



GRUPOS, CONTROL Y PARTICIPACIONES EN LA NORMATIVA DE SEGUROS

JOSÉ LUIS MAESTRO MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Civil

Inspector de Seguros del Estado (excedente)

SUMARIO: 1. Antecedentes. Control y unidad de decisión.- 2. La aproximación entre ambos términos.- 3. La cuestión en el grupo consolidable de entidades aseguradoras.- 4. La composición del grupo consolidable.- 5. Supuestos de grupo consolidable.- 6. La problemática de los grupos horizontales.- 7. Control y grupo consolidable.- 8. Vigencia del concepto de unidad de decisión.- 9. Interferencia del ROSSP en el concepto de control.- 10. El concepto de participación.- 11. Otros significados del término participación.- 12. Participaciones significativas.- 13. Consideración final.

RESUMEN

La incidencia de normas de ordenación de la actividad aseguradora, junto a la de normas contables y de derecho mercantil, sobre una misma realidad, o sobre realidades muy próximas, ha dado lugar a una notable confusión de orden terminológico que, con frecuencia, se traduce en una correlativa dificultad para aprehender el significado y el alcance de los conceptos subyacentes. Tal sucede con conceptos que, aparentemente, son idénticos en su sustancia y sólo difieren en cuando a su ámbito material, como son los de grupo de sociedades y grupos consolidables de entidades aseguradoras; o con conceptos que son, aparentemente, equivalentes, como los de unidad de decisión, control o dominio, pero a los que, con frecuencia, la propia normativa no permite considerar como sinónimos. Algo similar ocurre con la definición de participación, a la que, según se trate de la normativa contable o de la de supervisión, y, dentro de ésta, según la finalidad a la que la participación atienda, se le otorga un significado diferente. Los nume-

rosos cambios experimentados por la legislación mercantil y por la normativa aplicable al sector financiero, sin la deseable coordinación entre una y otra, han venido a favorecer la confusión; de modo que la simple descripción de las dificultades interpretativas surgidas de una situación de esta índole, y el consiguiente desbroce de la casuística a que la misma ha dado lugar, es ya de por sí una labor ardua; como aún más lo es el llegar a conclusiones de aceptable claridad. Sin embargo, la materia objeto de toda esta normativa no presenta, en sí misma, especial dificultad: ésta proviene, en exclusiva, de la complicación legislativa creada en torno a ella.

1. ANTECEDENTES. CONTROL Y UNIDAD DE DECISIÓN

Las normas de ordenación de los seguros privados, y otras conexas, como las de índole contable, en relación con la participación de empresas aseguradoras en el capital de otras, presentan cierta confusión terminológica que a veces dificulta la visión de cuál es la realidad subyacente. Así, la citada normativa utiliza a veces el término «control» para establecer la existencia de un grupo de sociedades en sentido económico; pero en otras ocasiones se utiliza, indistintamente, el de unidad de decisión o el de dominio; y no sólo en relación con los grupos de sociedades en el sentido indicado, sino también para referirse a la existencia de los llamados vínculos estrechos, o para definir el ámbito material de los denominados grupos consolidables de entidades aseguradoras; concepto éste que, como es sabido, no coincide con el de grupo de sociedades a efectos mercantiles. Algo parecido sucede con el término «participación», que también resulta, en cierta medida, anfibológico, como en seguida tendremos ocasión de ver.

Lo cierto es que la coincidencia de normas de supervisión, mercantiles y contables sobre un mismo ámbito material de actuación, con frecuentes remisiones de las unas a las otras, y sin que las modificaciones experimentadas por alguna de ellas tengan su correlativo reflejo en las demás, ha hecho relativamente compleja la articulación de conceptos y la realización de interpretaciones en un campo que no debería haberse prestado a tales dificultades. Así, si abordamos en primer término la problemática conceptual correspondiente al grupo de sociedades, los problemas empiezan a surgir cuando se trata de definir a éste mediante la construcción de conceptos que parecen constituir su elemento definitorio, pero que luego o no se encuentran adecuadamente perfilados, o aparecen en contradicción unos con otros, aunque, desde otro punto de vista, pudieran parecer sinónimos. Tal es el caso de conceptos como el de control o de unidad de decisión, que aparecen profusamente citados en las normas reguladoras de esta materia, sin que, hasta fecha muy reciente, haya sido posible dilucidar cuál de ellos era el decisivo para conformar un grupo de sociedades, o para dar lugar al nacimiento de obligaciones conexas con la existencia del grupo, cual es de la obligación de consolidar; o sea, de presentar las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados.

La noción de control es importante, porque en ella se ha basado la articulación del concepto de grupo de sociedades, en general, y de grupo consolidable de entidades aseguradoras, en particular; siendo, además, al concepto de control al que se hace frecuente referencia en la normativa reguladora de la actividad aseguradora, en la que, por otra parte, parece que se ha asimilado dicho concepto al de unidad de decisión, como si se tratase de conceptos en cierto modo equivalentes, cuando no sinónimos.

Así, el artículo 20.2 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (en adelante LOSSP), en su redacción original, disponía que, para el cumplimiento del margen de solvencia y, en su caso, de las demás limitaciones y obligaciones previstas en dicha ley, las entidades aseguradoras consolidarán sus estados contables con los de las demás entidades aseguradoras y entidades financieras que constituyan con ellas una unidad de decisión; precisando a continuación que, a los indicados efectos, se entiende que un grupo de entidades constituye una unidad de decisión cuando alguna de ellas ejerce o puede 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.

La técnica legislativa seguida en relación con este precepto dejaba bastante que desear, ya que bajo la imperatividad de los términos en que el mismo se expresaba, dejaba en el aire una serie de cuestiones que deberían haber sido resueltas con mayor claridad. En primer lugar, la referencia a un grupo de entidades parece sugerir que se dejaba al margen a las sociedades que no fueran entidades aseguradoras o entidades financieras, ya que, de otro modo, se habría utilizado el término «sociedades», que es el normal en el ámbito del derecho mercantil. Así parece corroborarlo el apartado 3 de este mismo artículo, relativo a los grupos consolidables de entidades aseguradoras, que fue reproducido en casi idénticos términos en el mismo artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (en adelante TRLOSSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, y en el que se hace hincapié en la noción de que el grupo en cuestión se halla constituido por entidades financieras. Por otra parte, el artículo 20 bis de la mencionada LOSSP¹ hacía específica referencia a que la obligación de consolidar establecida en el artículo 20 se contrae a los grupos consolidables de entidades aseguradoras, al tiempo que da entrada al concepto, más amplio, de grupo de sociedades, al decir que la obligación de consolidar establecida en dicho artículo 20.2 es independiente de la establecida en el Código de Comercio para los grupos de sociedades que integren entidades de seguros; lo que abona la idea de que la utilización del término “entidades”, en lugar de “sociedades», es plenamente intencionada. Adicionalmente, parece que la obligación de consolidar que se establecía para los grupos consolidables de entidades aseguradoras sólo regía para el cumplimiento del margen de solvencia y demás limitaciones y obligaciones previstas en la propia Ley.

1 Introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, y posteriormente incorporado como artículo 21 al TRLOSSP.



Ahora bien, aun cuando la cuestión se circunscribiera a los grupos consolidables de entidades aseguradoras, seguía sin quedar clara la distinción entre unidad de decisión y control, como elementos configuradores del grupo en cuestión, ya que la LOSSP no definía ni una ni otro. En este sentido, esta última se limitaba a decir que se presume que hay unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio, omitiendo toda precisión en cuanto al contenido del término control. No obstante, la relación que ese artículo establecía entre control y unidad de decisión parecía sugerir que la LOSSP consideraba a ambos conceptos como sinónimos.

Sucede, sin embargo, que la evolución posterior de la legislación mercantil, a la cual se remitía la norma de supervisión, ha determinado que, al menos en el ámbito de la indicada legislación, dicha asimilación de conceptos haya acabado por resultar insostenible, como luego veremos; lo que da lugar a que la posibilidad de confusión latente en el texto de la norma supervisora se haya agudizado con el paso del tiempo. En todo caso, y por ir viendo la evolución del problema al hilo de los acontecimientos registrados desde la publicación de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, interesa poner de manifiesto que, a la fecha de publicación de la Ley, el artículo 42 del Código de Comercio al que el mencionado artículo 20 se remitía para establecer el concepto de unidad de decisión era, lógicamente, el entonces vigente, cuyo apartado 1 decía lo siguiente:

«1. Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, en la forma prevista en este Código y en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre con relación a ésta en alguno de los casos siguientes:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) Haya nombrado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en los dos primeros números de este artículo.*

Era, pues, sólo en esos casos cuando se presumía que había unidad de decisión conforme a la remisión al Código de Comercio efectuada por el artículo 20.2 LOSSP. Por otra parte, y a primera vista, parece que según la LOSSP unidad de decisión y control debían entenderse como sinónimos, ya que en el texto legal se decía que hay unidad de decisión cuando se ejerce el control; de modo que el ejercicio de dicho control, aunque no se definiera qué se entiende por tal, daría lugar a la aparición de la unidad de decisión. Y, aunque ésta tampoco se definiera, parece que debería entenderse que ésta exis-

tiría, al menos, en los supuestos antes mencionados; sin perjuicio de que, en abstracto, pudiera también existir en otros casos, aun cuando en tales supuestos surgiría la dificultad de que, al no haberse definido lo que es unidad de decisión, la concurrencia de la misma fuera de las situaciones previstas en el precepto legal antes reproducido sería una cuestión a dilucidar caso por caso.

2. LA APROXIMACIÓN ENTRE AMBOS TÉRMINOS

Ahora bien, aun cuando parece claro que, en el contexto de la LOSSP, según su redacción original, el control da lugar a la existencia de unidad de decisión, la recíproca no parece tan evidente; es decir, cabe dudar de si la existencia de unidad de decisión determina, necesariamente, el nacimiento de una relación de control. Como más adelante veremos, este punto ha vuelto a ser puesto en cuestión con motivo de la reciente reforma mercantil en materia de sociedades. Aunque lo que sí parecía dejar claro la LOSSP es que la concurrencia de una unidad de decisión daba lugar a la obligación de consolidar.

La cuestión pareció quedar resuelta con la modificación del Código de Comercio llevada a cabo por la ley 62/2003, de 30 de diciembre, la cual modificó, entre otros, el ya citado artículo 42.1, en el sentido de que ya no se limitaba a indicar los casos en que había obligación de consolidar, sino que se aprovechaba la referencia a los mismos para proporcionar una definición del grupo de sociedades, que faltaba en la redacción anterior. Así, según la redacción dada por la ley indicada, existe grupo cuando varias sociedades constituyen una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe una unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con ella en alguna de las situaciones que, conforme a la redacción anterior, dan lugar a la obligación de consolidar. De esta forma, además de perfilar los conceptos de sociedades dominantes y sociedades dependientes, se articula el concepto de grupo en torno a la idea de unidad de decisión; lo que pareció hacer que confluyeran las disposiciones de la LOSSP y del Código de Comercio, que, en esta materia, ha de tomarse como norma de referencia.

Además, la mencionada Ley 62/2003 modificó el Código de Comercio, entre otras cosas, añadiendo al apartado 1 del artículo 42 un párrafo conforme al cual a los derechos de voto de la sociedad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes, o través de personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes, o aquellos de lo que disponga concertadamente con cualquier otra persona². La citada modificación también afectó al apartado 2 del citado artículo 42 del Código de Comercio, para ampliar el concepto de unidad de decisión, conforme al siguiente tenor:

2 Mención ésta que fue luego recogida en el apartado 2 del artículo 20 del TRLOSSP



2. Se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta»³.

Consecuente con su técnica de remisión al Código de Comercio, el TRLOSSP, publicado, como se ha dicho, en 2004, se hizo eco de esa modificación de la norma mercantil y, al remitirse al indicado Código para establecer los casos en que hay unidad de decisión, lo hizo a los apartados 1 y 2 de su artículo 42, modificando, en este sentido, el texto anterior de la LOSSP; si bien, en el resto del artículo, el texto del TRLOSSP mantuvo prácticamente la misma redacción contenida en su antecesora, la LOSSP.

Así, vinieron a coincidir las presunciones establecidas en el TRLOSSP y en el Código de Comercio en cuanto a los supuestos en que debe entenderse que hay unidad de decisión; coincidencia que no existía antes de la reforma mercantil de 2003, ya que el Código de Comercio omitía toda referencia a este concepto, por más que los supuestos previstos en el mismo para establecer la obligación de consolidar eran los que el TRLOSSP utilizaba para configurar el concepto de unidad de decisión. Con todo, la armonización entre uno y otro texto legal no acababa de ser completa, por cuanto que, así como el Código de Comercio establecía con claridad que la unidad de decisión daba lugar a la existencia de grupo de sociedades, en el TRLOSSP se mantenía la idea de que una cosa es la unidad de decisión y otra el ejercicio del control de una sociedad sobre otra u otras. Así, cuando el artículo 20.2 del TRLOSSP se refería a un grupo de entidades que constituya una unidad de decisión, ello no implicaba necesariamente que se tratase de un grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, en el que hay una sociedad dominante y otras dependientes, sino que, a falta de mayor precisión, cabría entender que se trataba de grupo en el sentido de conjunto o pluralidad de sociedades en el que concurren determinadas circunstancias. Es más que probable que no fuera ésta la intención de los redactores de la Ley, pero la forma imprecisa en que ésta quedó redactada daba lugar a esta interpretación.

