actividad *estrictamente aseguradora* -no olvidemos que el régimen del Seguro privado presenta dos rasgos muy llamativos, en materia de objeto social; a saber: *la autorización “por ramos”* y *la extrema incompatibilidad del Seguro de Vida con la explotación de otros seguros distintos-*, o desde la perspectiva de la *coexistencia de la actividad aseguradora, con otras actividades económicas diferentes*.

<sup>140</sup> A diferencia del **art. 2º, nºs 2 y 4, ROSP**, según el cual.:

“... 2.- Tendrán la consideración de operaciones de seguro aquellas en las que **concurran los requisitos previstos en el artículo 1º de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de seguro**...”.

Y.:

“... 4.- Las **operaciones de previsión** a que se refiere el número 1 de este artículo, a efectos de quedar sometidas al ordenamiento jurídico de los seguros privados, son **aquellas en las que concurran los requisitos a que se refiere el número 2...**”;

es decir: **los requisitos de la noción del “Contrato de seguro”, que se contiene en la LCS. 50/1980**. Por este motivo, hay quien afirma que, en realidad, no existe diferencia esencial entre operación de seguro y operación de previsión, máxime teniendo en cuenta la amplitud del concepto del “Contrato de seguro”, pues el **art. 1º LCS, in fine**, considera que también se está en presencia de un contrato de este tipo cuando el asegurador se compromete, no sólo al pago de una indemnización por la concurrencia del siniestro, sino también: a “... satisfacer un **capital, una renta u otras prestaciones** convenidas” (OLIVENCIA RUIZ, M.: cit., p. 154).

<sup>141</sup> Vid. OLIVENCIA RUIZ, M.: cit., p. 153, quien afirma que el criterio delimitador de la materia que utiliza la Legislación de “ordenación”, coincide exactamente con el criterio delimitador de la ley mercantil. CAÑO ESCUDERO/CAÑO PALOP.: cit., ps. 18 y ss.

<sup>142</sup> CAÑO ESCUDERO/CAÑO PALOP.: cit., p. 28.

<sup>143</sup> LINDE PANIAGUA, E.: “Condiciones de acceso...”, cit., ps. 70 y s.

El art. 5º, nº 1, apdos. a) y b), LOSupSP. trata de las “operaciones prohibidas” a las entidades aseguradoras, estableciendo que lo están.:

- \* “las que carezcan de base técnica actuarial”,
- \* ... y el “ejercicio de cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora”.

De ésto se deduce la imposibilidad de desarrollar otras actividades que no sean las propiamente aseguradoras; circunstancia que podría suponer un *potencial impedimento* a las operaciones de concentración empresarial y de agrupación societaria, en la medida en que pudieran suponer una infracción del principio de *exclusividad del objeto*.

El problema que eventualmente se podría suscitar, es el problema de la posibilidad de *elusión* de esta prohibición, a través de técnicas de “ejercicio *indirecto del objeto social*”. Este fenómeno venía, hasta hace poco tiempo, contemplado, bien que de forma *incompleta*, en el antiguo art. 117, nº 4, del **Reglamento del Registro Mercantil, de 29 de diciembre de 1989**. Pero aunque este precepto haya sido derogado, y no haya sido sustituido por otro análogo, *no significa que el fenómeno no pueda reproducirse*. De hecho, en un ámbito muy alejado del mundo de los seguros privados -concretamente en la regulación del llamado “sector eléctrico”- el fenómeno ha sido recogido en términos bastante claros. Así, el art. 14, nº 2, de la nueva **Ley nº 54/1997, de regulación del Sector eléctrico**, en su art. 14, nº 2, tras establecer el principio de *exclusividad de objeto social*, respecto de las sociedades mercantiles que gestionen las “actividades reguladas”; a saber.:

- *gestión económica y técnica del sistema*
- *el transporte*
- *y la distribución,*

admite que dentro del seno de “**grupos de sociedades**” puedan llevarse a cabo *objetos sociales excluyentes* -las llamadas “*actividades incompatibles*”-, siempre y cuando sean confiados a *sociedades diferentes*, dentro del mismo grupo. El mismo precepto también permite que *una misma entidad* pueda llevar a cabo “*actividades incompatibles*”, siempre que el desarrollo de las mismas se lleve a cabo como sigue.:

- directamente, sólo una de esas actividades
- las demás, *por medio de participaciones en otras sociedades*, que lleven a cabo sus actividades en otros sectores económicos distintos al sector eléctrico, previa obtención de autorización.

**¿Cabe extender este principio a la actividad aseguradora?** En mi opinión, la respuesta debe ser **negativa**, porque -a diferencia de cuanto sucede en el sector eléctrico- en el plano del Seguro privado lo que se suscitan son problemas -irresolubles- de **agravamiento incontrolable de los riesgos ontológicos de la actividad**, en el marco de un sistema **tendente a proteger al Asegurado, a través -precisamente- del control y gestión racional de esos riesgos**. En estas condiciones, hay que distinguir entre los “**principios**” -que se oponen a la posibilidad de ejercicio indirecto de una actividad prohibida o ajena al objeto social- y su aplicación, la cual -según creo- requiere una **valoración concreta** de las circunstancias concurrentes en cada caso. Para ésto, hace falta partir de una previa distinción, que aparece con claridad en el **art. 2361, Cod.civ.it.**<sup>144</sup>.

<sup>144</sup> Vid. FERRARA Jr., F. y CORSI, F.: “*Gli Imprenditori e le società*”, edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, 9ª ed., Milán, 1994, ps. 747 y s. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “*Estudios...*”, cit., t. II, p. 272.

