



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2017/2018
Convocatoria: Marzo

EL GRUPO DE SOCIEDADES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Society group in bankruptcy or insolvency proceeding

Realizado por la alumna Doña Nazara Hernández González

Tutorizado por la Profesora Doña Lourdes Verónica Melero Bosch

Departamento: Derecho público y privado especial y Derecho de la empresa

Área de conocimiento: Derecho mercantil

ABSTRACT

The present work deals with the study of the society groups in bankruptcy or insolvency proceeding with the idea in mind of that proceeding doesn't have a systematic regulation, but also several articles distributed over Business Law (Ley Concursal in Spanish legislation, Law of 22/2003 July 9th) pertain to it.

This work begins with an approach to the Business Law that regulate bankruptcy or insolvency proceedings and immediately after talking about society group's concept in bankruptcy or insolvency proceeding scope.

Once we get the definition, we list the effects that Business Law establishes making clear that bankruptcy or insolvency proceeding extension isn't one of them. If bankruptcy or insolvency proceeding concerns to society group, legal measures are: bankruptcy or insolvency proceeding's accumulation, loan's subordination that belong to people specially relate with the insolvent party and operation's withdrawal.

By last, we list another society group's references made by Business Law: solutions after bankruptcy or insolvency proceeding like group refinancing plans; request to declare bankruptcy or insolvency proceeding; bankruptcy administration's appointment; the legal grade of the bankruptcy or insolvency proceeding (guilty or accidental); and bankruptcy or insolvency proceeding's solution with a special mention to the conditioned arrangement with creditors.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El presente trabajo afronta el estudio de los grupos de sociedades en el concurso de acreedores desde la premisa de que no tiene una regulación sistemática, sino que se refieren al mismo diversos artículos distribuidos a lo largo de la Ley Concursal.

Comienza con un acercamiento a la Ley que regula el concurso e inmediatamente después pasa a hablar del concepto de “grupo de sociedades” en el ámbito concursal.

Una vez definido, enumera los efectos que establece la Ley Concursal dejando claro que la extensión del concurso no es uno de ellos. Si el concurso afecta a un grupo de sociedades, las medidas legales son: la acumulación de los concursos, la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas y la rescisión de los actos de las personas especialmente relacionadas.

Por último, se enumeran las otras referencias que hace la Ley Concursal al grupo de sociedades: las soluciones pre concursales, entre los que se encuentran los planes de refinanciación de grupo; la solicitud de declaración de concurso por el deudor; la calificación del concurso; y las soluciones de los concursos, con especial mención al convenio condicionado.

ÍNDICE

I. Introducción	1
II. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal	2
III. La noción de grupo de sociedades a efectos del concurso	4
IV. La no extensión del concurso	11
V. La acumulación de concursos	17
VI. La subordinación de créditos	20
VII. La rescisión de las operaciones del grupo	25
VIII. Otras referencias de la Ley Concursal a los grupos de sociedades	27
8.1. Soluciones preconcursales: los planes de refinanciación de grupo	27
8.2. Solicitud por el deudor de la declaración de concurso	28
8.3. Administración concursal única	29
8.4. Calificación del concurso. Especialidades en materia de responsabilidad ...	29
8.5. Soluciones de los concursos: mención al convenio condicionado	31
IX. Conclusiones	32
Bibliografía	41
Resoluciones judiciales citadas	43
Legislación	44

I. Introducción

El presente trabajo se centra en las cuestiones específicas que puede plantear en el concurso de acreedores la pertenencia de dos o más sociedades concursadas a un mismo grupo de empresas.

Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español carecen de un Derecho sustantivo propio que recopile en una norma única todos sus aspectos específicos, lo que ha sido puesto de manifiesto y reiteradamente denunciado por la doctrina¹. El tratamiento de la insolvencia de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo se contagia de la mencionada dispersión presente en el resto de los ámbitos, repitiéndose la ausencia de una regulación sistemática del concurso de las sociedades del mismo grupo empresarial². Por ello, para el estudio del concurso de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo debemos acudir a la norma concursal genérica, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC).

En aras de un tratamiento más específico y extenso del tema a desarrollar, únicamente se analizarán las sociedades pertenecientes a un mismo grupo de sociedades desde el ámbito mercantil-concursal, sin tratar las especificidades que también presentan en otras materias como el Derecho societario, contable, laboral, fiscal o administrativo. Por el mismo motivo, no se incluyen en este análisis las sociedades pertenecientes a un mismo grupo que operen de forma solvente (*in bonis*) en el mercado dado que el presupuesto objetivo básico para la aplicación del régimen concursal es, precisamente, la

¹ Ver, por ejemplo, FEBLES POZO, NAYIBER (2016) *Los grupos de sociedades. Un análisis pendiente acerca de una regulación sistemática en la legislación española*, *Ars boni et aequi* 12, núm. 2, pp. 205-244; o RODRÍGUEZ ARIZA, LÁZARO; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, ANA ISABEL y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, MARÍA ESPERANZA (2015) *La pendiente regulación mercantil y concursal de los grupos de sociedades*, R.E.D.S., núm. 6, pp. 49-74.

² En palabras de GIRARDO PERANDONES, PABLO (2014) en *Breves reflexiones sobre el concepto de grupo en la legislación concursal* Actualidad jurídica Iberoamericana IDIBE, núm. 1, p. 167

“La consabida ausencia de un régimen completo sobre los grupos de sociedades en el ordenamiento español también se refleja en el ámbito más específico de la legislación concursal; sin menoscabo de ello, la realidad del grupo emerge en diversos apartados del texto legal”

O, en la misma línea, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN (2005) *Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades*, Anuario de Derecho Concursal, núm. 5, p. 5

“[...] nuestro Derecho de grupos carece de una regulación sustantiva que facilite dar respuesta a cuestiones de tal naturaleza que puedan plantearse en el marco del procedimiento concursal”.

También RODRÍGUEZ ARIZA, L., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, A. I. y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ M. E., *cit. supra*, p. 67.:

“Se echa en falta, sin embargo, un conjunto de normas homogéneo que regule de forma armónica el tratamiento de éstos (los grupos de sociedades) en el concurso”.

insolvencia³. Igualmente, se excluyen tanto los aspectos en los que el procedimiento concursal de las sociedades pertenecientes a un grupo es coincidente con el concurso aislado o de una empresa individual, como los concursos de sociedades pertenecientes a un mismo grupo en los que se encuentren presentes elementos internacionales⁴.

Aclaradas las anteriores cuestiones, ya queda delimitado el ámbito concreto que se va a abordar en las siguientes páginas.

II. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Si bien la LC no ha ignorado la realidad económica y empresarial de los grupos de sociedades, sí que concibe el régimen de la insolvencia de la sociedad pensando de manera preferente en una empresa individual⁵ y atiende a la frecuente realidad de pertenencia a un grupo de sociedades mediante su inclusión como modalidad de “concurso conexo”.

A estos efectos, la LC considera que dos o más concursos son conexos cuando los deudores forman parte de un grupo de sociedades⁶. La pertenencia al grupo como elemento de conexión de dos o más sociedades permite -no impone- una declaración judicial conjunta de concurso, tanto voluntario como necesario. Y, si no se ha hecho uso de tal posibilidad, cabría a posteriori -también es una posibilidad, no una imposición- la acumulación de los procesos concursales separadamente iniciados, incluso aunque pendan de distintos juzgados⁷.

³ Artículo 2.1 LC Presupuesto objetivo. –Subrayado propio, no presente en el extracto original-

1. *La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.*

⁴ Sobre este tema resulta interesante el trabajo desarrollado en 2010 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, y FUENTES NAHARRO, MÓNICA (2011) *La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español*, ADCo, núm. 22, p. 15.

⁶ Artículo 25 LC. Declaración conjunta de concurso de varios deudores. -Subrayado propio, no presente en el extracto original-

1. *Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades.*

Artículo 25 bis LC. Acumulación de concursos.

1. *Cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados siguientes:*

1.º *De quienes formen parte de un grupo de sociedades.*

⁷ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, GEMMA (coord.) (2015) *El proceso concursal ante insolvencias conexas. Declaración conjunta de concurso y acumulación de concursos pendientes en la LC, versión*

La Reforma de 2011⁸ introduce como novedad el Capítulo III dentro del Título I de la LC, bajo la rúbrica “concursos conexos” que engloba los artículos 25, 25 bis y 25 ter que tratan, respectivamente, la declaración conjunta de concurso de varios deudores, la acumulación de concursos y la tramitación coordinada de los concursos.

Tras la Reforma de 2011 se ha mejorado ligeramente la situación que obligaba a acudir a las normas distribuidas por el articulado tratando de localizar aquellas que afectaban a los grupos de sociedades (esencialmente, los antiguos arts. 3.5, 25 y 101.2 LC), pero vuelven a dejarse cuestiones sin resolver y sigue sin conseguirse una regulación unitaria debido a las referencias a los grupos de sociedades que siguen encontrándose fuera de dicho capítulo.

Además, encontramos la dificultad añadida de que las referencias al grupo que se hacen en la LC se caracterizan por una falta de precisión terminológica; como señala el profesor GIRGADO⁹, unas veces aparece como “grupos de sociedades” (arts. 25, 25 bis, 71 bis, D.A. 6ª LC), otras como “grupo de empresas” (arts. 6, 28 LC), e igualmente con los sujetos que lo integran con referencias genéricas a “sociedades”, “personas jurídicas” o “empresas”, sin distinguir si forman parte del grupo o no¹⁰.

Como adelanto, cabe comentar que lo más correcto en base a la regulación actual, sería decir grupo de sociedades y, en consecuencia, referirse a los sujetos integrantes como sociedades.

