

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

Grado en Derecho



LOS CONCURSOS CONEXOS



TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO

Autor:

Pascual Javier Santo Mateo

Tutor:

José Carlos Espigares Huete

Curso Académico:

2019-2020

ELCHE 2019

I. INTRODUCCIÓN

II. ANTECEDENTES

III. DESARROLLO

A) Problemática del Grupo de Sociedades

1. Concepto Indeterminado
2. El nuevo tratamiento que supuso el Grupo de Sociedades tras la Reforma de la Ley 38/2011
3. Problemática del Grupo de Sociedades
4. El Grupo de Sociedades y el Procedimiento Concursal

B) Sentencia núm. 284/2011 de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

1. La importancia del artículo 42.1 del Código de Comercio tras la Sentencia 284/2011
 - a) *La confusión de patrimonios*

C) Modificaciones de la Ley 22/2003 por la Ley 38/2011 con respecto a los concursos Conexos en el proceso concursal

1. La Acumulación de Concursos
2. Las Modalidades de Acumulación de Concursos
3. Declaración Conjunta de Concursos y Legitimación para Instarla
4. Clases de Concursos Conexos
 - a) *Concursos de Sociedades pertenecientes al mismo Grupo*
 - b) *Los concursos de cónyuges o parejas de hecho inscritas*
 - c) *Los concursos de administradores, socios, miembros, o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica*
 - d) *Los concursos de deudores con patrimonios confundidos en la Ley Concursal*
 - e) *Los concursos de los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica que respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico jurídico-económico*

D) Jurisprudencia con respecto a los concursos conexos

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA

- a) Bibliografía
- b) Jurisprudencia

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objetivo tratar sobre la controversia referente a los Concursos Conexos surgidos tras la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de Octubre. Dicha controversia es muy variada debido a que en un principio dicha materia se encontraba regulada en la Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal de forma fragmentada y poco concisa, y hacía referencia a la Acumulación de Concursos, todo ello llevaba a una aplicación de la norma muy dispar a nivel jurisprudencial y una división de opiniones por parte de la doctrina referente al tema que nos atañe.

No obstante, esta categoría de “los concursos conexos” surge tras la Reforma de la Ley Concursal que fue motivada por la Sentencia N° 284/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona y dio lugar a dicha reforma por la Ley 38/2011 de 10 de Octubre.

La ley otorga la posibilidad una tramitación conjunta de los concursos en caso de la existencia de una conexión entre los deudores, siempre y cuando se traten de concursos ya declarados, podrán ser tramitados conjuntamente y acumulados de forma coordinada sin necesidad de consolidación de las masas.

Trataremos de ahondar en el concepto indeterminado de Grupo de Sociedades, con el objetivo de vislumbrar un tema muy controvertido debido a la gran dificultad existente para determinar de forma excepcional la consolidación de la masa activa y pasiva, es decir, a través de la consolidación de la lista de acreedores y el inventario.

La acumulación de las masas y la tramitación conjunta de los procesos da lugar a una problemática, como lo es la indefensión de los acreedores con créditos subordinados que con la acumulación de los concursos desemboca en una menor posibilidad de cobro de su crédito frente a la sociedad, debido al aumento del número de acreedores del resto de sociedades concursadas del Grupo, donde se puede ver la confrontación entre la norma y el principio par condicio creditorum.

El principal objetivo es la acomodación de la norma que versa sobre la materia de los concursos conexos con el Ordenamiento Jurídico Español, “concretamente en los principios inspiradores del Ordenamiento Jurídico como lo son la personalidad jurídica separada y la responsabilidad limitada”, y la afectación de la aplicación de dicha norma con el derecho de igualdad de cobro de los acreedores.

En este trabajo nos centramos en los antecedentes históricos por los que se regule dicha materia en la Ley Concursal, además del intento de una mayor concreción del concepto indeterminado de Grupo de Sociedades regulado en el artículo 42 del Código de Comercio y el tratamiento del mismo por la doctrina y la jurisprudencia. Además de los anteproyectos de Ley Concursal centrándonos en las referencias a la acumulación de concursos.

En primer término, analizaremos el concepto indeterminado del Grupo de Sociedades. El nuevo tratamiento del Grupo de Sociedades centrándonos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, debido a la gran importancia que le dota la doctrina y la Jurisprudencia para referirse al Grupo de Sociedades. También haremos referencia a la Problemática práctica de los mismos y finalizaremos con las diferentes especialidades del Grupo de Sociedades en el proceso concursal.

En segundo término, comentaremos la Sentencia núm. 284/2011 de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, la cual motivó la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, tras dicha sentencia se hizo referencia por primera vez a la figura de los

“Concursos Conexos” y hablaremos de la confusión de patrimonios en su aspecto práctico y doctrinal.

En tercer término, analizaremos la modificación de la Ley 22/2003 por la Ley 38/2011 con respecto a los concursos conexos en el proceso concursal. Primero daremos un repaso a la acumulación incidiendo en los preceptos modificados por dicha la Ley y como se encontraba regulada la acumulación de los concursos anteriormente con la Ley 22/2003. Segundo nos referiremos a las modalidades de la acumulación incidiendo en la solicitud de declaración conjunta y de la acumulación inicial o acumulación de solicitudes (art. 25 LC) por contraposición a la acumulación sobrevenida, posterior o sucesiva (art. 25 bis LC). Tercero, observaremos los cambios entre una ley y otra con respecto a la declaración de concurso y las personas legitimadas para instarlo. Por último, analizaremos las diferentes clases de concursos que se pueden dar en el tráfico jurídico-económico.

En último término, analizaremos la práctica jurisprudencial tanto anterior como actual, y el tratamiento de la misma sobre la materia de los concursos conexos.

Por último, y para concluir con el TFG realizaremos las conclusiones sobre los problemas que nos encontramos con la acumulación de las masas y la tramitación conjunta de los procesos, la problemática que la aplicación de la norma por la que se vulnera el derecho de cobro de los acreedores y la controversia con respecto a los Concursos Conexos haciendo referencia a la confrontación de los mismos con los principios básicos de nuestro Ordenamiento Jurídico, concretamente con el principio personalidad jurídica separada y el de responsabilidad limitada.

Respecto a la metodología del TFG haremos hincapié en un estudio sobre un análisis jurisprudencial y doctrinal referente a la materia de los concursos conexos, que opina la doctrina sobre la puesta en marcha de los mismos y todo lo que ello implica, con el objetivo de realizar un análisis crítico sobre las resoluciones judiciales y referencias doctrinales que vamos a abarcar.

II. ANTECEDENTES

Antes de la Ley Concursal 22/2003, que entro en vigor el 1 de septiembre de 2004, donde se regula por primera vez la acumulación de concursos.

Las cuestiones preconcursales trataban de intentar materializar un proyecto de Ley Concursal que tenga como objetivo principal la defensa de los intereses de los acreedores ante la insolvencia del deudor común, por lo que, precisar acerca de la materia de la acumulación de concursos no fue un tema tan incisivo en este proyecto de Ley.

Las situaciones reguladas en la LC, en el caso de la acumulación de procesos fueron apreciadas en los textos prelegislativos de reforma concursal precedentes, pero la LC resulta un cambio radical a esta idea prelegislativa.

El primer Anteproyecto de Ley Concursal de 1983¹ se partía desde una concepción muy diferente, dando lugar a la figura del <<Concurso por extensión>>, con el objetivo de pretender que el concurso de una sociedad dependiente diese lugar a la determinación del concurso de la sociedad dominante. “En el caso del concurso de una sociedad irregular, determinase el concurso de los socios que fueran responsables ilimitadamente de las deudas sociales, o los que hubiesen sido por un período superior a tres meses dentro del año anterior a la fecha de la admisión a trámite de la solicitud de concurso (art. 150 y 151 ALC 1983)”. En la declaración del concurso por extensión era indiferente la situación económica de la persona o personas a las que debía extenderse el concurso.

Como contrapartida a esta, la vigente LC no determina la existencia del concurso por extensión, sino que en dichos casos se producirá una acumulación de procesos concursales.

En segundo término, nos encontramos ante la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, que es muy similar a la Ley Vigente, este parte de la autonomía entre la declaración de concurso de la Sociedad unipersonal y el socio único, por un lado, así como de la sociedad dominante y la sociedad dominada, por otro lado (art. 9 PALC 1995). En esta Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal podemos extraer la idea de que en caso de la existencia de socios personalmente responsables de las deudas sociales antes de la declaración de concurso solo podían exigirles legítimamente la responsabilidad por las deudas sociales en caso de acumulación de concursos, los síndicos y los interventores del mismo. (art. 56.1 PALC 1995).

En el Congreso de los Diputados este precepto de la PALC dio lugar a la presentación de diversas enmiendas. En el caso de la alusión a los Grupos de sociedades fue pieza de dos enmiendas. Por un lado, una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, cuya finalidad era determinar la intrascendencia de que se tratara de grupos de hecho o de derecho, ya que nuestra legislación en caso de grupos de sociedades y sociedades vinculadas no estaba muy desarrollada. Por otro lado, se llevó a cabo presentación de una enmienda por parte del Grupo Parlamentario Catalán, que reclamaba la concisión de la noción de Grupo de Sociedades mediante la remisión al art. 42 del Ccom., ya que el Proyecto de Ley Concursal no hacía referencia al mismo.

Por último, se llevó a cabo la presentación de otra enmienda por parte del Grupo Parlamentario Catalán en la cual reclamaban la exigencia por parte del solicitante del Concurso de la acreditación de la situación concursal, preferentemente, mediante la certificación del Registro Nacional de Concursos. Dicha enmienda requería que se precisase

¹Ángel Rojo y Emilio Beltrán: “El Comentario de la Ley Concursal”

como se exigía en la anterior enmienda del mismo Grupo Parlamentario, la noción de grupo, dicha enmienda fue rechazada.

Finalmente, se pone fin a toda esta incertidumbre y dispersión normativa que dominaba la legislación en este campo mediante la aprobación de la LC 22/2003 que tiene una clara inspiración unificadora, ya que se regulan en un solo texto legal los aspectos materiales y procesales del concurso, sin más excepción que la de aquellas normas que por su naturaleza han exigido el rango de ley orgánica. Tal criterio de política legislativa venía ya determinado por la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al excluir esta materia de su ámbito y remitirla expresamente a la Ley Concursal. La propia Ley de Enjuiciamiento Civil actúa como supletoria de la Ley Concursal, en cuanto ésta no contemple normas procesales especiales.

Se ve reflejada la unidad de disciplina, ya que se aplica tanto a comerciantes como a no comerciantes, personas físicas o jurídicas de derecho privado. Por las personas jurídicas han de intervenir sus administradores o liquidadores. Los apoderados generales del deudor tienen deberes de colaboración e información. Durante la tramitación del concurso se mantienen como regla general los órganos de la persona jurídica deudora.

Además, existe una unidad de procedimiento, ya que habrá un procedimiento único que se denominará «concurso». La ley lo dota de gran flexibilidad para permitir su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales pueda alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso.

Se aprecia la unidad de presupuesto objetivo, la cual es la insolvencia. Se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario.

Incumbe al solicitante del concurso necesario la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud, pudiéndose otorgar al crédito del acreedor instante un privilegio general de hasta la cuarta parte de su importe.

Si la solicitud de concurso la presenta el propio deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, el cual no sólo podrá ser actual, sino futuro, previsto como «inminente». El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste.

Por último, un punto clave como lo es la armonía en la preferencia entre créditos, ya que esta Ley crea desajustes en las preferencias de créditos, dependiendo de si están o no en concurso. Para resolverlos, la disposición final trigésima primera encomienda al Gobierno que en el plazo de seis meses presente a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre reforma de los Códigos Civil y de Comercio en materia de concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares.

III. DESARROLLO

A) El Grupo de Sociedades

1. Concepto Indeterminado

Los grupos de sociedades son una realidad no atendida sistemática y unitariamente en nuestro Ordenamiento, que se ocupa de ellos sólo parcialmente y sin un criterio definido en cuanto a qué deba considerarse por tales.

Como dice Antonio López Aparcero, el Grupo de Sociedades es una realidad que afecta a las sociedades integradas en su conglomerado, sea porque una extienda su influencia más allá de sus límites estatutarios, en el caso de la sociedad dominante; sea porque se vean sometidas a una disciplina ajena, en el caso de las dominadas. Y es, además, un hecho que trasciende al propio grupo y afecta a terceros; a los socios minoritarios de las sociedades vinculadas; a los trabajadores que presten servicio de forma indistinta a varios miembros de grupo; a competidores por el impacto que sobre la competencia pueda tener el llamado privilegio de grupo; a los acreedores; a la Hacienda Pública. Resulta, por tanto, que el problema del grupo no es sólo una cuestión societaria interna, sino con derivación exterior porque produce consecuencias de interés jurídico a terceros, que han de ser protegidos con los medios generales de defensa que dispone el Derecho o, si estos no fuesen suficientes, con específicas normas tuitivas que, además, ofrezcan un marco de seguridad jurídica a los operadores.

En este trabajo pretendo exponer las orientaciones doctrinales dominantes en la materia, con alguna reseña a una posible futura regulación. La idea básica para poder hablar de grupo es la dirección unitaria a la que estén sometidas varias sociedades, con independencia de si esa unidad está basada en una estructura de propiedad o en acuerdos más o menos igualitarios. Se examinarán los distintos modos de constituir el grupo o los criterios para calificar su existencia, así como las relaciones entre las sociedades y el cambio de la regulación del tratamiento a los grupos de Sociedades que supuso la Ley 38/2011.

