

GRUPOS DE SOCIEDADES Y CONCURSO DE ACREEDORES

Carmen Boldó Roda ()*

Comunicación

Indice: 1. Los grupos de sociedades en el artículo 42 del Código de Comercio español. 2. Los grupos de sociedades en la Ley Concursal de 2003. 3. La extensión de la responsabilidad entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo.

1. Los grupos de sociedades en el artículo 42 del Código de Comercio español

Algunos textos legales que delimitan en el ordenamiento español la noción de grupo no se fijan en la “dirección económica unitaria”, sino que se conforman con la existencia de una “relación de dominio o de control”. Hay que destacar al respecto el art. 87 LSA. La noción de grupo que recoge esta norma no se basa en la dirección unitaria, sino en la mera posibilidad de dirección unitaria que brinda la existencia de control. No obstante, otras normas delimitan la noción de grupo atendiendo al criterio de la dirección unitaria efectiva, como el art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, el art. 78.1 de la Ley General de Cooperativas y el art. 4 de la Ley del Mercado de Valores. Estas ideas han quedado ahora incorporadas al nuevo art. 42 del C. de Co., reformado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

(*) Profesora Titular de Derecho Mercantil Universidad Jaume I (España)

En su nueva redacción, el art. 42 C. de Co. define al grupo en función de la existencia de una “unidad de decisión”. La “unidad de decisión se presume siempre y cuando exista una “relación de control”, que se produce cuando una sociedad (la sociedad dominante) se encuentre en alguna de las siguientes situaciones en relación a otra sociedad (la sociedad dependiente):

- a) poseer la mayoría de los derechos de voto;
- b) poder disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto;
- c) haber designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del consejo de administración que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

La norma previene asimismo que los casos anteriores no son *numerus clausus*. En su apartado segundo dispone que “se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta”.

Como se ha señalado⁽¹⁾ la reforma, que da respuesta a la unánime petición de la doctrina, debe merecer una valoración positiva. En primer lugar, porque acaba con el caos existente hasta la fecha al romper con la tradicional dicotomía normativa entre los conceptos amplio y estricto de grupo con lo que a partir de ahora en el Derecho Privado español sólo existe un único concepto estándar de grupo: el del art. 42 C de Co., con el que coinciden, en lo sustancial los arts. 4 LMV y 87 LSA, dándose así un paso necesario y coherente en materia de grupos. En segundo lugar, porque acomete una simplificación terminológica desde el momento en que se establece que el elemento caracterizador del grupo es el de unidad de decisión, debiendo recordarse al respecto que el art. 4.I LMV asimila los conceptos de

(1) Vid. Sánchez Álvarez, M.M., “El concepto grupo en la Ley concursal”, en AA.VV., *Derecho concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid 2004, p. 2326.

control y unidad de decisión mientras que el art. 4.II. I LMV considera que existe unidad de decisión cuando se da uno de los supuestos del art. 42.II C de Co., a los que el art. 87 LSA los califica como de influencia dominante. Desde esta posición se afirma que a partir de ahora parece que debe entenderse que los tres supuestos son, desde un punto de vista normativo, equivalentes, aunque dogmáticamente no sea así porque parece claro que el concepto de unidad de decisión es más amplio que el de influencia dominante, que no es más que una de las maneras por las que se puede alcanzar aquella. La tercera razón por la que la reforma del art. 42 C de Co. merece una valoración positiva se basa en que al admitir que la unidad de decisión se pueda alcanzar por cualquier medio, permite integrar los siguientes supuestos:

a) que una entidad ejerza el control directo o indirecto de otras entidades;

b) que varias entidades se hallen bajo la dirección única de varias personas físicas o jurídicas que actúen sistemáticamente en concierto;

c) que pueda ejercer la dirección única del grupo sirviéndose de testaferros directos o indirectos, de los derechos de terceras personas con las que disponga mediante concierto estipulado con aquellas (arts. 4.I y III LMV y 87.2 y 3 LSA).

En conclusión, existe grupo cuando varias entidades constituyan una unidad de decisión (art. 42.1.II.I C de Co.).

2. Los grupos de sociedades en la Ley Concursal de 2003

Aunque la Ley Concursal hace referencia a lo largo de su articulado a los grupos de sociedades, hay que resaltar que éstas son en su mayor parte de carácter procesal, aunque también existen algunas de orden sustantivo.

Así podemos comenzar con la mención al grupo del art. 3.5°, con motivo de la legitimación concedida al acreedor para instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, siendo éstos personas jurídicas integrantes del mismo grupo. En segundo lugar también se menciona el grupo con motivo de la documentación contable que habrá de adjuntar el deudor a su solicitud de concurso, en el caso de que esté legalmente obligado a llevar la contabilidad. Más importante resulta, sin embargo el art. 25.1° ya que se trata de la norma que recoge los efectos formales derivados del concurso de una o varias sociedades integradas un grupo. En él se

autoriza a la administración concursal, en caso de concurso de la sociedad dominante de un grupo, a solicitar al Juez competente la acumulación a dicho procedimiento de los concursos ya declarados de sociedades pertenecientes al mismo grupo⁽²⁾.