- @ **inversiones que no afecten al patrimonio de explotación:** estas no suscitan problema alguno, ya que una Sociedad no está obligada, en principio, a reinvertir sus beneficios en ampliar su propio capital productivo, pudiendo aplicarlos a participar en el capital de otras sociedades; circunstancia que permite *un crecimiento sin "gigantismo"*
- @ **inversiones que sí afecten al patrimonio de explotación,** porque -precisamente- se hacen *"a costa"* de ese patrimonio: estas aportaciones -a las que se suele identificar con la expresión *"cesiones de activo"*- debe considerarse que **extravasan de la competencia de los administradores sociales**, ya que -si bien dichos administradores tienen reconocidos amplísimos poderes en relación con la *enajenación y gravámen de los bienes sociales-* estas facultades deben entenderse *ordenadas en función del desarrollo del objeto social*, y -por tanto- *limitadas* por esa finalidad; razón por la cual no pueden ser llevadas a cabo, a no ser *con autorización o convalidación de la Junta General* u órgano equivalente<sup>145</sup>.

El problema será, entonces, una mera -aunque, en modo alguno, sencilla- *cuestión de hecho*<sup>146</sup>, de la que nos ocuparemos acto seguido.

### III.1.3.- Grupos de entidades de seguros y fenómenos de concentración "mixta"

En relación con los *grupos bancarios*, existen diversos modelos legislativos que se preocupan, especialmente del problema de los **límites al ejercicio de actividades** por parte de los grupos financieros en que se integra una entidad de depósito.:

- El que responde al *"Principio de especialización"*, de acuerdo con el cual el objeto de las entidades financieras, y -más precisamente- el de las entidades de depósito debe estar legalmente configurado, de forma que dichas entidades no podrán delimitar libremente la actividades que forman su objeto, sino que *tales actividades vienen determinadas por el propio legislador*.
- ... y el que responde al *"Principio de separación"*; "separación" que alude a la legalmente establecida entre las actividades de naturaleza financiera -en particular, la *"actividad bancaria"*- y *las actividades de carácter "comercial", "industrial", etc...*, y que se traduce en varias consecuencias:
  - prohibición de que las entidades de crédito desarrollen actividades industriales, comerciales, etc...
  - imposibilidad, tanto de que cualquier persona que desarrolle actividades comerciales o industriales, ostente -simultáneamente- participaciones de una o más entidades de depósito, como la de que las propias entidades de depósito tengan participaciones en entidades que desarrollan actividades comerciales o industriales...

Las diversas posibilidades de articular estos dos principios determinan las posibles estructuras de los "grupos" en los que participen "entidades de depósito"<sup>147</sup>. Trasladando estas consideraciones al ámbito de las *"entidades aseguradoras"*, hay que señalar que en el mercado de seguros se han implantado -con mayor intensidad que entre las entidades de crédito- el *"Principio de especialización"* y el *"Principio de Separación"*, de manera que existe una *"incomunicación"* legal entre las actividades de naturaleza financiera/asegurativa y las actividades de carácter "comercial", "industrial", etc..., **prohibiéndose que las**

---

<sup>145</sup> Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *"Estudios..."*, cit., t. II, ps. 272 y s.

<sup>146</sup> Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *"Estudios..."*, cit., t. II, p. 273.

<sup>147</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O.: cit., p. 99.

entidades de seguros desarrollen actividades industriales, comerciales, etc.<sup>148</sup>. Y, sin embargo, no parece que el Derecho del Seguro privado sea especialmente hostil a los fenómenos de concentración y unión empresarial. El mero hecho de que las disposiciones comunitarias, en materia de seguros, hayan introducido una regulación de las “participaciones significativas”, que no es radicalmente prohibitiva, unido a la circunstancia de que el art. 53, ROSupSP, referente a los “límites de diversificación y dispersión” de las inversiones en que se materializan las provisiones técnicas, no fije topes máximos de capital respecto de las entidades participadas accionarialmente, demuestra la “posibilidad” de los grupos de sociedades, incluso los de índole diagonal y heterogénea, en los que participen, como matrices o como filiales, entidades aseguradoras.

Por lo que se refiere a su condición de filiales, prueba de lo dicho es la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, nº 78/1998, de 27 de octubre, relativa a la Supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros, cuyo art. 1º, de forma paralela a lo que hace en el ámbito bancario la Dir. 30/1992, también distingue entre.:

a) “Sociedad holding de seguros”: toda empresa matriz cuya actividad principal consiste en adquirir y poseer participaciones en empresas filiales cuando dichas empresas filiales sean exclusiva o principalmente, empresas de seguros; empresas de reaseguros o empresas de seguros de terceros países, siendo al menos una de las filiales, una “empresa de seguros”.

b) “Sociedad holding mixta de seguros”: toda empresa matriz, distinta de una empresa de seguros, de una empresa de reaseguros o de una empresa de seguros de un tercer país, entre cuyas filiales haya, al menos, una “empresa de seguros”.

Si en el primer caso, nos hallamos, no ante una entidad aseguradora, sino ante una “sociedad de cartera”, en el segundo es aún más claro que no se trata de una entidad aseguradora. Y la reacción del Ordenamiento jurídico -en este caso del Derecho Comunitario- no es “prohibir” este tipo de situaciones, sino la implantación de un sistema de “supervisión adicional”, que -sin referirse a estas entidades no aseguradoras, singularmente consideradas- afecta a las entidades aseguradoras, cuya matriz sea -entre otras posibilidades- una “sociedad holding de seguros” o una “sociedad holding mixta de seguros”, debiendo “tener en cuenta” a las empresas “vinculadas” y a las “participantes” (arts. 2º y 3º, Dir.CE. nº nº 78/1998).

La referida “supervisión adicional” se añade y superpone al régimen previsto en las Dirs.CEE. nºs 239/1973 y 267/1979 (art. 2º, Dir.CEE. nº 78/1998), y afecta a las empresas de seguros que sean “participantes”<sup>149</sup> en otras empresas de seguros, en empresas de seguros de terceros países o en empresas de reaseguros; a las empresas de seguros cuya matriz<sup>150</sup> sea otra empresa de seguros, una empresa de seguros de un tercer país, una empresa de reaseguros o una “Sociedad holding de seguros, y también las empresas de seguros cuya matriz sea una “Sociedad holding mixta de seguros” -es decir: una sociedad no aseguradora; una sociedad cuyo objeto social no sea el ejercicio del seguro-, aunque, en cada uno de los supuestos mencionados, el régimen de supervisión adicional es distinto.