La primera dificultad que plantea el Grupo de Sociedades es la determinación de lo que son.² “Debido a que no existe una regulación concreta en nuestro derecho de un «Derecho de los grupos de sociedades», ordenado y sistematizado, que precise qué realidades jurídicas han de quedar incluidas bajo dicha denominación y cuáles no.”

² “Cuadernos de derecho y comercio”. Publicado por Dykinson C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 MADRID. Pág 18

Ciertamente, el artículo 42 del Código de Comercio contiene una relación de situaciones entre sociedades que permiten aseverar la existencia de un grupo. Pero lo hace a unos ³“efectos específicos, los contables, para determinar los supuestos en que procede la formulación de cuentas consolidadas; aunque luego ese concepto ve ampliada su potencia por la remisión que otros preceptos del Ordenamiento hacen al mismo como fuente primaria de la determinación de la existencia de grupo a los fines y efectos de que los mismos se ocupan. Ahora bien, el Ordenamiento contiene otro precepto definitorio-descriptivo del grupo de sociedades, referido a las cooperativas, conforme se establece en el artículo 78 de la Ley estatal de Cooperativas que, como se verá, difiere del anterior en el criterio que ha de servir de base para afirmar la presencia de un grupo de sociedades.” De modo que ni siquiera en este punto básico el Ordenamiento tiene coherencia.

Es, por tanto, que en nuestro Ordenamiento Jurídico existen normas dispersas que contemplan y reconocen consecuencias jurídicas al hecho económico del grupo de sociedades, pero “no existe una regulación sistemática del grupo”⁴.

Esta regulación sería necesaria y estaría justificada ⁵ “por la conveniencia de ofrecer una seguridad jurídica en este sector del Derecho, que ahora no hay”. Es razonable, por tanto, aspirar a disponer de un concepto y regulación de grupo que comprenda cualquiera de las posibles situaciones fácticas que hoy se conocen. Probablemente un concepto que abarque un solo tipo de grupo de sociedades sería insuficiente, si se quiere dar acogida a las actuales situaciones de hecho, y habrá que definir y acoger diversas clases de grupo, como hay diversos tipos de sociedades que agrupan los intereses de las personas físicas o jurídicas que la integran.

La búsqueda de un concepto de grupo de sociedades se ha planteado por la doctrina y la jurisprudencia como una necesidad, porque no existe una definición o descripción legal en su sentido estricto. Es decir, un concepto legal determinado que con carácter general y de forma inconfundible fuese aplicable en todo el Ordenamiento Jurídico.

³ “La Ley Concursal y la Mediación Concursal un estudio conjunto realizado por especialistas” Publicado en 2014. Autores-. Pedro B Martín Molina, María Antonia Lopo López y José M^a del Carre Díaz-Gálvez. Pág. 279.

⁴ FUENTES NAHARRO, M., G.SyPA, pag. 56. DE ARRIBAS FERNÁNDEZ, M.L., “Derecho de Grupo de Sociedades”, Ed. Civita, pag. 81. SEBASTIAN QUETGLAS, R., enCAGS, pag. 33.

⁵ Antonio López Aparvero. Abogado. Administrador concursal. “Concepto de grupo de sociedades y concurso”. Publicación: Anuario de Derecho Concursal num. 26/2012 parte Problemas y Cuestiones. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2012.

La doctrina es mayoritariamente proclive a “considerar que hay grupo siempre que pueda apreciarse una situación de dirección única o unitaria”, lo que va más allá de la existencia de relaciones de dominación político-económica derivadas de porcentajes de participación en el capital de las sociedades dirigidas. Dicen que, realmente, el artículo 42.1 del CCom., está aludiendo a una modalidad de una especie o supuesto de grupo de sociedades,⁶ “el llamado grupo por subordinación”; término que alude al origen de la dirección unitaria que es la que da su esencia al grupo, que hace que el conglomerado de sociedades independientes sea o constituya un grupo. Y junto a esos grupos por subordinación existirían⁸ “los llamados grupos por coordinación o grupos paritarios”, en los que la unidad de dirección que da razón de ser al grupo proviene de un acuerdo de naturaleza contractual entre las sociedades agrupadas y se materializa en un sistema consensual de toma de decisiones.

De esta concepción se sigue⁹ “una conclusión en parte negatoria de la subyacente ideológica del artículo 42.1 del CCom; no toda relación de subordinación o control existente entre dos o más sociedades dará lugar, en términos generales, a un grupo de sociedades, sin perjuicio, desde luego, de que cuando concurren los supuestos del precepto haya lugar a la preceptiva consolidación contable, o a los otros efectos, que por virtud de la remisión a este artículo se prevén en dispersas normas del Ordenamiento. Y a la inversa, no en todo grupo de sociedades concurrirán los requisitos del artículo 42.1 del CCom.” Claramente, la doctrina se posiciona a favor del artículo 78 de la Ley de Cooperativas como continente de la definición legislativa del grupo de sociedades.

Siguiendo la postura de PAZ ARES¹⁰, los elementos característicos del Grupo de Sociedades son 2. Por un lado, la dirección unitaria del Grupo, ya comentada anteriormente, y, por otro lado, la autonomía jurídica de los integrantes del grupo, en el sentido de que la integración en un grupo no entraña la pérdida de su personalidad jurídica. Teniendo en cuenta esta característica podemos apreciar porque no constituyen un Grupo de Sociedades; una Sociedad y su sucursal y las Sociedades que se fusionan.

Por otro lado, la jurisprudencia también escogió las tesis de la dirección unitaria como esencia de los grupos de sociedades. Como se puede observar en la Sentencia la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 16 de octubre de 2006 que dice:¹¹ “No existiendo en nuestro ordenamiento jurídico un concepto genérico de la categoría de grupo de sociedades, éste puede extraerse sin embargo acudiendo a la regulación contenida en las normas mercantiles que se ocupan de tal estructura societaria contenidas en los artículos 42 del CCom, 4 de la Ley del Mercado de Valores y 78 de la ley de Cooperativas, de las que se extrae la idea común a todas ellas de la necesaria

⁶ “Cuadernos de Derecho y Comercio 2014”, núm. 62, Pág. 20

⁷ “Cuadernos de Derecho y Comercio 2014”, núm. 62, Pág. 21

⁸ “Cuadernos de Derecho y Comercio 2014”, núm. 62, Pág. 21

⁹ “Cuadernos de Derecho y Comercio 2014”, núm. 62, Pág. 22

¹⁰ “Cuadernos de derecho y comercio”. Publicado por Dykinson C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 MADRID. Pág. 451

¹¹ STS Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 16 de octubre de 2006 (ADC núm. 12, p. 460), de la que fue ponente Carrasco Perea.

presencia de una unidad de decisión sobre el conjunto de las sociedades agrupadas, ya se trate de la modalidad de grupos por subordinación o por dependencia, como lo son los grupos verticales o de estructura jerárquica, o ya lo sea de grupos por coordinación, como lo son los grupos horizontales o de estructura paritaria, pues es precisamente aquella dirección unitaria el elemento que aporta cohesión al grupo.”

En una Sentencia más actualizada, la estructura de los grupos de sociedades es un esquema funciona al adecuado para la empresa familiar. Así resulta de los variados pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, que se refieren en muchos casos a pequeñas organizaciones familiares. En tal sentido, ¹²“la STS de 29 de septiembre de 2016 se refiere específicamente a un grupo familiar de empresas”.

En igual sentido y abundando en los beneficios fiscales del grupo, la DGT ¹³“entiende que para las empresas integrantes de un grupo <<familiar>>, a efectos de computar el importe neto de la cifra de negocios habido en el período impositivo inmediato anterior, a que se refiere el artículo 108.1 del TRLIS, deberá tomarse en consideración, conjuntamente, el importe neto de la cifra de negocios de todas las sociedades que integran el grupo”.

Resulta interesante el criterio del Tribunal Supremo, al menos a efectos concursales, de la noción de grupo de sociedades, entendiendo que debe existir ¹⁴“un control «directo o indirecto»” de una sociedad sobre otra u otras. Parece que dicho control no se limita a la posesión de la mayoría de derechos de voto, nos referimos al control directo u orgánico, sino que puede derivar de la adquisición de derechos o concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control societario, es decir, el control indirecto.

Esta falta de definición de una figura de tanto calado en el tráfico mercantil resultaba preocupante por la inseguridad que crea. ¹⁵“Para hacerse una idea de la situación, basta contemplar, en sede concursal, el tratamiento que en la práctica forense se otorga al grupo:

¹² STS 4177/2016, de la que fue ponente ORDUÑA MORENO.

¹³ “Cuadernos de derecho y comercio” Consulta vinculante de 21 de febrero de 2013, relativa a la posibilidad de aplicar al grupo familiar los beneficios fiscales de las empresas de reducida dimensión.

¹⁴ STS de 4 de marzo de 2016 (961/2016), “que trataba esta cuestión a los efectos de calificar como subordinado un crédito por ser el acreedor «persona especialmente relacionada con el concursado»”, al cumplir la premisa de la existencia de un grupo de sociedades, en los términos del artículo 93 de la Ley Concursal.

¹⁵ Antonio López Aparvero. Abogado. Administrador concursal. “Concepto de grupo de sociedades y concurso”. Publicación: Anuario de Derecho Concursal num. 26/2012 parte Problemas y Cuestiones. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2012. Pág.2.

hay quienes distinguían al grupo con el parámetro del artículo 42 del Código de Comercio, otros vieron en el artículo 163.5 de la LC, hoy ya derogado, un concepto de grupo específico aplicable sólo en el marco concursal; hay quien aplicaba un concepto económico de grupo, acudiendo a los vínculos que pudieran ligar a determinadas sociedades; hay quien contempla grupos de sociedades y empresas, incluyendo personas físicas, y quien se plantea que ¹⁷“una misma sociedad puede pertenecer a dos grupos al mismo tiempo”. En fin, un panorama que, por la variedad de criterios y soluciones manejadas, no ofrece garantía en aquellos casos en que es verdaderamente necesario disponer de un concepto determinado de grupo, cuando la vinculación entre sociedades no es explícita, sino oculta.

Parece entonces, que ¹⁸“el Código de Comercio está dando el papel protagonista a la dimensión de control, al poder efectivo que una sociedad ejerce sobre otra u otras, derivado de la ostentación de derechos político-societarios sobre las mismas de forma directa o indirecta.” Nótese que este precepto atribuye la función de unir, a los efectos legales, lo que el grupo de sociedades sea. “El artículo ¹⁹18 de la Ley de Sociedades de Capital se remite para determinar el grupo de sociedades al artículo 42 del Código de Comercio, implícitamente la Ley Concursal, en su artículo ²⁰6.3.4.º, vincula la existencia de grupo a la obligación de consolidar cuentas, es decir, a los supuestos del artículo 42 del CCom.” Está claro que, realizando un análisis de estos preceptos legales, observamos la gran importancia que se le da en nuestro ordenamiento jurídico al artículo 42 del Ccom, con el objetivo de determinar que es el grupo de sociedades, aunque esto incurra en una falta de regulación en sí mismo, ya que es necesario una mayor precisión, al

¹⁶ Ley 22/2003, de 9 de julio. Art. 3.5: “El acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones”.

¹⁷ Sentencia de 1 de marzo de 2010 de la Audiencia Provincial de Gerona considera que “también las sociedades multigrupo para el legislador se encuentran dentro del grupo de sociedades”.

¹⁸ “Cuadernos de derecho y comercio”. Publicado por Dykinson C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 MADRID. Pág 18.

¹⁹ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Art. 18: “a los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del CCom y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.

²⁰ Ley 22/2003, de 9 de julio. Artículo 6 “3º Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

4.º Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.”

momento de determinar las distintas situaciones que pueden surgir en el tráfico jurídico-económico.

En definitiva, es necesario un concepto legal de Grupo de Sociedades en nuestro Derecho cuando exista opacidad en los lazos de vinculación con los que se relaciona un conjunto de sociedades, o cuando éstos se encuentren intencionadamente ocultos.

2. El nuevo tratamiento que supuso el Grupo de Sociedades tras la Reforma de la Ley 38/2011

La Ley 38/2011 de Reforma de la Ley 22/2003, concursal, de 10 de octubre, ha dado el paso de admitir en sede concursal ²¹“un concepto de grupo por remisión al artículo 42.1²² del Código de Comercio, añadiendo una disposición adicional, sexta”, a la LC. Como dice el profesor Arribas Fernández, hasta llegar a este punto se ha tenido que recorrer un largo camino legislativo que arrancó con la Ley del Mercado de Valores de 28 de Julio de 1988, que incluía la primera definición legal de grupo en nuestro Ordenamiento Jurídico; siguió con el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; con la Ley 27/1999 de 16 de julio, General de Cooperativas; hasta hacerse eco de ella el Código de Comercio con un primer ensayo de definición de grupo en su artículo 42.1 en la redacción dada por el artículo 106 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

El artículo 42.1 es el precepto que constituye la norma de referencia para deducir un concepto general de grupo de sociedades en Derecho español, en atención al carácter troncal del cuerpo legal en que se encuentra, el Código de Comercio. ²³“Sin embargo, hasta ahora, no se había producido una aceptación doctrinal clara de este concepto de grupo, porque a la natural objeción de que no se trata de una norma habilitada por el legislador con finalidad exclusivamente definidora del grupo de sociedades, que sería la forma más correcta de introducir un concepto jurídico, se une la otra objeción, de carácter sistemático, de que es una norma ubicada en sede de obligaciones contables y libros de empresarios,

²¹ “La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas.” Escrito por: Pedro B Martín Molina, María Antonia Lopo López, José M^a del Carre Díaz-Gálvez.

²² Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. Art. 42.1: “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.”

²³ TERREROS, G., “Grupo de Sociedades y concurso de Acreedores”. *Anuario de Derecho Concursal*, número 18, año 2009, pág. 252.

como se establece en los artículos 25 a 50 del Código de Comercio, y no en la parte dedicada a las compañías mercantiles.” Como cabría esperar de un concepto jurídico con vocación de generalidad. Para la doctrina, esta ubicación asistemática ha venido siendo interpretada como una manifestación de ²⁴“la falta de voluntad del legislador para establecer un concepto general del grupo de sociedades, limitándose a dar una definición restringida a efectos contables y, más concretamente, para identificar a los afectados por la obligación de consolidar las cuentas de sociedades vinculadas”, que es con el objetivo que se creó la norma y se conserva en ese lugar del Código de Comercio.

El legislador se ha hecho consciente de la conveniencia de disponer de un solo concepto de grupo de sociedades, aplicable en los distintos órdenes del Derecho, y, a tal efecto, ha ido habilitando el del artículo 42.1 del Código de Comercio. ²⁵“Así, en la reforma de la Ley reguladora del Mercado de Valores, por Ley 47/ 2007 de 19 de diciembre, se prescinde del concepto autónomo de su artículo 4 y se acoge por remisión el del Código de Comercio. De igual forma el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, también remite al Código de Comercio en este punto.”

Con estos precedentes, lógico era que la reforma concursal también siguiera esa pauta, como así ha sido. Pero todas estas normas limitan el alcance de la remisión al artículo 42 con la fórmula, ²⁶“a los efectos de esta ley”. Por tanto, hay que convenir que no se puede afirmar, aún, que exista un concepto de grupo de sociedades de aplicación general en nuestro Derecho.

²⁴ Antonio López Aparvero. Abogado. Administrador concursal. “Concepto de grupo de sociedades y concurso”.
Publicación: Anuario de Derecho Concursal num. 26/ 2012 parte Problemas y Cuestiones.
Editorial Civitas, S.A, Pamplona. 2012. Pág. 2

²⁵ TERREROS, G., «Grupo de Sociedades y concurso de Acreedores». Anuario de Derecho Concursal, número 18, año 2009, pág. 252

²⁶ Cuadernos de derecho y comercio. Publicado por Dykinson C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 MADRID. Pág. 444.

3. Problemática del Grupo de Sociedades

La doctrina es mayoritariamente proclive a ²⁷“considerar que hay grupo siempre que pueda apreciarse una situación de dirección única o unitaria”, lo que va más allá de la existencia de relaciones de dominación político-económica derivadas de porcentajes de participación en el capital de las sociedades dirigidas. Dicen que, realmente, el artículo 42 del CCom., está aludiendo a una modalidad de una especie o supuesto de grupo de sociedades, ²⁸“el llamado grupo por subordinación”; término que alude al origen de la dirección unitaria que es la que da su esencia al grupo.

La problemática referente al Grupo de sociedades ²⁹“surge en los supuestos en los cuales el sujeto concursado es una persona jurídica que se encuentre dentro de un Grupo de Sociedades, y, por tanto, se deben dar respuestas a las diferentes situaciones que se dan en su ámbito jurídico. Se trata de una realidad que fluctúa en el mercado, suelen ser entidades de cierto nivel económico, que pueden acercarse a los procedimientos de insolvencia de distintas maneras, ya sea conjuntamente o por separado.” Con referencia a este apartado debemos de tener en cuenta que las Sociedades son independientes de su relación con los demás en su patrimonio o masa activa, y en el colectivo de acreedores o masa pasiva, salvo que se determine lo contrario.

La principal dificultad se encuentra en que las masas, observadas bajo el punto del concurso de esa sociedad, no reflejan, o, cuanto menos, pueden no reflejar, la realidad de la actuación de grupo, principalmente, desde el punto de vista del acreedor. Es por esto que un acreedor comercial, una administración pública o un trabajador se encuentre en tal concurso con una amplia masa de acreedores, y un patrimonio reducido, frente al que tenía, o creía tener, en la relación contractual correspondiente.

³⁰“La ley se preocupa de establecer resortes para poder prevenir y controlar eventuales fraudes que se puedan cometer con ese fenómeno.” Es por ello, que la ley concursal, en su redacción original, ³¹“adoptó el modelo de derecho comparado consistente en verificar cada concurso de cada sociedad de grupo de manera independiente, cada una con sus masas, su

²⁷ *Cuadernos de Derecho y Comercio* 2014, núm. 62, pág. 20

²⁸ *Cuadernos de Derecho y Comercio* 2014, núm. 62, pág. 21

²⁹ “La Ley Concursal y la Mediación Concursal Un estudio conjunto realizado por especialistas.” Publicado en 2014. Autores-. Pedro B Martín Molina, María Antonia Lopo López y José M^a del Carre Díaz-Gálvez. Pág. 278.

³⁰ “Revista Consumo y Empresa”. DIRECTORA: María del Mar Hernández Rodríguez. Magistrada Especialista CGPJ en asuntos mercantiles. Pág. 9.

³¹ “La Ley Concursal y la Mediación Concursal Un estudio conjunto realizado por especialistas.” Publicado en 2014. Autores-. Pedro B Martín Molina, María Antonia Lopo López y José M^a del Carre Díaz-Gálvez. Pág. 280.

salida de concurso individual y su calificación específica, pero coordinando todas ellas a través del uso que toda administración concursal puede hacer de tres instituciones: eventual subordinación de créditos, eventual reintegración o rescisión de operaciones entre grupos, y posible calificación.”

Además, ³²“se añadía un control en sede de expediente regulador de empleo, a los efectos de apreciar o dejar de hacerlo, la concurrencia de causas económicas u objetivas, si la realidad del grupo era distinta que la de la sociedad en concurso”. Realizando un análisis de este control podemos apreciar que se pretendía proteger a todos los terceros que interaccionan con el Grupo de Sociedades.

En la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se intentó mejorar todo el sistema de coordinación, a partir de las críticas a la regulación, hasta entonces existente, de un punto de vista excesivamente enfocado en la realidad, conocida doctrinalmente, como ³³“sociedad isla”; manteniendo el sistema indicado con carácter general, en el actual art. 25 ter.1 LC. Si bien, acudiendo a otra posibilidad de derecho comparado, “se introdujo una vía excepcional de consolidación de masas, en el apartado segundo de dicho precepto legal, que permite convertir todas las sociedades de grupo que entran en concurso con sus distintas masas, en una sola.”

4. Grupo de Sociedades y el Procedimiento Concursal

La Ley Concursal hace una somera referencia a los grupos de sociedades, pero no contempla propiamente una regulación específica de los concursos de los grupos de sociedades.

El concepto de Grupo Concursal de sociedades, a partir del 1 de enero de 2012, es el que resulta de la reciente Disposición Adicional Sexta de dicha ley, esto es, el definido en el artículo 42.1 del Código de Comercio, ya visto.

El profesor SEBASTIÁN QUETGLAS³⁴, echa en falta un conjunto de normas que regulen de manera homogénea el tratamiento de los grupos de sociedades en el concurso de acreedores, es decir, una manifestación más a favor de la regulación de esta realidad del tráfico jurídico y económico.

³² “La Ley Concursal y la Mediación Concursal Un estudio conjunto realizado por especialistas.” Publicado en 2014. Autores- Pedro B Martín Molina, María Antonia Lopo López y José M^a del Carre Díaz-Gálvez. Pág. 281

³³ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: «Derecho de Grupos de Sociedades», ed. Thomson Reuters, 2.^a edición, año 2009, página 39. Señala la autora que «circunstancias distintas (la sociedad-isla y el grupo) reclaman soluciones diferenciales (el Derecho Común de sociedades y el derecho de grupos)».

³⁴ SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael: “El concurso de acreedores del grupo de sociedades”, Thomson Reuters, año 2013, páginas 26 y ss.

Son varias las especialidades concursales que nos encontramos en los Grupos de Sociedades. Por un lado, “los Grupos de Sociedades en el precurso, donde debemos incidir en los acuerdos de refinanciación que se encuentran regulados en el artículo 71 bis de la LC. Por otro lado, la solicitud de la declaración de concurso de una sociedad integrante de un grupo incidiendo en el artículo 6 LC exige incluir en la memoria que acompaña a la declaración de concurso.”

Como dice el profesor SEBASTIÁN QUETGLAS, hace mención al Derecho comparado en lo referente a la extensión del concurso, donde se resalta que solo Francia e Italia regulan la extensión del concurso. Mientras que en EEUU solo se puede llevar a cabo la extensión si los acreedores lo solicitan y el juez lo estima conveniente. ³⁵“Por el contrario, en España en nuestro país no se aborda la extensión del Concurso y la doctrina mayoritaria refuerza la idea que no es posible la extensión del concurso.”

Existe la posibilidad de declaración conjunta del concurso o acumulación de concursos, ³⁶“siempre que más de una sociedad perteneciente al mismo grupo se encontrara en situación de insolvencia, se permite en los artículos 25 y 25 bis de la Ley Concursal, correspondiendo la competencia al juez del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales la sociedad dominante o, en los supuestos en que el concurso no se solicite respecto de ésta, el de la sociedad de mayor pasivo.”

³⁷“En los supuestos de acumulación, la competencia para la tramitación de los concursos acumulados corresponderá al juez que estuviera conociendo del concurso de la sociedad dominante o cuando ésta no haya sido declarada en concurso el que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo.”

La clasificación de un crédito como subordinado lleva consigo la postergación a los restantes créditos en el cobro. El artículo 92.5.³⁸ de la Ley Concursal considera como tales los créditos de que fuera titular alguna de las personas (físicas o jurídicas) especialmente relacionadas con el deudor.

Se entienden que las personas especialmente relacionadas con el deudor, se encuentran recogidas en el artículo 25 bis. apartado 1. ³⁹“Dichas personas son; quienes formen parte de un grupo de sociedades, quienes tuvieren sus patrimonios confundidos. Los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica. Quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta. Los cónyuges, y la pareja de hecho inscrita, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 de la Ley Concursal”.

³⁵ SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael: “El concurso de acreedores del grupo de sociedades”, Págs. 91 y ss.

³⁶ Cuadernos de Derecho y Comercio 2014, núm. 60, Pág. 491

³⁷ EMILIO BELTRAN SANCHEZ, ANGEL ROJO “COMENTARIO DE LA LEY CONCURSAL”. Pág. 550

³⁸ Ley 22/2003, de 9 de julio. Art. 92.5. “Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91. 1.º 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.”

³⁹ Ley Concursal. Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (2013). Escrito por: Pedro B Martín Molina.

⁴⁰“Extensión de la responsabilidad en caso de insolvencia ocasionada por el cumplimiento de las instrucciones de la sociedad matriz. En estos casos, al no existir una norma en nuestro ordenamiento que nos permita exigir responsabilidades a la matriz, la doctrina se halla polarizada.” Ya que se centran en dos tipos de diferentes de imputación.

⁴¹“Un sector de la doctrina imputa la responsabilidad a la sociedad dominante, bien invocando la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil o ⁴²“apelando al deber de fidelidad de todo accionista.”

Otro solamente lo hace en caso de que se den los requisitos de la doctrina del levantamiento del velo societario.

En definitiva, estos son los diferentes tratamientos que se le suelen dar a los Grupos de Sociedades en caso de declaración conjunta de concurso o acumulación de concurso, la determinación de la competencia, la clasificación de los créditos como subordinados, la extensión de la responsabilidad en caso de insolvencia y la opinión de la doctrina con respecto a la acumulación del concurso, respecto de los Grupos de Sociedades.



B) Sentencia núm. 284/2011 de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

⁴⁰ *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 74*

⁴¹ MARTÍNEZ MACHUCA, P.: «La protección de los socios externos en los grupos de sociedades», citado, en su página 299, lo cual exige la ausencia de relación contractual entre la matriz y la filial, junto con una acción culpable que genere un daño. SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael: “El concurso de acreedores del grupo de sociedades”. Pág. 147; pone de manifiesto que esta acción es remota y procederá a través de la acción subrogatoria de los acreedores ex artículo 1.111 CC, procediendo únicamente una acción directa cuando la actuación de la matriz les ha causado perjuicio directo a los acreedores.

⁴² DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: “Derecho de Grupos de Sociedades”,. Pág. 400; esta teoría supone la aplicación al derecho de sociedades del principio de buena fe contractual, obligando a la matriz a la búsqueda del beneficio de la filial.

1. La importancia del artículo 42 del Código de Comercio tras la Sentencia 284/2011

Con la Sentencia núm. 284/2011 de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA ⁴³“se toma en consideración la interinfluencia de las decisiones de una empresa del grupo sobre las restantes, pero manteniendo la idea de que se trata de concursos diferenciados para cada empresa, con acreedores y trabajadores igualmente diferenciados, con un inventario y una masa distinta para cada uno de los concursos.”

Como hemos visto, el art. 42 del Código de Comercio puede tomarse como principal referencia legislativa de la noción de grupo de sociedades, ⁴⁴“si bien su sentido y alcance es contable, limitado pues viene a determinar los requisitos para que los grupos de sociedades formulen cuentas consolidadas para que sean una imagen fiel del patrimonio.”

