



Grupo de sociedades y reconocimiento de créditos en el concurso de acreedores de alguna de las sociedades del grupo

Autor/a

José Carlos Espigares Huete

Profesor de Derecho Mercantil, Universidad Miguel Hernández

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº 8 | Año 2018

Artículo nº 4

Páginas 39-48

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

A los efectos de la Ley Concursal se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio. Esta remisión de la Disposición adicional sexta de la Ley Concursal (introducida por el número ciento catorce del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal) permitió aligerar la cuestión de la definición de grupo societario en esta sede. Y no era poca cosa,

porque la remisión condicionaba cuestiones varias de una repercusión práctica evidente. Es el caso, por ejemplo, del serial de personas especialmente relacionadas con el deudor concursado (art.93 LC), la eventual tramitación coordinada del concurso para las sociedades de un grupo (arts. 25, 25 bis y 25 ter LC), las incompatibilidades que afectan a la designación del cargo de administrador concursal (art.28.1 LC), las presunciones de perjuicio pa-

rimonial en las acciones de reintegración (art.71.3.1º LC) o la subordinación de créditos en el concurso (art.92.5ºLC).

Precisamente la *STS de 15 de marzo de 2017*, a propósito de este último extremo, es una manifestación suficientemente elaborada de un determinado posicionamiento. El TS tuvo que sentar doctrina sobre el art. 92.5º de la LC, en su relación con el art. 93.2.3º LC y la disposición adicional sexta. Sobre los grupos de sociedades y el régimen concursal vigente habían sido pioneras anteriormente la *STS de 13 de diciembre de 2012* y la *STS de 4 de marzo de 2016*. El TS, por lo tanto, había tenido ocasión de pronunciarse sobre el grupo de sociedades a efectos del concurso de acreedores. Aunque lo que distingue a la *STS de 15 de marzo de 2017* es la subordinación de créditos en una situación en que la sociedad concursada y la sociedad acreedora se encontraban sometidas al control de una persona física.

Conviene no olvidar, en este sentido, que el art. 42.1 del Código de Comercio dispone que “existe grupo cuando *una sociedad* ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de *otra u otras*”. La remisión concursal a este precepto suponía entender que lo relevante para la identificación de un grupo es la relación entre sociedades basada en el control efectivo, o que pudiera ejercerse, por la matriz sobre una o varias sociedades dependientes. Tal remisión, en consecuencia, intervenía decididamente en el debate sobre la oportunidad de un concepto de grupo de sociedades a efectos concursales. Y el significado general de los grupos de sociedades, y la plural tipología de los grupos societarios, debía restringirse en sede concursal a una concreta realidad. Sin olvidar, claro está, que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una regula-

ción general y completa de los grupos societarios (el régimen fiscal y el laboral, de hecho, tienen también sus propios criterios). Por lo que adquiere especial protagonismo en el ámbito mercantil el art. 42, que se acrecienta, por ejemplo, con la remisión del art. 18 de la Ley de Sociedades de Capital (“a los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concorra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”), el art. 5 de la Ley del Mercado de Valores (“A los efectos de esta ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio”), o el art. 7 LDC (“en todo caso, se considerará que ese control existe cuando se den los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores”) [Este último precepto, a título de ejemplo, amplía significativamente lo que debe entenderse por control: al señalar que “ A los efectos anteriores, el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa”].

La diversidad de los grupos de sociedades nos obligará a concretar en el caso particular la naturaleza y tipología del grupo de que se trate. De tal manera que, a los efectos que ahora nos interesan, los créditos que puedan existir entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo no siempre se considerarán subordinados en el concurso de alguna de ellas (entiéndase, si no es un grupo de control). Esto es lo que se desprende, aun siendo discutible todo lo que se quiera, de la interpre-

tación que de los preceptos aplicables viene haciéndose por el TS (art.92.5º y 93.2.3º LC).

