

# La insolvencia de los grupos de sociedades en la Ley Concursal

**Autor:** Rafael Sebastián

Profesor Colaborador asociado de Derecho Mercantil de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid

## I. Introducción

Uno de los temas menos debatidos en nuestra doctrina y jurisprudencia es el de la insolvencia de los grupos de sociedades.

El problema que plantea la insolvencia en los grupos de sociedades es cuál debe ser el efecto de la declaración de concurso de la matriz o de una sociedad filial en el grupo en sí mismo. Es decir, cómo afecta al grupo que la sociedad dominante o una de las dominadas se encuentre en concurso.

Esta y otras preguntas conexas se encuentran sin respuesta en nuestra doctrina, sin que las posturas adoptadas por el legislador en los diferentes anteproyectos de ley concursal y en la propia Ley 22/2003 de 9 de Julio (en adelante, “Ley Concursal” o “LC”) hayan logrado sacar de la indiferencia a gran parte de nuestros concursalistas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En este sentido, Menéndez, A. «Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho Concursal», en *Estudios a José M<sup>º</sup> Chico y Ortíz*, Madrid, 1995, págs. 1315 y ss.; Rojo, A. «Los grupos de sociedades en el derecho español», *Revista de Derecho Mercantil*, 1996; Cerdá Albero y Sancho Gargallo, «Curso de Derecho Concursal», Madrid, 2000; Chuliá, V. «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979 y «Compendio crítico de Derecho Mercantil», Barcelona, 1991.

Basta con repasar la obra de nuestra mejor doctrina concursalista<sup>2</sup> para comprobar que la insolvencia del grupo de sociedades no ha merecido la atención que el tema, por su evidencia práctica y relevancia, parece demandar. O no encontramos referencia al problema de la insolvencia del grupo de sociedades, o no se le dedican más que unas líneas para salir del paso. Tal vez se pueda aventurar que esta falta de atención está en consonancia con el escaso tejido industrial español o con la falta de pronunciamientos jurisprudenciales, o incluso que es similar a la falta de interés de los países de nuestro entorno geográfico y económico. Pero creo que ninguno de estos tres factores justifican ese olvido intencionado por cuanto que el grado de desarrollo de nuestra economía y la aparición de grupos de sociedades en nuestro país cada vez más poderosos y de ámbito internacional justificarían una mayor atención a un fenómeno con gran trascendencia económica y jurídica. En el ámbito jurisprudencial, los casos Sofico, Barcelona Traction, Rumasa, Matesa, Almacenes Villanueva y otros son una muestra palpable de la atención que nuestra jurisprudencia le ha dedicado a esta cuestión, lo que unido a las diferentes soluciones apuntadas en los textos de reforma de nuestra legislación concursal y en la Ley Concursal, justificarían una vez más un mayor acercamiento de nuestros autores hacia un fenómeno cada vez más extendido y debatido.

Ante la insolvencia de los grupos, caben en principio tres posibles alternativas: (i) la extensión del concurso, que supone que la insolvencia se comunica de la sociedad dominante a las sociedades dominadas; (ii) la subordinación, en cuya virtud los créditos intragrupo se subordinan en el orden de prelación de cobros de la sociedad insolvente, y, finalmente; (iii) la comunicación de responsabilidad, que conlleva la exigencia de responsabilidad a la sociedad matriz por la insolvencia de la filial, aunque dicha exigencia de responsabilidad no conlleva la extensión de la insolvencia.

El hecho de que tres países cercanos en su historia y geografía al nuestro como Italia, Francia y Argentina hayan promulgado leyes en cuya virtud se produce la extensión de la quiebra de la sociedad dominante a las filiales nos debería haber hecho pensar que el fenómeno exige, cuanto menos, un análisis sereno y profundo que permita tomar posiciones ante la solución apuntada sobre este tema en la Ley Concursal.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Beltrán, E. «Quiebra y suspensión de pagos» en Uría R. y Menéndez, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Madrid, 2001; Garrigues, J. «Curso de Derecho Mercantil» Tomo II, Madrid 1.974.