Dejando a un lado la cuestión terminológica, según SEBASTIAN¹¹, la LC contiene cuatro grandes referencias a los grupos:

vigente tras la Ley 25/2015 de 28 de julio (Tirant lo Blanch) p. 1 del Epígrafe 2. Primera parte. Insolvencia de sociedades pertenecientes a un grupo. Capítulo I. El grupo de sociedades como factor de conexión en el proceso concursal y en soluciones preconcursales

⁸ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁹ GIRARDO PERANDONES, P., *cit. supra*, p. 168.

¹⁰ En la misma línea, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *cit. supra*, p. 1

“Ni siquiera existe una denominación jurídica única para tal realidad, pues textos legales, jurisprudencia, resoluciones jurisdiccionales de órganos inferiores al Tribunal Supremo y doctrina especializada emplean a veces la expresión, más extendida en la actividad económica, de grupo de empresas y en otras ocasiones, los términos, de significado más restrictivo, de grupo de sociedades”.

¹¹ SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL. (2004) *La insolvencia de los grupos de sociedades: una reforma pendiente*, La reforma Concursal Española, Revista ICADE de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 61. pp. 95-96.

- 1) la posibilidad de extensión del concurso a las sociedades que formen parte del mismo grupo¹²
- 2) la posibilidad de acumulación de los concursos de las personas que formen parte del mismo grupo¹³
- 3) la relativa a la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con las sociedades deudoras¹⁴
- 4) la rescisión de los actos en los que hubieran intervenido personas especialmente relacionadas con las sociedades deudoras.¹⁵

Existen otras alusiones en la LC a los grupos de sociedades como pueden ser las referidas a los planes de refinanciación, la calificación del concurso a la hora de atribuir responsabilidad a la sociedad dominante o al grupo o los convenios condicionados¹⁶, pero las cuatro anteriores son las de mayor relevancia por lo que centraremos este trabajo en torno a ellas. No obstante, trataremos de hacer una mención de todas las referencias que realice la norma a los grupos de sociedades, aunque no se desarrollen.

III. La noción de grupo de sociedades a efectos del concurso

Antes de seguir profundizando en la LC procede señalar que la misma no establece un concepto de grupo de sociedades, por lo que es necesario acudir a disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico fuera de dicha norma.

La importancia de delimitar el concepto de grupo radica en que determinará la posible aplicación de ciertas normas concursales a los miembros que integren el mismo y sean declarados en concurso.

Precisamente se critica del concepto estricto que se maneja por la regulación en vigor¹⁷ por dejar al margen de su ámbito a determinadas estructuras plurisocietarias que no encuentran encaje dentro de la definición de grupo de sociedades y no pueden, por tanto, adherirse a las especialidades previstas por la LC que se exponen en este trabajo.

¹² V. *infra* el apartado IV

¹³ V. *infra* el apartado V

¹⁴ V. *infra* el apartado VI

¹⁵ V. *infra* el apartado VII

¹⁶ V. *infra* el apartado VIII

¹⁷ Ver SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y FUENTES NAHARRO, M. (2014) *El concepto estricto de grupo en la Ley concursal*, Revista de Derecho Mercantil, núm. 291, pp. 595-620.

Nos referimos a los grupos horizontales o por coordinación, como se verá más adelante. Aunque afecta, también por encontrarse excluidos del concepto actual, a las personas físicas y a las entidades no societarias (las fundaciones, por ejemplo) que forman parte, ya sea como matriz ya sea como dependiente, de una misma agrupación empresarial.

En la actualidad, la noción de grupo de sociedades, a efectos concursales, es la que se recoge en el art. 42.1 del Código de Comercio¹⁸ (en adelante, Ccom) referida a la consolidación de las cuentas anuales, a la que hace una remisión directa la disposición adicional sexta de la LC¹⁹, introducida por el número 114 del artículo único de la Reforma de 2011.

A través de dicha referencia se ha establecido claramente cuál es la noción de grupo de empresas a efectos de la LC, solventando así la controversia que existía hasta ese momento²⁰. Afirma GIRARDO que, hasta entonces, la cuestión de la noción de grupo no estaba suficientemente clara en las decisiones de los Juzgados de lo Mercantil, que se alternaban entre partidarios de la aplicación del art. 42 Ccom. y aquellos que no lo consideraban suficientemente comprensivo de la realidad de grupo.²¹

Hoy en día, esta definición contable del grupo, en la que existe una empresa dominante que controla al resto de empresas dependientes, es la que ejerce una mayor influencia en el resto de las disciplinas²².

¹⁸ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

¹⁹ Disposición adicional sexta LC (D.A. 6ª, en adelante) Grupo de sociedades.

A los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

²⁰ SEBASTIAN QUETGLAS, *cit. supra*, p. 105. Antes de la reforma

“El primer tema que se debería abordar es la definición de lo que constituye grupo a efectos concursales. La Ley Concursal podría tomar como definición de grupo la recogida en el artículo 42 del Código de Comercio, o el 78 de la Ley de Cooperativas o acuñar una definición ex novo, distinta de las anteriores.”

²¹ GIRARDO PERANDONES, *cit. supra*, p. 3, cita ejemplos jurisprudenciales de los partidarios de la primera opción como el Auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2009 recaído en la Cuestión de competencia núm. 203/2008 y de la segunda (SJM de Madrid, de 14 de enero de 2010 y SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2011).

²² RODRÍGUEZ ARIZA, *cit. supra*, p. 63. Entre otros, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se remite en su artículo 18 a la definición del art. 42.1 CCom. así como el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que también adopta la misma mediante remisión contemplada en su artículo 5.

Los criterios legalmente impuestos para definir la existencia del grupo de sociedades son²³:

- (i) la presencia de una pluralidad de sociedades;
- (ii) entre las que exista una relación de dominación, una posibilidad de control de unas sobre otras;
- (iii) que dicho control se materialice y evidencie en la posibilidad de imponer decisiones sobre las sociedades del grupo;
- (iv) pudiendo ser tal control directo o indirecto, esto es, a través de otras sociedades también dominadas;
- (v) y, que el centro de decisión, de control, esté residenciado precisamente en una persona jurídica, en una sociedad.

Cuando se publicó en 2003 la LC, su artículo 3.5 (ahora derogado) daba la posibilidad a los acreedores de solicitar la declaración de concurso acumulado de varios de sus deudores (acumulación *ab initio*) “*cuando existiese confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formasen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones*”.

Tanto “la identidad sustancial de sus miembros” como “la unidad en la toma de decisiones” eran los criterios que el art. 42 CCom. recogía en aquella fecha al definir el grupo de sociedades.

Sin embargo, tras la Reforma de 2007²⁴, el núcleo de la definición del art. 42 CCom. se centró en el control, directo o indirecto, que una sociedad (dominante) ostenta o puede ostentar sobre otra u otras (dependientes o dominadas), abandonando la referencia a la unidad de decisión²⁵.

²³ CABA TENA, ANTONIO (2014) *El concepto de “grupo de sociedades” en el ámbito concursal: efectos en la clasificación de los créditos* E-Dictum - www.dictumabogados.com – núm. 31 p. 2.

²⁴ Ley 16/2007, de 4 de julio, de Reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

²⁵ Aunque, como expondremos más adelante, debe entenderse que se abandona en el sentido de que se prescinde de hacer mención a la misma en el texto legal, sin perjuicio de que siga siendo un elemento destacable en los grupos de sociedades. La unidad de decisión sigue estando presente instrumentándose a través del control que ejerce la sociedad dominante sobre el resto.

Observamos que, aunque en un principio el concepto de grupo en Derecho concursal y el de grupo en Derecho mercantil y tributario era coincidente, la Reforma de 2007 supuso la separación de criterio a la hora de definir al grupo de sociedades.

La Reforma de 2011, como ya adelantábamos, introdujo la D.A. 6ª a la LC, arrojando luz sobre este asunto y volviendo a unificar la noción concursal y mercantil al adoptar por remisión el concepto que se define en el Ccom.

El art. 42.1 Ccom. presume la existencia de relación de control cuando una sociedad (dominante) se encuentre en determinados supuestos en relación con otra sociedad (dependiente):

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

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

Cabe matizar que, aunque se ha dicho que la mención al control directo o indirecto viene a sustituir a la de unidad de decisión, lo cierto es que los supuestos de presunción de control expuestos *supra* vienen a coincidir con los que presumían la existencia de unidad de decisión²⁶; es decir, se puede concluir y así lo expresa en su Auto de 15 de enero de 2009 el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid que la nota dominante sigue siendo la de la unidad de decisión, pero por medio del control y sin que sea necesario que la sociedad dominante sea socia de la dominada. Por ello propone FUENTES NAHARRO²⁷, que “quizá el planteamiento del legislador al sustituir la dirección unitaria por el control haya estado presidido por un ánimo puramente pragmático, ya que el control es una realidad más fácil de acreditar que la unidad de decisión”.

Respecto a la relación de control, se ha delimitado por nuestros tribunales qué debemos entender por comprendido en el concepto legal de grupo de sociedades, afirmando que “se reduce a las situaciones de control, es decir, los conocidos como grupos verticales, y más en concreto, no basta la existencia de control sin más, sino que parece reducirlo a aquellos en que hay una sociedad dominante y todas las demás son sociedades dependientes, siendo la primera la que ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras” (entre otras resoluciones, Auto del JM 1 Alicante, de 20 de enero de 2014²⁸).

²⁶ Art. 42.1 Ccom. en su redacción anterior a la Reforma de 2011. -Subrayado propio, no presente en el extracto original-

Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. 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 las dos primeras letras de este apartado.*

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

²⁷ FUENTES NAHARRO, M. (2013) *La subordinación de créditos de las sociedades del mismo grupo y de sus “socios comunes” (ámbito subjetivo y aplicación temporal del artículo 93.2. 3º)*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 132 p. 82.