El TRLOSSP también establecía la presunción de existencia de unidad de decisión y, por tanto, de existencia de grupo, conforme a lo que se acaba de indicar, en el supuesto previsto en el artículo 42.2 del Código de Comercio, que, a la fecha de promulgación del TRLOSSP (29 de octubre de 2004), era el correspondiente a la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, a cuyo tenor se presume igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallan bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del

3 El texto de este apartado 2 fue introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, ya que en la redacción anterior este apartado se refería a un supuesto totalmente distinto: el de que a los votos de la sociedad dominante se añadirían los que correspondiesen a las sociedades dominadas por ésta, así como a otras personas que actuasen en su propio nombre, pero por cuenta de alguna de aquéllas.



órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración de la sociedad dominante, o de otra dominada por ésta⁴.

La idea de dirección única guarda alguna relación con el supuesto que preveía el mismo artículo 20.2 del TRLOSP, conforme al cual también existe unidad de decisión, en relación con un conjunto de sociedades, cuando dicho control corresponde a una o varias personas físicas, que actúan sistemáticamente en concierto. Como puede verse, utilizamos la expresión «conjunto» de sociedades, por no utilizar la de grupo, que es la que utilizaba la ley, porque, como ya hemos indicado, existe un concepto legal de grupo que no se corresponde necesariamente con los supuestos que el TRLOSP contemplaba. Si bien la referencia que este último hacía a personas físicas (no jurídicas) que, además, actúen sistemáticamente en concierto, tomada de la Ley 13/1992 sobre supervisión en base consolidada de las entidades financieras y su normativa de desarrollo, resulta bastante más restrictiva que la de dirección única establecida por el Código de Comercio en la redacción dada por la ley 62/2003. En todo caso, si se toma dicho Código como referencia y, como se ha dicho, es la existencia de unidad de decisión lo que da lugar al nacimiento del grupo de sociedades, habría que concluir que también en el supuesto a que acabamos de referirnos estaríamos en presencia de una estructura societaria de este tipo.

Así pues, como la idea de unidad de decisión se articula en torno a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 42 del Código de Comercio, y éste, tras la reforma de 2003, sí que identifica unidad de decisión con grupo de sociedades, es a través de dicho precepto cómo podría llegarse, por vía indirecta, a establecer la misma identificación en el entorno del TRLOSP. Es decir, habría sido necesaria la reforma del Código de Comercio para que la noción de grupo de sociedades subyacente en el TRLOSP pudiera adquirir todo su sentido. De esta forma, cabría también atribuir sentido al término control, ya que la definición de unidad de decisión según el Código de Comercio implicaba la presencia de una sociedad dominante y una o varias sociedades dependientes; y, por lo que respecta al artículo 42.1 del Código de Comercio, como la atribución de dicha condición dependía de que la sociedad dominante se encontrase respecto de las dependientes en cualquiera de las situaciones previstas en dicho precepto legal, parece correcto concluir que la concurrencia de cualquiera de dichas situaciones era equivalente a la noción de control.

3. LA CUESTIÓN EN EL GRUPO CONSOLIDABLE DE ENTIDADES ASEGURADORAS

La problemática que estamos analizando se vio afectada en cierta medida por la modificación del TRLOSP llevada a cabo mediante la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sec-

4 Como se ha indicado, el texto de este apartado, que amplió los supuestos en que hay unidad de decisión fue introducido por la Ley 62/2003. Como luego se verá, este apartado fue modificado de nuevo posteriormente, eliminándose toda referencia al concepto de unidad de decisión.



tor financiero; la cual, además de regular determinadas cuestiones relacionadas con la materia que sugiere su título, dio nueva redacción, entre otros, a los apartados 2 y 3 del artículo 20 del TRLOSSP, mejorándola notablemente y corrigiendo evidentes defectos de sistemática; aun cuando algunas cuestiones siguen pendientes de clarificación, como luego se verá.

La primera modificación de importancia, y también la primera que necesitaría de la clarificación a la que acabamos de referirnos, es la relativa al perímetro de la consolidación establecido en el artículo 20.2 para los grupos consolidables de entidades aseguradoras. Según el indicado precepto, para el cumplimiento del margen de solvencia y, en su caso, de las demás limitaciones y obligaciones previstas en la ley, las entidades aseguradoras consolidarán sus estados contables con las demás entidades aseguradoras o entidades financieras que constituyan con ellas una unidad de decisión o en las que tengan una participación en el sentido indicado en el artículo 185 de la Ley de Sociedades Anónimas⁵.

La primera parte del precepto es idéntica a la correspondiente a la redacción anterior, por lo que, al igual que sucedía en aquélla, surge la cuestión de determinar cuándo hay unidad de decisión, para lo que la norma aseguradora se remite a los supuestos contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 42 del Código de Comercio, que, en la redacción dada por la Ley 62/2003, se limitaba a establecer en qué situaciones debe entenderse que hay unidad de decisión; lo que, lógicamente, resultaba de muy limitada utilidad, porque decir que se presume que hay unidad de decisión cuando según el Código de Comercio debe entenderse que hay unidad de decisión no supone una gran aportación al tema que comentamos. Más útil hubiera sido que, si en ese mismo artículo 20.2 del TRLOSSP se apuntaba la noción de control como eje directriz de la existencia de grupo consolidable de entidades aseguradoras, se hubiera optado por formular un concepto legal de control que clarificase definitivamente la cuestión. Sobre la utilidad de mantener el concepto de unidad de decisión volveremos más adelante.

Por otra parte, la modificación del artículo 20.3 del TRLOSSP ha precisado con mayor rigor el perímetro del grupo consolidable, por lo que, en cierto modo, ha subsanado por esta vía la omisión de la definición que, de otro modo, podría haberse echado en falta. Pero lo que sí continúa siendo relativamente incoherente es la referencia a que las demás entidades con las que las entidades aseguradoras han de consolidar sus estados contables han de constituir con ella una unidad de decisión; no porque, como hemos indicado, falte un preciso concepto de ésta, sino porque puede haber situaciones en que entidades aseguradoras formen una unidad de decisión con entidades financieras, pero en una posición subordinada a las mismas; es decir, que sean dependientes de otras entidades financieras, en cuyo caso parece bastante improcedente que el deber de consolidación no se imponga a la sociedad dominante, sino a la que de ella depende.

En otro orden de cosas, se hace referencia a la obligación de consolidar en relación

5 Redacción conforme a la Ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros.

con las sociedades en las que se tenga una participación en el sentido del artículo 185 de la Ley de Sociedades Anónimas. Como luego tendremos ocasión de ver, en relación con una cuestión de mayor calado que la que ahora comentamos, este artículo ha sido derogado por la Ley 16/2007, de 4 de julio. Con todo, la situación a que el mencionado precepto se refería era la participación superior al 20 por 100 en el capital de otra sociedad (o del 3 por 100 si ésta cotiza en Bolsa); situación que, con vistas a la obligación de consolidar, queda subsumida, a pesar de la derogación del precepto a que se remite la norma de supervisión, en los supuestos establecidos en la normativa contable de las entidades aseguradoras; sin que, por otro lado, se presente aquí el problema al que acabamos de aludir con motivo de nuestro comentario sobre la unidad de decisión, porque, así como una entidad aseguradora puede constituir una unidad de decisión con otras entidades financieras, sin ser ella la dominante y, por tanto, puede estimarse que resulta inapropiado imponerle el deber de consolidar, aquí sí está claro que son las entidades aseguradoras las que tienen participación en otras; razón por la cual se impone a las entidades participantes el deber de consolidar sus estados contables.

En relación con el apartado 3 del artículo 20, un punto positivo que hay destacar de la modificación es que, con independencia de que en el apartado anterior se haya dicho que las entidades aseguradoras consolidarán sus estados contables para el cumplimiento del margen de solvencia y demás obligaciones previstas en la Ley, en este apartado se dice con claridad que los grupos consolidables de entidades aseguradoras (a los que en seguida se hará referencia) están sujetos al deber de consolidación. Deber éste que se impone, por tanto, con independencia de la finalidad de cumplir con el margen de solvencia, y que, hasta la modificación legislativa que ahora estamos comentando, no se contenía en la Ley sino de forma indirecta en el artículo 21. Además, la nueva redacción del artículo 20.3 incluye una nueva definición de grupo consolidable de entidades aseguradoras, que también mejora la redacción anterior, aunque no todos los problemas que la misma planteaba han quedado resueltos, como a continuación tratamos de explicar.

Según la nueva redacción del artículo 20.3, se considera que un grupo de entidades financieras constituye un grupo consolidable de entidades aseguradoras, determinándose reglamentariamente los tipos de entidades integrados en aquél, cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. Que una entidad aseguradora controle a las demás entidades.

2ª. Que la entidad dominante sea una entidad cuya actividad principal consista en tener participaciones en entidades aseguradoras.

3ª. Que una empresa cuya actividad principal consista en tener participaciones en entidades financieras, una persona física o un grupo de personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto o una entidad no consolidable con arreglo a esta Ley⁶ con-

6 Con arreglo al artículo 3 bis del artículo 20 del TRLOSSP, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 2, las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión no formarán parte del grupo consolidable de entidades aseguradoras; por lo que debe entenderse que son éstas las entidades no consolidables a que el precepto legal se refiere.



trolen a varias entidades financieras, siendo al menos una de ellas una entidad aseguradora, y siempre que las entidades aseguradoras sean las de mayor dimensión relativa entre las entidades financieras, de conformidad con los criterios que establezca al efecto el Ministro de Economía y Hacienda.

4. LA COMPOSICIÓN DEL GRUPO CONSOLIDABLE

La primera conclusión que se desprende del artículo 20 del TRLOSSP es que el grupo consolidable de entidades aseguradoras es un conjunto de entidades que responde al concepto de grupo de sociedades, que, en principio, es el establecido por el Código de Comercio; bien que cualificado porque el ámbito material del grupo en cuestión es más reducido que el que correspondería a la aplicación de lo dispuesto en el mencionado Código, ya que las entidades que integran el grupo han de ser exclusivamente entidades financieras. Por otra parte, se trata también de un grupo *sui generis*, en el sentido de que el grupo de sociedades, tal como se define en el Código de Comercio, implica la noción de que hay una entidad dominante y una o varias dependientes. Sin embargo, como hemos visto, la norma de supervisión aseguradora admite también la posibilidad de que el control que, en los supuestos previstos en el Código de Comercio y legislación complementaria, lo ejerce una sociedad, pueda también ejercerlo una o varias personas físicas. En todo caso, quedarían fuera del grupo consolidables las entidades no financieras.

El TRLOSSP, sin embargo, no define qué sean entidades financieras. Las entidades financieras no se definían, pero se acotaba cuáles eran éstas, en el Real Decreto 1343/1992, de desarrollo de la Ley 13/1992, de 1 junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras, de la que trae su causa toda esta normativa. El indicado Real Decreto fue modificado por el de 11 de noviembre de 2005 (Real Decreto 1332/2005), por el que se desarrolla la ley 5/2005, de 22 de abril, de supervisión de los conglomerados financieros y por la que se modifican otras leyes del sector financiero, pero que, básicamente, y salvo en lo relativo al cambio de denominación de las sociedades y agencia de valores por la de empresas de servicios de inversión, mantuvo la misma redacción que la norma anterior en cuanto a cuáles eran las entidades que tenían la consideración de entidades financieras. Finalmente, el mencionado Real Decreto 1343/1992 fue derogado por el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, que sólo se refiere a los grupos de entidades de crédito y de sociedades de inversión. En principio, cabría, pues entender que el grupo consolidable de entidades aseguradoras se integra por entidades financieras de las mencionadas en las normas antes citadas.