Obviamente esta cuestión, como tantas otras, es de un interés extremo. Y desde luego la complejidad es siempre inherente a cualquier aspecto que deba incardinarse en el ámbito de los grupos de sociedades. Porque la controversia principal se sitúa, como decimos, en la propia definición del grupo.

¿Cómo ha de interpretarse, en consecuencia, la remisión al concepto de grupo del art. 42. 1 del Código de Comercio?

Este concepto de grupo de sociedades se vincula, como sabemos, con la regulación de las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de los arts. 42 a 49. Porque tén-gase en cuenta que, salvo algunos supuestos (art.43), toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consoli-dados en la forma prevista. Se dispone, en este punto, que “Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras” (art. 42.1). El legislador, además, establece deter-minadas presunciones: de tal modo que, “ (...) en particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, 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 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”. Esta circunstancia, a su vez, “(...) se presumirá (...) 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”.

Se prevé, finalmente, que “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”.

Es unánime que el criterio de “unidad de decisión”, característico de los denominados *grupos horizontales*, resultó superado legalmente por la “situación de control” predicable de los *grupos verticales*: grupos jerarquizados en los que una sociedad ejerce verticalmente la dominación sobre otras sociedades. Podría decirse, siendo así, que los créditos entre sociedades pertenecientes a los *grupos horizontales, paritarios o coordinados* no han de considerarse con carácter general créditos subordinados en el concurso de cualquiera de las sociedades del grupo de esta naturaleza. En estos grupos ninguna de las sociedades integrantes tiene el control sobre las demás, que-

dando excluidos del concepto de grupo de sociedades del art. 42.1 del Código de Comercio al no existir una situación de control. Esto al contrario de lo que sucedería en el caso de los grupos verticales o jerárquicos.

La STS de 15 de marzo de 2017 vino a reafirmarse en esta interpretación, invocando expresamente la doctrina de las SSTS de 13 de diciembre de 2012 y de 4 de marzo de 2016. Comienza así por aclarar la *noción de control* del art. 42 del Código de Comercio: «Con esta referencia al control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras, se extiende la noción de grupo más allá de los casos en que existe un control orgánico, porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales). Se extiende también a los casos de control indirecto, por ejemplo mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control, sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo. Y la noción de «control» implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales. Para ilustrar el contenido de estas facultades, sirve la mención que en la doctrina se hace al Plan General Contable, parte segunda, norma 19, que, al definir las «combinaciones de negocios», se refiere al «control» como «el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades».

Otro aspecto clave a los efectos concursales, excluidos los grupos horizontales del concepto de grupo del art. 42 del Código de Comercio, es la concreción del grado de *involucración en el procedimiento concursal de la*

sociedad dominante. Se sostiene, en este punto, « 2.- Que a efectos de la Ley Concursal, la remisión al art. 42.1 del Código de Comercio suponga que solo tenga la consideración de grupo societario el que ha venido a denominarse grupo «jerárquico» y queden excluidos los grupos «paritarios», «horizontales» o «por coordinación», no supone que, para que la existencia del grupo tenga trascendencia en el concurso, necesariamente tenga que estar involucrada en el concurso la sociedad dominante, bien porque se tramiten como concursos conexos los de la dominante y de una o varias dominadas, bien porque se plantee la subordinación del crédito de la sociedad dominante en el concurso de la dominada (o del crédito de la sociedad dominada en el concurso de la dominante), o porque el acto dispositivo a título oneroso que pretende rescindirse haya sido realizado por la sociedad concursada en favor de la sociedad dominante del grupo (o, si el concurso lo fuera de la sociedad dominante, que hubiera sido realizado en favor de una sociedad dominada) (...) Por el contrario, son aplicables las previsiones de la Ley Concursal relativas al grupo de sociedades (bien porque los preceptos correspondientes tengan en cuenta directamente la existencia de grupo, como es el caso de los arts. 25 y 25 .bis, bien porque hagan referencia a las personas especialmente relacionadas con el deudor entre las que se encuentran las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso por preverlo así el art. 93.2.3º de la Ley Concursal , como es el caso de los arts. 71.3.1 º o 92.5 de la Ley Concursal , entre otros) también cuando las sociedades involucradas son todas ellas sociedades filiales o dominadas dentro del grupo. Así, el art. 25.bis.3 de la Ley Concursal establece reglas de competencia para el caso de acumulación de concursos de sociedades pertenecientes al

mismo grupo cuando una de las sociedades en concurso es la dominante, pero también cuando la sociedad dominante no está declarada en concurso y, por tanto, las sociedades integrantes del grupo que están declaradas en concurso son ambas sociedades filiales o dominadas».