<sup>148</sup> VALENZUELA GARACH, F.: “Actividad bancaria y actividad aseguradora...”, cit., p. 869, menciona expresamente la aplicación del principio de especialización a las “instituciones que operan en el sistema financiero”, de modo que “cada tipo de institución se ocupa de un ámbito de actividad propio y específico”, de forma que ello conduciría a la imposibilidad de admitir que una misma entidad pueda simultáneamente dedicarse a actividad bancarias y aseguradoras.

<sup>149</sup> Es decir -de acuerdo con el art. 1º, Dir.CEE. nº 78/1998- aquellas empresas que sean “matriz” de otras, o que “posean una participación”; es decir: la que se define en el art. 17, Dir.CEE. nº 660/1978, o bien la tenencia, directa o indirecta, del 20 por 100, o más, de los derechos de voto o del capital.

<sup>150</sup> De acuerdo con el art. 1º, apdo. d), Dir.CEE. nº 78/1998, la empresa que se adecúe a la definición contenida en el art. 1º, Dir.CEE. nº 349/1983 (VIIº de Sociedades).

La “supervisión adicional” deberá tener en cuenta las “empresas vinculadas” a la empresa de seguros, las “empresas participantes” en la empresa de seguros y las “empresas vinculadas”<sup>151</sup> a la empresa “participante” en la empresa de seguros, a las que se refieren los arts. 5, 6, 8, 9 y 10.

Y, en cuanto a la participación de las entidades aseguradoras como matrices de grupos no financieros, hay que señalar que, en las entidades aseguradoras la función económica primordial del capital social es, **más bien de garantía**, en favor de los asegurados, **que de explotación**<sup>152</sup>; razón por la cual tal vez se adujera que la participación de una sociedad aseguradora en una agrupación o unión de empresas, como entidad dominante de otras de objeto comercial o industrial, **no impediría necesariamente a la entidad aseguradora desarrollar su propio objeto social, en condiciones de seguridad para su clientela**, ya que el problema podría suscitarse si la función preferente del capital social de la entidad de seguros/dominante/participante fuera la de explotación, pero no es así, **porque la Industria del seguro privado se explota con las primas captadas de los asegurados**; primas que no se ven comprometidas, sino todo lo contrario, porque se invierten en activos que caracterizan su cobertura<sup>153</sup>. Pero tal afirmación escondería una falacia y -por consiguiente no solventaría el problema real, ya que la cuestión de la exclusividad del objeto de las compañías de seguros afecta a la función del capital social como “instrumento de garantía” para cubrir riesgos de insolvencia.

Y, por si fuera poco, dejaría sin solución el riesgo de una posible aplicación inadecuada de los fondos captados o percibidos como “primas” de Seguro.

Así, el problema se desplaza del plano de la exclusividad del objeto social, al plano de la **disciplina de las provisiones técnicas**. Ahora bien: a pesar de lo expuesto, sería conveniente -por no decir, necesario- **modificar el objeto social de la sociedad participada, para adecuarlo a los límites de licitud del objeto de las entidades aseguradoras**<sup>154</sup>; cosa no siempre posible.

### III.2. El control de los “vínculos estrechos” y de las participaciones “significativas”

A pesar de la licitud de los procesos de concentración en que participen entidades de seguros, existe una *regulación de las “participaciones significativas” de y en el capital de dichas entidades* (Vid. art. 15, Dir.CEE. nº 49/1992 y el art. 21, LOSupSP.), muy similar a la que establece el Derecho bancario. En primer término, se establece que toda persona física o jurídica que se proponga, adquirir, directa o indirectamente, sea en el momento fundacional o con ocasión de los aumentos de capital o en el marco de un proceso de fusión o escisión, **una participación**:

- \* igual o superior al **10 por 100** del capital social, el fondo mutuo o de los derechos de voto,

<sup>151</sup> Es decir -de acuerdo con el referido art. 1º, apdo. f), Dir.CEE. nº 78/1998- aquellas empresas que sean **filiales** o que estén “participadas”.

<sup>152</sup> GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “Adquisición de la totalidad de las acciones de una Sociedad anónima y régimen especial de las Sociedades de seguros (Dictámen sobre los problemas derivados de la exclusividad del objeto social y de la posibilidad de ejercicio indirecto de actividades ajenas al mismo)”, en “*Foro gallego*”, 1993, época VII, nº 186, ps. 8 y s. TIRADO SUÁREZ, F.J.: “El capital social y el Fondo mutuo en las entidades aseguradoras”, en RDBB., 2000, nº 77, enero/marzo, p. 162, nota <2>. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. y URÍA, R.: “Comentario a la Ley de Sociedades anónimas”, t. II, 3ª ed., Madrid, 1976, p. 272. DE LA CUESTA RUTE, J.M.: “El aumento y la reducción del Capital social”, en VV.AA.: “*La Reforma de la Ley de Sociedades anónimas*”, dir. por A.Rojo Fernández-Río, edit. CIVITAS,S.A, Madrid, 1987, p. 187.

<sup>153</sup> GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “Adquisición de la totalidad de las acciones...”, cit., p. 9.

<sup>154</sup> GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “Adquisición de la totalidad de las acciones...”, cit., p. 9.