Pero, como se acaba de ver, después de hacer esa mención a las entidades financieras, el artículo 20.3.a) del TRLOSSP continúa diciendo que el grupo de entidades financieras susceptible de conformar el grupo consolidable ha de hallarse integrado por

los tipos de tales entidades que reglamentariamente se determinen; por lo que cabe afirmar que toda la regulación sobre esta materia en el ámbito asegurador se encuentra en la normativa de supervisión propia de esta actividad, lo que no deja de ser una ventaja frente a lo que, de otro modo, sería una situación legislativa en la que habría una difícil convivencia entre normas aplicables a entidades de crédito, a entidades aseguradoras y a sociedades y agencias de valores, o empresas de inversión. La determinación reglamentaria en cuestión se ha efectuado por medio del artículo 67.1 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, según el cual formarán parte del grupo consolidable de entidades aseguradoras las siguientes:

- a) *Las entidades aseguradoras y reaseguradoras.*
- b) *Las sociedades de inversión colectiva.*
- c) *Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las gestoras de fondos de pensiones.*
- d) *Las sociedades de capital-riesgo y las gestoras de fondos de capital-riesgo.*
- e) *Las entidades cuya actividad principal sea la tenencia de acciones o participaciones, salvo que se trate de sociedades financieras mixtas de cartera sometidas a supervisión en el nivel del conglomerado financiero que no estén controlada por una entidad aseguradora o reaseguradora.*
- f) *Las entidades, cualquiera que sea su denominación o estatuto, que, de acuerdo con la normativa que les resulte aplicable, ejerzan las actividades típicas de las anteriores.*
- g) *Las sociedades instrumentales cuya actividad principal consista en la prolongación del negocio de las entidades incluidas en el grupo consolidable o prestar servicios auxiliares a las entidades referidas anteriormente. Quedan incluidas en este apartado, entre otras, las sociedades de mediación en seguros privados, las sociedades de peritación y tasación y las sociedades sanitarias.*

Lo que sí parece claro es que, a la vista de la anterior relación, está de más la referencia que se hace en el artículo 20.3.a) del TRLOSSP a que las entidades integrantes del grupo consolidable de entidades aseguradoras hayan de ser entidades financieras, porque es claro que la indicada relación incluye a entidades que no son entidades financieras y excluye, en cambio, a entidades financieras tan caracterizadas como las entidades de crédito o las empresas de servicios de inversión⁷. Habría bastado, y habría sido más riguroso, haber omitido en la propia Ley toda referencia a entidades financieras. En todo caso, lo esencial es que el grupo se halle constituido exclusivamente por entidades de las relacionadas en el artículo

7 En la Ley 13/1992 ya se dispone que las entidades aseguradoras no consoliden sus estados contables con las entidades de crédito ni con las sociedades o agencias de valores; y esta exclusión, no ya del ámbito de la consolidación, sino del grupo consolidable de entidades aseguradoras, ha venido a confirmarse por la adición al artículo 20 del TRLOSSP de un nuevo apartado 3 bis, en virtud de la modificación de dicho texto legal llevada a cabo mediante la Ley 5/2005.

lo 67.1 del ROSSP, del que, lógicamente, se hallan excluidas las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión; de modo que el conjunto formado por dichas sociedades puede hallarse integrado en otro más amplio, que constituya un grupo de sociedades conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio, y que, en consecuencia, estaría sujeto a la obligación de consolidar con arreglo a lo dispuesto en el mismo. Es el supuesto a que se refiere el artículo 21 del TRLOSSP, cuando dice que la obligación establecida en el apartado 2 del artículo 20 es independiente de la obligación de formular las cuentas anuales consolidadas que establece el Código de Comercio para los grupos de sociedades que integren entidades de seguros.

5. SUPUESTOS DE GRUPO CONSOLIDABLE

En tales condiciones, cualquiera de los tres supuestos previstos en el artículo 20.3.a) del TRLOSSP da lugar a la existencia de grupo consolidable de entidades aseguradoras; y todos esos supuestos tienen como denominador común la concurrencia de una relación de control, bien porque así se diga expresamente en la norma, bien porque la referencia al mismo sea implícita, al aludir a dicha circunstancia mediante el empleo de alguna de las fórmulas que son equivalentes a la existencia de dicho control, entendido éste en el sentido a que antes hemos hecho mención. Así, en el primero de los supuestos establecidos por la ley, es decir, que una entidad aseguradora controle a las demás entidades, se trataría de una sociedad dominante, que sería una entidad aseguradora, y de una o varias sociedades dependientes, todas las cuales habrían de pertenecer a alguna de las tipologías a que se hace referencia en el artículo 67.1 del ROSSP.

El segundo de los supuestos, esto es, el de que la entidad dominante sea una entidad cuya actividad principal consista en tener participaciones en entidades aseguradoras, la referida entidad dominante parece que debería ser de la contempladas en el apartado e) del artículo 67.1 del ROSSP, o sea, una entidad cuya actividad principal sea la tenencia de acciones o participaciones, pero cualificada por la circunstancia de que ha de tratarse de acciones o participaciones de sociedades aseguradoras. En la práctica, esto implica que la actividad principal de la sociedad tenedora de acciones ha de limitarse a la tenencia de acciones de entidades aseguradoras, ya que, dejando aparte el caso de las mutuas, en cuyo fondo mutual no se pueden tener participaciones en el sentido que éstas constituyan valores negociables, las entidades aseguradoras sólo pueden revestir la forma de sociedades anónimas y, por tanto, la participación en su patrimonio sólo puede materializarse mediante la tenencia de acciones.

El tercer supuesto de grupo consolidable de entidades financieras es el de que una empresa cuya actividad principal consista en tener participaciones en entidades financieras, una persona física o un grupo de personas físicas que actúen sistemáticamente en

concierto o una entidad no consolidable con arreglo a esta Ley⁸ controlen a varias entidades financieras, siendo al menos una de ellas una entidad aseguradora, siempre que las entidades aseguradoras sean las de mayor dimensión relativa entre las entidades financieras. Supuesto éste que da lugar a posibles alternativas, que a continuación examinaremos, poniéndolas en relación con lo que decía ese mismo artículo en su redacción anterior, y señalando las mejoras que con respecto al mismo representa el nuevo texto.

La primera de las alternativas es la que se refiere a que el control lo ejerza una empresa cuya actividad principal consista en tener participaciones en entidades financieras. Aquí la Ley habla de empresa, y no de entidad, por lo que cabría entender que se extiende el ámbito del grupo consolidable a otras sociedades distintas de las entidades financieras, incluidas, entre éstas, las entidades aseguradoras. De hecho, en la redacción del TRLOSSP anterior a la dada por la Ley 5/2005 se hablaba expresamente de que la sociedad dominante del grupo podría ser una entidad no financiera. Sin embargo, la referencia legal a empresa, en lugar de a entidad que ejerce el control, parece que debe reputarse irrelevante por lo que se refiere a una supuesta intencionalidad de ampliar el ámbito del grupo consolidable a todo tipo de sociedades, por cuanto la premisa para la aplicación de cualquiera de las alternativas que ofrece en artículo 20.2 en relación con la posible composición del grupo consolidable de entidades aseguradoras es que se trate de un grupo de entidades financieras; de tal manera que no parece posible que ninguna de las sociedades que integran el grupo pueda ser de un tipo distinto, ni, por tanto, con mayor razón, la sociedad dominante. Hay, pues, que entender que, a los efectos que estamos comentando, el uso de los términos empresa o entidad no tiene otra trascendencia que la de emplear distintas denominaciones para referirse a una misma realidad. En todo caso, sigue siendo válida la consideración antes formulada sobre que la referencia a entidades financieras debe entenderse hecha, en realidad, no tanto a entidades que estrictamente correspondan a esta tipología, sino a entidades de las relacionadas en el artículo 67.1 del ROSSP.

La diferencia con respecto al segundo de los supuestos antes comentados es más bien de matiz, por lo que se refiere a la actividad de la entidad dominante, en el caso de que sea ésta quien ejerce el control; y más de fondo en los supuestos en que dicho control se ejerza por una persona o un grupo de personas físicas; situación ésta que corresponde a los llamados grupos horizontales, a los que luego nos referiremos. La indicada diferencia de matiz proviene de que el supuesto previsto en la segunda de las circunstancias a que se refiere el apartado 3.a) del artículo 20 consiste, como se acaba de ver, en que la entidad dominante sea una cuya actividad principal consista en la tenencia de participaciones en entidades aseguradoras⁹; mientras que la tercera de las circunstancias a que se refiere el mencionado precepto se traduce en que una empresa cuya actividad consista en

8 Como ya se ha indicado, con arreglo al apartado 3 bis del artículo 20 del TRLOSSP debe entenderse que las entidades no consolidables a que el precepto legal se refiere son las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión.

9 Entendiendo el término «participaciones» en su acepción más amplia de titularidad de derechos sobre el patrimonio de una sociedad, ya que, como se acaba de indicar, tratándose de entidades aseguradoras, la mencionada titularidad debe ostentar necesariamente la forma de tenencia de acciones.



tener participaciones en entidades financieras controle a varias entidades de este tipo, entre las que debe haber entidades aseguradoras que, además, representen la mayor dimensión relativa en el conjunto de entidades controladas por aquella. Pero si esto es así, es decir, si la actividad de la sociedad dominante es tener acciones de las sociedades dependientes, y el mayor peso relativo de éstas lo ostentan entidades aseguradoras, ello equivale a que la actividad principal de la sociedad dominante sea, precisamente, la de tener participaciones en entidades aseguradoras. La diferencia, entre ambos supuestos, que sería sólo de matiz, podría reflejarse en cuestiones marginales, como, por ejemplo, que en el objeto social figurara expresamente, como una característica distintiva, la referencia a la tenencia de participaciones en entidades aseguradoras como actividad principal. Pero esto sería un punto poco relevante, porque, en definitiva, la tenencia de participaciones de tales entidades es una cuestión de hecho; con lo que la diferencia entre ambos supuestos es prácticamente inexistente.

También hay una diferencia que, en último término, es más bien de matiz, aunque el tenor del texto legal parece querer presentarla en como diferencia de fondo, en el supuesto relativo a que una entidad no consolidable, o sea, una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión, controle a varias entidades financieras, de las cuales las más importantes en términos de importancia relativa, sean entidades aseguradoras, porque en tal supuesto, por más que, en principio, la actividad principal de las entidades que ejercen el control del grupo sea la realización de operaciones propias de las entidades de crédito o de las empresas de servicios de inversión, la naturaleza de las empresas en que la sociedad dominante participa hace que, de hecho, su actividad principal se concentre en la tenencia de participaciones en entidades aseguradoras. Sólo en el caso de que dicha sociedad dominante tuviera en su activo, junto a participaciones en entidades financieras y entidades aseguradoras, siendo éstas de mayor peso relativo que aquéllas, participaciones en otros tipos de sociedades, el supuesto sería realmente distinto del previsto en la circunstancia segunda, pues en tal caso no podría afirmarse que la actividad principal de la sociedad dominante consiste en la tenencia de participaciones en entidades financieras. Con todo, la referencia a que la sociedad dominante sea una entidad no consolidable plantea el problema a que a continuación nos referimos.

6. LA PROBLEMÁTICA DE LOS GRUPOS HORIZONTALES

El indicado problema surge con la otra posibilidad que contempla la circunstancia tercera que prevista en el apartado a) del artículo 20.3 del TRLOSSP, la cual consiste en que el control de las entidades financieras, de las que las entidades aseguradoras sean las de mayor peso relativo, lo ejerza una persona física o un grupo de personas que actúen sistemáticamente en concierto. El problema que aquí se suscita es doble: por una parte, el grupo consolidable de entidades aseguradoras es, como hemos dicho, un grupo *sui generis*, dentro del concepto más amplio de grupo de sociedades. Así parece que debe en-

tenderse a la luz de lo dispuesto en el propio artículo 20.3 del TRLOSSP, cuando dice que el grupo consolidable de entidades aseguradoras es un grupo de entidades financieras, caracterizado por la concurrencia de alguna de las circunstancias a que antes nos hemos referido. Pero el concepto de grupo de sociedades es el acuñado por la legislación mercantil y, en concreto, por el artículo 42.1 del Código de Comercio, en la redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, a cuyo tenor existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. El mismo artículo no proporciona una definición de qué pueda entenderse por control, si bien establece la presunción legal de existencia de control en cualquiera de las situaciones a que el mismo se refiere, que, básicamente, consisten en poseer, o poder disponer, de la mayoría de los derechos de voto de la sociedad dependiente, o en haber nombrado, o tener la facultad de poder hacerlo, en relación con la mayoría de los miembros del órgano de administración de dicha sociedad.

Dejando aparte la cuestión relativa a la definición de control, al margen de las presunciones que establece el artículo 42.1 del Código de Comercio, punto éste al que volveremos más tarde, lo cierto es que el mencionado Código sólo prevé la posibilidad de existencia de grupo en el supuesto de que haya una sociedad dominante y una o varias sociedades dependientes. Antes de la reforma introducida por la Ley 16/2007, de 4 de julio, el concepto de grupo de sociedades se articulaba en torno a la idea de unidad de decisión, y ello incluía a los supuestos en que, aunque no se dieran las circunstancias determinantes de la existencia de control, existiera una dirección única para las sociedades integrantes del conjunto; lo que daba lugar a la existencia de los denominados «grupos horizontales». A partir de la reforma citada, el concepto de grupo de sociedades se articula, exclusivamente, en torno al ejercicio de control por parte de una sociedad sobre otra u otras, lo que excluye la posibilidad de que existan grupos horizontales y, por tanto, hace que desaparezca la obligación de consolidar sociedades en las que exista unidad de decisión sin control¹⁰; e, igualmente, al establecerse el concepto de grupo en función de exista una sociedad dominante y una o varias sociedades dependientes, se ha descartado la posibilidad de que pueda predicarse la existencia de grupo de sociedades respecto de la situación que caracteriza a los grupos horizontales, que son el supuesto al que asimilan las previsiones establecidas en el TRLOSSP respecto a las sociedades que son controladas por una persona física o un grupo de personas que actúan sistemáticamente en concierto.