²⁸ Ver también, SAP de Tarragona, de 24 de septiembre de 2013.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la definición de grupo de sociedades, sentando jurisprudencia en su sentencia n.º 134/2016, de 4 de marzo de 2016, mediante la que ratifica el criterio que ya había manifestado con anterioridad ²⁹: la noción de grupo, en toda la ley concursal, viene marcada no por la existencia de una “unidad de decisión”, sino por la situación de control, tal y como se prevé en el art. 42.1 Ccom, tras la Reforma de 2007.

Asegura el Tribunal Supremo que la noción de grupo se extiende también a los casos de control indirecto, en los que, a pesar de no estar ante un control orgánico en el que la dominante participe mayoritariamente en las acciones o en el órgano de administración de las dependientes, adquiriera derechos sobre ella o concierte contratos que le otorguen control sobre la política financiera y comercial así como sobre el proceso decisorio del grupo; y afirma que existirá el control no solo cuando la dominante tenga el poder jurídico de decisión en junta u órgano de administración sino que además se extiende a un contenido mínimo de facultades. Además, el control no tiene por qué ser efectivo, basta que sea potencial.

Lo que sí parece quedar claro es que los grupos horizontales o por coordinación no encuentran su encaje en la regulación actual³⁰. Ya no cabe hablar de grupos de sociedades cuando no impera la jerarquía. Esta exclusión de los grupos horizontales les impide beneficiarse de las ventajas que se predicen de la tramitación coordinada de los concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo y les deja sin herramientas de armonización en caso de concurso de varias de sus integrantes.

Para evitar la mencionada exclusión SEBASTIAN³¹, antes de la reforma, proponía utilizar una definición ya existente en nuestro ordenamiento, pero ampliándola a los

²⁹ En su sentencia n.º 738/2012, de 13 de diciembre, ya se afirmaba que el grupo de sociedades viene “caracterizado en nuestro vigente ordenamiento por el control que ostenta, directa o indirectamente, una sobre otra u otras”.

³⁰ SJM 1 de Alicante, 19/2014, de 20 de enero.

“Lo que no parece posible es, con arreglo al artículo 42 Ccom -tras la reforma operada por la Ley 16/2007- comprender en el concepto legal de grupo que define el denominado grupo horizontal o por coordinación, sino que se reduce a las situaciones de control, es decir, los conocidos como grupos verticales, y más en concreto, no basta la existencia de control sin más, sino que parece reducirlo a aquellos en que hay una sociedad dominante y todas las demás son sociedades dependientes, siendo la primera la que ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control sobre otras u otras”.

³¹ SEBASTIAN QUETGLAS, R., *cit. supra*. p. 105

grupos por coordinación u horizontales (grupos en los que no existe una relación de dominio) y a las personas físicas afirmando sobre dicha solución que *“es la que tiene más sentido a la vista de las normas existentes en la Ley Concursal”*.

Sobre la exclusión de los grupos horizontales o por coordinación, la SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 449-2013 de 11 diciembre, dice “Ciertamente, los artículos 25, 25 bis, 71.3 1º y 93.2. 3ª, cuando aluden a grupos de sociedades por distintos motivos, no excluyen las relaciones horizontales. Sí lo hace, sin embargo, la disposición adicional sexta, que es aplicable a todos ellos”.

En lo referido a las personas físicas (y también a las jurídica no mercantiles), tiene un gran interés la reciente STS (Sala de lo Civil) núm. 190/2017, de 15 de marzo de 2017 porque se pronuncia en contra de la interpretación literal del art. 42.1 Ccom. respecto a si puede hablarse de grupo, a efectos del concurso de acreedores, cuando el mismo está encabezado por una persona física. Advirtiendo que se trata de la cuestión “más controvertida y que no ha sido abordada con anterioridad por esta sala” reconoce la existencia de grupo y califica como subordinado el crédito litigioso utilizando una doble argumentación:

- a) De acuerdo con una interpretación sistemática del art. 42. 1 Ccom., incluido en el Título III del Libro Primero “De la contabilidad de los empresarios”, la necesidad de que quien ostente el control sea una sociedad solo es relevante a efectos contables, no para la remisión a dicho artículo para definir qué debe entenderse como grupo.
- b) Las razones³² que justifican un determinado tratamiento a los concursos en los que estén involucradas sociedades sujetas a control, en el sentido del art. 42.1 Ccom. concurren tanto cuando en la cima del grupo, ejercitando dicho control, se encuentra una sociedad mercantil como cuando se encuentra una persona física o una persona jurídica que no sea una sociedad mercantil.

³² Que el acreedor pueda tener una información privilegiada sobre la situación del deudor que haya podido influir en su actividad o que la financiación otorgada por la entidad acreedora intente paliar la Infracapitalización de la sociedad deudora, por ejemplo.

Advierte CABA TENA³³, de que quedan fuera también los casos de sociedades vinculadas por razón de su sustrato personal (mismos socios, mismos administradores), que llegan incluso a compartir domicilio y medios materiales y personales.

Además, como ya hemos venido adelantando, se obvia la existencia de personas físicas y personas jurídicas que no sean sociedades³⁴, ya sea como filiales o como matriz de un grupo. Y lo cierto es que la realidad fáctica y contractual indica lo contrario: no es infrecuente encontrar grupos de empresas cuya matriz es una persona física o fundación, por lo que no termina de quedar justificado el motivo por el que se hace esta discriminación³⁵.

IV. La no extensión del concurso

Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene una personalidad jurídica por sí misma, y un patrimonio independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. Cada sociedad es exclusiva titular de su propio patrimonio, que responde de sus obligaciones.

El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. No existe un "patrimonio de grupo".

No debe confundirse la idea de que no existe un patrimonio del grupo como tal con la práctica contable consistente en la consolidación de cuentas. Se trata de dos ámbitos distintos. Así, en el seno del concurso se tratará de forma individualizada el patrimonio de cada una de las sociedades insolventes del grupo que hayan sido declaradas en concurso (siempre que no nos encontremos en el excepcional supuesto de confusión de

³³ CABA TENA, A., *cit. supra*. p. 4

³⁴ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *cit. supra*, p. 1

"[...] se deduce, por un lado, que las personas integrantes del grupo han de adoptar la forma societaria [...]". "Quedan, pues, excluidas de la noción de grupo de sociedades para la LC, y, consecuentemente, no existe ese elemento de conexión para justificar la acumulación de concursos, otras agrupaciones empresariales en las que alguno de sus integrantes sea persona física o persona jurídica no societaria"

³⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 190/2017, de 15 de marzo de 2017

"Carece de justificación que en un concurso de una sociedad integrada en un grupo en el que una de estas fundaciones o una persona física ejerce el control, otra sociedad integrada en el grupo no sea considerada como persona especialmente relacionada con la concursada, o que no se tramiten acumuladamente los concursos de dos sociedades integradas en uno de estos grupos, simplemente porque en la cabecera del grupo se encuentra una fundación o una persona física y no otra sociedad."

patrimonios que permita la unificación de las masas) mientras que, a efectos contables, la sociedad matriz tendrá la obligación de presentar consolidadas las cuentas de todas las entidades que componen el grupo según lo establecido en el art. 42.1 Ccom³⁶.

Siempre el concurso va a ser a nivel de sociedades que integran el grupo, nunca a nivel del grupo en su conjunto. No existe un presupuesto en la LC que permita declarar el concurso de un grupo completo por encontrarse en estado de insolvencia. Es más, la ausencia de concurso del grupo de sociedades deriva del incumplimiento del presupuesto subjetivo del art. 1.1 LC “*La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*”, al no ser persona natural ni tampoco jurídica, el grupo como ente no es susceptible de ser sujeto pasivo del concurso³⁷.

El concurso puede ser de la sociedad dominante o de una de sus filiales, o de varias de ellas de forma simultánea³⁸ pero siempre con el necesario cumplimiento del presupuesto objetivo de la insolvencia.

Por lo tanto, en nuestro derecho no existe el concurso del grupo de sociedades sino el concurso de cada una de las sociedades insolventes de dicho grupo³⁹, pudiendo ser insolvencia total (de todas las sociedades del grupo) o parcial (de varias sociedades del grupo) Por ello, en puridad de conceptos, deberíamos hablar de insolvencia y/o concurso de las sociedades que forman un mismo grupo y dejar de utilizar la expresión de insolvencia y/o concurso *del* grupo de sociedades.

Por el mero hecho de estar integradas en un grupo, las sociedades no están sujetas a un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre sus distintos patrimonios.

³⁶ Artículo 42.1 *ab initio* Ccom.

“*Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección*”.

³⁷ Como curiosidad apuntar que solo pueden ser declaradas en concurso como masas patrimoniales sin personalidad jurídica las herencias yacentes ex. art. 3.4 LC.

³⁸ SANCHEZ CALERO, *cit. supra.*, p. 10

³⁹ SEBASTIÁN QUETGLAS, R. *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Editorial Civitas (2009) p. 71.

“*Una sociedad será solvente o no en sí misma considerada, sin que la pertenencia a un grupo determine su solvencia o insolvencia*”.

Existen una serie de situaciones excepcionales que justifican que se contravengan los principios básicos enunciados de personalidad jurídica independiente y autonomía patrimonial.

La doctrina del levantamiento del velo es una de esas excepciones. Esta figura de creación jurisprudencial⁴⁰ permite establecer la responsabilidad del grupo frente a los acreedores sociales, penetrando en el *substratum* de las sociedades que conforman el grupo, a fin de evitar que se puedan perjudicar intereses privados o públicos, o bien ser utilizadas como vehículo de fraude⁴¹.