\* o que sin llegar a ese porcentaje, permita ejercer una **influencia notable** sobre la entidad participada,

deberá **informar previamente**, a la Dirección General de Seguros, comunicándoles la cuantía de dicha participación, los términos y condiciones de la operación y el plazo dentro del cual proyecte llevarla a cabo. La Dirección General de Seguros “*dispondrá de un plazo de tres meses... para oponerse a la adquisición de participación significativa o de cada uno de sus incrementos...*”, si, habida cuenta de la necesidad de **garantizar una gestión sana y prudente** de la empresa de seguros, no se hallaren satisfechas de la **idoneidad** de la persona. Por otra parte, el **art. 15, nº 4, apdo. 1, Dir.CEE. nº 49/1992** y el **art. 21, LOSupSP.**, establecen que “... *cuando las personas... ejerzan su influencia de manera tal que vaya en detrimento de una gestión prudente y sana de las actividades de la empresa de seguros*”, será posible que las Autoridades competentes **adopten las medidas oportunas para poner fin a esa situación**; medidas que pueden consistir en *requerimientos, medidas de control especial, sanciones o suspensión de los derechos de voto vinculados a las acciones o participaciones de los socios en cuestión*. Incluso se prevé la posibilidad de **revocación de la autorización** (**art. 21, nº 6, apdo. b), LOSupSP.**)

Pero no se contenta con este control, el Derecho europeo del Seguro privado, sino que también lo proyecta sobre todos los supuestos en los que una persona física o jurídica prevé o tiene la intención de **incrementar** la participación que ya poseía, hasta alcanzar o superar ciertos **límites: 20, 33 y 50 por 100**, así como cuando la **entidad aseguradora** se convierta en sociedad **dominada** por el titular de la participación (**art. 21, nº 2, párr. 1º, “in fine”, LOSupSP.**).

El problema de los grupos y de las participaciones significativas en las Compañías de seguros motivó la promulgación de ciertas -llamémosles- “*Directivas de Modificación*” de las Directivas de coordinación normativa comunitaria, en el ámbito del Seguro directo, ya fuera de Vida o bien distinto del de Vida. Se trata de la **Dir.CEE. nº 618/1990, de 8 de noviembre, que modifica, en particular por lo que se refiere al Seguro de responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles, las Directivas 73/239/CEE. y 88/357/CEE., y de la Dir.CEE. nº 619/1990, de 8 de noviembre, de Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al Seguro directo de Vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la Libre prestación de servicios, modificando la Dir.CEE. nº 267/1979**, cuyas Directivas se preocuparon de recoger las normas aplicables a las **sociedades dominadas** o filiales y a la **adquisición de participaciones significativas por sociedades dominantes**, sometidas al derecho de un Estado **no miembro de la CEE**. Se trata, pues, de disposiciones que tratan de regular problemas de relaciones entre la CEE. y “*terceros*” Estados, tratando de lograr que no exista un *tratamiento desfavorable* en dichos terceros Estados, a las compañías de seguros comunitarias, en tanto que las filiales “comunitarias” de las sociedades matrices extracomunitarias, se benefician -injustamente- de las libertades económicas reconocidas a las primeras.

Como consecuencia de la adopción de estas Directivas de modificación, se impone a las Autoridades competentes de los estados miembros el deber de *informar a la Comisión de “cualquier solicitud de autorización de una filial, directa o indirecta, de una o varias matrices que se rijan por el Derecho de un país tercero”, y de “cualquier adquisición, por parte de dichas empresas matrices, de participaciones en una compañía de seguros comunitaria, que hiciera de esta última una filial de la primera”*.

Cuando efectivamente se concediera la autorización a una de esas filiales, directas o indirectas, *la notificación*, dirigida a la Comisión por las Autoridades competentes, *debería especificar la estructura del “grupo”*.

Por lo que se refiere a los “vínculos estrechos”, el art. 8º, LOSupSP. comienza por definirlos.:

*“toda relación entre dos o más personas físicas o jurídicas que están unidas a través de una participación o mediante un vínculo de control...”*,

entendiéndose por “participación”, el hecho de poseer -directa o indirectamente- el 20 por 100 o más de los derechos de voto o del capital de una empresa aseguradora, o bien el vínculo “existente entre una sociedad dominante y una sociedad dominada en todos los casos contemplados en el artículo 42, números 1 y 2 del Código de comercio”. Asimismo se entenderá constitutiva de vínculo estrecho entre dos o varias personas físicas o jurídicas, entre las que se encuentre una entidad aseguradora, la “situación en que tales personas estén vinculadas, de forma duradera, a una misma persona física o jurídica por un vínculo de control”.

Respecto de estos “vínculos” se establece la obligación de “facilitar información sobre la existencia” de los mismos (art. 6º, nº 2, apdo. a), LOSupSP.)<sup>155</sup>, si bien, bajo este requisito -que tiene que ver, más bien con los deberes informativos<sup>156</sup>- subyace un verdadero “principio”; a saber: el de que la existencia de vínculos estrechos “no obstaculice el buen ejercicio de la ordenación y supervisión pública” sobre las entidades, hasta el punto de que la solicitud de autorización será denegada cuando tal cosa suceda. Obsérvese que, propiamente, la autorización **no se deniega** por el simple hecho de que esos vínculos **existan** efectivamente, **sino que se precisa que existencia obstaculice el buen ejercicio** de la ordenación y supervisión (arts. 6º, nº 5, párr. 2º, línea 2, LOSupSP. y 8º, LOSupSP.).

### III.3. Los grupos de entidades aseguradoras y la supervisión prudencial: margen de solvencia y consolidación contable

Las sociedades anónimas, mútuas o cooperativas de seguros y las mutualidades de previsión social, como “sociedades” que son, persiguen *fines comunes de carácter económico*, enmarcándose en el seno de los fenómenos económicos de *asignación óptima de recursos* (escasos), sobre la base de una técnica jurídica asociativa, para participar en la producción o consumo de seguros, a través de la *aportación de elementos de capital y de trabajo*. La financiación de sus necesidades puede obtenerse mediante **autofinanciación**, o bien por el cauce de la **heterofinanciación**, que -a su vez- puede adoptar dos formas diversas: el recurso al **Capital “de riesgo”**, asociando a los aportantes de recursos con el receptor de los mismos, o en el seno de este último, y el recurso al **Capital “de crédito”**; es decir: a través de la captación de recursos ajenos **con obligación de restitución de los mismos**<sup>157</sup>. A su vez, esta modalidad puede presentar dos variedades: el crédito bancario y la emisión de obligaciones<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> LINDE PANIAGUA, E.: “Condiciones de acceso...”, cit., p. 68.