Antes de la reforma del Código de Comercio llevada a cabo por la Ley 16/2007, de 4 de julio, este problema no se presentaba tan agudamente, porque el TRLOSSP se remite expresamente al Código de Comercio para configurar el concepto de unidad de decisión, que, hasta la indicada reforma, era el factor determinante de la existencia de un grupo de sociedades y, por tanto, de la del grupo consolidable de entidades aseguradoras, con el consiguiente deber de consolidación

10 En el mismo sentido, la nota del ICAC relativa a los criterios aplicables en la formulación de cuentas anuales consolidadas según los criterios del Código de Comercio para los ejercicios que comiencen a partir de 1 de enero de 2008.



establecido por el propio TRLOSSP, que, como hemos apuntado, asimila como conceptos equivalentes los de control y unidad de decisión; y, en relación con ambos, viene a establecer que éstos existen en los supuestos contemplados en el artículo 42.1 y 42.2 del Código de Comercio. La consecuencia de esta remisión al Código de Comercio determina que, en la materia a que ahora nos referimos, el TRLOSSP acaba por ser tributario, en cierta medida, de la norma mercantil, y que cualquier modificación de ésta acabe por tener un efecto reflejo e inmediato en el régimen de supervisión establecido por la norma aseguradora; por lo que no cabe desconocer el efecto que sobre toda la normativa relativa a los grupos consolidables de entidades aseguradoras tiene la modificación de la legislación mercantil, en la medida en que ésta pueda afectar al régimen de los grupos de sociedades, pues, al fin y al cabo, y como ya hemos indicado, el grupo consolidable no deja de ser un grupo de entidades financieras y, por tanto, un grupo en el sentido que a este término confiere el Código de Comercio y demás normativa dictada en desarrollo del mismo.

En este sentido, la reforma del Código de Comercio llevada a cabo mediante la Ley 16/2007, de 4 de julio, prescindió, como se ha dicho, del concepto de unidad de decisión a los efectos de configurar la noción de grupo de sociedades, y, con esta idea, se dio nueva redacción a los apartados 1 y 2 de su artículo 42 ; y, al desaparecer ese elemento definitorio e intervenir, en su lugar, el de control de *una sociedad sobre otra* como determinante de la existencia de grupo, desapareció también la posibilidad de configurar al grupo de sociedades mediante el ejercicio del control por una persona o grupo de ellas. No obstante, el TRLOSSP, aun después de la reforma llevada a cabo por la Ley 5/2005, de 22 de abril, se sigue remitiendo al Código de Comercio para establecer la existencia de grupo consolidable de entidades aseguradoras, a través del concepto de unidad de decisión, la cual puede venir determinada por la actuación de una persona o de un grupo de personas.

Así pues ¿cómo otorgar el carácter de grupo al conjunto de entidades a las que se refiere la tercera de las situaciones previstas el artículo 20.3.a) del TRLOSSP, cuando quien ejerce el control es una persona física o un grupo de personas que actúa sistemáticamente en concierto? Una vez más, nos encontramos ante un grupo *sui generis*, y esta vez en mayor medida que los subsumibles en las circunstancias a que antes hemos hecho referencia, toda vez que el conjunto en cuestión no es acreedor a la definición de grupo conforme a la legislación mercantil. Para salvar este escollo, parece que no hay más remedio que acudir a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 20 del TRLOSSP, cuando dice que la contabilidad de las entidades aseguradoras y de los grupos consolidables de entidades aseguradoras se regirá por sus normas específicas, y sólo en su defecto por las del Código de Comercio y demás disposiciones dictadas en desarrollo del mismo. De este modo, se resucitaría, en cierto modo, con validez exclusiva para el ámbito de la normativa de ordenación de los seguros privados, el concepto de grupos horizontales, que ha sido desterrado de la normativa mercantil y de la normativa contable de carácter general, como ya hemos tenido ocasión de comentar.

7. CONTROL Y GRUPO CONSOLIDABLE

Ahora bien, como en el ámbito de la mencionada normativa de ordenación de la actividad aseguradora, la noción de grupo consolidable parece articularse en torno a la noción de unidad de decisión, y ésta, a su vez, se forma en relación con la idea de control, con independencia de quién lo ejerza, más que sobre la de concurrencia de una sociedad dominante y otras dependientes (aunque esta concurrencia sea una de las modalidades a través de las cuales se evidencie la existencia de control), parece necesario, o, al menos conveniente, formular un concepto de control a los efectos indicados. Sin embargo, la normativa de ordenación carece de una definición de control, a diferencia de lo que sucede en la legislación mercantil, a partir de la reforma de 2007. No obstante, a falta de una definición de control en el ámbito de la normativa sobre ordenación, sí que en las normas aplicables a la actividad aseguradora, bien que en el ámbito contable, aparece una definición de control que, por analogía, podría aplicarse al supuesto que ahora nos ocupa; más aún cuanto que en las normas aplicables a la actividad de las entidades aseguradoras existe una interacción entre las normas contables y las de pura supervisión, como lo demuestra el hecho de que las obligaciones contables de dichas entidades y de sus grupos consolidables se regulen en la normativa de supervisión, y no en la normativa mercantil; y que así como en la legislación mercantil general el Plan General de Contabilidad constituye el desarrollo de la misma en materia contable, en el ámbito de la actividad aseguradora el desarrollo de la legislación básica sobre ordenación y supervisión abarca tanto los aspectos puramente regulatorios como los de índole contable, tal como prevé la norma habilitante en dicho sentido, que es el artículo 20.1 del TRLOSSP.

De esta manera, no resulta aventurado decir que, en el ámbito de la actividad aseguradora, las normas contables tienen también el carácter de normas de supervisión, en sentido amplio. Prueba de ello es, por ejemplo, la obligatoriedad de las partes cuarta (cuadro de cuentas) y quinta (definiciones y relaciones contables) del Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, que en el Plan General de Contabilidad tienen carácter voluntario, por corresponder a la fase de registro, y por lo tanto interna, de la contabilidad, por oposición a las demás partes del Plan, que corresponden a la fase de publicidad frente a terceros, y donde sí resulta realmente necesario que se manifieste la uniformidad y la normalización que se persiguen con los planes de contabilidad.

Por otra parte, son frecuentes las remisiones reglamentarias en materia de pura ordenación a las normas contables, y viceversa, como sucede, por ejemplo, con partidas tan importantes para las entidades aseguradoras como son las provisiones técnicas, cuyo cálculo no se regula en las normas de valoración del Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, sino en el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, al cual se remite expresamente la norma contable en este aspecto.

Así mismo, la propia normativa de ordenación contempla como infracciones sancionables los supuestos de inobservancia de las normas contables; así, en el artículo 40 del TRLOSSP se considera como infracción grave el incumplimiento de las normas vigentes en materia contable, que, en el caso de las entidades aseguradoras, son las conte-

nidas en su Plan de contabilidad específico, que, por esta razón, no constituye una mera adaptación del Plan General de Contabilidad, sino un verdadero plan especial, y por eso recibe el nombre de Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, y no el de simple adaptación sectorial del Plan General.

Con estos antecedentes, parece razonable concluir que en el ámbito asegurador y, más concretamente, en el de la normativa aplicable a los grupos consolidables de entidades aseguradoras, puede utilizarse como concepto legal de control, a efectos de configurar un grupo de esta índole en el supuesto previsto en el artículo 20.3 del TRLOSSP, relativo a que dicho control sea ejercido por una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto, el establecido en la norma de registro y valoración 19ª del nuevo Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, aprobado por Real Decreto 1317/2008, de 24 de julio, a cuyo tenor se entiende por control el poder de dirigir la política financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades.

La indicada definición se incluye en el Plan contable a los efectos de las combinaciones de negocios a que se refiere la mencionada norma de registro y valoración 19ª; y aunque las combinaciones de negocios a que el Plan se remite parecen tener como sujetos a sociedades y no a personas físicas, no parece que ello deba condicionar la admisibilidad de la definición en función de las personas que intervienen, con desprecio de la sustancia de la actividad que constituye el objeto de la definición. Así mismo, cuando el Plan regula las combinaciones de negocios, parece que sólo está considerando el momento de la adquisición de las participaciones en diversas sociedades; pero el resultado de las valoraciones efectuadas en dicho momento permanece luego en los estados contables posteriores¹¹.

La consecuencia de todo lo anterior es que, con independencia de cuál sea la definición de grupo de sociedades a efectos mercantiles, y de que haya desaparecido como elemento definitorio del grupo el de la existencia de una dirección única, en el campo particular de los grupos consolidables de entidades aseguradoras continúa siendo una posibilidad la de la existencia del grupo consolidable en el supuesto de un conjunto de entidades de las que son susceptibles de integrarse en aquél, conforme al artículo 67.1 del ROSSP, cuando dichas entidades se encuentran sometidas al control de una persona física o de un grupo de personas físicas que actúan sistemáticamente en concierto.

La referencia al control ejercido por varias personas físicas que actúan sistemáticamente en concierto obliga a considerar si es posible la situación conforme a la cual varias personas físicas pueden ejercer el control sin actuar sistemáticamente en concierto, en cuyo caso parece que, *a contrario sensu*, no habría lugar a la unidad de decisión ni, por tanto, a la existencia de grupo consolidable de entidades aseguradoras. El supuesto en cuestión parece, sin embargo, de imposible realización en la práctica, si por control en-

11 Por otra parte, esta definición de control es también la que se ha acogido la nota del ICAC sobre criterios aplicables a la formulación de las cuentas anuales consolidadas para los ejercicios que comiencen a partir de 2008, y no sólo en relación con la norma de registro y valoración sobre combinaciones de negocios.

tendemos el concepto acuñado por la norma de registro y valoración 19ª del Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras a que antes hicimos referencia; es decir, el poder de dirigir la política financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades. La idea de dirección implica la de actuación unitaria y continuada, o sea, sistemática, en el caso de que sea ejercida simultáneamente por varias personas, pues en otro caso no sería posible hablar de dirección, sino de simple diversidad de opiniones o, en su caso, de adopción esporádica de decisiones, en el caso de que para ello hubiera coincidencia. Así pues, la referencia a actuación sistemática en concierto no es sino una manera de enfatizar la idea de ejercicio de control por más de una persona, en el sentido de dirección efectiva.

La conclusión de todo lo anterior es que el grupo consolidable de entidades aseguradoras constituye una realidad distinta a la del grupo de sociedades a que se refiere el Código de Comercio (de ahí que, para calificarlo, hayamos utilizado la expresión de grupo *sui generis*); no sólo por razón de las sociedades o entidades que forman parte del mismo, sino porque el grupo del Código de Comercio tiene como base la existencia de una sociedad dominante y de una o varias sociedades dependientes; mientras que el grupo consolidable de entidades aseguradoras se forma en torno, exclusivamente, a la idea de control ejercido sobre las entidades que lo integran, ya sea este control ejercido por una sociedad, por una persona física o por un grupo de ellas en las condiciones que la Ley establece. Bien es verdad que cualquiera de las situaciones a que se refiere el artículo 42.1 del Código de Comercio constituye una presunción de existencia de una relación de control, que podría aplicarse, por analogía, a efectos de concretar el concepto de control subyacente en la normativa constituida por el TRLOSSP en esta materia. Pero parece más apropiado, a los indicados efectos, no tener que recurrir a dicha aplicación analógica y utilizar, en su lugar, el concepto acuñado por una norma propia de la actividad aseguradora, aunque sea en el ámbito contable. Además, este concepto de control es más amplio y de más flexible interpretación que el derivado, exclusivamente, de las presunciones establecidas en el Código de Comercio.

En estos supuestos, es decir, en los de control ejercido por una persona física o un grupo de ellas, la consolidación que la Ley exige habrá de realizarse mediante la aplicación de normas específicas, que, en principio, y en tanto no sean objeto de revisión, deberían ser las previstas en el número 9 de las normas para la formulación de las cuentas anuales de los grupos consolidables de entidades aseguradoras aprobadas por Real Decreto 2014/1997, de 26 de diciembre; o sea, las relativas a la agregación de estados financieros en los grupos sin sociedad dominante consolidable; si bien no deja de llamar la atención que se sigan llamando grupos consolidables a conjuntos de entidades que ni son grupos conforme a la legislación mercantil y contable generales, ni son tampoco susceptibles de consolidación, toda vez que las norma aplicables a los efectos que la Ley requiere excluye a estas estructuras de lo que denomina conjunto consolidable (que se refiere sólo las entidades a las que sea aplicable el método de integración global o el proporcional), así como del perímetro de la consolidación; y ello a pesar de que hagan referencia al balance mediante el que se integran los estados financieros de las sociedades en cuestión, utilizando para ello la expresión «agregación», para dar lugar a un de-



nominado balance consolidado.