<sup>3</sup> Rojo, A. «El estado de la crisis económica» AA.VV en *La reforma del derecho de quiebra. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Concursal* Madrid, 1980, «Las opciones del anteproyecto de la Ley Concursal de 1983» en *Estudios sobre el anteproyecto de la Ley Concursal*, (1985); Duque, J. «El concurso de grupo de empresas en la Ley Concursal» en *Derecho Concursal*, AA.VV., Madrid, 2003. Miguens, H. «Crítica y soluciones a los sistemas de extensión de la quiebra en los grupos de sociedades en el Derecho comparado», *Revista de Sociedades*, 7, 1996.

## II. Extensión de la insolvencia al grupo de sociedades

### II.1. Naturaleza Jurídica

En virtud de la extensión, la insolvencia de la sociedad matriz se comunica a las sociedades filiales de forma que todas las sociedades del grupo se encuentran sometidas a un único concurso con identidad de soluciones y convenio. Esta solución ya se contemplaba en el anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (artículos 150 y siguientes) y ha sido seguida por países como Italia<sup>4</sup>, Francia<sup>5</sup> y Argentina<sup>6</sup>. El fundamento de esta posición encuentra su apoyo en las siguientes teorías:

#### a) El levantamiento del velo societario

Esta teoría, de rancio abolengo anglosajón, nace en los Estados Unidos y de ahí se extiende a Europa y, de la mano de Serick, a España<sup>7</sup>. A través de la misma, se trata de corregir el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades mediante el recurso al levantamiento del velo societario, de tal manera que se rechaza la personalidad jurídica de las sociedades como algo distinto de los socios que la componen para evitar las injusticias de su aplicación inflexible. Parece lógico, dicen los defensores de esta postura, que ante supuestos de abuso de la personalidad jurídica, los tribunales desconozcan la personalidad de la sociedad y el privilegio que acompaña a ésta (es decir la responsabilidad limitada) y extiendan la responsabilidad de la sociedad al socio dominante que se ha amparado en ella para defraudar a sus acreedores<sup>8</sup>.

El acogimiento en la jurisprudencia de esta teoría se ha producido sobre todo en el terreno laboral, que ha venido a consagrar su aplicación cuando existe una evidente vinculación económica y financiera entre las distintas sociedades que compo-

<sup>4</sup> Libonati, B. «Il Gruppo Insolvente», Firenze 1981.

<sup>5</sup> Saint-Alary-Houin, C., «Droits des entreprises en difficulté», París, 2001 ; Vaillant, B., «Le cas de figure de confusion des patrimoines au regard des procédures collectives», *Dalloz Affaires*, nº 146, 1999 ; Deleneuville, J.M., «L'extension de procédure pour confusion, fictivité ou fiction», en *Revue des Procédure Collective*, pág. 63, 1993 ; Delebecque, P., «Groupes de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilités des membres du groupe», *Revue des procédures collectives*, 1998 ; Derrida, F., «L'unité d'entreprise est elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire? en *Les activités et les biens de l'entreprise*, París, 1991 ; Lienard, A., «La réforme des procédures collectives en fin menée au bon fin», en *Revue des procédures collectives*, 1994..

<sup>6</sup> Otaegui, J. «La extensión de la Quiebra», Buenos Aires, 1998; Manuovil, R. «Grupos de Sociedades», Buenos Aires, 1998; Miguens, H. «La extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos de sociedades»; Buenos Aires, 1989; Barbieri, C. «Extensión Automática de la Quiebra», *La Ley*, 1991; Vitolo, D.R. «¿Mera pretensión de cobro o algo más?» *Revista de las Sociedades y Concursos*, julio 2001. Buenos Aires, 2001.

<sup>7</sup> Torres, A. «Grupos de sociedades en Derecho español», *AAMM*, t. XXXI, 1992; Boldo, C. «El levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español», 3ª ed., Pamplona, 2000; Puig Brutau, «Comentarios al artículo de Vallet de Goytisoló sobre "Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles"», Barcelona, 1958.