Debemos de tener muy en cuenta el control directo o indirecto. Siguiendo lo que dicta la doctrina mayoritaria se puede decir que ⁴⁵“existe control cuando dos o más sociedades independientes entre sí se encuentran unidas por una relación de dependencia tal que una de ellas pueda ejercer una influencia dominante y estable en la otra.” Esta influencia conlleva que ambas sociedades sigan una política empresarial común, es decir una actividad coordinada con la finalidad de alcanzar una finalidad común, siempre con la exigencia de que exista una organización jerarquizada.

Este control, al igual que las estructuras de los grupos, para un sector de la doctrina ⁴⁶“el objeto Social de la dominante debe ser idéntico al de la dominada o, al menos, el objeto social de la dominada debe estar comprendido en el más amplio de la dominante.”

También pueden apreciarse, incluso en la jurisprudencia, ⁴⁷“métodos indirectos como signos externos, que sean comunes o referencias a la sociedad a la que pertenece.”

La SAP de Barcelona de 24 de febrero de 2011 hace referencia a que el concepto de grupo no es formal pues no existe un acto atributivo de dicha condición. La presentación de

⁴³ SAP BARCELONA 80/2011, 24 DE FEBRERO DE 2011. Ponente: JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN.

⁴⁴ ALONSO-CUEVILLAS, J.: “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)” Pág. 48

⁴⁵ La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 73

⁴⁶ La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 73

⁴⁷ La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 73

cuentas anuales consolidadas supone el reconocimiento de su condición de grupo por parte de las sociedades que lo forman. ⁴⁸“Pero que no consoliden cuentas no puede ser considerado como evidencia de la ausencia de grupo. Basta el control directo o indirecto, que se trata de una cuestión de hecho que requiere prueba que puede ser en algunos casos directa y en otros casos mediante pruebas indirectas o indicios. Tales indicios han de ser considerados en su conjunto.” Y en el caso analizado eran concluyentes porque son numerosos y además inequívocos al militar en una misma dirección.

a) La Confusión de Patrimonios

En caso de confusión de patrimonios dice la profesora Rostán, ⁴⁹“el órgano judicial procedería a analizar al grupo, que puede incluir tanto a personas físicas como a personas jurídicas, como un todo unitario desde el punto de vista económico, lo que comportaría agrupar el activo, al conjunto de los acreedores, así como de los trabajadores, de modo que la masa del concurso fuera una única.”

Se trata aquí de la consecuencia legislativa en la reforma de la LC de la ⁵⁰“jurisprudencia social identificativa de los supuestos desencadenantes de la responsabilidad solidaria entre las diversas empresas del grupo”, de tal manera que se procedería efectuar un tratamiento unitario tanto en lo procedimental como en lo material.

Respecto de la LC anterior a la reforma, resulta interesante en este punto citar la SAP de Barcelona de 28 de junio de 2011⁵¹ desde tres puntos de vista, ya que fue la sentencia que dio lugar a la reforma de la LC.

⁵²“En primer término, recoge el criterio del Juez Mercantil que aceptó la consolidación de masas efectuada en su Informe por la administración concursal de tres sociedades en concurso.

En segundo término, procedimentalmente afirma que resulta adecuado que este análisis se efectúe en el marco de un incidente de impugnación de la lista de acreedores.

⁴⁸ *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 73*

⁴⁹ *Gemma García-Rostán Calvín. Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Murcia. “Los concursos conexos”. Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2012.*

⁵⁰ *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 72*

⁵¹ *SAP BARCELONA 284/2011, 28 DE JUNIO DE 2011. Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, Número de Recurso:46/2011, Procedimiento: CIVIL, Número de Resolución:284/2011, Fecha de Resolución: 28 de junio de 2011, Emisor: Audiencia Provincial - Barcelona, Sección 15ª.*

⁵² *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 72*

En tercer término, desde el punto de vista fáctico tiene en cuenta diversas circunstancias para acordar la consolidación siguiendo la triple exigencia clásica de la jurisprudencia social. Esta triple exigencia se basa en indicios para llegar a una conclusión.”

La confusión de patrimonios, en lo que se refiere a las personas jurídicas, en nuestro derecho de sociedades en el que impera ⁵³“el principio de responsabilidad jurídica propia de cada persona jurídica”, cada sociedad responde con sus activos de sus pasivos, supone entonces la tramitación conjunta de los concursos una situación excepcional y puede provocar incidencias graves que pueden ser abiertamente reconocidas por los afectados o puede dar lugar a serios problemas fácticos de prueba de esta situación.

La nueva regulación del art. 25 en este punto, no permite ⁵⁴“la solicitud conjunta de concurso voluntario en que se afirme la existencia de esta confusión.” Esta opción legislativa resulta lógica teniendo en cuenta las importantes consecuencias que supone la consolidación de masas.

Pero sí permite ⁵⁵“la solicitud de concurso necesario de varios deudores en que se afirme la existencia de confusión de patrimonio.” Esta petición solamente abarca a personas físicas con personas físicas y a personas jurídicas con personas jurídicas, y también a personas físicas con personas jurídicas.

⁵⁶“El primer indicio, se trata del indicio fundamental (indicio cualificado) es que dos sociedades compartan unos mismos signos, por la importancia que tiene el uso de los signos en el tráfico y salvo que se acredite que esa utilización obedece a otro tipo de relaciones jurídicas la utilización de una patente por la sociedad en concurso que la incluye como su activo, cuando dicha patente es titularidad de la otra empresa.

⁵³ “El Procedimiento Concursal en toda su dimensión”. Escrito por Pedro B Martín Molina, María Antonia Lopo López, José M^a del Carre Díaz-Gálvez, Pág. 106

⁵⁴ EDUARDO MARÍA ENRECH LARREA Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 con competencia Mercantil de Lleida: “Declaración conjunta de concursos, acumulación de concursos declarados y concursos conexos, tramitación coordinada de concursos”.

⁵⁵ EDUARDO MARÍA ENRECH LARREA Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 con competencia Mercantil de Lleida: “Declaración conjunta de concursos, acumulación de concursos declarados y concursos conexos, tramitación coordinada de concursos”.

⁵⁶ La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 73.

Un segundo indicio, que solidifica la conclusión, es la participación de trabajadores de una sociedad en cuestiones relativas a la producción de la concursada.

Un tercer indicio, es que la otra empresa pusiera dinero a disposición de la concursada en diversas ocasiones en fechas próximas a la declaración.”

C) Modificaciones de la Ley 22/2003 por la Ley 38/2011 con respecto a los concursos Conexos en el proceso concursal

La reforma de la Ley 22/2003 por la Ley 38/2011 profundiza en algunos de los problemas que ha generado en la práctica judicial el fenómeno de los concursos conexos y en particular de los grupos de sociedades.

La conceptualización realizada en materia de grupo de sociedades por la Ley de Sociedades de Capital junto con la reforma de la LC que realiza la Ley 38/11 permite precisar una serie de conclusiones.

Primero, En nuestro derecho mercantil y más concretamente en nuestro derecho de sociedades ⁵⁷“sigue sin haber una regulación unitaria” de la materia de los grupos de sociedades.

Segundo, ⁵⁸“El concepto de grupo de sociedades del art. 42 del C.Com tiene vocación universal en materia societaria, pero no en materia laboral.”

Tercero, La existencia del concepto de Grupo de Sociedades, que es el del art.42.1 del C.Com. como se indica en la disposición Adicional 6ª expresamente. Este concepto hay que ⁵⁹“distinguirlo de los supuestos de confusión de patrimonios y sobre todo del concepto de unidad empresarial de la materia laboral que recoge el art. 64 de la LC.”

⁵⁷ *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 71*

⁵⁸ *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 70*

⁵⁹ *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 70*

Cuarto, Este concepto del art. 42 del C. Com parte de la base de la existencia de un control directo o indirecto de una sociedad sobre otra u otras lo que permite, en principio, ⁶⁰“*excluir los llamados grupos paritarios*” en los no esté presente la idea de control o dominancia.

Quinto, Según el sistema de nuestra Ley Concursal se seguirá ⁶¹“*declarando en concurso a cada persona jurídica. El grupo de sociedades sigue sin ser sujeto pasivo de un concurso, puesto que carece de personalidad jurídica propia. Pero, se debe tener cierta atención a los casos de confusión de patrimonios en que se pueden consolidar masas.*”

Por último, tanto nuestro sistema concursal ⁶²“seguirá siendo no de extensión”, sino de subordinación de créditos, de tramitación acumulada y coordinada del concurso de las diferentes sociedades del grupo, con la posibilidad de consolidar masas en caso de confusión de rescisión de actos de disposición a favor de los acreedores que sean personas especialmente relacionadas y de exigencia de responsabilidad a la sociedad dominante y a sus administradores que por los daños causados a la sociedad filial cuando la sociedad matriz o el administrador del grupo sean considerados como ⁶³“*administradores de hecho*” en la sentencia de calificación. Todo ello con una especial atención a los supuestos de confusión de patrimonios.

En primer lugar, ⁶⁴“La reforma del art. 25 de la LC junto con la supresión del art. 3.5⁶⁵ constituyen la clave de la nueva regulación.”

La redacción del artículo 25 de la Ley concursal solo permitía la acumulación, ⁶⁶“pero no autorizaba la declaración conjunta de concursos, solo se permitía por parte del acreedor”.

Según la doctrina no tenía sentido, ⁶⁷“porque ya se regulaba la acumulación a instancia de la Administración Concursal. Pero distintos Juzgados de lo Mercantil en aplicación del art. 3.5, que sí autorizaba la solicitud de declaración conjunta por parte de un acreedor,

⁶⁰ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L.: *Derecho de grupos de sociedades*, Thomson Reuters, segunda edición, año 2009.

⁶¹ *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 70

⁶² SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael: *op. cit.*, páginas 91 y siguientes.

⁶³ STS 455/2017, 18 DE JULIO DE 2017. Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO
Número de Recurso:1589/2014, Procedimiento: Casación Número de Resolución: 455/2017 Fecha de Resolución:18 de Julio de 2017 Emisor: Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil

⁶⁴ *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 71

⁶⁵ Ley 22/2003, de 9 de julio Art. 3.5 (derogado) “el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus acreedores cuando exista confusión de patrimonio entre estos o sienten ellos personas jurídicas formen parte del mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad toma de decisión.”

⁶⁶ “El Procedimiento Concursal en toda su dimensión”. Escrito por Pedro B Martín Molina, María Antonia Lopo López, José M^a del Carre Díaz-Gálvez. Pág. 102

⁶⁷ *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas*. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 71

permitieron la solicitud por el deudor en los mismos supuestos.” Este artículo suponía una contradicción con respecto al artículo 25 de la misma Ley.

Mediante el art. 25 y bajo la rúbrica de concursos conexos, se regulan diversas situaciones relacionadas con ⁶⁸“aspectos puramente procesales de acumulación y competencia, con aspectos de legitimación activa y pasiva de concurso necesario y voluntario”, todo ello con importantes repercusiones tanto conceptuales, como sustantivas y de tramitación.

Por tanto, la reforma, ⁶⁹“recoge una realidad que venía existiendo y que era razonable en base a diferentes relaciones de interconexión entre sociedades deudoras, en especial pertenecientes al mismo grupo.”

Es por ello que la Ley permite tener clara la competencia del juzgado para llevar a cabo el proceso, al determinar con elementos objetivos la misma, tanto en el caso de la declaración como en el de la acumulación.

1. La Acumulación de Concursos

Las posibilidades de coordinación dependen de la configuración del proceso concursal.

⁷⁰“En España giran básicamente en torno al concepto de «acumulación»”. Por un lado, ⁷¹“existe la posibilidad de que varios concursos conexos sean declarados conjuntamente como se establece en el art. 25 LC, que reforma el antiguo art. 3.5 LC.”

Por otro lado, puede ser que, ⁷²“una vez declarados por separado dichos concursos, se acumulen a posteriori, como se establece en el art. 25 bis LC que reforma el antiguo art. 25 LC.” Por tanto, la acumulación de concursos es un genuino y novedoso instrumento de coordinación de concursos conexos introducido por la Ley Concursal de 2003.

⁶⁸ *La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 72*

⁶⁹ “El Procedimiento Concursal en toda su dimensión”. Escrito por Pedro B Martín Molina, María Antonia Lopo López, José M^a del Carre Díaz-Gálvez. Pág. 102

⁷⁰ “Comentarios a la Ley Concursal”, Pamplona, Aranzadi, 2004, p. 72; SÁNCHEZ-CALERO, J.

⁷¹ “El Procedimiento Concursal en toda su dimensión”. Escrito por Pedro B Martín Molina, María Antonia Lopo López, José M^a del Carre Díaz-Gálvez. Pág. 103

⁷² “El Procedimiento Concursal en toda su dimensión”. Escrito por Pedro B Martín Molina, María Antonia Lopo López, José M^a del Carre Díaz-Gálvez. Pág. 103

Las figuras respecto de las cuales conviene ⁷³“distinguir la acumulación de concursos son la acumulación de acciones y de procesos (arts. 71 a 73 y 74 a 97 LEC, respectivamente), la acumulación de ejecuciones singulares en el proceso civil (art. 555 LEC), la acumulación al concurso de determinados juicios declarativos pendientes (art. 51 LC), el litisconsorcio (art. 12 LEC) y la intervención procesal (arts. 13 a 15 LEC). Pueden existir semejanzas entre estas figuras y la acumulación de concursos, por ejemplo, en cuanto a los objetivos, presupuestos o efectos.” Pero, sin embargo, estas coincidencias, son meramente puntuales y no implican, en modo alguno, que la acumulación de concursos pueda equipararse a o subsumirse en alguna de estas instituciones.