Del mismo modo que ocurre en el supuesto de la sociedad unipersonal y el concurso, otra categoría aplicable a los grupos será la de los “créditos subordinados” (art. 92). Dentro de los diferentes supuestos que dicho precepto recoge encontramos los créditos cuyo titular sea alguna persona “especialmente relacionada con el deudor”. Cuando éste sea una persona jurídica, el art. 93, núm.2.º, considera incursas en tal ámbito a “las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios” Con ello, como se ha indicado⁽³⁾, se da respuesta a otro de los problemas que la práctica anterior había puesto de manifiesto desde una perspectiva acorde con las finalidades del concurso y la satisfacción de los acreedores ajenos al grupo.

Otra referencia al grupo, quizás no tan relevante, como la anterior es la señalada en el art. 10, en materia de competencia para declarar y tramitar el concurso, tanto internacional como territorial. Su párrafo 4 se refiere a esa cuestión, tanto en relación con la solicitud de declaración conjunta de concurso de varios deudores, como respecto a la tramitación de concursos acumulados. En los dos casos, y para el supuesto de grupos de sociedades, será juez competente el de la sociedad dominante. Por su parte el art. 28, dentro de las reglas sobre incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones referidas a los miembros de la administración concursal, alude al grupo de empresas en varias ocasiones. Así: “los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se

(2) Como señala Embid Irujo, J.M., “Grupos de sociedades y Derecho concursal” en AA.VV., *Derecho concursal, Estudios en homenaje a M. Olivencia*, op. cit., p. 1893, “éste era uno de los aspectos que se habían manifestado como necesitados de tratamiento en nuestra práctica concursal, bajo el imperio del Código de Comercio y de la Ley de Suspensión de Pagos y que ahora, finalmente encuentra encaje en el Derecho positivo”.

(3) Embid Irujo, J.M., “Grupos de sociedades y Derecho concursal” op. y loc. últ. cit. Vid. asimismo Vicent Chuliá, F., “El concurso de la persona jurídica”, en AAVV *Derecho concursal, Estudios en homenaje a M. Olivencia*, op. cit., p.2389 y ss.

computarán como uno solo". Es incompatible con la condición de administrador concursal, en cambio, el hecho de ser persona especialmente relacionada con el deudor o, siendo acreedor del concursado, el hecho de entrar a formar parte de un grupo de empresas en el que figure entidad competidora (art. 28.3º).

La categoría de "persona especialmente relacionada con el deudor" permite hacer referencia al art. 71 que contempla el régimen de las acciones de reintegración en el contexto del tratamiento de la masa activa. En dicho precepto se presume *iuris tantum* el perjuicio patrimonial para la masa activa de determinados actos, a los efectos de hacer posible su rescisión; dentro de tales actos se encuentran "los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado".

3. La extensión de la responsabilidad entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo

En lo que respecta a la Ley Concursal de 2003, no se recoge en ella la posibilidad de extender el concurso de una sociedad a otras sociedades o entidades del mismo grupo, tal y como se hacía en el Anteproyecto de la Ley Concursal de 1983. Por lo tanto, la existencia de un grupo por sí sola no es desencadenante de una extensión de la responsabilidad por deudas entre las sociedades miembros del grupo. Para ello tendremos que recurrir, por tanto, a la técnica del levantamiento del velo, que como se ha señalado ⁽⁴⁾, al margen de ciertos casos de aplicación indiscriminada, encuentra su sentido ante grupos altamente centralizados o ante conductas ilícitas de la entidad dominante, gravemente perturbadoras para el desarrollo de la gestión de una empresa. En este sentido el art. 3.5º de la Ley Concursal puede considerarse un indicio relativo al concepto de grupo centralizado. La posibilidad, en él recogida, de instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios deudores, otorgada al acreedor común de todos ellos, se predica también respecto a aquellas personas jurídicas que

(4) Embid Irujo, J.M., *Grupos de sociedades y Derecho Concursal*, op. cit., p. 1903.

siendo deudoras de un determinado acreedor, formen parte del mismo grupo "con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones". Lo anterior ha venido a ser calificado⁽⁵⁾ como un auténtico "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica de los sujetos de Derecho afectados por la norma. La identidad sustancial de las personas jurídicas integrantes del grupo, debidamente constatada, es la circunstancia que permite desconocer la identidad separada, sólo aparente, de cada una de ellas, haciendo posible, por su condición de deudores de un mismo acreedor, su tratamiento concursal unificado, a partir de la oportuna declaración concursal.

(5) Embid Irujo, J.M., *Grupos de sociedades y Derecho Concursal* op. cit., p. 1901. Para este autor, "este resultado interpretativo permite afirmar que el grupo descrito en el art. 3.5° es un grupo altamente centralizado cuyo tratamiento jurídico ha de hacerse preferentemente desde su contemplación unitaria, relegado o, incluso, eliminando en atención al grado de centralización alcanzado- toda consideración separada de sus miembros integrantes".