<sup>8</sup> Boldo, C., «El levantamiento del velo...» op. cit.; Embid Irujo, «Protección de los acreedores, grupo de sociedades y levantamiento del velo de la persona jurídica. Comentario a la STS de 13 de diciembre de 1996», *Revista de Sociedades*, 11, 1999; Paz-Ares, C. «Uniones de empresas y grupos de sociedades» en Uría, R. y Menéndez, A. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, op. cit. pág. 1131.

nen el grupo. Esta vinculación en el ámbito laboral conllevará la responsabilidad solidaria de todas las sociedades vinculadas, con objeto de que las deudas de la sociedad dominante no dejen de ser satisfechas mediante la utilización del recurso de la diferente personalidad jurídica y, en consecuencia, de la limitación de responsabilidad que ello conlleva.

Pues bien, si la consecuencia lógica de la teoría del levantamiento del velo societario es que se niega la personalidad jurídica de las sociedades integrantes del grupo, lógico es deducir que la insolvencia de la sociedad matriz conlleve la de las sociedades filiales, ya que éstas no son sino apéndices de la sociedad madre. De este modo, al declararse el concurso de ésta última, la misma suerte deben seguir las filiales, por cuanto el grupo en su conjunto no es sino unidad jurídica y económica, que debe tener un tratamiento uniforme en casos de insolvencia patrimonial.

El problema del levantamiento del velo está igualmente relacionado con el abuso de las formas sociales. En una legislación como la española en la que se permite crear sociedades con cualquier finalidad y por una sola persona, se puede utilizar el recurso a la personalidad jurídica para evitar las consecuencias negativas que una gestión deficiente puede acarrear, protegiéndose a través de este mecanismo frente a los acreedores sociales.

No existen pronunciamientos jurisprudenciales en España que aboguen por esta solución y la única vez que nuestro Tribunal Supremo abordó esta cuestión fue en el caso de Almacenes Villanueva, S.A., en el que finalmente denegó la extensión de la quiebra por razones puramente formales<sup>9</sup>.

#### b) El Comerciante Oculto

Esta teoría parte del concepto del empresario que ejerce el comercio a través de un testafarro, de forma que es éste y no aquél quien aparece frente a terceros como principal. La consagración de esta elaboración doctrinal se debe a Bigiavi<sup>10</sup>, que fundamenta su teoría en un cambio sustancial de los principios que inspiran los principios de responsabilidad, de forma que responde no quien aparece como titular de la empresa, sino quien ejerce realmente el comercio. Este cambio sustancial se complementa con el principio de soberanía, en cuya virtud quien se aprovecha de una empresa debe soportar las pérdidas de la misma.

El empresario que actúa como testafarro deberá seguir las instrucciones del empresario oculto, siendo éste quien asuma los beneficios o pérdidas que se deriven del ejercicio del negocio. Esta forma de proceder encuentra su justificación en el artículo 287 del Código de comercio, en virtud del cual si el factor contrata en nom-

---

<sup>9</sup> STS de 18 de febrero de 1972.

<sup>10</sup> Bigiavi, W., «L'imprenditore occulto», Padora, 1954; Olivencia, M., «Recesión a l'imprenditore occulto», Revista de Derecho Mercantil, 1955; «Defensa del imprenditore occulto», Revista de Derecho Mercantil, 1962.

bre propio se obliga de forma directa frente a la persona con quien hubiera contratado<sup>11</sup>.

El problema de fondo surge ante la declaración de insolvencia del factor o testafarro, y se traduce en la búsqueda de la consecuencia que para el principal o comerciante oculto tiene la mencionada insolvencia. Sin lugar a dudas, los partidarios de la extensión de la insolvencia aducirán que ésta debe extenderse al comerciante oculto ya que es quien se ha beneficiado del ejercicio del comercio desarrollado por el testafarro, y que resultaría injusto que los acreedores vieran burladas sus expectativas de cobro por la utilización de una persona interpuesta, que de esta forma les privaría del ejercicio de acciones contra el verdadero comerciante. La consecuencia lógica de este modo de razonar sería que, ante la insolvencia del testafarro, los terceros pudiesen solicitar la declaración del concurso del comerciante oculto, insinuándose en ambas masas pasivas, y permitiendo que el pago de las obligaciones contraídas se hiciera efectivo con los bienes del comerciante oculto y del testafarro<sup>12</sup>.