Se admite la aplicación de esta teoría en cuatro grupos de casos:

- (i) El uso de las formas jurídicas o utilización en fraude de ley.
- (ii) La entidad de personas o esferas de actuación o confusión de patrimonios, que se muestra en la existencia de una comunidad, gestión, de intereses y de beneficios.
- (iii) Control o dirección efectiva externa.
- (iv) Infracapitalización o descapitalización societaria.⁴²

Por lo tanto, para pretender el levantamiento del velo deberá apreciarse cierta intención fraudulenta o un uso abusivo de la personalidad jurídica puesto que, como aclara la SAP de Madrid 180/2009, de 4 de marzo, “*la constitución de varias sociedades que integran un mismo grupo empresarial no es de por sí constitutivo de fraude de Ley o abuso de derecho.*”. El grupo de sociedades es una figura válida y legítima que el ordenamiento

⁴⁰ VALMAÑA CABANES, ANTONIO (2012) *La doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo societario*, www.elderecho.com

“*más allá de los impedimentos generales al fraude de ley y al abuso del derecho establecidos, respectivamente, por los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, no existe en nuestra legislación societaria prevención alguna al respecto. Ante esta carencia de normas positivas, la jurisprudencia ha tenido que construir sus propios mecanismos para combatir los eventuales abusos de la personalidad jurídica, valiéndose para ello del levantamiento del velo, doctrina que se utilizó en España por vez primera en una Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984.*”

⁴¹ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, LUIS (2014) *La STS de 28 de febrero de 2014 y la doctrina del levantamiento del velo*, <http://luiscazorla.com>

“*construcción jurisprudencial (en el ámbito del Derecho privado) de aplicación extraordinaria y excepcional, fundada en una utilización fraudulenta y contraria a la buena fe de la persona societaria y sus efectos (artículos 6.4, 7.1, 7.2 y 1257 del Código Civil).*”

⁴² STS718/2011, de 13 de octubre, con cita de la anterior STS 670/2010, de 4 de noviembre

“*excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias –son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso– sea procedente el “levantamiento del velo”.*”

jurídico reconoce de forma lícita por lo que la mera existencia de este no va a justificar *per se* la utilización del levantamiento del velo⁴³.

Existe confusión de patrimonios cuando no es posible determinar con seguridad si los bienes y derechos afectos a la responsabilidad patrimonial de un determinado deudor pertenecen a éste o a otro de los deudores insolventes. Debe tenerse en cuenta que la confusión solo puede darse respecto de bienes no inscribibles o de bienes inscribibles no inscritos dado que los bienes que se encuentren inscritos en un Registro Público a nombre de un determinado deudor no pueden considerarse confundidos.

En el caso de la consolidación sustancial, si se lleva a cabo cuando ha tenido lugar una absoluta confusión de patrimonios, la existencia de una única masa es coherente con la realidad, ya que los acreedores han venido operando con varias sociedades como si de una única se tratara⁴⁴.

Se consideran de control o dirección efectiva externa aquellos supuestos en los cuales el proceso de creación de la voluntad de una sociedad (dominada) dependa en gran medida de otra sociedad (dominante), de tal modo que la actuación de la primera esté dirigida a satisfacer los intereses de la segunda.

La infracapitalización consiste en dotar a una sociedad de un capital considerablemente inferior al adecuado para el riesgo que su actividad va a comportar mientras que la descapitalización se refiere al efecto de disminución del capital de una sociedad hasta una cifra inadecuada para cubrir el riesgo de la actividad que viene realizando.

Otra de las excepciones destacables es el grupo de empresas laboral. Afirma DESDENTADO DAROCA⁴⁵ que la reacción de la jurisprudencia en el orden social o laboral frente al fenómeno de los grupos societarios se ha llevado a cabo respetando la

⁴³ ELUSTONDO CASAS, IGOR (2010) *La doctrina del levantamiento del velo en los Grupos de Empresas*, Revista Jurídica El Grupo de Empresas. p. 2

“En su aplicación a los grupos de sociedades, la doctrina del levantamiento del velo no supone que de una relación empresarial de grupo deba deducirse necesariamente y en todo caso la existencia de una responsabilidad solidaria entre todas las sociedades que lo conforman.”

⁴⁴ SEBASTIAN QUETGLAS, *cit. supra.*, P. 105

⁴⁵ DESDENTADO DAROCA, ELENA (2011) *Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedades en el concurso*, Temas laborales, núm. 108, p. 67.

personalidad independiente de las sociedades del grupo y la consiguiente responsabilidad separada de cada una de ellas frente a los trabajadores. Sin embargo, - aclara- este respeto por la independencia jurídica de las sociedades se matiza poniendo en marcha un mecanismo excepcional y selectivo de extensión de la responsabilidad que opera únicamente en determinados supuestos y cuyo objetivo es corregir las desviaciones laborales.

Esta medida no se limita a la situación concursal, sino que se aplica de forma general, aunque tiene, por supuesto, su reflejo cuando la sociedad deudora está en concurso ya que continúa la necesidad de especial protección relativa a los acreedores que lo son por su condición de trabajadores de cualquiera de las sociedades que integran el grupo.

DESDENTADO DAROCA⁴⁶ reduce a tres los factores que la jurisprudencia considera determinantes para aplicar la extensión de la responsabilidad excepcional:

- La prestación de trabajo indiferenciada
- La confusión de patrimonios
- El uso abusivo de la personalidad jurídica de grupo

Frente a este tipo de acreedores la masa patrimonial del grupo tiene un tratamiento unificado con el objetivo de favorecer que puedan ver satisfechas sus deudas⁴⁷.

Un ejemplo de supuesto de hecho en el que se ha aplicado la extensión de la responsabilidad entre sociedades de un mismo grupo es el que resuelve la sentencia 258/2016, de 31 de marzo del TSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1ª).

Fuera de dichas excepciones no puede extenderse la insolvencia ni la correspondiente declaración de concurso de una sociedad deudora perteneciente a un grupo al resto de sociedades integrantes del mismo, ni siquiera cuando fueran éstas igualmente insolventes y les correspondiese ser declaradas en concurso. Tampoco puede extenderse la declaración de concurso de una sociedad al grupo al que pertenezca porque ya hemos indicado que carece de personalidad jurídica y de patrimonio propio.

⁴⁶ DESDENTADO DAROCA, *cit. supra*, p. 69.

⁴⁷ DE HEREDIA RUIZ, IGNASI BELTRÁN (2015) “*Empresa de Grupo*” laboral (a propósito de la STS 20 de octubre 2015, rec. 172/2014 – Caso TRAGSA) <http://ignasibeltran.com>

El art. 2 de la LC establece que procederá la declaración de concurso en caso de insolvencia del deudor común y que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Ambos presupuestos objetivos los debe cumplir el deudor a título individual y no por pertenecer a un grupo, y con independencia de la solvencia del grupo al que pertenezca.

Exigiendo que la insolvencia se predique de cada una de las sociedades que componen el grupo para poder declararlas en concurso, se imposibilita que las sociedades solventes puedan ser declaradas en concurso por el mero hecho de pertenecer a un grupo en el que otras sociedades son insolventes⁴⁸.

Adoptar esta solución extensiva no solo sería contraria a los intereses de los acreedores que contrataron con algunas de las sociedades solventes del grupo y ven comprometidos sus derechos por una sociedad insolvente con la que no tuvieron ninguna relación contractual, sino también a los de los accionistas de dichas sociedades solventes.

Otro aspecto a tener en cuenta es que *“la declaración en concurso de la sociedad matriz de un grupo de sociedades no arrastra necesariamente a las demás empresas del grupo a la situación concursal”* (Auto del JM nº1 de Cádiz, de 4 de marzo de 2008). Lo dicho anteriormente respecto a la personalidad jurídica individual y el patrimonio propio se mantiene plenamente vigente también a este supuesto.

En el grupo ABC, donde B es la sociedad matriz y A y C son dependientes, la declaración en concurso de B no implica la declaración automática de concurso de A y C por el único motivo de ser dependientes de la primera. Habrá que atender a la situación de cada sociedad de forma separada, pudiendo darse el caso de que A y C continúen *in bonis* a pesar de la insolvencia de su matriz⁴⁹.

⁴⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. Algunas cuestiones..., *cit. supra* p. 54

“lo que no cabe es que el vínculo del grupo se invoque, sencillamente, para extender el concurso a otras sociedades en las que no se da el presupuesto objetivo de la insolvencia, actual o inminente”.

⁴⁹ Aunque en la práctica la declaración de concurso de la matriz suele poner de manifiesto una situación inestable que en la mayoría de los casos acaba desembocando en la declaración de concurso también de las filiales.

Salvo las excepciones ya enumeradas, como señalan SÁNCHEZ CALERO y FUENTES NAVARRO, la posibilidad de extensión del concurso ha recibido el rechazo prácticamente unánime no solo de nuestra doctrina y jurisprudencia, sino de nuestra propia LC, que se ha decantado por una normativa de acumulación y coordinación de concursos a nivel exclusivamente procesal⁵⁰.

V. La acumulación de concursos

La formulación de un concurso separado para cada sociedad insolvente no impide que se admita la acumulación para su tratamiento ante un único Juzgado de los concursos de las integrantes del mismo grupo de sociedades⁵¹.

Conviene señalar, antes de continuar exponiendo la figura de la acumulación de concursos, que declaradas en concurso de acreedores distintas sociedades pertenecientes a un mismo grupo, pueden no ser acumulados los concursos y continuar el procedimiento de forma individual. No por pertenecer al mismo grupo tienen que ser acumulados sus concursos de forma imperativa.

No obstante, en las sociedades de un mismo grupo se da una vinculación tan estrecha que el legislador ha considerado que es aconsejable el tratamiento conjunto o coordinado de los concursos que se declaren en dos o más de estas sociedades para dar una solución conjunta o coordinada a la situación de insolvencia; incluyendo este supuesto, como ya se dijo, entre los considerados como “concursos conexos” por la LC.

El modelo de coordinación procedimental que se adopta por la LC es el denominado como acumulación de concursos a través de la declaración conjunta de concurso o acumulación *ab initio* y la acumulación posterior o sobrevenida⁵².