No debe confundirse con un grupo horizontal o paritario, además, el hecho de que las sociedades implicadas en un concurso sean todas dominadas: «3.- (...) que las sociedades involucradas en el concurso (una como concursada y la otra como acreedora) no tengan entre sí una relación de jerarquía dentro de un grupo porque ambas sean sociedades dominadas, no significa que nos encontremos ante un grupo horizontal o paritario. Si existe control, en el sentido establecido en el art. 42.1 del Código de Comercio, hay grupo a efectos de la Ley Concursal, aunque las sociedades involucradas en la situación concursal sean ambas filiales o dominadas, y son aplicables las previsiones de la Ley Concursal relativas al grupo de sociedades».

Habría igualmente que preguntarse, sea como fuere, por la razón de ser de la subordinación de los créditos en el concurso; y, en particular, de la subordinación en los casos de créditos de personas especialmente relacionadas con el concursado. Porque esta *ratio legis* puede erigirse en motivo suficiente para extender la subordinación a supuestos que estrictamente escaparían de la definición del grupo societario que realiza el art. 42.1 del Código de Comercio. Recordemos, en este sentido, que la subordinación en estos casos se basa en razones subjetivas y no objetivas: es decir, se sustenta en circunstancias relativas al sujeto acreedor y no al crédito concursal cuyo reconocimiento se pretende. Se ha dicho, con muy buen criterio, que la subordinación de

los créditos de los sujetos especialmente relacionados con el deudor tiene una función esencialmente indemnizatoria y no sancionatoria: «A pesar de la variedad de sujetos que tienen la condición de especialmente relacionados con el deudor, puede afirmarse que en todos los casos se trata de situar en una posición subordinada los créditos de aquellos que pudieron contar con una mejor información sobre el concursado o que estaban en una posición en la que debían haber financiado adecuadamente al deudor». Es relevante, por tanto, que el sujeto especialmente relacionado pueda disponer de información sobre el estado financiero del deudor o que incluso sea responsable de la situación de endeudamiento que ha conducido al concurso (*Vid.* GARRIDO, «Créditos subordinados», en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO/BELTRÁN (Dir.), T. I, p.1666, Madrid, 2004). Ni que decir tiene, siendo así, que especial interés tendrá la valoración de estas circunstancias en supuestos de sociedades del mismo grupo: sociedades sujetas, por su propia naturaleza, a una dirección económica unitaria y especialmente sensibles a estas situaciones.

La enumeración de las personas especialmente relacionadas del art. 93 LC, que distingue entre el deudor persona natural y el deudor persona jurídica, puede originar desajustes graves y claramente injustos. Lo referimos precisamente ahora a propósito de la valoración de la concurrencia de los grupos de sociedades a los efectos concursales. Porque si, como se piensa, la enumeración es taxativa (y no parece viable con la redacción actual otra alternativa); es decir, si el legislador ha establecido una suerte de presunciones *iuris et de iure*, necesariamente será persona especialmente relacionada con el deudor concursado quien aparezca en la lista de sujetos. Esto puede, en el caso particular, no identificarse

con la *ratio legis* del precepto que hemos expresado. Así sucederá cuando el sujeto, especialmente relacionado de acuerdo con la presunción legal, no lo esté realmente. Pensemos que el ámbito familiar que contempla, para el caso del deudor persona natural, es considerablemente amplio. Y otro tanto sucedería en el caso del deudor persona jurídica, ya que el desajuste podría evidenciarse en sociedades con un marcado sustrato personal. En esta enumeración de personas especialmente relacionadas, a nuestro juicio, bien podría haberse optado por un sistema de presunciones *iuris tantum* o relativas: no creemos, con esta flexibilidad, que se hubiese perdido buena parte del alto grado de rigor y de seguridad jurídica que se pretende.

