

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE GRUPO EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

PABLO GIRGADO PERANDONES
PROFESOR TITULAR DE DERECHO MERCANTIL, UNIVERSIDAD DE TARRAGONA,
ESPAÑA

1. El objeto del presente comentario versa sobre el significado del grupo de sociedades en el Derecho concursal. Un estudio general y más amplio del concepto en nuestro ordenamiento ha sido objeto de nuestra atención recientemente en la Revista Boliviana de Derecho (nº 18, 2014, pp. 76 ss.), al que nos remitimos. En esta ocasión, centramos nuestro análisis en el ámbito concursal, en relación con el interés que viene suscitando, últimamente, la delimitación del grupo en sede judicial a los efectos de la aplicación de determinadas normas concursales (en especial, las correspondientes a la subordinación de créditos titularidad de una sociedad del mismo grupo).

2. Con carácter preliminar, cabe indicar que el fenómeno de la insolvencia no distingue a las sociedades entre aisladas e integradas en un grupo, por lo que, inicialmente, no se observan diferencias entre los procedimientos a aplicar en uno y otro caso. No obstante, a medida que se analiza la insolvencia en la sociedad integrada en un grupo se percibe que la participación en éste y su vinculación con el resto de miembros está estrechamente ligada a la situación concursal en que se encuentra. Así, nos podemos encontrar ante diversos escenarios, entre los que se pueden destacar, la persecución de interés del grupo y no el específico de la filial, la realización de complejas operaciones

internas del grupo, el riesgo de “contagio” de una sociedad a otra como consecuencia de su política financiera, las aventuras financieras de la matriz que perjudica a la filial y ocasiona su deriva concursal. En definitiva, son múltiples los supuestos reveladores de la influencia del grupo en la insolvencia societaria.

Las soluciones de política jurídica posibles a los problemas derivados de los grupos en el ámbito concursal se orientan en dos direcciones. Conforme a la primera, la concurrencia de determinadas circunstancias implica la extensión de la situación de concurso de la sociedad inicialmente afectada a la matriz y al resto de integrantes del grupo. Es la respuesta dada en ordenamientos como el francés, el italiano o el argentino. Conforme a la segunda, sobre la base de la personalidad jurídica independiente de las sociedades del grupo, se considera que cada sociedad tiene su propio concurso con su patrimonio separado de los demás integrantes del grupo. Así, tal planteamiento se fundamenta en la ausencia de concurso del grupo de sociedades, pues sólo lo será de las sociedades que lo integran. Tal planteamiento deriva del incumplimiento del presupuesto subjetivo requerido dada la ausencia de personalidad jurídica del grupo (art. 1 Ley Concursal española, en adelante LC). Este planteamiento es seguido por el ordenamiento español, objeto de nuestro estudio, y también, entre otros, por el alemán. La formulación de un concurso separado para la sociedad no impide –como ocurre en el ordenamiento español- que se admita la acumulación en un único Juzgado de los integrantes del mismo grupo de sociedades (los llamados concursos conexos, art. 25 LC). El procedimiento se conducirá conjunta y coordinadamente, si bien no habrá consolidación de las masas activa y pasiva de cada concursado (art. 25ter LC). En esta segunda dirección, la protección de los acreedores en los supuestos que en la primera conducían a la extensión del concurso, ahora se articula mediante diversas medidas, como por ej., la calificación de los créditos titularidad de las sociedades del grupo como subordinados (art. 93.2 LC), determinadas presunciones en las acciones de reintegración (arts. 71 y 71bis LC) o la aplicación de un régimen grave de responsabilidad concursal a la matriz en cuanto administrador de hecho (art. 172.bis LC). En este sentido, en el Derecho alemán, se observa una evolución jurisprudencial en la aplicación de la responsabilidad de la sociedad dominante, desde la técnica del levantamiento del velo hacia la responsabilidad derivada de la propia normativa societaria (así, en las conocidas sentencias Vulkan -2001- y KVB -2002). En esta última, el tribunal alemán, pone de manifiesto la necesidad de que la sociedad –filial- conserve su propio patrimonio a fin de que responda frente a sus posibles acreedores (en conexión con el § 13.2 de la Ley alemana de Sociedades de

Responsabilidad Limitada, *GmbHG*). La respuesta judicial -como puede fácilmente deducirse- nos ofrece, sin duda, una mayor eficacia que la siempre compleja técnica del levantamiento del velo, cuyo carácter excepcional dificulta su aplicación en tales supuestos. Entre nosotros, antes de la reforma del 2011, que luego mencionaremos, se había resaltado, con “virtualidad metafórica” que el supuesto contemplado en el art. 3.5 LC era “una especie de levantamiento del velo de la personalidad jurídica de los sujetos de Derecho afectados” [EMBID IRUJO, J. M.: “Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* (2006), núm. 4, p. 72].