### c) La extensión de la insolvencia por confusión patrimonial

Según esta teoría, la quiebra de una sociedad se extiende de forma automática a aquella otra sociedad con la que se encuentra unida de forma tal que sea imposible determinar a quién corresponden los activos o las obligaciones contraídas. En estos supuestos -se afirma- resulta obligado extender la insolvencia de una sociedad a aquella otra con la que se encuentra unida, ya que es imposible conocer si la obligación incumplida corresponde a uno u otro deudor y si los activos son de una u otra sociedad<sup>13</sup>.

A la confusión de patrimonios se puede llegar bien; (i) por la existencia de negocios comunes que conducen a una integración absoluta de los activos y pasivos; o (ii) por la creación de sociedades ficticias cuya única finalidad sea la de evitar la extensión de la responsabilidad en virtud de la personalidad jurídica propia de la sociedad ficticia<sup>14</sup>. Pero sea cual sea el modo a través del cual se ha llegado a esa confusión patrimonial, se considera que si una de las sociedades entra en insolvencia,

<sup>11</sup> Chulia, V. «Naviero, propietario del buque y empresas de navegación y del transporte en el Código de Comercio español» *Revista Jurídica de Cataluña*, 1976.

<sup>12</sup> Aunque no se puede pedir simultáneamente la quiebra del empresario aparente y la del testafarro por aplicación del artículo 287 del Código de Comercio.

<sup>13</sup> Miguens, H.J., «La ocupación de las sociedades filiales de la quiebra de la sociedad Barcelona Traction. Lecciones nuevas de un viejo caso concursal de grupos de sociedades en crisis en el Derecho español», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 223, 1997.

<sup>14</sup> Olivencia Ruiz, M., «La confusión de patrimonios y el art. 285 del Código de Comercio» en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría AA.VV.*, Madrid, 1978; Bergel, «Extensión de la quiebra por confusión patrimonial (art. 165, inc. 3, de la Ley 19.551)», *La Ley (Argentina)*, 1985-B, 1970; Saint-Alary-Honin, C., «Droit des entreprises...», op.cit.; Cerati-Gauthier, A., «La société en procédure collective et sans associé: entre indépendance et influence», Marsella, 2002; Bergel, S., «Extensión de la quiebra por confusión patrimonial», op. cit; Bergel, «La extensión de la quiebra en la reforma a la ley de concursos por la ley 22.917», *La Ley (Argentina)*, 1983-D-1097.

dicha insolvencia se extiende a aquella otra sociedad que ha permitido de forma intencionada que su activo y pasivo se haya integrado de tal forma que resulte imposible determinar qué corresponde a quién.

En España, si bien ni legislativamente ni doctrinalmente se ha admitido la extensión de la quiebra por confusión patrimonial, sí se ha permitido excepcionalmente la tramitación en un solo procedimiento de las insolvencias que afectaban a dos o más personas físicas. Cuando la misma situación se daba en sociedades pertenecientes al mismo grupo o con patrimonios conexos, lo más que se ha conseguido es que en el turno de reparto la suspensión de pagos de ambas sociedades haya recaído en el mismo juzgado.<sup>15</sup>

Los casos de confusión patrimonial han recibido de la jurisprudencia y doctrina norteamericana mayor atención que la que se les ha dedicado en nuestro país, hasta el punto de haberse desarrollado una nueva teoría que afecta particularmente a estos casos y que no conlleva la extensión del concurso sino lo que se ha denominado como “consolidación sustancial”. En virtud de ésta figura, el Juez puede ordenar, si así lo considera oportuno, la subordinación de los créditos intragrupo así como la consolidación de todos los activos y pasivos de las sociedades confundidas con objeto de que las deudas comunes se paguen con el patrimonio único así formado<sup>16</sup>.