En algo hubiese cambiado el planteamiento, en todo caso, por lo que se refiere a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes (art.93.2.3º y art. 92.5ºLC). Porque el concepto de grupo, por mucha remisión que se pretenda, sigue siendo un concepto jurídico no suficientemente determinado. Lo relevante, siendo así -y a nuestro juicio-, no debería ser tanto la existencia de un determinado tipo de grupo societario, sino la concurrencia de una dirección económica única efectiva (y no potencial ni exclusivamente de control, como indica el art. 42 del Código de Comercio) determinante de una corresponsabilidad real en la situación de endeudamiento que ha conducido al concurso¹. Y es que, ciertamente, por qué no habrían de considerarse créditos subordinados, en su caso, los existentes entre sociedades de un grupo horizontal, paritario o de coordinación. No olvidemos que en estos grupos las sociedades integrantes se encuentran igualmente sujetas a una dirección económica unitaria. Lo que dife-

rencia al grupo horizontal es su estructura paritaria o democrática. Las sociedades del grupo son independientes, pero son protagonistas de la definición de la política empresarial común. Esta política es el resultado de las decisiones que adopte una instancia superior de dirección, que será responsable de la coordinación de las actividades de las sociedades del grupo. Esta instancia superior o central podrá suponer la creación de una sociedad con plena personalidad, interna y externa, o adoptar meramente la forma de una sociedad civil interna. Y si la razón de la subordinación del crédito es la especial relación con la sociedad concursada, que se concreta en una situación de privilegio informativo o de cierta corresponsabilidad financiera, no hay motivos para excluir estos grupos. Al menos presuntamente, aunque en forma de presunción relativa, debieran considerarse personas especialmente relacionadas con el concursado. El grado de centralización o descentralización del grupo podría ser determinante, finalmente, de la subordinación del crédito. Y la centralización de las decisiones financieras (sobre necesidades de capital, redistribución de recursos entre las distintas sociedades de acuerdo con los proyectos existentes o, por ejemplo, las políticas de dividendo), desde luego, siempre conllevarían tal subordinación².

Un claro ejemplo de lo controvertida que puede llegar a ser la valoración de los distintos supuestos de grupo societario es la *STS de 15 de marzo de 2017*: que, en cierto modo y en aras de evitar situaciones injustas, se ha visto obligada a forzar la interpretación de los preceptos en juego. En este caso es una persona natural la que organiza la actividad empresarial mediante la participación en distintas sociedades, de tal manera que la sociedad concursada y la sociedad acreedora se encuen-

tran en última instancia sometidas al control de esta persona física. Y, como anticipaba EM-BID³, el TS no ha hecho ahora más que lo que parece razonable: esto es, “*leer* las normas de la Ley Concursal en materia de grupos con una *lente de adaptación* a la compleja realidad de esta figura (...) De tal modo, si el concreto supuesto de hecho de grupo o, más propiamente, sus miembros componentes se adaptan a la literalidad de la Ley, no habrá que hacer en ella ningún retoque interpretativo; si, en cambio, no se produce tal adaptación como consecuencia, entre otras cosas, de la naturaleza de los miembros del grupo, será oportuno efectuar una interpretación reconstructiva de las normas a fin de hacer posible el encaje del supuesto de hecho en su enunciado”.