⁵⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., y FUENTES NAHARRO, M., *cit. supra* p. 21.

⁵¹ GIRARDO PERANDONES, *cit. supra.*, p. 2.

También en este sentido, SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., *cit. supra*

“el legislador ha considerado, con mayor o menor fortuna, la existencia del grupo como una circunstancia especial que podía autorizar normas singulares”

⁵² SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *cit. supra.* p. 56.

“La LC ofrece dos escenarios procedimentales a través de los que cabe abordar los concursos vinculados de sociedades pertenecientes a un mismo grupo. El primero es especial e iniciador. [...] El segundo escenario supone la adopción de una solución procesal general: la acumulación de procesos, que se convierte en una acumulación de concursos”.

Aunque la LC parece pretender distinguir en los títulos de sus arts. 25 y 25 bis entre lo que es la declaración conjunta y la acumulación de concursos como si se tratase de figuras diferentes, lo cierto es que se trata de formas de acumulación de dos o más concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial que únicamente divergen en el momento en que se produce dicha acumulación.

En palabras de SEBASTIAN QUETGLAS⁵³ *“No olvidemos que con la acumulación todos salen ganando: el deudor porque ve un tratamiento uniforme de los créditos y reducidos los costes de la declaración del concurso. Los propios acreedores, que ven depuradas las distintas masas activas y pasivas con un mismo criterio rector. La propia administración concursal que se va a beneficiar de una marcha acompasada de los distintos concursos y de decisiones judiciales no contradictorias en los concursos de las distintas sociedades que compone el grupo. Y por fin el propio procedimiento, que va a permitir celebrar convenios condicionados, en los que se van a poder tener en cuenta las decisiones que adopten los acreedores en los convenios de otras sociedades del grupo”*.

Para poder hablar de acumulación de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo, deben existir (como ya el uso del plural nos indica) al menos dos sociedades pertenecientes al mismo grupo que sean insolventes o que se encuentren ya declaradas en concurso. Volvemos a hacer hincapié en que se habla de personas jurídicas y de grupos de sociedades, no pudiendo acumularse por esta vía legislativa (ni por ninguna otra, como ya se expuso) los concursos de personas físicas relacionadas con las sociedades del grupo ni las entidades no societarias.

La acumulación de los concursos tiene efectos puramente procesales y no supondrá la acumulación de masas activa y pasiva de cada concursado⁵⁴, a menos que se trate de un supuesto de confusión de patrimonios conforme al apartado 2 del art. 25 ter LC.

⁵³ SEBASTIAN QUETGLAS, *cit. supra*. p. 106

⁵⁴ Artículo 25 ter. Tramitación coordinada de los concursos. - Subrayado propio, no presente en el extracto original-

1. Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas.

2. Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados.

Tampoco se unifican las pretensiones ni deberán finalizar todos los concursos en una única solución (convenio o liquidación).

La acumulación *ab initio* es la que refiere a la solicitud de declaración conjunta de concurso y se regula en el art. 25 LC.

La Reforma de 2011 eliminó los requisitos de “identidad sustancial de sus miembros” y “unidad en la toma de decisiones” que debían concurrir ex. antiguo art. 3.5 LC (ahora derogado) que regulaba la acumulación inicial.

En palabras de ROJO⁵⁵, con el nombre de solicitud de declaración conjunta se hace referencia a aquella solicitud presentada por legitimado en la que se pretende la declaración judicial de concurso de dos o más deudores en los mismos autos, aunque con tramitación separada.

Los artículos 25.1 y 2 facultan a los deudores que formen parte de un grupo de sociedades y a los acreedores de tales deudores para que soliciten la declaración judicial conjunta de concurso⁵⁶.

La regla general que se establece en dichos artículos es la tramitación separada, la pertenencia al grupo *per se* no significa que nos encontremos ante una confusión de patrimonios. Las sociedades pertenecientes al grupo al ser declaradas en concurso tendrán su propia masa pasiva y activa, aunque se lleve a cabo la acumulación de concursos.

Si se solicita la declaración conjunta de concurso de las sociedades insolventes A y B pertenecientes al grupo ABC y se declara en los mismos autos, la administración concursal a la hora de determinar las masas activas y pasivas de las concursadas lo hará de forma separada debiendo presentar en su informe la masa activa y pasiva de A y la masa activa y pasiva de B. Lo mismo sucederá con la lista de acreedores, que deberá

⁵⁵ ROJO FERNÁNDEZ RIO, ÁNGEL JOSÉ (2015) *Comentario al artículo 3 de la Ley de Concursal*, Monografías. Comentario de la Ley Concursal. (Editorial Aranzadi, S.A.U.) p. 17

⁵⁶ MONTOYA MELGAR, ALFREDO (2015) *Elementos subjetivos del concurso; en especial, empresarios, trabajadores y órganos del concurso*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas) Derecho laboral concursal (Editorial Aranzadi, S.A.U.) p. 7

continuar la separación anterior, siendo presentada la lista de acreedores de A, por un lado y la lista de acreedores de B, por otro.

Como adelantábamos, la declaración conjunta de concurso conexo de sociedades insolventes pertenecientes al mismo grupo no es la única forma de acumulación que se contempla en la LC ya que es posible que una vez declarados de forma individual e independiente los concursos de dichas sociedades insolventes se acumulen *a posteriori* a través de la figura de la acumulación sobrevenida regulada en el art. 25 bis LC (antiguo art. 25 LC).

Del art. 25 bis LC conviene destacar su apartado 3, en cuanto al grupo de sociedades se refiere, ya que, al regular la competencia para conocer de los concursos acumulados de sociedades integradas en un grupo, prevé que dicha competencia corresponderá al juez que estuviera conociendo del concurso de la sociedad dominante. En el caso de que la sociedad dominante no hubiera sido declarada en concurso y solo lo hubieran sido las sociedades filiales, la competencia se otorga al Juzgado que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo.

VI. La subordinación de créditos

La subordinación de créditos en el seno de los grupos de sociedades ha venido siendo objeto de debate doctrinal desde la promulgación de la LC, tanto por su naturaleza, como por su fundamento y efectos; centrándose la crítica en la perjudicial automaticidad de la aplicación de la subordinación⁵⁷.

La subordinación implica una posposición en el rango de cobro de los créditos ostentados frente al deudor concursal, de tal forma que el rango que naturalmente le correspondía al acreedor especialmente relacionado se modifica, para pasar a cobrar en último lugar, lo que viene a suponer en la práctica que no van a ver satisfechos sus créditos⁵⁸.

⁵⁷ SEBASTIAN QUETGLAS *cit. supra* p. 107.

“La subordinación debería ser particular y permitir excepciones [...] Porque la homogenización resulta injusta y perjudica a unos acreedores (las personas especialmente relacionadas) sin justa causa”.

⁵⁸ SEBASTIAN QUETGLAS, *cit. supra*, p. 101.

La subordinación por motivo de especiales relaciones personales con el concursado no solo se basa en las de parentesco o de convivencia de hecho, sino que, en caso de persona jurídica, se extiende a los socios con responsabilidad por las deudas sociales o con una participación significativa en el capital social, así como a los administradores de derecho o de hecho, a los liquidadores y a las sociedades del mismo grupo. En todo caso, la clasificación afecta también a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a personas especialmente relacionadas con el concursado si la adquisición se produce dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso⁵⁹.

De acuerdo con el art. 92. 5º LC son créditos subordinados, aquellos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo 93, excepto los comprendidos en el artículo 91. 1.º⁶⁰ cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2. 1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican.

La reforma de 2011 dotó de una nueva redacción al artículo 93.2. 3º de la LC en relación con el 92.5º estableciendo que se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica -y por tanto los créditos de los que sean titulares serán subordinados- las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que conforme a la ley éstos sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales o que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también

⁵⁹ Apartado V de la Exposición de motivos de la LC

⁶⁰ Artículo 91. 1º LC. Créditos con privilegio general

Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Igual privilegio ostentarán los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.

personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del art. 93 LC ⁶¹.

Además, con la introducción del adjetivo “comunes”, realizada por la Reforma de 2011, se requiere que se trate de socios que lo sean de dos o más sociedades del grupo, restringiendo el ámbito subjetivo de la norma. Así, para ser acreedores subordinados deberá tratarse de socios que tengan participaciones significativas⁶² tanto en la sociedad concursada como en alguna otra sociedad del grupo, interpretación restrictiva que tanto la doctrina⁶³ como la jurisprudencia⁶⁴ avalan en base a la naturaleza sancionadora de la subordinación de créditos⁶⁵.

Pero las anteriores no son las únicas modificaciones introducidas por la Reforma de 2011 ya que también ha modificado el ámbito objetivo de los créditos estableciendo el art. 92.5 LC que se ven afectados por la subordinación solo los créditos que “*consistan en un préstamo o que tengan análoga finalidad*”. De este modo, los socios del concursado que sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y

⁶¹ Artículo 93.1. LC. Personas especialmente relacionadas con el concursado.

1. *Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:*

1.º *El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.*

2.º *Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.*

3.º *Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.*

4.º *Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio.*

5.º *Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior.*

6.º *Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho.*

⁶² Recordamos: un 5 por ciento del capital social, si la sociedad en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera.

⁶³ FUENTES NAHARRO, M. *cit. supra*. p. 9

“Esta postura nos parece la más acorde con las exigencias de nuestra jurisprudencia en torno a la necesaria interpretación restrictiva que debe hacerse del artículo 93.2 LC debido a su naturaleza sancionadora”,

Y, GALLARDÓN RUIZ, JOSÉ (2014) *El concepto de «socios comunes» como personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada*, Anuario de Derecho concursal, núm. 32, p. 335 entre otros.

⁶⁴ SAP de Barcelona (sec. 15) de 28 de noviembre de 2008 y SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2010.