## II.2. Análisis crítico de las teorías que fundamentan la extensión

Vaya por delante que mi posición es contraria a las soluciones apuntadas por las teorías que hemos esbozado en el apartado anterior, ya que no creo que la solución a las situaciones de insolvencia de un grupo de sociedades sea la extensión de ésta a todas las entidades que componen el grupo. La razón de esta afirmación obedece en esencia a las siguientes razones:

- a) La teoría del levantamiento del velo parte de la concepción ya superada de las “sociedades isla”, y está basada en la apreciación de supuestos concretos sobre los que extiende sus conclusiones<sup>17</sup>. Decir que debe levantarse el velo porque las sociedades filiales han incumplido las formalidades societarias o no han respetado la separación de funciones en los grupos de sociedades carece de fundamento y nos lleva a un catálogo de supuestos de incumplimiento de imposible sistematización y desde el cual no pueden extraerse unos principios unifor-

---

<sup>15</sup> Rojo, A. «El estado de crisis ...» op. cit. y «Los grupos de sociedades en...», op.cit.

<sup>16</sup> Bonham, C. 229. F3 d 750 (9th Cir. 2000) Joint Administration and consolidation 18 Alaska Bar Rag. Nº 2.

<sup>17</sup> Boldo, C., «El levantamiento del velo ...» op cit.; Miguens, «Extensión de la quiebra ...», op.cit.; Yagüez, R. «La doctrina del levantamiento del velo» Madrid, 1991.

mes que nos permitan determinar con un cierto rigor cuándo se debe levantar el velo de las formas sociales.

- b) La atribución de la personalidad jurídica a las sociedades y la limitación de responsabilidad que ello conlleva no es fenómeno universal. Las sociedades holandesas de los siglos XVII y XVIII, carecerían de personalidad jurídica y sin embargo, tenían limitada, a modo de privilegio, la responsabilidad de sus socios. De igual forma en nuestro Derecho nos encontramos con un tipo societario (las sociedades colectivas) en la que convive la responsabilidad ilimitada de sus socios con la existencia de personalidad jurídica de la propia sociedad. En suma, la limitación de responsabilidad de los accionistas por las deudas sociales no es una consecuencia necesaria derivada del reconocimiento y existencia de una personalidad jurídica societaria<sup>18</sup> distinta de la de sus socios sino una mera elaboración doctrinal.

La superación del binomio personalidad-responsabilidad limitada, nos debe conducir a replantearnos la responsabilidad de la matriz por los actos de la filial, ya que la exigencia de responsabilidad a la matriz no debe provenir de la negación de la personalidad jurídica de la filial, sino como sanción en todo caso al ejercicio antisocial del poder de dirección de la matriz sobre la filial. Cuando la matriz abusa de la sociedad filial, la consecuencia no debe ser negar la personalidad jurídica de la filial, sino derivar la responsabilidad por los actos de la filial a la matriz, evitando así que los acreedores y accionistas independientes queden desprotegidos frente a aquellos actos que en principio deberían serles ajenos. Además, en el moderno Derecho de sociedades, no puede considerarse que la sociedad matriz utiliza los recursos de las sociedades filiales en su propio beneficio y en perjuicio del grupo. Cuando la sociedad matriz utiliza los bienes de las sociedades filiales, lo hace en beneficio del grupo como un todo y, si de este modo se perjudica a alguna de las sociedades, la razón última no se encuentra en el deseo de la matriz de beneficiar a algunas de las sociedades en perjuicio de otras, sino en la necesidad de una utilización eficiente de los recursos que exige el sacrificio de unas entidades en beneficio del grupo en su conjunto<sup>19</sup>.

La consecuencia lógica de la superación de la asociación responsabilidad-personalidad y del concepto “sociedades islas” será negar la extensión de la insolvencia de la matriz a las filiales, ya que en nada beneficia a los acreedores

<sup>18</sup> Sánchez Calero, «Sobre el sometimiento a la quiebra de los socios colectivos», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 59; Uría, R. y Menéndez, A. «Problemas y cuestiones sobre quiebras y sociedades», *Revista de Derecho Mercantil*, 1946.