3. 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. Por tanto, no cabe deducir automáticamente la falta de atención al fenómeno de los grupos en la Ley concursal; pues, al contrario, su presencia se manifiesta -aunque dispersa- a lo largo del articulado. Sin ánimo de ser exhaustivo, se puede destacar entre otros: 1) En la solicitud de declaración de concurso por el deudor, exigiendo que se documente la identidad de las sociedades integradas en el grupo y, si tiene obligación de consolidar, las cuentas y el informe de gestión consolidados (art. 6.2 LC); 2) En la declaración conjunta de concurso de varios deudores, reconociendo legitimación tanto a las sociedades deudoras integradas en un grupo como a sus acreedores (art. 25 LC), así como permitiendo solicitar la acumulación de concursos en un único Juzgado a cualquiera de los concursados o de las administraciones concursales (art. 25 bis); 3) En las acciones de reintegración del art. 71 LC en un doble sentido: primero, declarando que, salvo pacto en contrario se presume perjuicio patrimonial -y, por tanto, son rescindibles- aquellos actos dispositivos realizados a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (entre las que se incluye las sociedades integradas en el mismo grupo que la deudora en concurso); y, segundo, atiende a las relaciones intragrupo en la baremación de aquellos acuerdos de refinanciación que no se consideran rescindibles (art. 71 bis LC); 4) En la calificación como subordinados a los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 92 LC), entre las cuales se considera a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso (art. 93.2.3º LC); 5) Y, de manera destacada, en la remisión al art. 42.1 Código de Comercio (Cdc) para determinar qué se

entiende por “grupo de sociedades” a los efectos de la normativa concursal (D.A. 6ª LC).

Sin menoscabo de la importancia que tiene el análisis de cada uno de estos supuestos, la extensión del presente comentario y la finalidad inicialmente manifestada nos conduce a atender a este último apartado relativo al concepto de grupo.

4. Las referencias al grupo en sede concursal se caracterizan por una falta de precisión terminológica; así, unas veces aparece como “grupos de sociedades” (arts. 25, 25bis, 71bis D.A. 6ª LC), otras como “grupos de empresas” (arts. 6, 28 LC), igualmente con los sujetos que lo integran con referencias genéricas a “sociedades”, “personas jurídicas” o “empresas”, sin distinguir si forman parte o no de un grupo [DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Art. 3.5 LC”, en AA. VV.: *Comentarios a la legislación concursal*. Madrid (2004): Dykinson, T. I, p. 199]. Todo ello implica no sólo problemas formales sino que tiene también consecuencias de orden material (EMBID IRUJO, J. M.: “Sobre el concepto”, cit., pp. 74 ss.). Las reformas continuas en la legislación concursal, han optado principalmente por el término grupo de sociedades, en clara coincidencia con lo estipulado en la normativa societaria (art. 18 Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC) y contable (art. 42.1 Cdc). Si bien puede tener sentido en ámbitos societarios, no parece tan acertado este planteamiento en una normativa como la concursal que presume de su aplicación a toda clase de personas física y jurídica (en concreto, se obvia a las fundaciones o a las personas físicas como matrices del grupo).

No obstante, en relación esta cuestión suscita un cierto interés la existencia o no de un concepto propio de grupo. En tal sentido, compartimos la afirmación de la falta de necesidad –y de justificación- de tal especificidad en sede concursal (EMBID IRUJO, J. M.: “Sobre el concepto”, cit., p. 78). Además, entendemos que la sede natural para la regulación del grupo es la societaria –que no la contable, como equívocamente acontece con el art. 42 Cdc-, no siendo el legislador concursal competente para abordar la regulación de los grupos de sociedades [SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “El presupuesto subjetivo en la Ley concursal”, en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal libro homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid (2005), vol. I, p. 1217].

5. Volviendo sobre la D.A. 6ª LC, su actual redacción se introduce en nuestro ordenamiento a través de la importante reforma de la legislación concursal por la Ley 38/2011. 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. 42.1 Cdc (entre otras, el auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2009 y las sentencias de 10 de octubre de 2010 -Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid- y de 9 de septiembre de 2011 -Juzgado de lo Mercantil de Oviedo) y aquellos que no lo consideraban suficientemente comprensivo de la realidad del grupo (así, entre otras, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 14 de enero de 2010, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 febrero de 2011). Desde esta última postura, se ponía de manifiesto que el art. 42.1 Cdc dejaba al margen los llamados grupos por coordinación y algunos fácticos y contractuales, como por ejemplo los de matriz no societaria. En este sentido, alguna decisión judicial ya reconocía tal evidencia y se mostraba favorable a atender más que a un criterio formal a la finalidad perseguida por la normativa concursal correspondiente.