La doctrina, al igual que sucede con la acumulación de concursos, ⁷⁴“tiende a equiparar la acumulación de acciones y de procesos, entendiendo que se diferencian básicamente por el momento en el cual se producen”. Pese a ello, la existencia de algunas diferencias entre ambas figuras aconseja un análisis separado.

⁷⁵“Como quiera que sea, parece más correcto entender que no estamos ante diversas subespecies del género «acumulación», sino que son instituciones distintas, con sus propios presupuestos, procedimientos y finalidades.”

Siguiendo a ⁷⁶ARMENTA, entendemos que «la acumulación, como tal, si se quiere definir de modo que comprenda todos los supuestos, solo puede concebirse como un mero instrumento de carácter técnico-procesal utilizable en aquellas circunstancias diversas en que la reunión de dos o más procesos se entienda como conveniente, atendiendo a diferentes finalidades según los casos de que se trate y produciéndose efectos diferentes».

⁷⁷“La conveniencia de los procesos acumulados en lugar de simples es que la composición en un único proceso genera menores costes y mejor rendimiento”. Es decir, es una cuestión de economía procesal.

⁷³ SEBASTIÁN QUETGLAS, R., “El concurso de acreedores del grupo de sociedades”, *cit.*, pp. 177 y ss.

⁷⁴ V. GÓMEZ ORBANEJA, “E., *Derecho procesal civil*, 8.ª ed., Madrid”, p. 261: “El efecto de la acumulación de autos es, por consiguiente, equivalente al de la acumulación de acciones.”

⁷⁵ Tesis: “Los Concursos Conexos” Autora: Marta FLORES SEGURA

⁷⁶ Citado por ARMENTA DEU, T., “La Acumulación de Autos”, Pág. 33.

⁷⁷ RIVERO GONZÁLEZ, M.; “Tratado básico de Derecho procesal civil”, Pamplona. Publicado por Aranzadi, 2009, Pág. 98

2. Las Modalidades de Acumulación de Concursos

La acumulación de concursos se regula en los nuevos artículos 25 a 25 ter de la Ley Concursal.⁷⁸ “Si bien el primero de los preceptos citados no se refiere expresamente a la acumulación, sino que se refiere exclusivamente de declaración conjunta de concurso, existe un notable consenso doctrinal en torno a que se trata de un auténtico supuesto de acumulación.”

Así, hablaremos indistintamente de la solicitud de declaración conjunta y de la acumulación inicial o acumulación de solicitudes (art. 25 LC) por contraposición a la acumulación sobrevinida, posterior o sucesiva (art. 25 bis LC).

La CNUDMI insiste en⁷⁹ “distinguir la solicitud conjunta y la coordinación procedimental”, afirmando que la solicitud conjunta no predetermina la posterior coordinación de los procedimientos.

En la Ley Concursal española, sin embargo,⁸⁰ “la solicitud conjunta incluye tácitamente una solicitud de acumulación, de modo que, si los concursos se declaran conjuntamente, tendrán una tramitación coordinada, como mínimo mediante la concentración de las competencias judiciales como consecuencia automática de la acumulación.”

Con diversas matizaciones, la doctrina ha tendido a⁸¹ “equiparar la acumulación inicial y la posterior, entendiendo que la principal diferencia entre ambas radica en el momento en el cual se produce”. Sin que pueda negarse el paralelismo y gran similitud entre las dos instituciones, no deben, sin embargo, ignorarse las diferencias que existen entre ambas.

En otras palabras, la acumulación posterior pertenece al mismo género que la acumulación inicial, o sea, a la acumulación de concursos. Sin, embargo,⁸² “existen entre ellas diferencias específicas en cuanto a los requisitos o presupuestos, la legitimación y el procedimiento”.

⁷⁸ BELLIDO, R., “Art. 25. Acumulación de Concursos”, Pág. 552

⁷⁹ *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, parte III, cap. II.*

⁸⁰ *Comentarios a la Ley Concursal, Pamplona, Aranzadi, 2004, Pág. 256*

⁸¹ BELLIDO, R., “Art. 25. Acumulación de Concursos”, Pág. 552, «Atendiendo al criterio temporal puede distinguirse entre acumulación inicial o simultánea y acumulación sobrevinida o sucesiva.

⁸² EMILIO BELTRAN SANCHEZ, ANGEL ROJO, “Comentario de la Ley Concursal”. Pág. 552

Uno de los problemas es que a pesar de que ⁸³“los efectos de ambos tipos de acumulación son sustancialmente idénticos, los supuestos en los que puede acordarse uno y otro son heterogéneos, al igual que lo eran antes de la reforma introducida por la Ley 38/2011 y siguen siéndolo después.”

Otra dificultad, es que ⁸⁴“las diferencias que existen entre la acumulación de concursos y otras figuras afines impiden rellenar las lagunas de la regulación de la primera acudiendo sin más a normas extraconcursoales. Por ello, es necesario reconstruir el régimen de cada modalidad de acumulación de concursos, integrando los silencios de la Ley Concursal a partir de los principios que inspiran dicha norma y de la regulación de otras instituciones afines, aunque siempre adaptando o ajustando cada previsión a las peculiaridades del proceso concursal.”

3. Declaración Conjunta de Concursos y Legitimación para Instarla

La declaración conjunta de concurso de varios deudores conexos no se admite expresamente para todo el catálogo de conexiones entre concursos. Así, del tenor literal de la norma se desprende que ⁸⁵“solo cabe la acumulación inicial de los concursos de los cónyuges (art. 25.1 LC), de los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica (art. 25.1 LC), de quienes formen parte de un mismo grupo de sociedades (art. 25.1 LC), de quienes tengan sus patrimonios confundidos (art. 25.2 LC) y de la pareja de hecho inscrita conforme se establece en el art. 25.3 LC, con los requisitos que allí se establecen.”

Quedarían fuera de esta posibilidad, por lo tanto, ⁸⁶“los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica, cuyos concursos, por el contrario, sí pueden ser objeto de una acumulación posterior (art. 25 bis. 4.º LC).”

Al contrario de lo que sucede ⁸⁷“con la acumulación inicial, la acumulación posterior se permite para todo el conjunto de concursos conexos (art. 25 bis.1 LC).” Ya sean de las sociedades que pertenezcan a un grupo, los cónyuges, la pareja de hecho inscrita, los

⁸³ DOMÍNGUEZ CABRERA, “De los concursos conexos”, Pág. 109

⁸⁴ DOMÍNGUEZ CABRERA, “De los concursos conexos”, Pág. 109

⁸⁵ ALONSO-CUEVILLAS, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”, Pág. 46

⁸⁶ ALONSO-CUEVILLAS, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”, Pág. 46

⁸⁷ CORDÓN MORENO, F., “Proceso concursal”, Pamplona, Aranzadi, 2013, Pág. 110

administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de una misma persona jurídica, quienes tengan sus patrimonios confundidos y los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente en el tráfico de las deudas contraídas en nombre de esta. Este último supuesto queda excluido de la posibilidad de la acumulación inicial.

⁸⁸“No se entiende que la acumulación posterior quepa en más supuestos que la acumulación inicial, ya que las ventajas que puede reportar este mecanismo son mayores cuanto antes se acuerde”.

Además, ⁸⁹“la acumulación posterior puede dar lugar a conflictos de competencia entre juzgados”. Puede suceder, igualmente, que ⁹⁰“una vez declarados separadamente los concursos conexos, la acumulación posterior devenga inviable debido a los distintos ritmos procesales de los juzgados encargados de tramitar cada uno de ellos”.

La legitimación para solicitar la acumulación posterior de concursos ya declarados se ha ampliado extraordinariamente con la Ley 38/2011. Antes de la reforma, ⁹¹“la legitimación estaba restringida a las administraciones concursales de cada concurso y, en algunos casos, a una de ellas en exclusiva”. Esta restricción ⁹²“fue acogida con aprobación por la mayoría de la doctrina”, aunque hubo críticas al respecto.

Tras la reforma, la legitimación aparece “estructurada de forma dual”, así es atribuida no solo a cualquiera de las administraciones concursales de los concursos cuya acumulación se pretende, sino también a cualquiera de los deudores concursados (art. 25 bis.1 LC). Es por ello que la administración concursal de la sociedad dominante del grupo o de la persona jurídica han perdido así el rol directivo que ostentaban bajo la normativa anterior.

Sin embargo, como se ha señalado que ⁹³“esta legitimación no es en realidad doble, sino triple, por cuanto viene atribuida también a cualquier acreedor y, aunque la legitimación de

⁸⁸ GARNICA MARTÍN, J., “Art. 25. Acumulación de concursos”, Pág. 295.

⁸⁹ GARNICA MARTÍN, J., “Art. 25. Acumulación de concursos”, Pág. 295.

⁹⁰ GARNICA MARTÍN, J., “Art. 25. Acumulación de concursos”, Pág. 295.

⁹¹ PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*. Pág. 800.

⁹² PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*. Pág. 800.

⁹³ ALONSO-CUEVILLAS, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”, Pág. 47: “En realidad la legitimación es triple, pues, pese a la aparente subsidiariedad, en la medida en

los acreedores tiene naturaleza subsidiaria, puesto que solo se activa en defecto de solicitud por cualquiera de los concursados o por alguna de las administraciones concursales, al no haberse establecido un plazo en el que necesariamente deba ser instada la acumulación por parte de estos últimos para que se active la legitimación de los acreedores, la subsidiariedad de la legitimación de los acreedores es solo aparente, y podrán instar la acumulación desde el primer momento y sin requerir previamente a la administración concursal, como ocurre, por ejemplo, en el caso de ejercicio de acciones del concursado regulado en el art. 54.4 LC.”

En principio, ⁹⁴“la extensión de la legitimación para solicitar la acumulación posterior de concursos debe precisarse como positiva”. Teniendo en cuenta que, en última instancia, será el juez del concurso quien adopte la decisión al respecto.

Ahora bien, aunque la administración concursal de cada concurso ya no ostente legitimación exclusiva, ⁹⁵“debe necesariamente ser oída por el juez antes de estimar o desestimar la solicitud procedente de cualquier otro legitimado.” Este motivo es obvio, ya que es la administración concursal quien cuenta con más información sobre el procedimiento y quien, en consecuencia, es susceptible de emitir un juicio fundado en cuanto a la conveniencia de la acumulación.

Por último, cabe preguntarse si cabe la acumulación de oficio. ⁹⁶ “De acuerdo con las consideraciones de la CNUDMI”, ⁹⁷“no parece existir inconveniente en admitir la legitimación de oficio”, siempre y cuando el órgano jurisdiccional oiga a las diversas administraciones concursales antes de adoptar una decisión.

que no se establece un plazo en el que necesariamente deba ser instada por las administraciones concursales o concursados, la acumulación podrá ser también instada por los acreedores desde el primer momento”.

⁹⁴ *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, parte III, cap. II.*

⁹⁵ ALONSO-CUEVILLAS, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”, Pág. 47

⁹⁶ *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, parte III, cap. II.*

⁹⁷ GARNICA MARTÍN, J., “Art. 25. Acumulación de concursos”, Pág. 314

4. Clases de Concursos Conexos

a) *Concursos de Sociedades pertenecientes al mismo Grupo*

La Ley Concursal considera concursos conexos los referidos a ⁹⁸“quienes formen parte de un grupo de sociedades» tanto a efectos de una acumulación ab initio, conforme se regula en el art. 25.1 LC, como a efectos de una acumulación posterior conforme se regula en el art. 25 bis.1-1.º LC.” ⁹⁹“La reforma de la Ley 38/2011 eliminó, ciertos requisitos adicionales que habían exigido con la redacción anterior de la norma y que causaban justificadamente una gran perplejidad en la doctrina”.

¹⁰⁰“Los concursos de Sociedades Pertenecientes al mismo Grupo son el supuesto más habitual en la práctica.”

La reforma también ¹⁰¹“ha eliminado algunos de los primeros comentaristas en torno al concepto de grupo al que se refería la Ley Concursal”. Tras la misma, actualmente ¹⁰²“se remite expresamente al concepto extraconcursal de grupo del artículo 42.1 del Código de Comercio recogido en la disposición adicional 6 de la LC”. ¹⁰³“El hecho de que el concepto concursal de grupo coincida con el societario puede reputarse positivo por cuanto facilita la labor al jurista al impedir el incremento de conceptos sectoriales, como, por ejemplo; el grupo a efectos fiscales, el grupo a efectos laborales, etc.”

¹⁰⁴“El problema es que la reforma solo contempla los grupos verticales o jerárquicos y no los grupos horizontales o por coordinación.”

El problema práctico que existe es que los órganos jurisdiccionales están optando por aplicar de forma estricta el concepto de grupo, excluyendo de las ventajas del tratamiento específico de los concursos conexos a las sociedades que forman parte de un grupo horizontal.

⁹⁸ LÓPEZ APARCERO, A., “Concepto de grupo de sociedades y concurso”, *ADCo*, núm. 26, 2012, Pág. 259

⁹⁹ PULGAR EZQUERRA, J., “El concurso de sociedades integradas en un grupo”, Pág. 453

¹⁰⁰ GARCÍA-ROSTÁN, G., “Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos”, Pág. 171

¹⁰¹ EMILIO BELTRAN SANCHEZ, ANGEL ROJO: “COMENTARIO DE LA LEY CONCURSAL” Pág. 555

¹⁰² PULGAR EZQUERRA, J., “El concurso de sociedades integradas en un grupo”, Pág. 453

¹⁰³ EMBID IRUJO, J. M., “Grupos de sociedades y Derecho concursal”.