Procesalmente se presentó demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores, solicitando la impugnante el reconocimiento de su crédito con la calificación de ordinario. Desestimada la solicitud en primera instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia ordenando la inclusión del crédito de la actora como ordinario (aunque a la sentencia de la Audiencia Provincial se formuló un voto particular). El TS, sin embargo, estima el recurso de casación interpuesto por el administrador concursal y confirma la calificación del crédito como subordinado. El motivo del recurso de casación fue único, refiriéndose a la “Infracción del art. 92.5º de la LC, puesto en relación con el art.93.2.3º LC y disposición adicional sexta”. La complejidad de la cuestión planteada, y aunque la desestimación del recurso de casación supone la estimación del recurso de apelación, tiene su reflejo en que no procede hacer expresa imposición de costas por las serias dudas de derecho que concurren en el supuesto.

La sociedad concursada y la sociedad acreedora impugnante son sociedades unipersonales, cuyos respectivos socios únicos son sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por una persona física. Esta persona es titular del 65% y el 79% de las participaciones respectivamente, las dos sociedades tenían un mismo administrador (en concreto, un mismo administrador societario que ha designado a idéntica persona física como representante) y sus principales ejecutivos tenían poderes cruzados para actuar indistintamente en nombre de ambas sociedades.

¿Cuáles son las razones que esgrime el TS para considerar que existe un grupo a los efectos concursales y, en consecuencia, estimar subordinado el crédito objeto de reconocimiento? El análisis es de un gran interés porque, basándose en la *ratio legis* de la subordinación de créditos, abre la puerta a interpretaciones flexibles en cuanto a la determinación de un grupo societario a efectos concursales. Concluye, de este modo, que «La posibilidad de que el acreedor, al ser una sociedad sometida al mismo control que la sociedad deudora, pueda tener una información privilegiada sobre la situación del deudor, que haya podido tener alguna influencia en su actividad, o que la financiación otorgada por esa sociedad del grupo intente paliar la infracapitalización de la sociedad deudora, que son las principales razones de que sus créditos se posterguen respecto de los de acreedores que no tengan la calificación de personas especialmente relacionadas, son circunstancias que concurren plenamente en un supuesto como el que es objeto del recurso, en el que una persona física controlaba a la deudora y a la acreedora, hasta el punto de que ambas sociedades tenían el mismo administrador y sus ejecutivos tenían poderes cruzados para actuar indistintamente en nombre de una y otra».

La cuestión prioritaria, y esencial, es la interpretación del control societario del art. 42 del Código de Comercio. O dicho de otro modo: existirá o no grupo, y el crédito será subordinado en su caso, si existe control societario sobre la sociedad concursada y la sociedad acreedora. Para el TS este *control societario* concurre en el *control indirecto que ejerce la persona física* situada en la cúspide del grupo: «5.- Si existe control, en este caso mediante mecanismos societarios como es la titularidad mayoritaria del capital social de las sociedades que son socias únicas de las sociedades deudora y acreedora, no puede decirse que estemos ante un grupo horizontal o por coordinación, excluido del concepto de grupo societario del actual art. 42.1 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885), por el hecho de que ese control sea ejercido por una persona física o jurídica que no es una sociedad mercantil. Sigue siendo control societario, plasmado en la disponibilidad de la mayoría de los derechos de voto de la dominada, situación prevista en el art. 42.1.a del Código de Comercio (LA LEY 1/1885) como una de las que hacen presumir la existencia de control».

La remisión al art. 42 del Código de Comercio que realiza la disposición adicional sexta de la LC no debe entenderse como una remisión a la totalidad de las previsiones del precepto. Este es el criterio del TS, que considera que « (...) para que exista grupo de sociedades no es necesario que quien ejerce o puede ejercer el control sea una sociedad mercantil que tenga la obligación legal de consolidar las cuentas anuales y el informe de gestión». Precisa además que son *razones sistemáticas* las que convierten en irrelevantes en el concurso las obligaciones contables porque « 8.- El art. 42 del Código de Comercio, y en concreto su apartado primero, es una nor-

ma ubicada en el título del Código de Comercio que regula las obligaciones contables y los libros de los empresarios (arts. 25 a 50), no en el título primero del libro segundo, dedicado a las compañías mercantiles, que contiene las disposiciones generales de la regulación de estas compañías. Es por ello que, por razones sistemáticas, ha de interpretarse que el precepto contiene elementos que solo son relevantes a efectos contables y que, por tanto, son irrelevantes a otros efectos cuando una norma legal se remite a ella para definir qué debe entenderse como grupo de sociedades, como es el caso de la disposición adicional sexta de la Ley Concursal».