Además, la redacción del art. 3.5 LC –derogado en la citada reforma- atendía a la figura de los grupos, ya que en los supuestos señalados –identidad sustancial entre sus miembros y de dirección- legitimaba para solicitar la tramitación conjunta de sus respectivos concursos. Esta identidad sustancial reclamada por el art. 3.5 LC había permitido especificar que el concepto de grupo al que se refería se correspondía con el de los llamados grupos centralizados (el “destinatario” del art. 3.5 LC, v. EMBID IRUJO, J. M.: “Sobre el concepto”, cit., p. 72).

La reforma concursal soluciona, aparentemente, la controversia en torno al concepto de grupo, mediante su breve remisión al art. 42.1 Cdc, opción del legislador, que pretendía poner fin a las diversas interpretaciones existentes en la práctica judicial. En la doctrina, se ha calificado tal resultado como una restricción del concepto de grupo hasta entonces existente [SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y FUENTES NAHARRO, M.: “El concepto estricto de grupo en la Ley concursal”, *Revista de Derecho Mercantil* (2014), núm. 291, pp. 595 ss.]. Con el fin de conocer el alcance real del concepto de grupo en esta sede concursal, conviene que, a continuación, abordemos algunos puntos de la remisión legislativa.

5.1. La opción por el art. 42.1 Cdc implica la necesidad de una relación de subordinación entre la matriz del grupo y el resto de sociedades (grupos

jerárquicos). La relación se fundamenta en la existencia de un control – potencial o efectivo, directo o indirecto- de una sociedad sobre el resto de miembros, que no se debe confundir con la derecho de veto (así, v. en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de octubre de 2012). De tal modo, los grupos basados en una relación de coordinación entre sus miembros quedan al margen de la noción de grupos en la legislación concursal (grupos horizontales). Así, se pone de manifiesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 24 de septiembre de 2013, que contiene interesantes reflexiones sobre los grupos horizontales y su ausencia de un “control estable de la gestión social”. La sentencia, además, diferencia la presencia del control en los grupos jerárquicos como “control total de la gestión social” y, en cambio, en los horizontales se presenta como el “efecto económico de la colaboración entre empresas o empresarios”. No obstante, en nuestra opinión, el control es extraño a los grupos horizontales y no se presenta como efecto de tal colaboración interempresarial sino como instrumento útil para alcanzar una dirección unitaria, si bien, únicamente, en los grupos jerárquicos.

En cualquier caso, las situaciones de concurso pueden tener lugar tanto en los grupos jerárquicos como en los paritarios (EMBID IRUJO, J. M.: “Sobre el concepto”, cit., pp. 65 ss.); sin embargo, el legislador concursal ha olvidado atender a estos últimos y dotarlos de herramientas útiles en caso de devenir el concurso de alguna de sus sociedades.

5.2. La segunda nota restrictiva que implica la remisión al art. 42.1 Cdc consiste en que sólo se trata de “sociedades”, obviando la existencia de otras personas jurídicas como integrantes de un grupo, no sólo como filial, sino –lo que es más relevante- como matriz del mismo.

En este sentido, cabe recordar el Auto del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 2009 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de diciembre de 2012, que no consideraban como grupo a los efectos concursales aquellos supuestos en que la matriz es una persona física. No obstante, se ha planteado si en la remisión al art. 42.1 puede desempeñar alguna función el apartado sexto del art. 42 Cdc, según el cual “... se aplicarán estas normas –de consolidación contable- a los supuestos de formulación y publicación de cuentas consolidadas por cualquier persona física o jurídica distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo” (art. 42.6 Cdc). Este criterio no sólo serviría para las personas físicas sino que también cumpliría un papel relevante en los grupos dirigidos

por una persona jurídica no societaria (por ej., una fundación). Es cierto que la remisión se circunscribe y concreta en el 42.1, pero el mismo apartado in fine, menciona –a fin de computar los derechos de voto que implican el control- los derechos de voto de la “entidad” dominante. Sin menoscabo del alcance de tal apunte no se puede negar el reconocimiento por el legislador de otras formas –no societarias- de articular el grupo. Al mismo tiempo, es preciso buscar cuál es la finalidad perseguida por el legislador concursal, que, en todo caso, no puede incumplir el principio de igualdad de tratamiento a todos los acreedores. En cierta medida, la sentencia antes citada, que no reconoce la concurrencia de un grupo de sociedades a los efectos concursal, no tiene tan clara su decisión, especialmente, si valoramos las razones alegadas para no imponer las costas a ninguna de las partes.