<sup>156</sup> LINDE PANIAGUA, E.: “Condiciones de acceso...”, cit., p. 69.

<sup>157</sup> BROSETA PONT, M.: “Manual...”, cit., 10ª ed., p. 378. URÍA GONZÁLEZ, R.: cit., 24ª ed., p. 593. VICENT CHULIÁ, F.: “Compendio...”, cit., t. I, vol. 2º, 3ª ed., p. 791. HUECK, G.: “Gesellschaftsrecht”, cit., 19ª ed., p. 288, quien señala que, cuando una Sociedad Anónima necesita nuevas entradas de efectivo a su patrimonio, puede servirse de varios cauces: \* puede recurrir al crédito, \* inducir a nuevas aportaciones voluntarias, a cambio de privilegios, \* aumentar su capital o \* permitir aportaciones “en comandita” o “relaciones participativas”

<sup>158</sup> La financiación con obtención de capitales “a crédito”, puede presentar dos modalidades. Una de ellas consiste en el recurso al **crédito bancario**. La otra, es la **Emisión de obligaciones** (Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J.: “Asociación...”, cit., p. 45. URÍA GONZÁLEZ cit., 24ª ed., ps. 593 y s., quien se refiere exclusivamente a dos formas de obtención de financiación: el **aumento del capital social** -en cuyo caso, la captación de recursos financieros se desarrolla con capital propio- y la emisión de obligaciones, en cuyo caso se operará con capital ajeno, recibido a **crédito**. ANGULO RODRIGUEZ, L.de.: *Comentario al Artículo 282*, en EIZAGUIRRE, J.Mª.de y ANGULO RODRIGUEZ, L.de.: “Comentarios a la Ley de

Pero, sobre todo, estas entidades obtienen recursos **de las propias operaciones de seguro** que llevan a cabo, ya que a través de ellas captan **grandes sumas** de efectivo, en forma de **“primas”**, aunque lo hacen asumiendo una enorme **responsabilidad: el compromiso de pago de las indemnizaciones** -o de los capitales, o las rentas u otras prestaciones- **a los asegurados**. Y, si bien *“las buenas reglas de funcionamiento de las sociedades mercantiles y de las empresas industriales no vienen, en general, expresadas en textos reglamentarios elaborados por el Estado, ni siquiera se hallan codificadas por asociaciones o agrupaciones particulares, sino que son solamente objeto de una enseñanza comercial, en la que cada profesión expone, de una manera más o menos completa, los resultados de su experiencia profesional”*<sup>159</sup>, en el caso de las **entidades aseguradoras** existe un intenso **control público** de las empresas, que ha conducido a la Administración a **fixar las reglas esenciales que deben observar las sociedades de seguros**, debido, precisamente, a que se trata de entidades pertenecientes al sector de la intermediación financiera<sup>160</sup>.

Esas reglas se materializan en los deberes relativos a la constitución e inversión de las reservas o **provisiones técnicas**; la constitución del **margen de solvencia** -patrimonio propio que no esté afectado a ninguna otra obligación<sup>161</sup>, que permita soportar las desviaciones desfavorables en la siniestralidad o en los riesgos financieros asumidos<sup>162</sup>- y las cargas o deberes **en materia documental y contable**, las **limitaciones en el reparto de beneficios** y en las **participaciones significativas**, e incluso la participación en **fondos de garantía**, como podría ser, p.e., el que para los riesgos de la circulación existe en el **Consortio de Compensación de Seguros**<sup>163</sup>.

Existe un profundo grado de **mercantilización** en el Derecho “contable” asegurador: el **art. 20, LOSupSP**, establece un “orden de prelación de fuentes normativas”, de acuerdo con el cual la contabilidad de las entidades aseguradoras y de los grupos de estas, se regirá:

- \* Por sus normas **específicas**: los **arts. 64 al 69, ROSupSP**, además de las **normas del Plan general de Contabilidad adaptado a las entidades de seguros**, aprobado por el **RD. 2014/1997, de 26 de diciembre** y las disposiciones que lo desarrollen,

---

*Sociedades Anónimas*”, t. VIII, “*Disolución y Liquidación. Obligaciones*”, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, Madrid, 1993, p. 264. VICENT CHULIÁ, F.: “*Compendio...*”, cit., t. I, vol. 2º, 3ª ed., p. 791. TORRES ESCAMEZ, S.: “*La Emisión de obligaciones...*”, cit., p. 29. DOMINGUEZ GARCIA, M.A.: “*La Obligación como título...*”, cit., p. 1215. Idem.: “*La emisión de Obligaciones por Sociedades anónimas (Títulos y obligacionistas)*”, edit. ARANZADI, S.A., Pamplona, 1994, p. 17. HUECK, G.: “*Gesellschaftsrecht*”, cit., 19ª ed., p. 288).

<sup>159</sup> FOURASTIÉ, J.: “*Le contrôle de l’État sur les sociétés d’assurances*”, edit. DALLOZ, París, cit. por BELLANDO, J-L.: “*Les règles de gestion technique et financière*”, en BIGOT/BELLANDO/HAGOPIAN/MOREAU/PARLEANI.: cit., p. 403.

<sup>160</sup> De nuevo, FOURASTIÉ, J.: “*Le contrôle...*”, cit. por BELLANDO, J-L.: “*Les règles...*”, en BIGOT/BELLANDO/HAGOPIAN/MOREAU/PARLEANI.: cit., ps. 403 y s.

<sup>161</sup> CAÑO ESCUDERO/CAÑO PALOP.: cit., p. 197.

<sup>162</sup> DONATI/VOLPE-PUTZOLU.: “*Manuale...*”, cit., 3ª ed., p. 58.