⁶⁵ SEBASTIAN QUETGLÁS, *cit. supra*, p. 102. Antes de la reforma respecto a la referencia a los socios a secas:

“hay que reconocer lo poco afortunado de esta frase, ya que no se sabe si los socios son de la persona concursada o de la persona especialmente relacionada”.

aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5% o del 10% del capital -en función de que la sociedad tenga valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial-, o formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso o sean socios comunes de las sociedades que formen parte del mismo grupo y siempre que sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales o bien tengan el mínimo de participación de capital y hayan concedido algún préstamo u operaciones de análoga finalidad verán subordinados los créditos que deriven de dichos otorgamientos.

La indeterminación del concepto de “préstamo o acto de análoga finalidad” es evidente y así ha sido denunciada por nuestra doctrina, aunque no se puede dejar de reconocer el intento de la reforma de “*superar el automatismo de la institución de la subordinación por medio de la distinción del origen del crédito*”⁶⁶.

Los acreedores subordinados no solo sufren la postergación de la satisfacción de sus créditos a la de los acreedores ordinarios, además son privados de los derechos de adhesión y voto en caso de convenio⁶⁷, debiendo quedar sujetos a lo que decidan los demás acreedores. Tampoco podrán representar a otro acreedor ordinario en la junta de acreedores⁶⁸.

Afirma GOZALO LÓPEZ⁶⁹ que estas medidas tienen especial trascendencia en el caso del concursado persona jurídica que forma parte de un grupo porque la privación de los derechos de adhesión y de voto de las restantes sociedades del grupo (por tratarse de personas especialmente relacionadas con el concursado cuyos créditos como ya dijimos son subordinados) garantiza que el concursado, directa o indirectamente, no pueda controlar el desarrollo de la propuesta de convenio, imponiendo al resto de acreedores determinado acuerdo muy favorable a sus intereses.

⁶⁶ FUENTES NAHARRO, M., *cit. supra*, p. 10

⁶⁷ Artículo 122 LC. Acreedores sin derecho a voto.

1. No tendrán derecho de voto en la junta los titulares de créditos subordinados incluídas, en particular, las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso.

⁶⁸ Artículo 118.2 LC. Al respecto, QUETGLÁS p. 107

“tampoco parece afortunada la regla que impide en todos los casos el voto de los subordinados [...] A los acreedores subordinados se les debería dar voto cuando cobrasen menos en virtud de la liquidación de la sociedad”.

⁶⁹ GOZALO LÓPEZ, VICENTE (2015) *Comentario al artículo 122 de la Ley de Concursal*. Monografías. Comentario de la Ley Concursal (Editorial Aranzadi, S.A.U.) p. 2

Por otra parte, se eliminan las garantías de las que disfrute el acreedor subordinado⁷⁰ y el cumplimiento del convenio empieza a contarse a partir de la íntegra satisfacción de los créditos ordinarios⁷¹.

El art. 93.2. 3º de la LC, al regular qué debe entenderse por personas especialmente relacionadas con el deudor, no limita dicha calificación a las sociedades que se encuentren en una relación vertical, dominante-dominada, sino que la extiende a sociedades situadas en el mismo plano, pues lo importante es que exista un control directo o indirecto sobre las sociedades, aunque las relaciones entre acreedor y deudor concursado se produzcan en el plano horizontal⁷².

Ante el planteamiento de cuál ha de ser el ámbito de aplicación temporal de la regla de subordinación que analizamos, ante la ausencia de solución normativa⁷³, la doctrina mayoritaria⁷⁴ ha venido apuntando el lapso de dos años anteriores a la declaración de concurso a fin de considerar subordinados los créditos concedidos por personas especialmente relacionadas con el deudor; recurriendo a la aplicación analógica del plazo de dos años que exige el artículo 93.3 LC para las cesiones de crédito y el artículo 71 LC para rescindir los actos perjudiciales a la masa.

El art. 93.3 LC presume como personas especialmente relacionadas con el concursado a cualquiera de las mencionadas en los apartados anteriores siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

⁷⁰ Artículo 97.2 LC

⁷¹ SEBASTIAN QUETGLAS, *cit. supra* p. 107 también señala lo desafortunado de esta medida “debería modificarse la regla que exige la posposición de la satisfacción de sus créditos cuando hubiera bienes suficientes o se garantizase suficientemente el cobro de los anteriores”.

⁷² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 190/2017, de 15 de marzo de 2017

⁷³ Ni la redacción original del artículo 92.5 ni del artículo 93.2. 1º y 31 aclaraban el momento en que debía haberse adquirido el crédito que se subordina.

⁷⁴ FUENTES NAHARRO, M. (2013) *Sobre la subordinación de créditos a los socios del grupo (SJM 2 Madrid 13 de enero de 2012)*, Anuario de Derecho Concursal, núm. 28, p. 408

“De este modo, solo los créditos concedidos en los dos últimos años desde la declaración de concurso por parte de una persona especialmente relacionada se verían subordinados”

Cita, además, a favor de esta aplicación analógica a ALONSO LEDESMA, C. *Comentario al artículo 93: Personas especialmente relacionadas...* p. 936; SÁNCHEZ-CALERO, J. *Algunas cuestiones...* *cit. supra*. p. 7 y ss.; PÉREZ BENÍTEZ, J. J., *Créditos subordinados tras la reforma...* p. 386; y a MAIRATA, J./ROLDÁN, F. (2012) *Subordinación y grupos de empresas cuestiones interpretativas*, RCP, núm. 16, p. 228.

La Sentencia 134/2016, de 4 de marzo de 2016, del Tribunal Supremo establece el alcance de la subordinación de los créditos titularidad de alguna de las empresas integradas en el mismo grupo de sociedades que la concursada. Además, confirma que el momento temporal para tener en cuenta la presencia de vinculación entre sociedades, es el momento del nacimiento del derecho y no el de declaración de concurso o calificación de los créditos dado que es en dicho momento cuando se produce el desvalor que se trata de proteger.

VII. La rescisión de las operaciones del grupo

Con la misma finalidad de protección de los acreedores que la subordinación de los créditos analizados en el punto anterior, se articulan en la LC determinadas presunciones que permiten llevar a cabo acciones de reintegración (arts. 71 y 71 bis LC) que pueden dar lugar a un eventual beneficio del resto de acreedores gracias al incremento de la masa activa.

La idea en la que se basan estas acciones es que los bienes que salieron de la masa activa de forma perjudicial para ella deben volver para satisfacer al conjunto de acreedores de forma colectiva, atendiendo a la *par conditio creditorum*.

La acción rescisoria concursal es definida por MARTINEZ y COLOMBO como “*una institución fundamental en el procedimiento concursal español, pues permite traer a la masa aquellos activos que injustificadamente salieron de ella en un período de dos años anterior a la declaración del concurso como consecuencia de actos de la concursada perjudiciales para la masa*”.⁷⁵

La LC permite la acción de reintegración cuando se den conjuntamente el requisito temporal (2 años antes de la declaración del concurso) y el requisito objetivo (perjuicio patrimonial), recogidos ambos en el art. 71.1 LC⁷⁶.

⁷⁵ MARTÍNEZ RUIZ, LIDIA y COLOMBO ARNOLDI, PAULO ROBERTO (2012) *El interés del grupo de sociedades y la acción rescisoria concursal en el Derecho español: breve referencia al Derecho brasileño*, Revista de Estudios Jurídicos UNESP vol. 16, núm. 24, p. 3.

⁷⁶ Artículo 71. Acciones de reintegración.

“1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.”

Aunque hay otros supuestos que permiten la reintegración de negocios, actos y pagos y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, en este trabajo solo vamos a nombrar la rescisión de las garantías intragrupo por ser específicas del grupo de empresas que es el elemento central del presente estudio.

Advierte DÍAZ VALES⁷⁷ de la atención especial que merecen los actos dispositivos realizados por una sociedad a favor de otra sociedad del grupo al que aquella pertenece o por la sociedad matriz a favor de una de sus filiales, supuesto que ha sido objeto de frecuente atención por los tribunales⁷⁸, en particular la constitución de garantías para financiación de proyectos (las llamadas garantías intragrupo) por la frecuencia con la que se dan en la práctica mercantil.

En las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía.

No obstante, la simple existencia de un grupo de sociedades no es por si sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del interés de grupo para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el interés del grupo pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar.

Tal y como afirma SÁNCHEZ CALERO, el interés del grupo está sometido a límites. Así, aunque el interés de grupo se trata de salvaguardar con la aplicación de la llamada doctrina de las ventajas compensatorias haciendo balance entre los sacrificios y las ventajas, concediéndole un margen razonable de actuación al interés del grupo de sociedades siempre será necesario un examen individualizado de los efectos que el

⁷⁷ DÍAZ VALES, FERNANDO (2010) *Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal*, Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III p. 277

⁷⁸ Destacamos la STS 100/2014, de 30 de abril que realiza un auténtico examen del estado de la cuestión relativa a la prestación de garantía contextual entre las sociedades del mismo grupo.

negocio jurídico que se pretende rescindir habría supuesto para la sociedad concursada, sin aplicar de forma automática la exclusión de la existencia de perjuicio patrimonial.

Será perjudicial, por ejemplo, aquella instrucción que impartida por la matriz provoque una disminución efectiva o un peligro real para el patrimonio de la sociedad filial afectada. Una instrucción perjudicial es aquella que obliga a tomar una serie de medidas que un administrador de una sociedad independiente que actuara diligentemente en interés de su sociedad no adoptaría.

Por otra parte, el art. 71 bis LC atiende a las relaciones intragrupo en la baremación de aquellos acuerdos de refinanciación que no se consideren rescindibles.

En relación con las acciones de reintegración, la existencia de una administración concursal única por haber sido acumulados los concursos facilita la resolución no contenciosa de las acciones que puedan plantearse entre sociedades del grupo, al tener acceso a una visión global de la situación de cada una de las concursadas dentro del grupo.