¹⁰⁴ LÓPEZ APARCERO, A., “Concepto de grupo de sociedades y concurso”, Pág. 260

Como se puede observar en las Sentencias de la Audiencia Judicial de Madrid N°12 Madrid 6/03/2012¹⁰⁵ y AJM N°6 Madrid 7/11/2012, que desestiman la solicitud de acumulación de concursos de varias sociedades integradas en un grupo por coordinación, al entender los Juzgadores que, con la reforma de la Ley 38/2011, el legislador optó claramente por el concepto de grupo jerárquico, con exclusión de los grupos horizontales. Antes de la reforma, algunos tribunales ya optaban por excluir de la posibilidad de acumulación a los grupos por coordinación, como, por ejemplo, la Sentencia de la AJM N°6 Madrid 24/01/2008.

Otra de las cuestiones que se ha homogeneizado con la reforma es que, tanto ¹⁰⁶“para ser susceptibles tanto de acumulación inicial como de acumulación posterior, los deudores conexos pertenecientes al mismo grupo deben ser sociedades, como se puede observar en los artículos 25.1 y 25 bis.1-1.º LC”. Antes de la reforma, ¹⁰⁷“la acumulación inicial se permitía a personas jurídicas que formasen parte de un grupo y la acumulación posterior se permitía a sociedades integrantes del mismo conforme se establecía en los antiguos arts. 3.5 y 25.1 LC”.

En el caso de los grupos, la conexión que puede hacer conveniente un tratamiento especial de los concursos de varios de sus miembros es diversa. Por un lado, puede unirse con otra causa de conexión, ¹⁰⁸“concretamente con la confusión de patrimonios.”

Con el objetivo de establecer un tratamiento específico de los concursos de los miembros de un grupo, se requiere ¹⁰⁹“la necesidad de atender a la realidad económica del grupo, como forma, entre otras cosas, de proteger a los acreedores de este.”

Como es sabido, el grupo, en cuanto tal, ¹¹⁰“carece de personalidad jurídica, sino que as personas jurídicas son las sociedades que lo integran”. Pese a ello es posible que estas sociedades formen, a nivel económico, organizativo o empresarial, una unidad.

¹⁰⁵ “ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y LEY 38/2011 DE 10 DE OCTUBRE” **Autor:** Ana María Gallego Sánchez;

¹⁰⁶ DOMÍNGUEZ CABRERA, “De los concursos conexos”, Pág. 109

¹⁰⁷ “COMENTARIO DE LA LEY CONCURSAL” EMILIO BELTRAN SANCHEZ, ANGEL ROJO. Pág. 550 y ss.

¹⁰⁸ Gemma García-Rostán Calvín. Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Murcia. “Los concursos conexos”. Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2012.

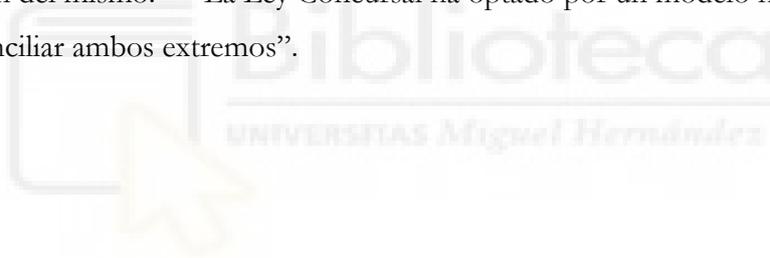
¹⁰⁹ La reforma de la Ley Concursal analizada por especialistas. Escrito por Pedro B Martín Molina. Pág. 73

¹¹⁰ EMBID IRUJO, J. M., “Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades”, Pág. 6

El fenómeno de los Grupos se divide en dos grandes bloques. ¹¹¹“Por un lado, el más tradicional que se centra en la separación entre estos y la responsabilidad limitada de cada uno. Por otro lado, Se entiende el grupo como una aglomeración de entidades independientes, cada una con una personalidad jurídica separada. El segundo bloque centra su enfoque en la realidad económica del grupo en tanto que unidad empresarial”.

Una parte de la doctrina pretende ¹¹² “reconsiderar ciertos principios tradicionales, como lo son; la personalidad jurídica independiente de los miembros del grupo y la responsabilidad limitada de los socios, cuando la realidad jurídica formal no encaje con la realidad económica a la que sirve. Se basa en un enfoque relacional del Derecho, ya que tiene más en cuenta las distintas relaciones existentes entre los miembros del grupo que la separación formal entre los mismos.”

En definitiva, puede adoptarse un tratamiento específico del grupo incluso manteniendo intacta la consideración del grupo como una suma de varias personas jurídicas independientes o un agregado de sujetos, sin pretender en modo alguno una personalización del mismo. ¹¹³“La Ley Concursal ha optado por un modelo híbrido que pretende reconciliar ambos extremos”.



¹¹¹ EMBID IRUJO, J. M., “Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades”, Págs. 6 y ss.: “El grupo es ante todo expresión de una serie de hechos económicos y empresariales y, en tal sentido, no requiere mediación del Derecho para ser captado en sus elementos básicos”.

¹¹² EMBID IRUJO, J. M., “Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades”, Pág. 10

¹¹³ Tesis doctoral: “Los concursos conexos” Autora: Marta FLORES SEGURA.

b) Los concursos de cónyuges o parejas de hecho inscritas

Aunque la Ley Concursal regula estos dos supuestos de conexión entre concursos de forma separada en los arts. 25.1 y 25 bis.1-5.º LC para los cónyuges y arts. 25.3 y 25 bis.1-6.º LC para la pareja de hecho, aquí lo vamos a analizar de forma conjunta.

Antes de la reforma de la Ley 38/2011, los concursos de los cónyuges ¹¹⁴“solo se contemplaban como concursos conexos a efectos de la acumulación posterior, mas no para la acumulación ab initio conforme se establecía en los, antiguos arts. 3.5 y 25.3 LC.”

Tras la reforma, ¹¹⁵“se permiten tanto la acumulación inicial como la acumulación posterior de los concursos de los cónyuges en los arts. 25.1 y 25 bis.1-5.º LC, y se ha añadido, como había sugerido parte de la doctrina⁴³, la posibilidad de acumular los concursos de los miembros de la pareja de hecho en los arts. 25.3 y 25 bis.1-6.º LC”.

Sin embargo, en el caso de la pareja de hecho se exigen dos requisitos adicionales. ¹¹⁶“En primer lugar, que se trate de una pareja de hecho inscrita y, en segundo lugar, que el juez aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común”.

Por lo que respecta a los concursos de los cónyuges, ¹¹⁷“tanto antes como después de la reforma son considerados concursos conexos con independencia del régimen económico al cual esté sometido el matrimonio. Así, son concursos conexos los de los cónyuges casados tanto en régimen de gananciales como en régimen de separación de bienes”.

Esta falta de distinción no ha quedado exenta de crítica por la doctrina. ¹¹⁸“Una parte de los autores entiende que la conexión entre los concursos depende de la existencia de una comunidad de bienes entre los cónyuges”, de forma que solo estaría justificada la acumulación de los concursos de los cónyuges cuando el régimen económico matrimonial es de comunidad. Sin embargo, ¹¹⁹“olvidan estos autores que, al igual que sucede bajo el régimen económico-matrimonial de gananciales”, bajo los regímenes económico-matrimoniales de separación de bienes y de participación en ganancias también puede generarse una comunidad de bienes entre los cónyuges.

Por lo que respecta a la pareja de hecho, se le exige ¹²⁰“la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común”. Aunque, debemos tener en cuenta que se equiparan a los cónyuges y a la pareja de hecho inscrita las personas que convivan en

¹¹⁴ “COMENTARIO DE LA LEY CONCURSAL” EMILIO BELTRAN SANCHEZ, ANGEL ROJO. Pág. 553 y 554

¹¹⁵ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Tratamiento de la situación de las parejas no casadas en la Ley Concursal”, “Familia y concurso de acreedores”, Pamplona, Civitas, 2010, Págs. 498 y ss.

¹¹⁶ ALONSO-CUEVILLAS, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”, Pág. 46

¹¹⁷ BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso”, Págs. 70 y ss.

¹¹⁸ GARNICA MARTÍN, J., “Art. 25. Acumulación de concursos”, Pág. 304

¹¹⁹ Arts. 1347 y ss. CC: “En el Régimen económico de separación de bienes, determinados bienes integran una masa patrimonial común que pertenece a ambos cónyuges y que es diferente de los patrimonios personales o privativos de cada uno de ellos”

¹²⁰ DOMÍNGUEZ CABRERA, M.ª d.P., “De los concursos conexos”, Págs. 109 y 110

análoga relación de afectividad conforme se establece en el art. 93.1-1.º LC. ¹²¹“No se entiende bien la restricción que se añade en cuanto a la posibilidad de acumular los concursos.”

En cuanto a los hechos concluyentes, estos pueden consistir, por ejemplo, en la compra, o incluso la promesa de compra, de un inmueble mediante un préstamo hipotecario donde los dos miembros de la pareja sean prestatarios y adquirentes. La referencia a los pactos debe entenderse realizada ¹²²“en relación a los pactos de regulación de la convivencia que pueden alcanzar los miembros de la pareja para disciplinar sus relaciones patrimoniales”.

c) Los concursos de administradores, socios, miembros, o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica

Este supuesto de conexión entre concursos ya existía en el texto de la Ley Concursal anterior a la reforma, ¹²³“aunque restringido a la acumulación posterior, en el antiguo art. 25.1 LC, el cual se refería a la acumulación de concursos”. Dicha restricción se ha eliminado en los arts. 25.1 y 25 bis.1-3.º LC, y se ha ampliado el elenco de concursos acumulables, ¹²⁴“ya que no solo pueden acumularse los concursos de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, sino también los concursos de los administradores de esta”.

¹²⁵“Lo único que se exige para que concurra esta conexión es que los socios, miembros o integrantes sean personalmente responsables de una persona jurídica, con independencia de que lo sean a título principal o a título subsidiario.”

Son acumulables conforme a este precepto los concursos de todos los socios colectivos al concurso de la sociedad colectiva (art. 127 CCom), los concursos de los socios colectivos al concurso de la sociedad comanditaria simple o por acciones (arts. 148 CCom y 1.4 LSC), el concurso del socio único al concurso de la sociedad unipersonal (en caso de unipersonalidad sobrevenida no inscrita, art. 14.1 LSC), los concursos de los socios de una sociedad en formación o irregular al concurso de dicha sociedad (arts. 36 a 39 LSC) y los concursos de los miembros de una agrupación de interés económico al concurso de la misma (art. 5 LAIE).

¹²¹ BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso”, Págs. 70 y ss.

¹²² ARNAU RAVENTÓS, L., “La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa” Pág. 62

¹²³ “COMENTARIO DE LA LEY CONCURSAL” EMILIO BELTRAN SANCHEZ, ANGEL ROJO. Pág. 549

¹²⁴ BATALLER, J., “Art. 367. Responsabilidad solidaria de los administradores”

¹²⁵ Tesis: “Los Concursos Conexos” Autora: Marta FLORES SEGURA. Pág. 43

Una novedad en la Reforma es la incorporación de los administradores al elenco de sujetos personalmente responsables por las deudas de una persona jurídica cuyos concursos son acumulables al de esta.

¹²⁶“Aunque no se diga expresamente, por coherencia con el resto de la norma, la referencia a los administradores debe entenderse realizada tanto a los de derecho como a los de hecho”.

Por otra parte, ¹²⁷“la responsabilidad personal de los administradores nunca es automática, en el sentido de que es necesaria una resolución de un órgano jurisdiccional que la imponga. En tanto dicha responsabilidad no le haya sido impuesta al administrador, no podrá acumularse su concurso al de la persona jurídica administrada.”

Esto es, no basta con que los administradores puedan llegar a ser declarados responsables por las deudas sociales, es necesario, para que proceda la acumulación, que hayan sido declarados como tales.

Los supuestos típicos responsabilidad personal de los administradores por las deudas de la persona jurídica administrada son ¹²⁸“la acción de responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de una causa de disolución cuando incumplan el deber de convocar la junta para que adopte el acuerdo pertinente, como se regula en el art. 367 LSC y la responsabilidad concursal por deudas como se regula en el art. 172 bis LC”.

d) Los concursos de deudores con patrimonios confundidos en la Ley Concursal

Tanto a la hora de regular la declaración conjunta de concurso, como en cuanto a la acumulación posterior, la Ley se refiere exclusivamente a que exista entre los deudores confusión de patrimonios, conforme se establece en el art. 25.2 LC o a que tengan los patrimonios confundidos, como se regula en el art. 25 bis.1-2.º LC. Sin embargo, respecto a la posibilidad excepcional de consolidar los patrimonios regulado en el art. 25 ter.2 LC.

¹²⁶ Tesis: “Los Concursos Conexos” Autora: Marta FLORES SEGURA. Pág. 44

¹²⁷ Tesis: “Los Concursos Conexos” Autora: Marta FLORES SEGURA. Pág. 44 y 45

¹²⁸ V. BATALER, J., “Art. 367. Responsabilidad solidaria de los administradores”, Rojo y Beltrán: “Comentario de la Ley de Sociedades de Capital”, Pamplona, Civitas, 2011, Pág. 2575.

La norma exige la concurrencia cumulativa de dos requisitos; por un lado, ¹²⁹“que exista confusión patrimonial y, por otro, que esta sea de una entidad tal que no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o una demora injustificados”.