Al margen de la dificultad que plantea el cómo realizar la consolidación en los supuestos que se acaban de mencionar, la situación en la nueva redacción del TRLOSSP es mucho más clara que en la redacción anterior a la reforma de 2005, ya que, conforme a la redacción original el tercer supuesto de grupo consolidable consistía en que una persona o un grupo de personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto, o una entidad no financiera domine a varias entidades, todas ellas aseguradoras. Es decir, no se pedía que las entidades controladas fueran todas ellas financieras, y sólo algunas de ellas (aunque sí las de mayor peso relativo) aseguradoras, sino que todas fueran entidades aseguradoras. Conforme a esta redacción original se planteaba la posibilidad que, si las sociedades dependientes eran unas aseguradoras y otras no, el grupo consolidable se limitaba al conjunto formado por la sociedad dominante y las sociedades dependientes aseguradoras, quedando fuera del mismo las no aseguradoras. Ello obligaba, en todo caso, a dos consolidaciones: la del grupo consolidable, por un lado, referida sólo a la dominante y a las dependientes aseguradoras, y, por otro, la del grupo económico, integrado por la sociedad dominante y todas las dependientes, aseguradoras o no.

Cierto es que el problema de las dos consolidaciones, las que podríamos llamar la consolidación a efectos de supervisión y a efectos de legislación mercantil, subsiste en el caso de que las sociedades dependientes sean financieras y no financieras; pero, al menos, por lo que a las entidades financieras se refiere, la cuestión se simplifica considerablemente, ya que todas ellas, aseguradoras o no, quedarían en el perímetro del grupo consolidable, siempre que, como se ha indicado, estas últimas cumplieran con el requisito de mayor peso relativo.

8. VIGENCIA DEL CONCEPTO DE UNIDAD DE DECISIÓN

Una cuestión que parece oportuno plantearse, a la vista de las sucesivas reformas experimentadas, tanto por la legislación mercantil como por la de ordenación de los seguros privados, es la de si continúa teniendo sentido la referencia que se hace en el artículo 20.1 del TRLOSSP al concepto de unidad de decisión como definitorio del grupo consolidable de entidades aseguradoras. La introducción de este concepto en el TRLOSSP se hallaba conectada con la remisión que en el mismo se hacía a los apartados 1 y 2 del Código de Comercio, como indicativos de cuándo debía entenderse que había la unidad de decisión que, conforme al indicado Código, daba lugar a la obligación de consolidar; identificándose en la práctica estos supuestos con los determinantes de la existencia de grupo de sociedades. Pero, como ya hemos insistido en apartados anteriores, la reforma del Código de Comercio llevada a cabo mediante la Ley 16/2007 ha significado la desaparición del concepto de unidad de decisión, tanto en relación con los supuestos que dan lugar a la obligación de consolidar como en relación con la existencia de una dirección única para un conjunto de empresas, que también se entendía co-

mo equivalente a unidad de decisión y que, en el caso de que dicha dirección fuera ejercida por una persona física o un grupo de ellas, daba lugar a los llamados grupos horizontales, a los que ya se ha hecho referencia.

Así las cosas, cabe dudar de la utilidad de mantener un concepto como el de unidad de decisión, que ha perdido toda su virtualidad, ya que la definición de qué se entiende por tal se hace por medio de la remisión a una norma que, precisamente, ha derogado la que servía para la definición de dicho concepto, del cual se prescinde para la definición del grupo de sociedades. Por otra parte, la referencia a este concepto no tiene tampoco utilidad para la definición del grupo consolidable, porque en relación con la existencia de la misma lo que dice el TRLOSSP es que las entidades aseguradoras que constituyan una unidad de decisión deberán consolidar sus estados contables; pero con ello no se define el grupo consolidable. Esto se hace más adelante, pero omitiendo toda referencia a la unidad de decisión y acudiendo, en cambio, a una descripción de determinadas circunstancias cuya concurrencia determina la existencia del grupo consolidable. Es decir, aun cuando haya una referencia al Código de Comercio para precisar cuándo hay unidad de decisión y, por tanto, grupo consolidable de entidades aseguradoras, a efectos prácticos lo que se hace es concretar tres situaciones o circunstancias cuya concurrencia determina la existencia del grupo consolidable de entidades aseguradoras, abstracción hecha del concepto de unidad de decisión.

En todo caso, y en aras de encontrar una solución práctica, en tanto esta situación no se clarifique no parece inadecuado identificar la unidad de decisión, o, más bien, el ejercicio de la misma¹², con la existencia de control, porque, en último término, la unidad de decisión a que se refiere en abstracto el número 2 del artículo 20, luego se concreta en la concurrencia de cualquiera de las tres circunstancias que se contemplan en el apartado 3, en todas las cuales interviene como elemento definitorio el ejercicio del control de una sociedad (o de una persona o grupo de ellas) sobre otras. Así, la referencia a la existencia de control es explícita en las circunstancias 1ª y 3ª; pero también aparece esta referencia, aunque sea de manera implícita, en la circunstancia 2ª, toda vez que ésta tiene como presupuesto la presencia de una sociedad dominante, y este concepto es inseparable del de ejercicio control de una sociedad sobre otra, tal como previene el artículo 42.1 del Código de Comercio.

Por lo tanto, parece que no resulta forzado concluir que la unidad de decisión a que se refiere el apartado 2 del artículo 20 del TRLOSSP es una forma de articular el concepto de grupo consolidable de entidades aseguradoras en torno a un vínculo común, aun cuando falte una definición legal de qué deba entenderse por tal; pero como luego se formulan con precisión los supuestos concretos que dan lugar a la existencia del gru-

12 Como se ha apuntado antes, una cosa es lo que podría llamarse un posición pasiva dentro de una unidad de decisión, como sería el caso de las sociedades dependientes, con el ejercicio de la unidad en cuestión, que implica, necesariamente, una posición activa, vinculada a la posibilidad de ejercerlo, cual es el caso de la sociedad dominante. Es claro que las referencias legales a la unidad de decisión, cuando se refieren a la obligación de consolidar, tienen en cuenta el segundo de los sentidos mencionados, que es el que se relaciona con la noción de control.



po consolidable, y todos ellos tienen como denominador común de la relación entre las entidades que lo integran la existencia de unidad de decisión, la consecuencia necesaria parece ser que ésta consiste, precisamente, en la concurrencia de cualquiera de dichos supuestos; es decir, que todos ellos implican la existencia de unidad de decisión. Ahora bien, como, a su vez, en cada uno de ellos aparece, implícita o explícitamente, la noción de control, en los términos que antes han sido objeto de análisis, de modo que éste es también elemento común a todos ellos, resulta que los conceptos de control y unidad de decisión deben reputarse equivalentes, ya que, en definitiva, dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí.

A parecida conclusión se llega si se tiene en cuenta que el artículo 5 del TRLOSSP, tras la modificación introducida por la Ley 5/2005, dispone que se entenderá que una empresa es controlada por otra cuando se dé alguno de los supuestos contemplados en el artículo 4 de la Ley 22/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores, a cuyo tenor, según la redacción dada por la Ley 13/1992, de 1 junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión; presumiéndose que existe, en todo caso, unidad de decisión, cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la sociedad dominada sean consejeros a altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.

El texto del Código de Comercio a que hace referencia el mencionado precepto era anterior al de las sucesivas reformas a que nos hemos referido en apartados anteriores; pero, como sucedía con la normativa de supervisión de la actividad aseguradora, la técnica de la remisión al indicado Código determina que cualquier modificación de éste afecte al concepto cuya definición se confía a la norma a la que la remisión se efectúa. En este caso, el artículo 42.1 del Código de Comercio ha incorporado, como ya se ha visto, junto a los demás casos en que existe control, el supuesto mencionado en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, consistente en que al menos la mitad más uno de los consejeros de la sociedad dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta; y en todos esos supuestos ha eliminado la referencia a la unidad de decisión para sustituirla por la de control. Así las cosas, resulta que según el TRLOSSP el control existe en los supuestos contemplados en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, que, por su parte, apunta a una noción de unidad de decisión que, a su vez, se concreta, en virtud de la remisión al Código de Comercio, en que exista control de una sociedad sobre otra u otras. De modo que se forma una especie de círculo vicioso, en cuya virtud hay control, según el TRLOSSP, cuando hay unidad de decisión según la Ley del Mercado de Valores, pero ésta se produce cuando hay control según el Código de Comercio. La forma más razonable de romper ese círculo parece ser la de identificar control con unidad de decisión.

Todo lo anterior parece reforzar la idea de que el término unidad de decisión ha perdido vigencia a favor del de control y, en consecuencia, ha devenido innecesario, además de susceptible de generar cierta confusión en torno a si continúa o no siendo un concepto autónomo, distinto del de control, en torno al cual cabe articular la noción de gru-

po consolidable.

9. INTERFERENCIA DEL ROSSP EN EL CONCEPTO DE CONTROL

En los apartados anteriores hemos visto la dificultad que, tradicionalmente, ha venido entrañando, en la sistemática de la normativa de ordenación de los seguros privados, la definición del concepto de control; dificultad a la que no es ajeno el hecho de que para determinar cuándo existe control, concepto éste que, por lo antes dicho, cabe asimilar al de unidad de decisión, el TRLOSSP se viniera remitiendo al Código de Comercio, por cuanto el mecanismo de las remisiones a la legislación mercantil crea situaciones en las que el contenido de dicha legislación, especialmente a consecuencia de las modificaciones experimentadas por ésta, presenta complicaciones de interpretación a partir de las referencias que la norma de seguros hace a conceptos tales como dominio, control o unidad de decisión. A este respecto, llegamos a la conclusión de que, a pesar de la distinción que la norma mercantil ha efectuado entre control y unidad de decisión, ambos conceptos han podido considerarse equiparables en la normativa de supervisión aseguradora, y, en consecuencia, uno y otra han podido utilizarse como términos sinónimos. Como, igualmente, llegamos a la conclusión de que, a falta de una definición legal de qué debe entenderse por control, que vaya más allá de la simple equiparación de este término con el de unidad de decisión, podría adoptarse la definición que proporciona el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, en el sentido de poder de dirección sobre la política económica de una empresa con la finalidad de obtener beneficios de su explotación.

Pero, al menos en el terreno de los grupos consolidables de entidades aseguradoras, ese esfuerzo de construcción intelectual para suplir vacíos o carencias de las normas legales sobre la materia se ve seriamente comprometido ante la previsión reglamentaria contenida en el artículo 67. 1bis del ROSSP, dictado en desarrollo del artículo 20 del Texto Refundido. En efecto, dice ese precepto reglamentario que, a los efectos del artículo 20.2, segundo párrafo, del TRLOSSP, se presumirá que existe relación de control cuando exista una participación igual o superior al 20 por ciento del capital o de los derechos de voto, salvo declaración responsable en contrario, con expresión de las circunstancias concurrentes que permitan concluirlo así.

La circunstancia indicada en el precepto reglamentario para el establecimiento de la presunción de que existe control de una sociedad sobre otra resulta de difícil, si no imposible, conciliación con lo dispuesto sobre la misma materia en el artículo 20.2 de la Ley, del que, en teoría, es desarrollo. Es decir, en la Ley se establece un concepto de grupo consolidable de entidades aseguradoras que resulta incompatible con la presunción que, sobre la misma materia, se establece en su reglamento.

En efecto, como ya hemos comentado, el apartado 2 del artículo 20 del TRLOSSP formula el concepto de grupo consolidable de entidades aseguradoras sobre la base del con-

cepto de unidad de decisión; si bien la materialización concreta de ese concepto abstracto se realiza por medio de cualquiera de los tres supuestos que establece el apartado 3 de dicho artículo; todos los cuales suponen el ejercicio del control conforme al concepto de éste que hemos examinado en apartados anteriores, que, en definitiva, se basa en la concurrencia de las presunciones que establece el Código de Comercio o, en su caso, en el poder de dirigir la política económica y de explotación de la sociedad en la que se ostenta una participación; aunque es difícil concebir una posibilidad de dirigir la política económica de una sociedad fuera de los supuestos a que el Código de Comercio se refiere. De tal modo que de una participación en una sociedad superior al 20 por ciento, pero inferior al 50, no puede inferirse, en términos generales, que responde a los supuestos previstos en el Código de Comercio como expresivos de la existencia de control, ni tampoco a la capacidad de dirigir la política económica y de explotación de la sociedad en la que se tenga dicha participación; y ello con independencia de que, en determinados supuestos, una participación, no ya superior al 20 por ciento, sino notablemente inferior a ese porcentaje, pueda significar el ejercicio del control efectivo de una sociedad por otra. Pero esto sería una cuestión de hecho, que habría que analizar caso a caso. En términos generales, y por más que el artículo 67.1 bis del ROSSP diga que el control a que se refiere es a los solos efectos de lo dispuesto en el artículo 20.2 del TRLOSSP, la incompatibilidad radical entre el tenor del precepto legal y el del reglamentario debe resolverse a favor del primero.