En el bien entendido, lo que parece muy destacable, que « 13.- El propio art. 42, en su apartado 6, prevé la posibilidad de aplicar lo previsto en esa sección a los supuestos en que cualquier persona física o jurídica, distinta de la prevista en el apartado 1, formule y publique cuentas consolidadas, por lo que la situación de control sobre sociedades mercantiles puede ejercerse también por personas físicas o personas jurídicas que no sean sociedades mercantiles, sin perjuicio de que en este caso la consolidación de cuentas por parte de la persona física o jurídica dominante sea voluntaria»⁴.

En todo caso, por lo tanto, «La segunda parte del precepto es la relevante a efectos de la remisión contenida en la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, no la primera, que solo tiene una finalidad contable irrelevante para el concurso». Esto es así si se estima que « la remisión de la disposición adicional sexta de la Ley Concursal al art. 42.1 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885) se refiere al criterio determinante de la existencia del grupo de sociedades, esto es, el criterio del control, sea actual o potencial, directo o indi-

recto, establecido en tal precepto». Y entendida así esta remisión, a juicio del TS, deberían excluirse del concepto de grupo societario a los efectos concursales los grupos horizontales. Sólo quedarían comprendidos en el concepto legal los grupos verticales o jerárquicos : « Esta remisión permite excluir del concepto de grupo, a efectos del concurso, a los grupos paritarios, horizontales o por coordinación, que antes de la reforma operada por la Ley 16/2007, de 4 de julio (LA LEY 7292/2007), eran también considerados grupos societarios, a efectos del art. 42 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885) y de las normas que se remitian a tal precepto, cuando existía una «unidad de dirección».

Para el TS no tiene sentido alguno discriminar los supuestos en los que sea una persona física quien ejerce el control. No hay razones, a su juicio, que justifiquen un trato diferenciado: «11.- Si existe control, en el sentido definido en el art. 42.1 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885), para que exista un grupo societario a efectos de la Ley Concursal, es indiferente que en la cúspide del grupo se encuentre una sociedad mercantil (que tendría la obligación contable de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados) o algún otro sujeto (persona física, fundación, etc.) que no tenga esas obligaciones contables (...) Las razones que justifican un determinado tratamiento a los concursos en los que están involucradas sociedades sujetas a control, en el sentido del art. 42.1 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885) , y que afectan a cuestiones tales como la acumulación de concursos, incompatibilidades para desempeñar el cargo de administrador concursal, acciones de reintegración, subordinación de créditos, etc., concurren tanto cuando en la cima del grupo, ejercitando el control, se encuentra una sociedad mercantil como cuando se encuentra una persona física

o una persona jurídica que no sea una sociedad mercantil, como por ejemplo una fundación». De no entenderlo así, « (...) se estarían excluyendo a grupos con un protagonismo importante en la vida económica en los que tal control es ejercido por una persona física o por una fundación. (...) 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».

Realmente la STS de 15 de marzo de 2017 es una apreciable sentencia. Los esfuerzos por fundamentar su posicionamiento son coherentes y responden a razones de justicia material evidentes. También, ciertamente, parece que no puede entenderse de otro modo la remisión legal al concepto de grupo societario del art. 42 del Código de Comercio. Cuestión muy diferente, pero que inquieta a quien realiza estas reflexiones, es el acierto de una remisión legal semejante. Porque insistimos en que, a nuestro juicio, lo relevante no debería ser la existencia de un determinado tipo de grupo societario, sino la concurrencia de una dirección económica única efectiva, que no necesariamente tendría que ser de control. Al menos por lo que se refiere a la subordinación de los créditos y, por tanto, a la consideración de persona especialmente relacionada con la sociedad concursada, debería valorarse la existencia de un vínculo empresarial (que tampoco debería agotarse en la existencia de un grupo, por cierto) determinante de cierta corresponsabilidad en la situación de endeu-