Parece, pues, que la Ley Concursal contempla no uno, sino dos tipos de confusión: una ¹³⁰“simple”, que habilitaría para acumular inicial o posteriormente los concursos de los deudores cuyos patrimonios estuviesen confundidos, y otra ¹³¹“cualificada o agravada”, susceptible de dar lugar a la consolidación de dichos patrimonios, cuando la confusión revista una determinada entidad.

Ahora bien, ¹³²“ya que dicha desproporción puede referirse al volumen de las masas conjuntas de los diversos deudores o a cualquier otro parámetro económico, y, en lo temporal, la desproporción debería medirse respecto al tiempo en que deberían, en condiciones normales, tramitarse los concursos, factor este que no es sencillo de determinar. Al establecerse este análisis coste-beneficio para determinar si existe o no confusión de patrimonios, el legislador está exigiendo que se ponderen los costes del deslinde patrimonial, medidos en términos monetarios o temporales, y los beneficios que el mismo podría reportar.”

Lo más razonable que sea el juez de lo mercantil ante el cual ¹³³“se presente la solicitud de declaración conjunta o la solicitud de acumulación de concursos ya declarados quien valore los indicios de confusión y decida en consecuencia, si procede o no la acumulación y, excepcionalmente, la consolidación de masas, como se establece en el art. 25 ter.2 LC”.

En definitiva, la constatación de la existencia de la confusión de patrimonios se deja al arbitrio del juez del concurso, sin aparentemente proporcionarle ningún criterio para decidir al respecto.

¹²⁹ ALONSO-CUEVILLAS, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”, Pág. 48

¹³⁰ ALONSO-CUEVILLAS, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”, Pág. 48

¹³¹ ALONSO-CUEVILLAS, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”, Pág. 48

¹³² GARNICA MARTÍN, J., “Art. 25. Acumulación de concursos”, Pág. 304

¹³³ ALONSO-CUEVILLAS, J., “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”, Pág. 48

e) Los concursos de los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica que respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico jurídico-económico

Este último supuesto de conexión entre concursos ya se contemplaba en el texto de la Ley Concursal anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, “aunque solo se preveía como presupuesto para la acumulación posterior y no para la acumulación inicial, conforme se regulaba en el antiguo art. 25.2, que ahora es el actual art. 25 bis.1-4.º LC.” En este supuesto solo se requiere que los miembros o integrantes de la entidad sin personalidad jurídica se encuentren en concurso,¹³⁴ aunque la entidad sin personalidad jurídica nunca podrá estarlo, al incumplir el presupuesto subjetivo de la concursabilidad, como se regula en el art. 1.1 LC”.

Es indiferente que¹³⁵ los miembros o integrantes de la entidad sin personalidad jurídica respondan a título principal o a título subsidiario de las deudas contraídas en nombre de esta, así como que lo hagan en un régimen de solidaridad o de mancomunidad. El ejemplo típico que suele citarse en este caso es el de las uniones temporales de empresas”.

¹³⁶“Igualmente podrían subsumirse en esta categoría los concursos de los socios de una sociedad irregular, de entenderse, como hace una minoría, que esta carece de personalidad jurídica y no puede, por ello, ser declarada en concurso.”

En definitiva, lo que sucede en este supuesto de conexión es que¹³⁷ “existe una comunidad de deudas entre varios sujetos, esto es, que varias personas están llamadas a responder de una serie de deudas.” En el caso de que todas, o algunas de ellas devengan insolventes, se permite el tratamiento coordinado de los concursos para asegurar una distribución equitativa de las obligaciones de la entidad sin personalidad jurídica y coordinar las eventuales acciones de regreso entre los obligados por las deudas de esta.

¹³⁴ V. BELLIDO, R., “Art. 25. Acumulación de Concursos”, Pág. 553

¹³⁵ MOYA BALLESTER, J., “Las uniones temporales de empresas: concepto y régimen jurídico aplicable”, *RDM*, núm. 282 (2011), Págs. 155 a 186

¹³⁶ V. VALPUESTA GASTAMINZA, E., “El concurso de la sociedad irregular”, Pág. 36

¹³⁷ Rojo y Beltrán: “Comentario de la Ley de Sociedades de Capital”, Pamplona, Civitas, 2011, Pág. 2612.

D) Jurisprudencia con respecto a los concursos conexos antes y después de la Reforma

En este apartado, vamos a tratar de analizar la práctica Jurídica respecto a la materia de los concursos conexos antes y después de la Reforma de la Ley Concursal.

En Primer Lugar, comenzaremos comentando el Auto 204/2011, con fecha 10 de Abril de 2012, dictado por el Tribunal Supremo que resuelve la controversia del auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid y la desestimación del mismo, por parte del Juzgado de lo Mercantil Número Siete de Barcelona una vez remitido para su ratificación.

En resumen, ¹³⁸“la Audiencia Provincial de Madrid dictamina como procedente la acumulación de Concurso de varias sociedades que pertenecían al Grupo Asmar-Contenemar, con número de procedimiento 484/2009, dicha resolución fue remitida al Juzgado de lo Mercantil Número Siete de Barcelona, que tramitaba el concurso de una de las sociedades pertenecientes al Grupo, concretamente la sociedad “Tasmar Logística, S.A.”, con el número de procedimiento 879/2010. El Juzgado de lo Mercantil de Barcelona dicto Auto con fecha catorce de junio de dos mil once, denegando la acumulación interesada, por considerar que la finalidad de la acumulación se podía conseguir manteniendo una tramitación separada.”

Lo que podemos observar del texto entrecomillado, es que el Tribunal Supremo resuelve a favor del Audiencia Provincial de Madrid, aludiendo al artículo 25, apartado 1, de la Ley 22/2003, de 9 de julio que dispone que “en los casos de concurso de la sociedad dominante de un grupo, la administración concursal podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo.” Y también alude al apartado 4 de este mismo artículo que dispone que “esa acumulación la ha de decidir el juez del concurso de la dominante, aunque no sea el del concurso de la dominada.”

En Segundo Lugar, comentaremos el Auto 67/2012, con fecha 23 de Julio de 2013, dictado por el Tribunal Supremo que resuelve el conflicto entre El Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid que dictó auto el 23 de marzo de 2011, en el procedimiento de concurso n.º 445/2010, de la entidad “Ecovi, S.A.”, con el objetivo de llevar a cabo la acumulación

¹³⁸ *ATS, 10 DE ABRIL DE 2012, Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL.*

procedimiento concursal del concurso que se tramita por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia, referente al procedimiento del concurso ordinario n.º 1013/2010, de la Sociedad “Zamir Siglo XXI, S.L.”

En resumen, en primer término, ¹³⁹“la administración concursal del concurso de la entidad “Ecovi, S.A.” solicitó la acumulación al concurso de esta entidad, seguido en el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid, con el n.º 445/2010 al que se sigue en el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia, de la entidad “Zamir Siglo XXI, S.L.”, con el número 1013/2010.

En segundo término, Ecovi, S.A. es la sociedad dominante del Grupo Ecovi, en el que se integra como sociedad dominada la entidad Zamir Siglo XXI, S.L., en la que Ecovi, S.A. posee de manera directa e indirecta una participación de dominio del 53,65% del capital social. Por tanto, Ecovi, S.A. controla el Consejo de Administración de Zamir Siglo XXI, S.L.

En tercer término, en el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid, en el concurso 445/201, se acuerda la acumulación del concurso de la entidad Zamir Siglo XXI, S.L., con fundamento en las siguientes declaraciones: concurren las circunstancias previstas en el artículo 51.1 LC; de acuerdo con el artículo 25 LC, para mejor coordinación, procede el cese de los administradores de los concursos que se acumulan y nombrar como administradores de los concursos acumulados a los que han venido siendo administradores de la mercantil Ecovi, S.A.

En cuarto término, El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia ha denegado la acumulación con base en las siguientes razones: Incumplimiento de los requisitos del artículo 25.1 LC, ya que no está acreditado que la acumulación de los concursos vaya a ser beneficiosa para los acreedores y permita una mejor coordinación. La acumulación que establece dicho precepto no es automática. Aunque aparentemente haya una sociedad dominante y otra sociedad dominada, lo cierto es que Ecovi, S.A. no ostenta el control de Zamir, S.L., nunca ha existido una unidad de dirección y gestión ni puede existir, sino que cada sociedad ha funcionado siempre como una entidad independiente. No se ha justificado la conveniencia de la tramitación conjunta. Falta de motivación del auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid, en el que se aplica de forma errónea el artículo 51.1 LEC, y no el artículo 25.1 LC. Inadecuación del procedimiento seguido para la acumulación, ya que el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid no dio audiencia a todas las

¹³⁹ *ATS 67/2012 Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN.*

partes interesadas en los concursos. Además, la Administración concursal de la sociedad Zamir Siglo XXI, S.L., a todo esto, añade que, en el momento de presentación de este escrito, el 19 de julio de 2013, el concurso de Zamir Siglo XXI, S.L. se encuentra en fase de liquidación, aprobado el plan de liquidación el 26 de septiembre de 2011, y en el que se está procediendo a la venta de los activos.

En último término, el Fiscal ratifica la acumulación de los concursos, con fundamento, en síntesis, en que concurren los requisitos exigidos por el artículo 25 LC, en la interpretación dada por esta Sala en el ATS de 22 de diciembre de 2011, recurso n.º 229/2011, ya que; la entidad Ecovi, S.A. tiene la consideración de sociedad dominante respecto a la entidad Zamir Siglo XXI, S.L., en el momento de la petición de la acumulación por la administración concursal ya estaban declarados los concursos de la entidad Ecovi, S.A., sociedad dominante, y de Zamir Siglo XXI, S.L., sociedad dominada; concurre el requisito de la conveniencia u oportunidad de la acumulación, puesto que una acumulación coordinada y la existencia de una única administración concursal facilitará la tramitación de los concursos en interés de los acreedores, dados los motivos expuestos por la administración concursal que ha solicitado la acumulación, y teniendo en cuenta que en el auto de Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia, en el que se deniega la acumulación, no se concretan las razones por las que se considera que no concurren los requisitos para la acumulación, ni se ponderan los intereses en juego ni la conveniencia o no de la acumulación.”

En definitiva, el TS pondero las circunstancias concurrentes, y tras ella estimo en primer lugar, que el hecho de que las empresas concursadas pertenezcan a un mismo grupo empresarial, como empresa dominante y como empresa dominada no es, por sí mismo, con arreglo a la doctrina antes expuesta, determinante de la acumulación.

En segundo lugar, el hecho de que el Consejo de Administración de la sociedad dominada esté controlado por la sociedad dominante, en este caso, tampoco resulta determinante, en atención a que la sociedad dominada está en fase de liquidación.

En tercer lugar, en cuanto a la relevancia del hecho de que la empresa dominante haya avalado varios préstamos de la sociedad dominada, no se ha puesto de manifiesto por la administración concursal solicitante de qué forma concreta la acumulación facilitaría la

formación de las masas activa y pasiva de las sociedades concursadas, o la obtención de convenios cuya posibilidad se dice remota, o qué concretas posibles actuaciones de liquidación lo justifican, o, en definitiva, de qué forma se ve favorecida la gestión de los intereses en conflicto. La existencia de unos avales entre las empresas no es por sí misma una circunstancia extraordinaria que exima de acreditar los eventuales beneficios de la acumulación.

En cuarto lugar, aunque el artículo 25 LC, no lo establece como requisito determinante de la acumulación, también es un elemento a ponderar, en cuanto revelador de la posible coordinación de los concursos, el diferente estado de tramitación de los mismos. En el caso que ahora se somete a esta Sala el concurso, el concurso de la sociedad dominante se encuentra en una fase inicial de formación de la masa pasiva, cuando el concurso de la sociedad dominada ya se encontraba en fase de cumplimiento del plan de liquidación desde septiembre de 2011. Por lo que el estado de los concursos no facilitaría la adecuada coordinación de los mismos en una eventual acumulación.

En definitiva, el Tribunal Supremo dictó Auto en el cual no procede a la acumulación del procedimiento de concurso ordinario 1013/2010 de la entidad Zamir Siglo XXI, S.L., seguido ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia al procedimiento de concurso ordinario 445/201, de la entidad Ecovi S.A., seguido ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid, 7 de Madrid.

En conclusión, podemos analizar que debe tenerse presente que no es suficiente una genérica afirmación de que la acumulación es necesaria. La declaración conjunta o la acumulación de concursos no conlleva una ¹⁴⁰“consolidación sustantiva o sustancial” del patrimonio con confusión de masas activa y pasiva para tramitar los concursos como si solo fuera uno, mediante la incorporación de todos los acreedores en la misma masa pasiva y la formación de una sola masa patrimonial con los bienes y derechos de todos los deudores concursados, por lo que debe estar acreditada la trascendencia de las circunstancias que justifiquen la acumulación de los concursos, que implica, además, una modificación de la competencia para el conocimiento del acumulado. Es, por tanto, que el primer auto anteriormente analizado no se puede llevar a la práctica sin haber estudiado antes el caso, ya que no simplemente debe cumplirse los parámetros que establece la Ley. Dichos parámetros son; la existencia de concurso ya declarado de una sociedad “dominante”, la existencia de concurso ya declarado de una sociedad dominada perteneciente al mismo grupo, y la petición de acumulación por la administración concursal de la sociedad dominante mediante escrito razonado.

¹⁴⁰ EMILIO BELTRAN SANCHEZ, ANGEL ROJO: “COMENTARIO DE LA LEY CONCURSAL” Pág. 553

En Tercer Lugar, comentaremos la STS 190/2017, 15 de Marzo de 2017.

El TS estima el recurso de casación contra la SAP Barcelona 449/2013, 11 de Diciembre de 2013.