Como resultado de los trabajos llevados a cabo en el seno de la OCDE., la Dir.CEE. n° 239/1973 introdujo el sistema del “Margen de solvencia”, en el **art. 16, apdo. 1**, estableciendo -y este es el núcleo básico y fundamental del régimen de la Directiva, modelo de las siguientes etapas armonizadoras (BLANCO-MORALES LIMONES, P.: cit., p. 65)- el principio fundamental de que toda entidad aseguradora debería constituir un margen de solvencia suficiente relativo al conjunto de sus actividades. Este Margen de solvencia se corresponde con el **patrimonio propio no comprometido**; es decir aquella parte alícuota del Patrimonio de la Empresa, que *excede de los medios necesarios para hacer frente a los compromisos asumidos*, parte alícuota que suele coincidir, en cierta medida, con el **Patrimonio neto contable**, deducidos los elementos inmateriales (PICARD/BESSON.: cit., t. II, p. 150. DONATI/VOLPE-PUTZOLU.: “*Manuale...*”, cit., 3ª ed., p. 58. BLANCO-MORALES LIMONES, P.: cit., p. 65. GUARDIOLA LOZANO, A.: cit., p. 154).

<sup>163</sup> Vid. DONATI/VOLPE-PUTZOLU.: “*Manuale...*”, cit., 3ª ed., p. 53, quienes añaden -para las entidades que operan el seguro de Vida- el régimen de la **cesión obligatoria al “Istituto Nazionale delle Assicurazioni”** de una cuota de los riesgos asumidos.

- \* En defecto de aquéllas, por el **Código de comercio** y por las disposiciones del **Plan General de Contabilidad** y “*demás disposiciones de la legislación mercantil en materia contable*”.

En este sentido, nuestro Derecho sigue fielmente la línea marcada por el **Derecho Comunitario**: al llenar el vacío creado por la **IVª Directiva Sociedades**, nº **660/1978**, sobre cuentas anuales, modificada por la **Directiva del Consejo de CEE**, nº **605/1990**, con lo dispuesto en la **Directiva del Consejo de la CEE**, nº **674/1991**, de **19 de diciembre, relativa a las Cuentas anuales y a las Cuentas consolidadas de las Empresas de seguros**, que abarca **todos los aspectos** del régimen contable de las “empresas de seguros”.

En principio es obvio que, si cada Sociedad inserta en el grupo -sea o no aseguradora- es independiente, y si cada patrimonio social tiende -por consecuencia del régimen de responsabilidad limitada- a *aislarse incluso respecto de los patrimonios de los socios*, parecería lógico suponer que, del cumplimiento de las obligaciones asumidas -negocial o extranegocialmente- por una Sociedad participada/dominada, *no habrá de responder el patrimonio de la Sociedad dominante*. Mas, como quiera que podrían suscitarse, en este punto, análogos problemas de justicia material a los planteados en materia de responsabilidad “civil” de los grupos de sociedades, agravados por las frecuentes técnicas de *despatrimonialización de las sociedades dominadas*, es preciso -una vez más- plantear la cuestión de las posibles medidas a adoptar. Y, en este sentido, cabe imaginar una alternativa; a saber:.

- # O bien se mantiene la independencia patrimonial de las sociedades filiales, pero *adoptando medidas tendentes a la conservación de su capital y su patrimonio*,
- # O bien se procede del mismo modo que en materia de responsabilidad civil -y como lógica consecuencia de la misma- a *prolongar en el plano de lo “patrimonial”, la responsabilidad de la dominante o del conjunto del grupo*, merced a la técnica del “levantamiento del velo de la personalidad jurídica”.

A decir verdad, no sería de extrañar que ambas posibilidades se encontrasen estrechamente relacionadas. Por este motivo, el interés público en la contabilidad de las entidades aseguradoras, como instrumento “simple” de protección de los terceros acreedores; es decir: con fines estrictamente *informativos*, y el interés público en la contabilidad de las entidades aseguradoras, como instrumento *orientado a la observancia de otros determinados deberes jurídico-públicos* de organización interna y gestión de los propios activos y pasivos, no se han circunscrito exclusivamente al ámbito de dichas entidades, aisladamente o singularmente consideradas, *sino que se proyectan sobre los fenómenos de concentración empresarial que las afectan*. Así, como quiera que la Contabilidad constituye un elemento fundamental *sobre el cual se sustenta la disciplina de las provisiones técnicas de las entidades de seguros; el margen de solvencia y el fondo de garantía, de las entidades aseguradoras*, se hace evidente que los “**grupos de entidades aseguradoras**” -entendida esta noción “*latissimo sensu*”- deben quedar sometidos a exigencias “**globalizadas**” en materia de supervisión prudencial, lo cual supone la **consolidación** de márgenes de solvencia, etc..., cuya observancia se va a exigir, no individualmente, sino -y perdóneme la incorrección gramatical- “**a nivel de grupo**”.

Una de las técnicas jurídicas que -dentro de la penuria que padece nuestro Ordenamiento, en materia de regulación de grupos- permite equilibrar la tutela de los intereses de grupo y los de los terceros afectados por esta nueva forma de explotación económica, consiste en la **imposición a los grupos de sociedades de ciertas obligaciones en materia contable**, que se polarizan en torno a la figura de la “**Consolidación**”; instrumento técnico de presentación de las cuentas anuales de determinadas sociedades, integradas en un grupo, que el Ordenamiento jurídico regula para que -a través de esta vía- la información contable del grupo *pueda ofrecer la informa-*

*ción relevante, de la que deriva, realmente, una imágen fiel de su situación patrimonial, financiera y de resultados, en términos de representación global de la unidad económica que subyace bajo la fragmentación jurídica*; es decir: hacer, respecto del grupo, lo que el Balance hace respecto de una empresa única<sup>164</sup>.