damiento que ha conducido al concurso. Particularmente llamativo es que los créditos que eventualmente existiesen entre sociedades de un grupo horizontal, paritario o de coordinación, no puedan ser considerados subordinados en el concurso de alguna sociedad del grupo. Olvidamos en este caso, quizás por razones de simple eficiencia en el procedimiento, que son sociedades igualmente sujetas a

una dirección económica unitaria con una política empresarial común y en las que pueden concurrir perfectamente idénticas razones de subordinación del crédito que las descritas anteriormente (privilegio informativo o corresponsabilidad financiera, por ejemplo). Pero de momento la ampliación del concepto de grupo societario no podrá llegar a tanto en sede concursal.

NOTAS

¹ No olvidemos, como indicó FERRÉ FALCÓ que « (...) la dirección económica unificada no es un requisito que deba ser examinado *ex ante* para determinar la pertenencia de una determinada sociedad a un grupo, sino que es una consecuencia posible del control o influencia que una sociedad puede ejercer sobre otra y que le puede llevar a usar a su dominada como parte de una común estrategia empresarial». *Vid.* «El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, 2005, p.1943.

² La importancia del problema estructural de los grupos ha sido destacado recurrentemente por la doctrina. Señala EMBID, nos parece esencial, que « (...) la dirección unitaria es una magnitud de naturaleza empresarial susceptible de abarcar más o menos ámbitos, de modo que una dirección unitaria extendida a las vertientes esenciales de la gestión empresarial, pero sólo a ellas, da lugar a un grupo descentralizado; una dirección unitaria, en cambio, que asuma la gran mayoría –por no decir todas- de esas vertientes creará un grupo centralizado. Como es fácil de suponer, la respuesta del Derecho a esta tipología directamente derivada de la práctica no puede ser la misma; en el primer caso, las sociedades integrantes del grupo disfrutaban de un cierto margen significativo de libertad empresarial; en el segundo, en cambio, su personalidad jurídica independiente no traduce, en realidad, una autonomía económica suficiente, por lo que tales entidades pueden ser consideradas una prolongación de la entidad cabecera del grupo y no sujetos con dimensión personal propia, no obstante su sometimiento a una dirección unitaria». *Vid.* «Grupos de Sociedades y Derecho Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, 2005, p.1899.

³ *Vid.* EMBID IRUJO, *op.cit.* p. 1897.

⁴ Ya había anticipado la doctrina tal eventualidad. Así FERRÉ FALCÓ, para quien « (...) habida cuenta de la unificación llevada a cabo por la LC entre los procesos concursales del comerciante y el no comerciante, así como de las personas físicas y jurídicas, consideramos plenamente justificado defender que el concepto de grupo que resulta de la LC incluye también aquellos supuestos, que la práctica conoce sobradamente, en los cuales varias sociedades son participadas por una o varias personas físicas, quienes, en realidad, constituyen la cabecera del grupo. Esas personas físicas no están obligadas a formular cuentas anuales consolidadas y, por lo tanto, su condición como cabecera de un grupo no ha sido considerada de forma general por la doctrina. Pero existe un argumento legal que permite que permita incardinar dichos supuestos dentro del concepto de grupo basado en la idea de control que venimos defendiendo. Nos referimos al apartado 7 del artículo 42 CCo, que reconoce la posibilidad de que una persona física tenga el carácter de dominante y formule y publique cuentas consolidadas. Por eso concluimos que el grupo, en la LC, es aquella estructura empresarial constituida por una pluralidad de sujetos unidos entre sí por relaciones de control, entendiendo por tales los supuestos previstos en el artículo 42.1 CCo, y a cuya cabecera puede estar tanto una persona jurídica como una o varias personas físicas». *Vid.* «El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal», *op.cit.* pp.1939-1940.