Y ello, no por la sola razón de la jerarquía normativa, que ya sería de por sí una razón importante, sino porque el precepto reglamentario carece por completo de sentido cuando una sociedad sea participada por otras, en aquellos casos en que todas las sociedades que participen en su capital o en sus derechos de voto lo hagan en porcentajes superiores al 20 por ciento. Así, si una sociedad se halla participada por otra en un 25 por ciento de su capital y, a su vez, por otra tercera, que ostenta sobre ella un porcentaje de participación superior al 50 por ciento, parece de toda evidencia que será esta última la que ejerza en el control sobre la participada. Sin embargo, conforme al tenor literal del artículo 67.1 bis del ROSSP, ambas sociedades ejercerían el control. Si, por poner otro ejemplo, cada una de las sociedades que participan en el capital de otra tiene un porcentaje de participación superior al 20 por ciento, todas ellas ejercerían el control; conclusión ésta que, al igual que la anterior, carecería de sentido.

El respeto a la literalidad del precepto reglamentario citado obligaría a acudir a la salvedad que el mismo contiene en su último inciso, es decir, a la declaración responsable en contrario, con indicación de las circunstancias concurrentes que permitan concluirlo así. Si bien entendemos que la antes aludida contradicción existente entre el precepto que ahora comentamos y el artículo 20 del TRLOSSP¹³, por lo que al concepto de control se refiere, debería dispensar de esa declaración y entender, por tanto, que la participación superior al 20 por ciento en el capital o en los derechos de voto no es relevante

13 Contradicción que se agudiza en el Proyecto de Ley de Reforma del Régimen de Participaciones significativas en empresas de servicios de inversión, en entidades de crédito y en entidades aseguradoras, en el que se establece con rotundidad y sin reserva alguna que a fin de determinar una relación de control se estará a lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio.

a efectos de concluir la existencia de control, aunque sí lo sea para establecer la existencia de participación, en los términos a los que ahora nos referiremos. En realidad, la salvedad que permite el artículo 67.1 bis como medio de deshacer la presunción que en el mismo se establece, o sea, la prueba de que la participación superior al 20 por ciento no implica el ejercicio del control, debería jugar en sentido contrario; es decir, en el sentido de que dicho porcentaje no confiere el control, aunque, en determinadas circunstancias, pudiera ser de otra forma. Por ejemplo, porque la titularidad de ese 20 por ciento permitiera disponer de la mayoría de los derechos de voto, en virtud de consideraciones que, obviamente, no son susceptibles de generalización, y que habría que demostrar caso por caso. Claro que, en tales circunstancias, lo importante sería la posibilidad de disponer de la mayoría de los derechos de voto, y no el porcentaje de participación del que se fuera titular.

10. EL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN

Al igual que ha sucedido con el concepto de grupo, y de unidad de decisión o de control, como elementos definitorios de la existencia de aquél, el concepto de participación ha sido objeto de diversas modificaciones normativas determinantes de que la idea subyacente en el mismo no siempre haya sido la misma, aunque siempre haya girado en torno a la noción de posibilidad de ejercer influencia en la gestión de una entidad, sin que ello suponga ostentar el control sobre la misma.

Inicialmente, el artículo 47 del Código de Comercio se refería a este supuesto en relación con la obligación de consolidar, mediante la alusión a una sociedad que ejerza una influencia notable en la gestión de otra sociedad no incluida en la consolidación, pero con la que esté asociada por tener en la misma una participación en el sentido indicado en la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, conforme a la cual se entendían como participaciones los derechos sobre el capital de otras sociedades que, creando con éstas una vinculación duradera, estén destinadas a contribuir a la actividad de la sociedad que ostenta la participación.

La Ley de Sociedades Anónimas, en la redacción anterior a la Ley 16/2007, de 4 de julio, establecía la presunción de que existe participación en el sentido que se acaba de indicar cuando se posea, al menos, el 20 por 100 del capital de otra sociedad, o el 3 por 100 si ésta cotiza en Bolsa.

De lo anterior se desprende una serie de interesantes conclusiones, como son: a) la equivalencia del concepto de sociedad asociada con el de sociedad en la que se ostenta una participación en el sentido de la Ley de Sociedades Anónimas; b) que la existencia de asociación o participación, en los sentidos indicados, implica el ejercicio de una influencia notable en la gestión de otra sociedad, por lo que, a su vez, dicho ejercicio de influencia notable puede también considerarse sinónimo de los de participación o asociación ya citados; y c) para que dicha situación exista lo decisivo es la participación en

el capital de otra sociedad, y no en los derechos de voto, a diferencia de lo que sucede para el establecimiento de los conceptos de control o unidad de decisión.

Consecuente con lo establecido en los preceptos mencionados, el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, que contiene las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, el cual, al igual que el Plan General de Contabilidad, constituye el desarrollo en materia contable de la legislación mercantil en la materia que ahora nos ocupa, articula el concepto de sociedades asociadas de la manera siguiente (artículo 5):

1. *Tendrán la consideración de sociedades asociadas, a los únicos efectos de la consolidación, aquéllas no incluidas en la consolidación, en las que alguna o varias sociedades del grupo ejerzan una influencia notable en su gestión.*
2. *Se entiende que existe influencia notable en la gestión de otras sociedades cuando se cumplan los dos requisitos siguientes:*
 - a) *Que una o varias sociedades del grupo participen en el capital social de la sociedad; y*
 - b) *Se cree una vinculación duradera contribuyendo a su actividad.*
3. *Se presumirá que se cumplen los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando una o varias sociedades del grupo posean una participación en el capital de una sociedad que no pertenezca al grupo de, al menos, el 20 por 100, o el 3 por 100 si ésta cotiza en Bolsa.*

Por otra parte, tanto en la anterior redacción de la Ley de Sociedades Anónimas como en las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, la presunción que se establecía para concluir la existencia de lo que allí se denomina influencia notable era una presunción *iuris et de iure*, es decir, de las que no admiten prueba en contrario; de manera que bastaba que se diera la circunstancia de que una sociedad poseyera en el capital de otra cualquiera de los porcentajes a que se hace referencia en los indicados preceptos para que pudiera concluirse que existía una vinculación duradera de las que dan origen a la calificación de sociedad asociada, o de participación significativa, a los efectos contemplados en los preceptos en cuestión.

El régimen previsto en los preceptos mencionados ha cambiado, tanto en la forma como en el fondo, con la modificación de la legislación mercantil llevada cabo mediante la Ley 16/2007, de 4 de julio, ya citada, la cual ha modificado el artículo 47.3 del Código de Comercio, conforme al siguiente tenor:

Cuando una sociedad incluida en la consolidación ejerza una influencia significativa en la gestión de otra sociedad no incluida en la consolidación, pero con la que esté asociada por tener una participación en ella que, creando una vinculación duradera, esté destinada a contribuir a la actividad de la sociedad, dicha participación deberá figurar en el balance consolidado como una partida independiente...

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe una participación en el sentido expresado, cuando una o varias sociedades del grupo posean, al menos, el 20 por ciento de los derechos de voto de una sociedad que no pertenezca al grupo.

La modificación de índole formal se limita a sustituir el término de influencia notable por el de influencia significativa, que, en principio, parece que han de considerarse

equivalentes, salvo por el hecho de que las circunstancias que permiten apreciar la existencia de esta última, en particular por lo que se refiere a la presunción de dicha existencia, no son exactamente las mismas. Sin embargo, las modificaciones más relevantes son las que hemos denominado como de fondo, que pasan relativamente inadvertidas en una primera lectura, pero que un análisis más detallado permite detectar con precisión.

Como sucedía en la normativa anterior con los conceptos de influencia notable y sociedad asociada, se vuelven a asimilar los de influencia significativa y sociedad asociada; y, para que se entienda que una sociedad se halla asociada a otra se requiere que: a) una de ellas participe en el capital de la otra, b) que se cree una vinculación duradera, y c) que dicha vinculación esté destinada a contribuir a la actividad de la sociedad. Pero, a diferencia de lo que sucedía en el régimen anterior, y aquí empiezan las diferencias de fondo, desaparece la referencia a la participación en el sentido indicado en la Ley de Sociedades Anónimas. Es decir, en este punto concreto, el Código de Comercio se convierte en norma autosuficiente, que no necesita de remisión a ninguna otra para la articulación de los conceptos que en el mismo se formulan. De hecho, esto supone también que, por lo que respecta al establecimiento de la presunción de existencia de influencia significativa, la Ley de Sociedades Anónimas no sólo deja de ser término de referencia, sino que la nueva redacción del artículo 47.3 del Código de Comercio hace que sea en éste donde se establezca la indicada presunción, cambiando sustancialmente el sentido de la que establecía; y esto en una doble dirección.

Por un lado, la presunción *iuris et de iure* de existencia de influencia significativa se convierte en presunción *iuris tantum*, al decir la nueva redacción del Código que aquélla se presume en los supuestos que el mismo Código establece, salvo prueba en contrario; de tal suerte que, aun concurriendo las circunstancias a que el Código hace referencia, el sujeto contable podrá probar que no existe influencia significativa; por ejemplo, porque no existe una vinculación duradera, o porque, aun existiendo dicha vinculación duradera, ésta no contribuye a la actividad de la sociedad. Como es lógico, la prueba de estos extremos corresponde al sujeto contable, porque el efecto de la presunción establecida en el Código es el propio de todas las presunciones legales, esto es, el de dispensar de la carga de la prueba al favorecido por ellas, o, como sucede en este caso, de invertir la carga de la prueba para quien pretenda deshacer la presunción.

Por otro lado, se excluye del ámbito de eficacia de la presunción legal el supuesto de participación superior al 3 por ciento, cuando la sociedad participada cotiza en Bolsa; de modo que sólo subsiste el supuesto de participación superior al 20 por ciento en los derechos de voto. Lo que, a su vez, constituye otra novedad respecto del régimen anterior, pues en éste la participación superior al 20 por ciento se establecía tanto con relación al capital social de la sociedad participada como a los derechos de voto en la misma. Tras la reforma de 2007, sólo la participación en los derechos de voto resulta relevante a los efectos indicados.

Lógica consecuencia de estas modificaciones en el Código de Comercio es su incidencia en la Ley de Sociedades Anónimas, de modo que ésta no contradiga a lo dis-

puesto en aquél. A tales efectos, la mencionada Ley 16/2007, a la par que modifica diversos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas, deroga, entre otras, la sección tercera de su capítulo VII, en el que se encuentra el artículo 185 antes mencionado, en el que se regulaba el concepto de participación y el de sociedad asociada.

Por lo tanto, a partir de la Ley 16/2007, el concepto de participación es el contenido en el artículo 47.3 del Código de Comercio, si bien conviene tener en cuenta que no se trata de una definición de validez absoluta, sino que se limita a la participación que reúna las características a que se hace mención en el citado precepto. Es decir, el concepto de participación como categoría autónoma, con un sentido propio y con efectos específicos en el orden jurídico-contable, desaparece y, en su lugar, se da entrada a la idea de participación cualificada por la concurrencia de determinadas circunstancias. Lo cual no deja de plantear dificultades, como luego veremos, porque ese mismo concepto de participación, con diversos adjetivos calificativos, vuelve a utilizarse en la normativa de ordenación de la actividad aseguradora; de modo que, en lugar de constituir un concepto unívoco, la abundancia de calificativos da lugar a una diversidad de interpretaciones que no pocas veces plantean dudas sobre el régimen jurídico aplicable a esta institución.

Como es lógico, la modificación del régimen de las sociedades asociadas en el Código de Comercio da lugar a que deba entenderse derogado el apartado 3 del artículo 5 de las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas (Real Decreto 1815/1991), en el que se reproduce el tenor del también derogado artículo 185 de la Ley de Sociedades Anónimas por lo que se refiere al establecimiento de presunciones de existencia de influencia significativa, permaneciendo vigentes los apartados 1 y 2 del citado artículo 5, relativos al concepto de sociedad asociada, sin más modificación que la relativa al cambio de denominación de influencia notable por la de influencia significativa.

En este sentido, el Plan General de Contabilidad, y el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, en coherencia con la nueva redacción del Código de Comercio, utilizan el concepto de influencia significativa, estableciendo que ésta existe cuando se cumplan los requisitos siguientes:

- Que una empresa participe en otra.
- Que la empresa que participa en otra tenga el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control.

Así mismo, las citadas normas establecen que la existencia de influencia significativa podrá evidenciarse a través de cualquiera de las siguientes vías:

- Representación en el consejo de administración u órgano equivalente de dirección de la sociedad¹⁴ participada.
- Participación en los procesos de fijación de políticas.
- Transacciones de importancia relativa con la participada.