VIII. Otras referencias de la Ley Concursal a los grupos de sociedades

8.1. Soluciones preconcursales: los planes de refinanciación de grupo

La aplicación de los preceptos de la LC a los grupos de sociedades también aparece en el ámbito preconcursal, esto es, antes de que se haya declarado el concurso de acreedores.

Con el objeto de evitar el concurso de acreedores, se contempla la posibilidad de configurar acuerdos de refinanciación del grupo. A estos efectos, la ausencia de personalidad jurídica no impide que se tenga en consideración la existencia de una actuación grupal en el mercado de las sociedades que lo componen.

El art. 71 bis LC, que como dijimos atiende a las relaciones intragrupo para considerar si los acuerdos de refinanciación son rescindibles o no, en su apartado 1.b, prevé, a propósito del requisito de suscripción por acreedores que representen un determinado porcentaje del pasivo, que la proporción de 3/5 del pasivo requerida se calcule en caso de acuerdos de grupo tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las

sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos del grupo de sociedades, y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los créditos concedidos por sociedades del grupo.

En lo que concierne al requisito de la certificación del auditor de cuentas sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo, prescribe la norma que en hipótesis de grupo bastará con la certificación del auditor de la sociedad dominante. Finalmente, en lo atinente al informe del experto independiente sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad que ha de acompañar a todo acuerdo de refinanciación, autoriza el apartado 4 en su segundo párrafo a que el informe sea único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo, o, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.

8.2. Solicitud por el deudor de la declaración de concurso

Ya en el ámbito concursal, respecto a la iniciación del procedimiento se recoge una especificidad en cuanto a la solicitud de declaración de concurso se refiere cuando vaya a realizarla el propio deudor y éste sea persona jurídica⁷⁹.

El art. 6.2 LC exige que el escrito de solicitud de declaración de concurso que pretenda presentar el deudor se acompañe, entre otros documentos, de una memoria expresiva de su historia económica y jurídica en la que, si el deudor fuera persona jurídica, deberá indicar si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste.

Además, el art. 6.3 LC referido al deudor que estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad añade en el caso de que el mismo formase parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, la obligación de acompañar también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas

⁷⁹ SÁNCHEZ CALERO, *cit. supra*, p. 31

“en el caso del concurso voluntario se toma en consideración la existencia de un grupo dentro de la información que el deudor debe de adjuntar a la solicitud de declaración de concurso”

cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.

8.3. Administración concursal única

Entre las medidas de coordinación procesal, destacamos el nombramiento de la misma administración concursal en cada uno de los concursos de las sociedades pertenecientes al grupo por las notables ventajas que reporta al permitir una perspectiva general de las sociedades insolventes dentro del grupo, un análisis más exacto de los motivos que las han llevado a ese estado y una supervisión de las soluciones propuestas más efectiva.

El art. 27.8 LC⁸⁰ prevé la posibilidad del nombramiento de una administración concursal única, con designación de auxiliares delegados para el caso de declaración conjunta de concurso y la posibilidad de que el nombramiento recaiga en una de las administraciones concursales ya existentes en el caso de acumulación *ex post*.

A efectos de asegurar un nombramiento rotativo de administradores concursales, el art. 28.2 LC considera como un único nombramiento los de los administradores de concursos de sociedades pertenecientes a un mismo grupo de empresas⁸¹.

8.4. Calificación del concurso. Especialidades en materia de responsabilidad

Aunque los concursos hayan sido declarados conjuntamente, o acumulados con posterioridad, pueden ser objeto de calificación distinta (arts. 163 y ss. LC).

Así, por ejemplo, podrá calificarse culpable el concurso de la sociedad A que se encuentra acumulado a la sociedad C por pertenecer ambas al grupo ABC y, no por ello,

⁸⁰ Artículo 27. LC Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales.

8. En supuestos de concursos conexos, el juez competente para la tramitación de estos podrá nombrar, en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única, designando auxiliares delegados. En caso de acumulación de concursos ya declarados, el nombramiento podrá recaer en una de las administraciones concursales ya existentes.

⁸¹ Artículo 28.2 LC Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones. -Subrayado propio, no presente en el extracto original-

En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados administradores concursales las personas que hubieran sido designadas para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo.

se calificará el concurso de C obligatoriamente como culpable, pudiéndose estimar que ha sido fortuito.

En ocasiones, al entrar a analizar los motivos que llevaron a una sociedad a concurso, nos encontraremos ante situaciones en las que la propia causa de la insolvencia la constituye la relación de grupo⁸² y otras en las que la causa son los actos llevados a cabo por la sociedad insolvente por orden de la matriz. Ante esta situación existen soluciones de extensión de la responsabilidad por la situación de insolvencia a la sociedad matriz.

El fundamento de esta excepcional extensión de la responsabilidad lo encontramos nuevamente en la protección de los acreedores.

La responsabilidad de la sociedad dominante por la situación de insolvencia de la dominada se basa en la figura del administrador de hecho. Al considerar la LC, al regular la pieza de calificación, también al administrador de hecho como responsable frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores⁸³ abre esta vía de reclamación de responsabilidad concursal a la sociedad dominante.

La STS 530/2002 de 4 de junio⁸⁴ cita como uno de los mecanismos para la adecuada defensa de los perjudicados por las “lagunas de protección” derivadas de la carencia de una completa regulación legal de los grupos de sociedades la imputación de responsabilidad a la sociedad dominante por ejercer la función de administradora de hecho de la sociedad dominada.

Sobre dicha exigencia de responsabilidad de la sociedad dominante, se requiere que haya habido una actuación desleal que haya ocasionado un perjuicio a la dominada y que ese perjuicio que no haya sido compensado debidamente⁸⁵.

La nueva redacción del art. 172 bis LC operada por el RDL 4/2014⁸⁶ regula la aplicación de un régimen grave de responsabilidad concursal a la matriz en cuanto

⁸² SÁNCHEZ CALERO, *cit. supra* p. 19

⁸³ Arts. 164, 172 y 172 bis LC

⁸⁴ Citada por BERMÚDEZ ÁVILA, MARCOS (2014) *La calificación del concurso. La reforma del año 2014. Última jurisprudencia*, I Foro Concursal del TAP.

⁸⁵ BRAVO OSORIO, *cit. supra* p. 5

administrador de hecho por haber generado o agravado la insolvencia de la concursada con su conducta.

8.5. Soluciones de los concursos: mención al convenio condicionado

Como se ha expuesto, la declaración conjunta de concurso y la acumulación de procesos no implican una tramitación única, por lo que es perfectamente posible que la solución que se adopte sea diferente.

En el concurso acumulado de las sociedades insolventes A y B pertenecientes al grupo ABC, a la hora de determinar la solución a adoptar para el concurso de cada una de las sociedades podrá solicitar la apertura de la fase de convenio con respecto a la sociedad B y la apertura de la fase de liquidación de la sociedad A; la apertura de la fase de convenio para ambas sociedades; la apertura de la fase de liquidación tanto de A como de B...

Si se opta por la solución convencional de dos o más sociedades pertenecientes al mismo grupo, la tramitación coordinada de sus concursos de sociedades en la fase de convenio será especialmente relevante por los acuerdos condicionados que pueden establecerse, por ejemplo, sujetando determinados acuerdos en un concurso a que en otro se firme el convenio en unos términos de quitas y esperas concretos.

A ello hace referencia el art. 101.2 LC al establecer una excepción a la prohibición general que rige respecto a las propuestas condicionadas:

- 1. La propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada.*
- 2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, en caso de concursos conexos, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros.*

Supongamos que, entre las combinaciones posibles respecto a las soluciones para cada sociedad concursada, se opta por la apertura de la fase de convenio tanto en la sociedad

⁸⁶ Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

A como en la sociedad B. La sociedad B podrá condicionar su propuesta de convenio a que se apruebe una quita superior al 20% contemplada en la propuesta de convenio presentada por la sociedad A.

Si se ha procedido a la acumulación de concursos, la existencia de una única administración concursal vuelve a jugar a favor de todas las partes al poder realizar una coordinación de las propuestas de convenio (y/o liquidaciones, en su caso) mucho más eficiente.

Además de los supuestos de convenios condicionados, en esta fase concursal la pertenencia a un grupo de sociedades puede ser relevante a la hora de proponer convenios alternativos o la participación de la empresa matriz como garante de la viabilidad del convenio de la filial.

Por último, respecto a la solución de concurso apuntamos que no solo dicha solución puede ser diferente en cada uno de los concursos acumulados, sino que, también, pueden concluir en distinto momento (arts. 176 y ss. LC).

IX. Conclusiones

PRIMERA. – La regulación del concurso de las sociedades pertenecientes a un grupo se ha visto beneficiada por la Reforma de 2011 con la inclusión de los concursos conexos porque ha sistematizado por fin muchos de sus aspectos más relevantes. No obstante, la dispersión normativa, aunque más reducida, aun perdura en esta materia. Siguen existiendo preceptos aplicables a las sociedades que pertenecen a un grupo esparcidos por el resto del articulado de la LC.

SEGUNDA. – A la dispersión normativa se le suma la imprecisión terminológica de la norma a la hora de referirse tanto al grupo como a las sociedades. Resultaría esclarecedor una modificación en este sentido, que unificase referencias e hiciera más fácil la identificación de los términos.