A la vista de lo expuesto, y en conexión con el régimen anterior a la reforma (en especial, el ya derogado art. 3.5 LC), entendemos que es discutible valorar como restrictivo el “nuevo” concepto de grupo de la D.A. 6ª. Más bien, en determinados supuestos, puede haber ocurrido el fenómeno contrario, pues como reconocía la LC antes de la reforma, un acreedor podía instar la declaración conjunta de varios de sus deudores en situaciones de confusión de patrimonios entre ellos “... o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones” (art. 3.5 LC). Doble identidad –sustancial y de dirección- que tiene un alcance más restringido que el simple control expresado por el art. 42.1 Cdc. Pues, aunque ahora stricto sensu sólo comprende “sociedades” y excluye a los grupos horizontales, parece más difícil la concurrencia del grado de centralización requerido por la mencionada doble identidad, especialmente en estos últimos. Ahora basta con la existencia de una situación de grupo, entendido en la redacción del art. 42.1 Cdc, que, como es sabido, tras su reforma en 2007, pasa de un concepto basado en la “unidad de dirección” a otro, más amplio, basado únicamente en el control, potencial o efectivo.

6. Como indicábamos al principio, la razón de este breve comentario viene motivada por las últimas decisiones judiciales en la delimitación del concepto de grupo con ocasión de la subordinación de créditos a sociedades integradas en él. Así, se planteaba si era correcta la actuación de los administradores concursales calificando como subordinados los créditos de determinados acreedores (sociedades del grupo de la concursada). Frente al reconocimiento positivo por los Juzgados de lo mercantil de la forma de proceder de aquéllos, las Audiencias adoptaban un criterio más restrictivo. Así, se oponían a la

calificación de tales créditos como subordinados y para ello, aun reconociendo la vinculación del acreedor con el concurso, recurrían a una interpretación formalista del art. 42.1 Cdc y de su concepto de grupo: “No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso. No es posible, a nuestro entender, la interpretación extensiva que realiza la sentencia de instancia, máxime atendido el carácter sancionador de las normas sobre subordinación de créditos” (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de diciembre de 2013; en la misma línea que las anteriores sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid -de 7 de diciembre de 2012- y de Tarragona -de 24 de septiembre de 2013).

De la sentencia entrecomillada, cabe resaltar el voto discrepante de uno de los magistrados más cercano a un criterio finalista del concepto de grupo en sede concursal: “En mi opinión, discrepante de la de la mayoría de la Sala, lo que debemos interpretar, atendiendo a la finalidad de la norma, tanto del artículo 42.1 CCom como de las normas concursales relativas a los grupos, es que existirá grupo allá donde se produzca una situación de dominio entre dos o más sociedades que pueda ser relevante a los efectos que el legislador toma en consideración cuando hace referencia a los grupos de sociedades, esto es, tanto a efectos de la consolidación de las cuentas como a todos los demás efectos que el legislador se refiere a los grupos, entre ellos la subordinación de los créditos en el concurso. [...] el concepto de grupo sigue siendo un concepto de hecho, esto es, un concepto abierto, que podrá apreciarse que existe siempre que existan datos fácticos que permitan concluir a la administración concursal o al juez que concurre la situación de control que describe con precisión el artículo 42.1 Ccom. Por tanto, no un concepto formal o cerrado, apegado a la existencia o no de consolidación de cuentas. [...] Por todo ello considero que no es que la resolución recurrida haga una interpretación extensiva del concepto de grupo, para aplicarlo en un ámbito en el que la interpretación no puede tener ese carácter, sino que es la interpretación que hace nuestra resolución la que reduce de forma inadmisiblemente el concepto de grupo llegando a consecuencias indeseadas y que creo que no están amparadas por nuestro ordenamiento”.

7. Finalmente, y a pesar de la brevedad de este comentario, no queremos dejar de resaltar una serie de puntos a tener en cuenta en esta materia. Así, en primer lugar, que el acreedor que solicita la tramitación conjunta de varios concursos (concursos conexos) debe serlo de cada uno de los sujetos pasivos. En segundo lugar, y a pesar de su evidencia, se ha de resaltar la imposibilidad del concurso de grupo, dada su ausencia de personalidad jurídica, a diferencia de sus miembros. Y en tercer lugar, la situación de insolvencia es un presupuesto objetivo (art. 2 LC) esté la sociedad integrada o no en un grupo, y, por tanto, se exige a cada una de las sociedades que integran el grupo. No obstante la solicitud conjunta y la tramitación ordenada, no procede la consolidación de masas activa y pasiva, sino de manera separada, salvo circunstancias excepcionales (v. art. 25ter LC). Ello no ocasiona implicaciones substantivas en cuanto a la solicitud, es decir, sólo tiene, en principio, un alcance excepcional. Más adelante, sí podrá ser de aplicación la subordinación de créditos, el juego de las presunciones en la materia relativa a las acciones de reintegración e incluso el régimen estricto de responsabilidad concursal a la matriz como administradora “de hecho” de la sociedad en concurso.