14 El Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras utiliza el término entidad, en lugar del de sociedad.

- Intercambio de personal directivo.
- Suministro de información técnica esencial.

En todo caso, y continuando en la misma línea de coherencia con el Código de Comercio antes apuntada, ambos planes establecen la presunción de existencia de influencia significativa en idénticos términos a los del texto legal.

A la vista de todo lo anterior, parece oportuno concluir que la existencia de influencia significativa de una sociedad sobre otra, en los términos que acabamos de ver, da lugar a la calificación de sociedad asociada para la sociedad en la que se ostente la participación; y que, recíprocamente, aunque en sentido amplio pueda llamarse participación a toda situación en la que una sociedad ostente la titularidad sobre una parte del capital de otra, en materia de consolidación de cuentas el término de participación se reserva para el supuesto a que antes hemos hecho referencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 47.3 del Código de Comercio; supuesto éste que se interpreta como exponente de influencia significativa y que implica el que la sociedad participada reciba el nombre de sociedad asociada. Por todo lo cual cabe decir que los términos sociedad asociada, influencia significativa y participación, en el sentido antes indicado, se hallan íntimamente relacionados y, hasta cierto punto, pueden considerarse como equivalentes.

Resumiendo toda esta problemática, cabe decir que una entidad es asociada de otra cuando ésta pueda ejercer sobre ella una influencia significativa por tener sobre la misma una participación que, creando una vinculación duradera, esté destinada a contribuir a su actividad. No obstante, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma de 2007, en la nueva normativa se elude el dar una definición de participación, posiblemente por lo impreciso del término, y sólo se formulan los conceptos de influencia significativa y de sociedad asociada.

11. OTROS SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO PARTICIPACIÓN

Hay que tener en cuenta que todo lo dicho en apartados anteriores sobre el significado y alcance del término participación, y de los conceptos relacionados con el mismo, cuales son los de sociedad asociada e influencia significativa, se limita al ámbito de la legislación mercantil en general, y de la normativa contable, en particular. No obstante, la interpretación del término participación sigue presentando algunas dificultades en el ámbito de lo que es la normativa de ordenación y supervisión de los seguros privados, pues aun cuando en materia de derecho contable se haya optado por la vía práctica de prescindir de la articulación de un concepto de participación, en la normativa de control de la actividad aseguradora no ha sucedido lo mismo.

Así, en el artículo 8 del TRLOSSP se entiende por participación el hecho de poseer, de manera directa o indirecta, el 20 por ciento o más de los derechos de voto o

del capital de una entidad aseguradora; participación que implica la existencia de lo que el mencionado precepto legal denomina vínculo estrecho. Pero, a diferencia de lo que ocurre en la norma contable, aquí sí se da un concepto de participación, que viene a coincidir con el presupuesto de hecho en que se basa la presunción de existencia de influencia significativa; con la diferencia de que, así como en la norma mercantil y contable, el hecho de poseer un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de los derechos de voto simplemente permite la formulación de una presunción, que, además, como se ha visto, es *iuris tantum* y, por tanto, admite prueba en contrario, en la norma de ordenación la posesión de ese mismo porcentaje es constitutiva de un presupuesto de hecho, del que se deriva forzosamente la existencia de participación con carácter necesario. Es decir, el concepto de participación, a los efectos indicados, no responde a una construcción intelectual, sino que es simple consecuencia de la concurrencia de un hecho, cual es de la poseer un determinado porcentaje de capital o de derechos de voto.

De este modo, la concurrencia de la citada circunstancia permite hablar de participación; si bien resulta obligado precisar que, en tal caso, dicha participación lo es sólo a efectos de normativa de ordenación, y no a cualesquiera otros. Lo que no deja de resultar engorroso en una actividad como la aseguradora, en relación con la cual se manejan continuamente conceptos de índole mercantil y contable, estrechamente entrelazados con otros conceptos que son de naturaleza supervisora de dicha actividad; y más aún cuando, como antes se ha apuntado, la misma norma contable participa, hasta cierto punto, de la naturaleza de norma de supervisión.

Por otra parte, cabe entender que la indicada noción de participación, dentro de lo que es el ámbito de eficacia material del TRLOSSP, sólo tiene virtualidad a los efectos del establecimiento de vínculos estrechos de los definidos en el artículo 8 del TRLOSSP, ya que en éste se dice que el hecho de poseer, directa o indirectamente, el 20 por ciento o más del capital o de los derechos de voto de una entidad aseguradora, es participación a efectos de su consideración como vínculo estrecho. Y antes se ha dicho, en el mismo artículo, que a los efectos de lo dispuesto en la propia Ley, se entiende por vínculo estrecho toda relación entre dos o más personas físicas o jurídicas, si están unidas a través de una participación (o de un vínculo de control). Por lo tanto, parece razonable concluir que la noción de participación que proporciona el artículo 8 del TRLOSSP, es decir, la situación consistente en la posesión de un 20 por ciento o más del capital o de los derechos de voto de una entidad aseguradora, sólo es operativa a los efectos de poder afirmar la existencia de un vínculo estrecho¹⁵.

Cuestión diferente es la defectuosa técnica legislativa seguida en la redacción de ese artículo. Primero, porque así como el vínculo de control, a tenor del texto legal, puede

15 Concepto éste de escasa virtualidad en el TRLOSSP, que sólo lo tiene en cuenta a efectos de la información que hay que presentar al Ministerio de Economía y Hacienda para obtener la autorización administrativa para el acceso a la actividad aseguradora.

existir entre una sociedad dominante y una sociedad dominada, cualquiera que sea el objeto social de una y otra, la participación sólo puede darse en relación con una entidad aseguradora; de manera que si una entidad aseguradora posee el 20 por ciento o más del capital o de los derechos de voto de una entidad no aseguradora, o de cualquier otra sociedad, no habría vínculo estrecho, según la literalidad del precepto. Lo que, por otra parte, da lugar a la existencia de una contradicción con la primera parte del apartado 1 del artículo 8, donde se dice que vínculo estrecho es toda relación entre dos personas físicas o jurídicas si están unidas a través de una participación, ya que aquí no se hacen distinciones acerca de la actividad desarrollada por los sujetos implicados en la relación; mientras que inmediatamente, al establecer el concepto de participación en función de la posesión de un determinado porcentaje del capital o de los derechos de voto, se limita el ámbito de la relación a las entidades aseguradoras, excluyendo de la posibilidad de que exista participación cuando se trata de otro tipo de sociedades.

Además, la relación que da lugar a la existencia de vínculos estrechos se predica entre dos o más personas físicas o jurídicas. Ahora bien, tanto al definir la participación como el vínculo de control, que son los supuestos constitutivos de los llamados vínculos estrechos, la existencia de una o de otro se establece en función de que se posea un determinado porcentaje del capital o de los derechos de voto; lo cual tiene plena aplicación en el caso de relación entre sociedades, o sea, entre personas jurídicas; pero carece por completo de sentido cuando se trata de personas físicas, porque es absurdo pretender que, en el mundo actual, una persona física tenga un vínculo de control sobre otra, sobre todo cuando ese control se basa en una relación de dominio; y más absurdo aún resulta plantearse la situación en que una persona física posea el 20 por 100 de otra.

Es probable que, ante una eventual actuación supervisora del órgano de control, en la que, por parte de la entidad supervisada, se alegara, por ejemplo, la ausencia de participación constitutiva de vínculo estrecho en el supuesto de que una entidad aseguradora tuviera más del 20 por ciento del capital de una sociedad no aseguradora, o viceversa, basándose en la literalidad del artículo 8 del TRLOSSP, que sólo considera vínculo estrecho, como acabamos de ver, la situación consistente en poseer más del indicado porcentaje en una entidad aseguradora, la autoridad supervisora invocara una interpretación finalista del precepto legal y considerara que la mencionada participación es acreedora a la calificación de vínculo estrecho. Lo que, pudiendo ser razonable en cuanto al fondo de la cuestión, desde un punto de vista económico, no impide que, desde una perspectiva de las garantías jurídicas de los administrados, dicha actuación debiera reputarse como se tratase de un recurso a la vía de hecho, relativamente frecuente en la vía administrativa, para suplir deficiencias que una técnica legislativa más depurada debería haber hecho innecesaria.

En todo caso, y reduciendo el ámbito del artículo 8 de la Ley a la participación en personas jurídicas o al control sobre las mismas, un factor que ha venido a oscurecer la situación ha sido el de la regulación establecida en el artículo 67.1 bis del ROSSP, en relación con los grupos consolidables de entidades aseguradoras, cuando en el citado precepto reglamentario se dispone que a los efectos del artículo 20.2 del TRLOSSP, es decir, del artículo relativo a esta figura, se presumirá que existe relación de control cuando

exista una participación igual o superior al 20 por 100 del capital o de los derechos de voto; regulación ésta a la que ya hicimos referencia al tratar del concepto de control, donde planteamos los problemas que la misma suscitaba en relación con este punto. Pero aquí vuelve a presentarse el problema, esta vez en relación con la noción de participación, puesto que si, por una parte, se entiende por participación el hecho de poseer el 20 por 100 o más del capital o de los derechos de voto y, por otra, ese mismo porcentaje da lugar a la existencia de control, siendo participación y control dos supuestos distintos, la situación en que se coloca al intérprete de la normativa es realmente difícil.

Bien es verdad que, con objeto de superar esa contradicción, podría decirse que el artículo 67.1 bis del ROSSP limita su alcance a los efectos de lo dispuesto en el artículo 20.2 del TRLOSSP sobre grupos consolidables de entidades aseguradoras; por lo que cabría argumentar que, fuera de esos supuestos, el mencionado precepto reglamentario carece de eficacia y que, por tanto, no se halla en oposición con el concepto de participación que proporciona el artículo 8 del TRLOSSP al hablar de vínculos estrechos. En contra de esto cabría oponer que cuando el indicado artículo 8 establece el mencionado concepto de participación en función de que se posea el mencionado porcentaje en el capital o en los derechos de voto, dice con toda rotundidad que ese concepto se entiende a los efectos de lo dispuesto en la propia Ley; es decir, tanto a los efectos de definir cuándo hay vínculos estrechos como a cualesquiera otros; incluidos los previstos en su artículo 20.2. Pero, como antes hemos indicado, parece que la participación de que habla el artículo 8 lo es a los solos efectos de determinar si hay o no vínculos estrechos entre dos o más sociedades; interpretación ésta que, por otra parte, resulta la más conveniente a efectos prácticos, ya que de otro modo nos encontraríamos ante una aporía de imposible solución.

Sea como fuere, lo cierto es que si no se hubiera dictado el artículo 67.1 bis del ROSSP no habría surgido ninguna duda, porque no hay contradicción entre lo dispuesto en el artículo 8 y lo prevenido en el artículo 20, que, por cierto, omite toda referencia al término «participación», salvo la que efectúa, con alcance puramente marginal, al supuesto en que la actividad principal de la entidad dominante de un grupo de entidades financieras consista en tener participaciones de entidades aseguradoras. No parece, pues, haber duda de que, desde el punto de vista del atributo de inteligibilidad, que necesariamente deben revestir las normas jurídicas, la introducción del apartado 1.bis del artículo 67 del ROSSP, debe reputarse como desafortunada. Bien es verdad que la introducción de esa modificación en el ROSSP fue debida a la adaptación a la Directiva 98/78/CE, de 20 de octubre, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros; pero, como tantas veces sucede con la adaptación de Directivas comunitarias, podría haberse prestado menos atención al respeto a su literalidad, y más a la coherencia con el resto de la legislación en que la adaptación se incardina. Al fin y al cabo, cuando el legislador comunitario dicta sus directivas no puede tener en cuenta las particularidades específicas de la normativa interna de cada Estado miembro. Es el legislador nacional quien, al trasponer las directivas al derecho interno, debe considerar este aspecto a efectos de evitar, dentro de lo razonable, toda posibilidad de confusión.

12. PARTICIPACIONES SIGNIFICATIVAS

Las contradicciones e incoherencias que acabamos de señalar se agudizan con la presencia en el TRLOSSP de otro concepto íntima y directamente relacionado con el de participación, como es del participación significativa a que se refiere el artículo 22 de la mencionada Ley, a cuyo tenor, y a efectos de lo dispuesto en la misma, se entiende por participación significativa el hecho de ser titular en una entidad aseguradora, directa o indirectamente, de un porcentaje igual o superior al 10 por ciento del capital social, fondo mutual o de los derechos de voto. También tiene la consideración de participación significativa, en los términos que se determinen reglamentariamente, cualquier otra posibilidad de ejercer una influencia notable en la gestión de la entidad aseguradora en la que se posea la participación.

La determinación reglamentaria de los supuestos en que se entiende que existe posibilidad de ejercer una influencia notable en la gestión de una entidad aseguradora, a los efectos del artículo 21 de la Ley, se ha efectuado por medio del artículo 69 del ROSSP, a cuyo tenor dicha posibilidad existirá cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que una persona física o varias sociedades de un mismo grupo sean titulares, directa o indirectamente, de un porcentaje igual o superior al 10 por 100 del capital social, del fondo mutual o de los derechos de voto de la entidad, o al 3 por 100 si ésta cotiza en un mercado regulado.
- b) Que tal participación posibilite la presencia en el órgano de administración de la entidad.