El deber de *confeccionar cuentas consolidadas*, en situaciones de dominio (**arts. 42, Cdc. y 4º, LMV.**) tiene por objeto solucionar el problema de la falta de transparencia en el seno del grupo, agravada por la *estructura orgánica compleja* de los grupos, que llega a desdibujar las competencias de los respectivos órganos de las sociedades aisladas y no deja traslucir los activos y pasivos que la Sociedad dominante posee por intermedio de la Dominada<sup>165</sup>. También sirve la consolidación para solventar el problema de los *conflictos de intereses, entre las diversas entidades agrupadas* y el que se refiere a la *efectividad del capital/patrimonio sociales*, en el marco de la frecuente realización de “operaciones intragrupo”, que se deciden o pueden decidirse artificialmente, en términos al margen del mercado<sup>166</sup>.

Otro objetivo de la consolidación contable, en los grupos, consiste en eludir los riesgos propios de los llamados “conglomerados plurisocietarios”, como la *potencialidad contagiosa de las situaciones de crisis económica*; es decir: eludir el riesgo de una generación de desconfianza de los terceros, en la marcha de unas sociedades integradas, o del propio grupo en sí, determinada por la mala marcha de algunas otras de las sociedades integradas<sup>167</sup>.

Los *estados contables consolidados* permiten establecer la relación entre el “Informe consolidado” y en “Informe sobre las relaciones de control” contenidas en las cuentas de la Sociedad dominante<sup>168</sup>.

Por otra parte, con la consolidación contable se obtiene una inestimable *información* en relación con la *solidez patrimonial* y la *marcha financiera* del grupo; información que adquiere especial relevancia, tanto a la hora de fijar el valor económico de la Sociedad dominante, como a la hora de analizar los parámetros de “riesgo” y “beneficio”, consustanciales a cualquier proceso inversor<sup>169</sup>.

Finalmente, la técnica de la consolidación contable permite a los analistas financieros formular *previsiones y valoraciones sobre la marcha global* del grupo, incidendo -también- en la *determinación del grado de participación de las sociedades “dependientes”, en el patrimonio de la Sociedad “dominante”*<sup>170</sup>.

En el caso de las **entidades aseguradoras**, estas razones generales, junto con las **circunstancias específicas**, propias de su actividad y del severo control administrativo

164 GIRÓN TENA, J.: “Los grupos...”, cit., p. 140. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Régimen jurídico de la Contabilidad del Empresario”, cit., p. 365. GARRETA SUCH, J.Mª.: “Introducción al Derecho contable”, cit., ps. 352 y 364. PENNINGTON, R.R.: “Pennington’s Comany Law”, edit. BUTTERWORTHS, 6ª ed., Londres/Dublín/Edinburgo, 1990, p. 739.

165 MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Régimen jurídico de la Contabilidad del Empresario”, cit., ps. 365 y s. GARRETA SUCH, J.Mª.: “Introducción al Derecho contable”, cit., p. 353.

166 MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Régimen jurídico de la Contabilidad del Empresario”, cit., p. 365.

167 MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Régimen jurídico de la Contabilidad del Empresario”, cit., p. 365.

168 MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Régimen jurídico de la Contabilidad del Empresario”, cit., p. 366.

169 MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Régimen jurídico de la Contabilidad del Empresario”, cit., p. 366.

170 MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “Régimen jurídico de la Contabilidad del Empresario”, cit., p. 366.

al que se someten, han justificado que la **Dir.CEE. nº 349/1983 (Séptima Directiva de Sociedades)**, antecedente directo del régimen de consolidación vigente en España y lógico desarrollo de la **Cuarta Dir.CEE. nº 660/1978**<sup>171</sup>, junto con el **art. 20, nº 2, LOSupSP.** y los **arts. 67 al 69, ROSupSP.** impusieran a los “grupos consolidables de entidades aseguradoras”, el deber de “**consolidación contable**”<sup>172</sup>; es decir: que las entidades aseguradoras integradas en una estructura de grupo “*sustituyan en el Balance de la dominante, la cuenta de acciones o participaciones en empresas del grupo -el valor contable de las participaciones poseídas en el capital de sociedades dominadas-, por los activos y pasivos que dichos valores representan, para, efectuados los ajustes y eliminaciones intergrupo, llevar las cuantías resultantes al balance consolidado*”<sup>173</sup>.

Noción fundamental es, aquí, la de “**grupo consolidable de entidades aseguradoras**”; una estructura formada por “*entidades aseguradoras o entidades financieras que constituyan una unidad de decisión*”, ora porque alguna de ellas ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control de las demás, o cuando dicho control corresponda a una o varias personas físicas que “*actúen sistemáticamente en concierto*”, estableciéndose una **presunción de unidad de decisión**, cuando concurra alguno de los supuestos del **art. 42, Cdc.** o cuando al 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 (**art. 20, nº 2, LOSupSP.**). En estas circunstancias, tenemos un grupo, mas -para que sea un grupo “*consolidable de entidades aseguradoras*”- es preciso que se de alguna de estas circunstancias.:

- 1.- Que una entidad aseguradora controle a las demás entidades,
- 2.- Que la entidad dominante sea una entidad cuya actividad principal consista en tener participaciones en entidades aseguradoras
- 3.- Que una persona física, un grupo de personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto, o una entidad no financiera, dominen a varias entidades, todas ellas aseguradoras (**art. 20, nº3, apdo. a), LOSupSP.**).

Concurriendo estas circunstancias, el citado **art. 20, LOSupSP.** impone a las entidades aseguradoras integrantes, ciertos **deberes informativos**: ante todo, el deber de “**comunicar la existencia del grupo**” a la Dirección General de Seguros. A partir de esta base, la Dirección General de Seguros posee importantes facultades **investigadoras**, pudiendo solicitar informaciones, efectuar inspecciones de los libros documentación y registros de las entidades..., tanto a las entidades aseguradoras, como a las personas físicas o entidades no financieras que formen parte del grupo.