TERCERA. – Ante la ausencia de concepto de grupo de sociedades en la LC, debe acudir a la definición del art. 42.1 Ccom por la remisión que hace la D. A. 6ª LC introducida la Reforma de 2011, que ha venido a arrojar luz sobre una cuestión que

resultaba controvertida desde la promulgación de la LC en 2003. El concepto estricto que contiene la referida norma es criticado por excluir casos que, aun no pudiendo ser subsumidos en el art. 42.1 Ccom podrían beneficiarse del tratamiento específico que se habilita para los concursos conexos, porque también forman conjuntamente una unidad económica (grupos horizontales o por coordinación) o son personas físicas o jurídicas no societarias vinculadas al grupo. Tomando en consideración la flexibilidad que debe regir en una materia como la mercantil-concursal, cabría esperar por parte del legislador alguna medida en este sentido que abra las ventajas del concurso conexo también a otros supuestos puesto que la finalidad tuitiva de la regulación legal del grupo de sociedades resultaría defraudada si bastara con colocar en la cabecera a una persona física o jurídica no societaria para eludir su aplicación.

CUARTA. –El grupo carece de personalidad jurídica propia y de un patrimonio propio, lo que supone que el concurso se declarará de cada una de las sociedades insolventes que lo componen y nunca tendrá como titular al grupo. Además, por aplicación de los principios de personalidad jurídica y responsabilidad patrimonial, el concurso de una sociedad insolvente del grupo no podrá extenderse al resto de sociedades por el mero hecho de pertenecer al mismo grupo.

QUINTA. – Tras la reforma de 2011, la LC contiene una regulación híbrida, donde la norma general es la no extensión y la tramitación coordinada de los concursos conexos estructurada a través de la acumulación, pero excepcionalmente, se admite la consolidación de patrimonios.

SEXTA. – La automaticidad de la subordinación de los créditos en el seno de los grupos de sociedades continúa siendo un punto controvertido por las implicaciones que tiene para las personas especialmente relacionadas con la sociedad deudora, aunque se ha ido moderando esa automaticidad y, si bien no se ha revocado, las condiciones que deben darse para que se subordine el crédito han ido restringiendo su aplicación.

SÉPTIMA. – Las acciones de reintegración que pueden ejercitarse a fin de rescindir ciertas operaciones del grupo se basan en una presunción del perjuicio patrimonial que es reflejo de la concepción negativa del grupo de sociedades por lo que, tal vez, habría que invertir esa presunción, debiendo probar la administración concursal que realmente se produjo ese perjuicio y no al revés.

OCTAVA. – Aunque han sido tratadas de forma exigua el resto de las referencias que hace la Ley Concursal a los grupos de sociedades y, por tanto, no cabe extenderse en este punto; conviene insistir en la dispersión de dichas referencias y en lo útil que sería concentrar todas en un Capítulo único dedicado a los grupos de sociedades, sin incluirlos en el heterogéneo concepto de concursos conexos, aunque continuasen siendo de aplicación las mismas medidas de acumulación que se recogen ahora.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LEDESMA, C. Comentario al artículo 93: Personas especialmente relacionadas...” p. 936, citado por FUENTES NAHARRO, M. en *Sobre la subordinación de créditos a los socios del grupo (SJM 2 Madrid 13 de enero de 2012)*.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M. (2004) *Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal*, Estudios del anteproyecto de Ley Concursal de 2001, VV. AA, citado por MARTÍNEZ RUIZ, L. y COLOMBO ARNOLDI, P. R.
- BERMÚDEZ ÁVILA, MARCOS (2014) La calificación del concurso. La reforma del año 2014. Última jurisprudencia, I Foro Concursal del TAP.
- CABA TENA, ANTONIO (2014) *El concepto de “grupo de sociedades” en el ámbito concursal: efectos en la clasificación de los créditos* E-Dictum - <http://dictum-abogados.com> núm. 31, pp.1-4.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, LUIS (2014) *La STS de 28 de febrero de 2014 y la doctrina del levantamiento del velo*, <http://luiscazorla.com>
- DE HEREDIA RUIZ, IGNASI BELTRÁN (2015) *“Empresa de Grupo” laboral (a propósito de la STS 20 de octubre 2015, rec. 172/2014 – Caso TRAGSA)* <http://ignasibeltran.com>
- DESDENTADO DAROCA, ELENA (2011) *Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupos de sociedades en el concurso*, Temas laborales, núm. 108, pp. 53-84.
- DÍAZ VALES, FERNANDO (2010) *Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal*, Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III pp. 261-299.
- ELUSTONDO CASAS, IGOR (2010) *La doctrina del levantamiento del velo en los Grupos de Empresas*, Revista Jurídica El Grupo de Empresas.
- FEBLES POZO, NAYIBER (2016) *Los grupos de sociedades. Un análisis pendiente acerca de una regulación sistemática en la legislación española*, Ars boni et aequi 12, núm. 2, pp. 205-244.
- FUENTES NAHARRO, MÓNICA (2013) *La subordinación de créditos de las sociedades del mismo grupo y de sus “socios comunes” (ámbito subjetivo y*

aplicación temporal del artículo 93.2. 3º). Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 132 pp. 77-99.

(2013) *Sobre la subordinación de créditos a los socios del grupo (SJM 2 Madrid 13 de enero de 2012)*, Anuario de Derecho Concursal, núm. 28, pp. 393-409.

- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, GEMMA (coord.) (2015) *El proceso concursal ante insolvencias conexas. Declaración conjunta de concurso y acumulación de concursos pendientes en la LC, versión vigente tras la Ley 25/2015 de 28 de julio* (Tirant lo Blanch). Epígrafe 2. Primera parte. Insolvencia de sociedades pertenecientes a un grupo. Capítulo I. El grupo de sociedades como factor de conexión en el proceso concursal y en soluciones preconcursales.
- GIRARDO PERANDONES, PABLO (2014) *Breves reflexiones sobre el concepto de grupo en la legislación concursal*, Actualidad jurídica Iberoamericana IDIBE, núm. 1, pp. 165-174
- GOZALO LÓPEZ, VICENTE (2015) *Comentario al artículo 122 de la Ley de Concursal*, Monografías. Comentario de la Ley Concursal (Editorial Aranzadi, S.A.U.) pp. 1-5.
- MAIRATA, J./ROLDÁN, F. (2012) *Subordinación y grupos de empresas cuestiones interpretativas*, RCP, núm. 16, p. 228 citado por FUENTES NAHARRO, M. en *Sobre la subordinación de créditos a los socios del grupo (SJM 2 Madrid 13 de enero de 2012)*.
- MARTÍNEZ RUIZ, LIDIA y COLOMBO ARNOLDI, PAULO ROBERTO (2012) *El interés del grupo de sociedades y la acción rescisoria concursal en el Derecho español: breve referencia al Derecho brasileño*, versión digital de la Revista de Estudios Jurídicos UNESP vol. 16, núm. 24, pp. 1-11
- MONTOYA MELGAR, ALFREDO (2015) Capítulo I *Elementos subjetivos del concurso; en especial, empresarios, trabajadores y órganos del concurso*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas) Derecho laboral concursal (Editorial Aranzadi, S.A.U.). pp. 1-30.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J., *Créditos subordinados tras la reforma...* p. 386 citado por FUENTES NAHARRO, M. en *Sobre la subordinación de créditos a los socios del grupo (SJM 2 Madrid 13 de enero de 2012)*.
- RODRÍGUEZ ARIZA, LÁZARO; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, ANA ISABEL y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, MARÍA ESPERANZA (2015) *La pendiente regulación mercantil y concursal de los grupos de sociedades*, R.E.D.S., núm. 6, pp. 49-74.

- ROJO FERNÁNDEZ RIO, ÁNGEL JOSÉ (2015) *Comentario al artículo 3 de la Ley de Concursal*, Monografías. Comentario de la Ley Concursal. (Editorial Aranzadi, S.A.U.) pp. 1-18.
- RUIZ-GALLARDÓN UTRERA, JOSÉ (2014) *El concepto de «socios comunes» como personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada*, Anuario de Derecho concursal, núm. 32, pp. 327-337.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN (2005) *Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades*, Anuario de Derecho Concursal, núm. 5, pp. 7-60
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, y FUENTES NAHARRO, MÓNICA (2011) *La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español*, ADCo, núm. 22, pp. 9-46.

(2014) *El concepto estricto de grupo en la Ley concursal*, Revista de Derecho Mercantil, núm. 291, pp. 595-620.

- SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL. (2004) *La insolvencia de los grupos de sociedades: una reforma pendiente*, La reforma Concursal Española, Revista ICADE de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, núm. 61, pp. 93-109.

(2009) *El concurso de acreedores del grupo de sociedades* (Editorial Civitas)

- VALMAÑA CABANES, ANTONIO (2012) *La doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo societario*, www.elderecho.com

RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Civil) de 28 de mayo de 1984.
- STS (Sala de lo Civil) núm. 530/2002, de 4 de junio.
- Auto del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 20 de febrero de 2009 recaído en los Autos núm. 203/2008.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 738/2012, de 13 de diciembre.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 100/2014, de 30 de abril.
- STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) rec. de casación 172/2014, de 20 de octubre de 2015.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 134/2016, de 4 de marzo de 2016.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 190/2017, de 15 de marzo de 2017

Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1ª) 258/2016, de 31 de marzo de 2016

Audiencias Provinciales

- SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 434/2008, de 28 de noviembre.
- SAP de Madrid (Sección 10ª) núm. 180/2009, de 4 de marzo.
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 301/2010, de 5 de octubre.
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 80/2011, de 24 de febrero.
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 449/2013, de 11 diciembre.
- SAP de Tarragona (Sección 1ª) núm. 344/2013, de 24 de septiembre.

Juzgados

- Auto del JM n.º 1 de Cádiz, de 4 de marzo de 2008, recaído en los Autos núm. 157/2008 y 158/2008.
- Auto del JM n.º 5 de Madrid de 15 de enero de 2009, recaído en los Autos núm. 427/2008.
- SJM n.º 5 de Madrid núm. 10/2010, de 14 de enero.
- Auto del JM n.º 1 de Alicante núm. 22/2014, de 20 de enero.

LEGISLACIÓN

- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (Ccom).
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC).
- Ley 16/2007, de 4 de julio, de Reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (Reforma de 2007).
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (Reforma de 2011).
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.