Varias son las cuestiones que llaman la atención en la regulación de toda esta materia, si se considera el conjunto de normas que incide sobre la misma, tanto en el ámbito puramente contable como en el de supervisión, pero todo ello en el contexto de la normativa aplicable a la actividad de las entidades aseguradoras. En primer lugar, el hecho de que haya dos interpretaciones diferentes de un solo y mismo concepto, cual es el de influencia notable. Como antes hubo ocasión de ver, la influencia notable era un concepto que, en el ámbito mercantil-contable, daba lugar la existencia de las llamada sociedades asociadas, y se entendía que había influencia notable en los supuestos a que se refería el Real Decreto 1815/1991, sobre cuentas anuales consolidadas (al que se remitía, asimismo, la normativa contable de seguros), los cuales consistían en que una o varias sociedades del grupo participaran en el capital de otra sociedad, de modo que se crease una vinculación duradera, que contribuyese a su actividad; y, a tales efectos, se establecía la presunción de concurrencia de dichos requisitos y, por tanto, de existencia de influencia notable, cuando la referida participación fuera superior al 20 por 100, o al 3 por 100, si la sociedad participada cotizaba en Bolsa.

Pero, en relación con todo lo anterior, también vimos:

a) que tras la reforma del Código de Comercio de 4 de julio de 2007, y tras la publicación del Plan General de Contabilidad y del Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, el concepto de influencia notable ha sido sustituido por el de influencia significativa, aunque un término y otro se consideran equivalentes (siendo ésta también la opinión expresada por el ICAC en su nota sobre formulación de las cuentas anuales consolidadas para los ejercicios que comiencen a partir de 1 de enero de 2008);

b) que, además de participar en otra sociedad (participación que ya no es en el capital, sino en los derechos de voto), la sociedad que participa debe tener el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la sociedad participada; y

c) que la presunción de existencia de influencia significativa en función del porcentaje de participación se establece en el umbral del 20 por 100 de los derechos de voto.

Sin embargo, nos encontramos con que el porcentaje de participación que exige el ROSSP para que se entienda que existe influencia notable, concepto éste que debe reputarse equivalente al de participación significativa, es del 10 por 100. Además, así como el porcentaje del 20 por 100 que exige la norma mercantil y contable juega como presunción de existencia de la indicada influencia, el porcentaje del 10 por 100 a que el ROSSP se refiere no opera como presupuesto de hecho de la presunción, sino como elemento determinante, por sí solo, de que deba entenderse la existencia de la influencia en cuestión.

Claro que podría aducirse, aunque sólo fuera a efectos puramente dialécticos, que la influencia notable a que se refiere el artículo 69 del ROSSP lo es, como el mismo precepto reglamentario explicita, sólo a efectos de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley; esto es, a efectos de determinar cuándo hay una participación significativa, con independencia de que pueda haber un concepto similar en el ámbito contable. Pero no es menos cierto que todo esto contribuye de manera notoria a generar confusiónismo, tanto en el intérprete de la normativa aseguradora como entre las personas y entidades sometidas a la misma; y ello, por una serie de razones, de entre las que podríamos entresacar las que a continuación relacionamos.

En primer lugar, resulta difícil de entender que quepa considerar como conceptos diferenciados a los de participación significativa conforme al artículo 22 del TRLOSSP e influencia significativa del artículo 47.3 del Código de Comercio y demás disposiciones de desarrollo en materia contable, incluido el propio Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras. Si por influencia significativa se entiende, junto a la concurrencia de otras circunstancias, el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de otra sociedad, y si, además, los conceptos de influencia significativa e influencia notable se consideran equivalentes, no parece en absoluto adecuado mantener una terminología que induce claramente a error. La influencia de una sociedad en otra se manifiesta por la circunstancia a que se refiere el Plan contable de ejercer poder de intervención en las decisiones de esta última. Que tal influencia sea calificada como notable o como significativa, y que en razón de tan artificiosa distinción se pretenda dar origen a consecuencias jurídicas diversas carece de sentido.

Por otra parte, resulta igualmente llamativo, por la falta de coherencia, que, al margen de la norma contable, según el TRLOSSP (artículo 8), se denomine participación al hecho de poseer un 20 por 100 de los derechos de voto o del capital de otra sociedad, y según el mismo TRLOSSP (artículo 21), esa misma participación reciba la calificación de significativa cuando se reduzca al 10 por 100¹⁶; o sea, que la participación significativa requiere un porcentaje menor que la simple participación. Y otra vez, para solventar esta anomalía, hay que volver a decir que la participación del 20 por 100 juega a efectos de establecer la existencia de vínculos estrechos, mientras que la participación del 10 por 100 lo hace a efectos de dar entrada al régimen de autorizaciones previsto en el artículo 22. Pero habrá que convenir en que la necesidad de efectuar tantas precisiones muestra que la técnica legislativa seguida al regular estas cuestiones es manifiestamente mejorable.

Otra cuestión, menor, si se quiere, pero que pone también de manifiesto la falta de coherencia interna con el resto del ordenamiento en la regulación de las cuestiones a que ahora nos referimos es la mención que se hace en el artículo 69 del ROSSP, como indicativo de la existencia de influencia notable, al supuesto de que una persona física o una o varias sociedades sean titulares de un porcentaje igual o superior al 10 por 100 del capital o del fondo mutual de una entidad. Así como la referencia al capital social tiene sentido, no lo tiene la mención a la participación en el fondo mutual. En primer lugar, el fondo mutual no se halla dividido en acciones o participaciones, que permitan afirmar la titularidad sobre el mismo; lo que hay son simples contribuciones a la formación del fondo mutual. Pero, sobre todo, un principio esencial de las mutuas, aunque no esté recogido expresamente en estos términos por la Ley reguladora, es el de la igualdad de derechos y obligaciones de los mutualistas, de modo que tanto vale el voto de uno como de otro, con independencia de cuáles hayan sido sus aportaciones al fondo mutual, por lo que no cabe el ejercicio de ningún tipo de influencia a través de ese procedimiento.

Verdad es que el régimen de participaciones significativas introducido en la normativa de ordenación nada tiene que ver con el ordenamiento contable, ya que, como dice la exposición de motivos del proyecto de ley sobre la materia, la finalidad de este régimen es abordar la evaluación cautelar de las adquisiciones de participaciones que puedan suponer el ejercicio de una influencia notable en las entidades financieras. Se trata, en definitiva, continúa diciendo el proyecto de ley, de un control administrativo previo que tiene por objeto evaluar, a efectos prudenciales, la identidad, honorabilidad y solvencia de los accionistas más significativos de dichas entidades, y que, en la práctica, supone extender la labor de supervisión de la autorización de entidades a cualquier modificación posterior de su estructura accionarial que pueda afectar a la idoneidad de los propietarios.

16 La Directiva 92/49/CEE, de cuya incorporación al derecho interno procede la introducción del régimen de participaciones significativas, utiliza el término de «participación cualificada»; denominación ésta que, en el contexto normativo en el que nos movemos, puede resultar más apropiada, porque no daría lugar a la confusión entre participaciones significativas e influencia significativa.



Pero, incluso así, mejor sería, a la vista de todo lo anterior, que la Ley hubiese renunciado, a efectos de regular las condiciones de adquisición de determinados porcentajes de participación en una entidad aseguradora, a manejar conceptos tales como los de influencia notable, participación significativa o participación en el órgano de administración, y que se limitase a indicar los requisitos necesarios para llevar a cabo dicha adquisición; y, en consecuencia, que se hubiese también renunciado a desarrollar reglamentariamente esta cuestión, introduciendo más confusión en una materia que ya de por sí estaba bastante complicada y necesitada de clarificación.

13. CONSIDERACIÓN FINAL

La diversidad de normas a que se ha venido haciendo referencia a lo largo de este trabajo, y las numerosas modificaciones que las mismas han venido experimentado, hace que la exposición de esta materia resulte tediosa, confusa y de difícil asimilación. Lo peor de esta dificultad es que ella no radica en la complejidad de los conceptos involucrados, sino en la maraña normativa que se ha ido creando en torno a los mismos. Téngase en cuenta que, como se ha visto a lo largo de los apartados anteriores, es ésta una materia sobre la que confluyen normas mercantiles, normas contables y normas de supervisión; y que, en relación con estas últimas, no se trata sólo de normas específicas de supervisión de la actividad aseguradora, sino que, indirectamente, también incluyen a normas de supervisión del sector financiero, en general, que tienen un efecto reflejo en la normativa de control de los seguros privados.

A la vista de todo lo expuesto, resulta, pues, bastante evidente que toda esta materia precisa de una clarificación, en primer lugar terminológica, que ayude a distinguir con claridad los conceptos relacionados con la misma, en lugar de contribuir a la generación de una confusión que deriva de que normas con finalidades diferentes y que tienen como ámbito material realidades igualmente diversas, regulen situaciones que, sin embargo, reciben una misma o parecida denominación. Así, hemos visto cómo se solapan e interfieren entre sí los conceptos de grupo de sociedades, que por imperativo legal debe ser objeto de consolidación, y de grupo consolidable de entidades aseguradoras, que, aun cuando lo hemos calificado como grupo *sui generis*, no responde exactamente a lo que se conoce como grupo en el ámbito del derecho mercantil y su desarrollo contable. También se ha visto cómo en la normativa de ordenación se mantiene como elemento definitorio del grupo consolidable al concepto de unidad de decisión, junto al de control, que, en virtud de la interpretación que hemos realizado, parece que deben entenderse como equivalentes desde el punto de vista de dicha normativa, pero que ello choca con las modificaciones introducidas en la normativa mercantil, a cuyo tenor sólo el control de una sociedad sobre otra, y no la unidad de decisión, entendida como dirección única, da lugar a la existencia de grupo. Lo que, por cierto, plantea otra discrepancia entre uno y otro ámbito normativo, por cuanto en el

mercantil desaparece la posibilidad de considerar como grupo al conjunto formado por varias sociedades bajo la dirección única de una persona o grupo de ellas (grupos horizontales).

Otro tanto ocurre con los diversos sentidos que se atribuye al término participación. Junto al concepto genérico de la misma, que se refiere a la situación por la que se ostenta la titularidad de parte del capital o de los derechos de voto de una sociedad, coexisten otros, como el que hace referencia a participación en el sentido que confiere a este término la Ley de Sociedades Anónimas, que debe entenderse tácitamente vaciado de contenido en virtud de la derogación de la parte de la indicada ley relativa a este capítulo; o el de la participación que permite calificar a la situación creada merced a la misma de vínculo estrecho; o el de participación significativa, que tiene un alcance más reducido que el de la simple participación, y que no coincide con lo que se califica de influencia significativa, o influencia notable; o, por último, el de la participación a la que se atribuye la calidad de determinante de la existencia de una relación de control, en contra de lo que de otros preceptos legales se deduce que constituye una relación de este tipo.

No cabe desconocer que cuando la normativa de supervisión introduce estos equívocos lo suele hacer con la previa advertencia de que ello sólo es a los efectos que en la misma se contemplan, y no con otro alcance. Así, por ejemplo, cuando se refiere a la participación que da lugar a la creación de vínculos estrechos claramente se indica que la definición que allí se contiene sólo opera a estos efectos; lo mismo que cuando establece el porcentaje que da lugar a las participaciones significativas, o el que determina el nacimiento de una relación de control a efectos de definir el grupo consolidable de entidades aseguradoras (con las contradicciones que esto último plantea con el esquema conceptual establecido por la propia ley supervisora, como antes se ha indicado). También es cierto que, aun contando con la buena disposición de la autoridad de control, no resulta fácil enmendar la embarullada situación terminológica y, hasta cierto punto, conceptual que se ha creado con la publicación de sucesivas normas que han venido incidiendo sobre la materia, porque algunas provienen del ordenamiento comunitario (que podrían haberse evitado mediante una traducción menos literalista y más atenta a criterios finalistas), y otras de una regulación para el conjunto del sector financiero que ha sido bastante prolija y cambiante, no siempre dictada con el debido rigor conceptual, pero que, por ser el sector asegurador parte de dicho conjunto, ha determinado no sólo que éste se haya visto arrastrado por la defectuosa técnica legislativa utilizada, sino que los defectos en que se ha incurrido sean de difícil subsanación, al no ser posible la acción singular sobre un específico sector, al margen de los demás afectados por una normativa que se pretende sea única. Con todo, un esfuerzo de reelaboración de todo este conjunto de normas, con una visión integradora y con una redefinición, en su caso, de los conceptos que se prestan a interpretaciones equívocas, sería bienvenido por todos aquéllos cuya actividad profesional se desenvuelve en el entorno sometido a la regulación propia de la actividad aseguradora.