Estas normas encuentran su desarrollo en el **art. 67, ROSupSP.**, que establece que formarán parte del “grupo consolidable de entidades aseguradoras”, las entidades aseguradoras y reaseguradoras, las sociedades de inversión colectiva y gestoras de instituciones de inversión colectiva, de fondos de pensiones y gestoras de cartera; las sociedades de capital-riesgo y gestoras de fondos de capital-riesgo, las “*entidades cuya actividad principal sea la tenencia de acciones o participaciones*”, las “*entidades,*

<sup>171</sup> Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: “Las condiciones de la consolidación de las cuentas anuales”, en VV.AA.: “*La reforma del Derecho español de Sociedades de Capital*”, cit., p. 745. GARRETA SUCH, J.M<sup>º</sup>: “*Introducción al Derecho contable*”, cit., p. 358. MARINA GARCÍA-TUNÓN, A.: “*Régimen jurídico de la Contabilidad del Empresario*”, cit., p. 367. EMBID IRUJO, J.M.: “*Los grupos de sociedades en la Comunidad...*”, cit., p. 364.

<sup>172</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: “*De nuevo...*”, cit., p. 31, quien señala que esta técnica de la consolidación es relativamente reciente, en el Derecho del seguro privado, incluso a pesar de que este se caracteriza por la intensa vigilancia impuesta sobre las entidades aseguradoras.

<sup>173</sup> GARRETA SUCH, J.M<sup>º</sup>: “*Introducción al Derecho contable*”, cit., p. 375. MARINA GARCÍA-TUNÓN, A.: “*Régimen jurídico de la Contabilidad del Empresario*”, cit., p. 375.

cualquiera que sea su denominación o estatuto, que, de acuerdo con la normativa que les resulte aplicable, ejerzan las actividades típicas de las anteriores” y ciertas “sociedades instrumentales”, cuya actividad suponga la “prolongación del negocio” de las entidades incluidas en el grupo consolidable o prestarles servicios auxiliares.

También intervienen en la consolidación las llamadas “**sociedades multigrupo**” y las “**sociedades asociadas**”, lo cual no resulta privativo de la consolidación en el ámbito de las entidades de seguros, sino que es común al Derecho contable de los grupos de sociedades, en general<sup>174</sup>.

La **Sección Primera, del Cap. II, LOSupSP**, trata de las “**Garantías financieras**” (las “provisiones técnicas” y el “márgen de solvencia”) estableciendo, de forma explícita, que **también los grupos consolidables** de entidades aseguradoras, igual que las entidades individuales, “... *deberán disponer, en todo momento, como margen de solvencia, de un patrimonio consolidado no comprometido, sujetándose a lo dispuesto en el número 2 del artículo 20, suficiente para cubrir las suma de las exigencias legales de solvencia aplicables a cada una de las entidades del grupo*” (art. 17, LOSupSP). Y, si forman parte del Grupo entidades de otra naturaleza, podrán establecerse reglamentariamente exigencias específicas de suficiencia de recursos propios consolidados.

El **art. 17, nº 4**, establece que el cumplimiento por el grupo de lo dispuesto en el número precedente, no exonerará a las entidades de “*financieras*” que formen parte del grupo, de *cumplir individual o subconsolidadamente* las exigencias de recursos propios. Dichas entidades serán supervisadas por el órgano o ente público que corresponda, según su legislación específica.

Por otra parte, la **Dir.CE. nº 78/1998** impone a las “*empresas de seguros que sean participantes en al menos una empresa de seguros, una empresa de reaseguros o una empresa de seguros de un tercer país*” lo que se denomina un “**cálculo de solvencia ajustada**”, de acuerdo con alguno de los diferentes métodos de cálculo de su **Anexo I** -de “**deducción y agregación**”, de “**deducción de los requisitos**” y de “**consolidación**”-, so pena de que, en caso de insuficiencia de ese nivel de solvencia ajustada, las Autoridades puedan adoptar las medidas pertinentes (art. 9º, Dir.CE. nº 78/1998).

#### **IV.4. Los grupos de entidades aseguradoras y las “operaciones intragrupo”**

El **art. 8º, Dir.CEE. nº 78/1998** establece que los Estados miembros dispondrán que las Autoridades competentes sometan a “**supervisión general**” las “**operaciones intragrupo**”; es decir: las operaciones concluidas entre una “Empresa de seguros” y las “*empresas vinculadas*” a la empresa de seguros, las “*empresas participantes*” en la empresa de seguros y las “*empresas vinculadas*” a la empresa “*participante*” en la empresa de seguros. O entre una “Empresa de seguros” y una *persona física* que posea una *participación en*:

- \* la propia empresa de seguros o cualquiera de sus empresas vinculadas
- \* una empresa “*participante*” en la empresa de seguros
- \* una “*empresa vinculada*” a la empresa “*participante*” en la empresa de seguros.

<sup>174</sup> La evolución de la forma de operar de los grupos -principalmente transnacionales-, que pasan a canalizar parte de sus actividades hacia sociedades con las que les unen vínculos de mera asociación, y -en general- vínculos menos sólidos que los de “grupo” -en el sentido del **art. 42, Cdc.**-, como es el caso de las “*entidades multigrupo*” y las “*joint-ventures*”, en las que *desaparece* la “*dirección única*”, sino compartida, porque se trata de sociedades *cuyo capital pertenece a dos o más grupos*, hizo necesario ampliar el ámbito de la consolidación para dar entrada a estos supuestos (GARRETA SUCH, J.M.º: “*Introducción al Derecho contable*”, cit., ps. 365 y s.).

Las operaciones intragrupo afectadas serán, “*en particular*”: los *préstamos*, *garantías* y operaciones no consignadas en el balance, *elementos computables para el margen de solvencia*, *inversiones*, operaciones de *reaseguro*, acuerdos para el *reparto de gastos*. Y si de la información obtenida al respecto se desprendiera que **la solvencia de la entidad pudiera verse comprometida**, la Autoridad competente “**adoptará con respecto a esta empresa las medidas pertinentes**”.