En resumen, ¹⁴¹“se trata dentro del concurso de acreedores, incide en la materia de la calificación de los créditos. La acreedora tiene la condición de persona especialmente relacionada con la concursada porque ambas están integradas en un grupo societario sometidas al control de una persona física. Por ello, su crédito frente a la concursada debe ser calificado como crédito subordinado. La noción de grupo societario viene marcada en la Ley Concursal, no por la existencia de una unidad de decisión, sino por la situación de control, existe un grupo cuando una sociedad ostente el control de otras. El motivo del recurso de casación fue la infracción del art. 92.5º de la LC, puesto en relación con el art. 93.2.3º LC y disposición adicional sexta”

Analizando la sentencia, se puede observar que la Audiencia Provincial acepto el recurso de Koxka Technologies S.L.U. y calificó su crédito como ordinario ya que consideró que tras la reforma del art. 42 del Código de Comercio por la Ley 16/2007, de 4 de julio, para determinar cuando existe grupo de sociedades se ha sustituido el criterio de la unidad de dirección por el del control societario, esto es, que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Esto excluye a los grupos paritarios.

Dado que la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, establece que a los efectos de la Ley Concursal se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el art. 42.1 del Código de Comercio, la actual redacción de dicho precepto excluye de su ámbito de aplicación los grupos horizontales, paritarios o por coordinación que se asientan en la idea de unidad de decisión.

Además, la Audiencia Provincial de Madrid añade que, en el presente caso, como señala la sentencia apelada, la relación entre las sociedades en litigio es horizontal. Las dos sociedades están participadas por un accionista mayoritario y comparten órgano de administración. No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que

¹⁴¹ STS 190/2017. Ponente: RAFAEL SARAIZA JIMENA.

dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42 del Código de Comercio. 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, estimo el recurso.

A todo esto debemos de tener en cuenta que ¹⁴²son 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.”

La Sala de lo Civil del TS consideró que la remisión de la disposición adicional sexta de la Ley Concursal al art. 42.1 del Código de Comercio se refiere al criterio determinante de la existencia del grupo de sociedades, esto es, el criterio del control, sea actual o potencial, directo o indirecto, establecido en tal precepto. 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, eran también considerados grupos societarios, a efectos del art. 42 del Código de Comercio y de las normas que se remitían a tal precepto, cuando existía una unidad de dirección. Solo entra dentro del concepto legal de grupo de sociedades los de carácter jerárquico.

En definitiva, el TS determinó que la acreedora Koxka tiene la condición de persona especialmente relacionada con la concursada porque ambas están integradas en un grupo societario, sometidas al control de una persona física. Por ello, su crédito frente a la concursada debe ser calificado como crédito subordinado.

¹⁴² STS 190/2017. Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA.

En Cuarto Lugar, comentaremos la SAP BARCELONA 279/2015, 3 de Diciembre de 2015.

En resumen, ¹⁴³“se trata de un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, ya que el Juzgado Mercantil nº 10 de Barcelona desestimo íntegramente la demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores contenida en el informe de la administración concursal FUNDICIÓN PUJOL MUNTALÁ S.A”.

Analizando detenidamente la sentencia, se hace alusión al régimen jurídico anterior a la reforma de la LC y a la Ley 16/2007, concretamente a la STS de 29 de julio de 2005, en la cual el concepto de grupo se basa en un criterio de unidad de decisión podía provenir de la subordinación de una o varias sociedades a otra dominante, en el caso del régimen jerárquico o bien de vínculos de coordinación, en el caso del régimen paritario. Anterior a la Reforma de la LC, la sección 15 de la APB se decantaba por mantener que el concepto de grupo debe delimitarse en función del fundamento y finalidad de la norma, superando nociones legales establecidas a otros efectos, fundamentalmente contables, por lo que, en sede de clasificación de crédito, debían incluirse no sólo los grupos verticales sino también los horizontales, en los que la unidad de decisión es fruto de una coordinación voluntaria.

Actualmente, a partir de la Reforma la mayoría de esta Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona se inclinó por excluir del ámbito concursal a los grupos horizontales, paritarios o por coordinación que se asientan en la unidad de decisión. La existencia de un accionista mayoritario y las coincidencias en el órgano de administración concursal no eran suficientes, para la mayoría, para que pudiera operar el concepto de grupo, al ser necesario una relación de jerarquía y, en definitiva, una sociedad dominante de la que dependa la dominada, como se establece en el art. 42.1 del Código de Comercio.

¹⁴³ SAP BARCELONA 279/2015. Ponente: JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

IV. CONCLUSIONES

Después de lo visto y expuesto a largo de este trabajo se desprende que tras las reformas operadas a nivel nacional con el objetivo de regular de forma más precisa una materia dentro de Ley Concursal muy poco concisa y con ciertas lagunas, como lo son los Concursos Conexos, no cabe duda de que aún queda un arduo camino, ya que, en dicha materia, la realidad inventa nuevas formas de organización de forma constante. Tanto la jurisprudencia como la doctrina deben afrontar dicha materia con el fin de poder dar respuestas precisas para poder salvaguardar los derechos de los acreedores que pueden verse vulnerados por puesta en marcha de dichos concursos.

Dentro de la materia de los Concursos Conexos se hace especial énfasis al concepto indeterminado de grupo, tanto doctrinal como jurisprudencialmente. A lo largo de la puesta en marcha de los concursos, en un primer momento con la Ley 22/2003, se remitía a lo expuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, pero no de forma expresa para determinar el concepto de Grupo, como actualmente con la Reforma de la misma con la Ley 38/2011 que se remite expresamente al concepto extraconcursal de grupo del artículo 42.1 del Código de Comercio recogido en la disposición adicional 6 de la LC. En la Ley 22/2003 daba cabida al concepto de Grupo con el fin de llevar a cabo a la práctica de la acumulación de concursos tanto a los Grupos los grupos horizontales, paritarios o por coordinación que se asientan en la unidad de decisión. Actualmente en la Ley 38/2011 con la exclusión de dichos Grupos solo se da cabida al Grupo jerarquizado, es decir, es necesario una relación de jerarquía y, en definitiva, una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Con todo ello la labor jurisprudencial se precisa ya que el trabajo que deben de realizar se ameniza, debido a que ahora ya se centran en una determinada clase de Grupo para poner en práctica la acumulación del concurso, en caso de Sociedades pertenecientes a un mismo grupo.

Lo primero que puede concluirse del análisis a nivel jurisprudencial y doctrinal de la tipología de los concursos conexos que contiene la Ley Concursal es su heterogeneidad. Ciertamente existe un determinado tipo de vínculo que parece repetirse, el cual es la existencia de nexos patrimoniales entre los deudores, ya sea en el activo o en el pasivo. Ello explicaría la cláusula de cierre de la confusión de patrimonios, como vía para otorgar un tratamiento específico a aquellos concursos que, pese a no estar incluidos en ninguna de las

demás categorías, presentan vínculos que recomiendan dicho tratamiento. Así, frente a la idea de que considera que la conexión que la Ley estima relevante es de naturaleza subjetiva, se podría también defender que se trata de una conexión de tipo objetivo, concretamente, patrimonial.

Sin embargo, tampoco podemos afirmar que la conexión que el legislador estima relevante para brindar un tratamiento específico a dos o más concursos conexos sea estricta y exclusivamente de naturaleza patrimonial. En efecto, a excepción del supuesto de la confusión de patrimonios, la Ley Concursal permite un tratamiento específico a partir de la mera existencia de vínculos subjetivos entre los deudores como en el caso de los grupos o de los cónyuges, presumiendo o dando por sentado que también existen vínculos patrimoniales, pero sin exigirlos.

En definitiva, parece que no podemos acotar de forma precisa los nexos que definen y dotan de entidad a la categoría de los concursos conexos. Entre estos están los vínculos de naturaleza patrimonial, pero también los de naturaleza personal y de carácter económico u organizativo. Esta falta de claridad, si bien tiene la ventaja de flexibilizar la aplicación de la norma. Cabe esperar que, tal vez en un futuro, el legislador especifique la naturaleza del vínculo que debe mediar entre los deudores para que los respectivos concursos se reputen conexos a efectos legales. La especificación de los vínculos relevantes no obstaría a la flexibilidad de la medida, al contrario, la incrementaría, en el sentido de avanzar hacia un sistema de *numerus apertus*, presumiblemente más eficiente en un mundo donde la realidad inventa nuevas formas de organización de forma constante.

V. BIBLIOGRAFÍA

a) Bibliografía

ALONSO-CUEVILLAS, J.: “Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)”. En *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº 16/2013.

ÁNGEL ROJO Y EMILIO BELTRÁN: “El Comentario de la Ley Concursal”, vol. 2/2004.

ÁNGEL ROJO Y EMILIO BELTRÁN: “Comentario de la Ley de Sociedades de Capital”, Pamplona, Civitas, Vol. 1, TOMO I/2011.

ARMENTA DEU, T.: “La Acumulación de Autos”. Publicado por *Aranzadi*, nº 11/2009.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Tratamiento de la situación de las parejas no casadas en la Ley Concursal”, “Familia y concurso de acreedores”, Pamplona, Civitas, 2010.

ARNAU RAVENTÓS, L.: “La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa: estudio de los artículos 77,78,79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.”, 2006.

ANTONIO LOPÉZ APARCERO: “Concepto de grupo de sociedades y concurso”. Publicación: *Anuario de Derecho Concursal* num. 26/2012 parte Problemas y Cuestiones. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2012.

BATALLER, J.: “Art. 367.Responsabilidad solidaria de los administradores”. 2014.

BELLIDO, R.: “Art. 25. Acumulación de Concursos”, en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso”. *ADC*, tomo LXII, 2009.

CARRE DÍAZ-GÁLVEZ: “La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas.”. 1ª Edición, 2014.

CARRE DÍAZ-GÁLVEZ: *“El Procedimiento Concursal en toda su dimensión”*. Editorial Dykinson, 2014.

CORDÓN MORENO, F.: *“Proceso concursal”*, Pamplona, Aranzadi 2013.

“Cuadernos de derecho y comercio”. Publicado por Dykinson C/ Meléndez Valdés, MADRID, nº 49/2012.

“Cuadernos de Derecho y Comercio”. Nº 62/2014.

DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *“Derecho de Grupos de Sociedades”*, ed. Thomson Reuters, 2.ª edición, año 2009.

DOMÍNGUEZ CABRERA, M.: *“De los concursos conexos”*, nº27/2011.

EDUARDO MARÍA ENRECH LARREA: *“Declaración conjunta de concursos, acumulación de concursos declarados y concursos conexos, tramitación coordinada de concursos”*. Publicado por Dykinson, 2012.

EMBID IRUJO, J. M., *“Grupos de sociedades y Derecho concursal”*. nº 304/2017

GALLEGO SANCHEZ, ANA MARIA: *“Administración concursal y ley 38/2011 de 10 de octubre”*, publicado por Dykinson, 2014.

GARCÍA-ROSTÁN, G.: *“Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos”*. nº6/2015.

GARNICA MARTÍN, J., *“Art. 25. Acumulación de concursos”*. nº 6/2015

GÓMEZ ORBANEJA, E.: *“El efecto de la acumulación de autos es, por consiguiente, equivalente al de la acumulación de acciones.”*. Derecho procesal civil, 8.ª ed., Madrid.

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, parte III, cap. II.

Ley 22/2003 de 9 de Julio, “Ley Concursal”

LÓPEZ APARCERO, A., *“Concepto de grupo de sociedades y concurso”*, Nº. 26, 2012.

MARÍA DEL MAR HERNÁNDEZ: *“Revista Consumo y Empresa”*. Nº 1/2016.

MARTA FLORES SEGURA: *“Los Concursos Conexos”*.

MARTÍNEZ MACHUCA, P.: “La protección de los socios externos en los grupos de sociedades”, Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

MOYA BALLESTER, J.: “Las uniones temporales de empresas: concepto y régimen jurídico aplicable”, RDM, N° 82, 2011.

PEDRO B MARTÍN MOLINA: “Ley Concursal. Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, 1ª Edición, vol. 2/2013.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

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

RIVERO GONZÁLEZ, M.: “Tratado básico de Derecho procesal civil”. Publicado por Aranzadi, 2009.

PULGAR EZQUERRA, J.: “La declaración del concurso de acreedores”. N° 20, 2014,

PULGAR EZQUERRA, J., “El concurso de sociedades integradas en un grupo”. n° 8271/2014

SÁNCHEZ-CALERO, J.: “Comentarios a la Ley Concursal”, Pamplona, Aranzadi, n° 59/2004.

SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael: “El concurso de acreedores del grupo de sociedades”, Thomson Reuters, n°2/2013.

TERREROS, G., “Grupo de Sociedades y concurso de Acreedores”. Anuario de Derecho Concursal, n° 18/2009.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: “El concurso de la sociedad irregular”. 1ª Edición, 2005.

B) Jurisprudencia

STS Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, de fecha 16 de octubre de 2006.

SAP BARCELONA 80/2011, de fecha 24 de febrero de 2011.

SAP BARCELONA 284/2011, de fecha 28 de junio 2011.

ATS, de fecha 10 de abril de 2012.

ATS 67/2012, de fecha 23 de julio de 2013

SAP BARCELONA 279/2015 3 de diciembre de 2015.

STS 961/2016 de 4 de marzo de 2016.

STS 4177/2016, de fecha 29 de septiembre de 2016.

STS 190/2017, de fecha 15 de marzo de 2017

STS 455/2017, de fecha 18 de julio de 2017.