<sup>19</sup> Sánchez Álvarez, «Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores», *Revista de Derecho Mercantil*, 1998, pág. 139; Massaguer, J., «La estructura interna de los grupos de sociedades (aspectos jurídico-societarios)», *Revista de Derecho Mercantil*, 1989. pág. 295; Antunes E., «Os Grupos de Sociedades», Coimbra, 2002.

de éstas y puede ser contraproducente como medida de reparación del daño causado. El abandono de ambos planteamientos no es incompatible, sin embargo, con una exigencia de responsabilidad de la sociedad matriz como consecuencia de los daños producidos en la sociedad filial, exigencia que es plenamente compatible con el respeto de las formas sociales y con el principio de protección de los acreedores y accionistas de la sociedad filial.

- c) La extensión automática de la responsabilidad en casos de insolvencia puede llegar a ser tan injusta como la situación que se pretende corregir. La mera extensión de la insolvencia a todas las sociedades del grupo como consecuencia de la insuficiencia de los bienes de una de las sociedades para hacer frente a sus obligaciones puede resultar perjudicial para aquellos acreedores que contrataron con la filial atendiendo a su patrimonio y que, como consecuencia de la extensión de la insolvencia, se ven privados de los bienes a los que en principio tenían derecho. En definitiva, el acreedor diligente que analiza la solvencia de la sociedad con la que contrata se ve desprotegido por la existencia de una norma que le pretende proteger y que produce el resultado contrario al perseguido. La “socialización” de las pérdidas sociales del grupo es contraria a los intereses de los acreedores. Pasamos, pues, de un desequilibrio a otro y en este discurrir resultan penalizados los acreedores diligentes en beneficio de los intereses del grupo. Tan injusta parece una solución como la otra, pero en esta disyuntiva creo que es más justo mantener la personalidad de las sociedades filiales, evitando la extensión de la quiebra de la matriz a las filiales y premian-do a los acreedores diligentes que al contratar hubieran analizado el patrimonio de la sociedad deudora.

En un análisis económico del Derecho, esta solución se vería afianzada por la exigencia de los acreedores de las filiales menos favorecidas patrimonialmente de garantías suplementarias, que compensaran el mayor riesgo al que se ven sometidos<sup>20</sup>. La solución pasa nuevamente por una exigencia de responsabilidad de la matriz si ésta actuó en perjuicio de las sociedades filiales, pero no por la generalización de la insolvencia al grupo<sup>21</sup>.

### II.3 La posible extensión en la Ley Concursal

Con la aprobación de la Ley Concursal se plantea nuevamente si el régimen de extensión es el buscado por la nueva regulación. Ante todo hay que constatar que si

---

<sup>20</sup> Pastor S., «Ah de la justicia», Cívitas, 1996.

<sup>21</sup> Massaguer Fuentes, «La estructura interna ...»; Paz-Ares, C. «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en Uría, R. y Menéndez, A. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I.

ésta es la solución, no existe una norma clara y precisa que la imponga a diferencia de lo que sucedía con el artículo 150 y ss.<sup>22</sup> del Anteproyecto de ley concursal de 1983. Sin perjuicio de su análisis posterior, quiero aclarar que, a mi juicio, no puede defenderse que nuestra Ley Concursal se haya decantado por el régimen de extensión, ya que falta una norma clara en este sentido y además porque esa solución dejaría sin contenido otras normas que en materia de grupos se incluyen en la Ley Concursal.

Para argumentar la posible extensión de la insolvencia a los grupos se ha utilizado por la doctrina los artículos 3.5 y el 25.1 de la Ley Concursal que permite al acreedor instar la declaración judicial conjunta del concurso de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios, o cuando siendo los deudores personas jurídicas formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones<sup>23</sup>.

Este artículo plantea numerosos problemas tanto por la dificultad de comprensión e interpretación como por las consecuencias que de él se derivan. Pero en todo caso, para que un acreedor pueda instar la declaración judicial conjunta del concurso de varios de sus deudores, se precisa la concurrencia de varios requisitos tales como: (i) que el concursado sea deudor del acreedor instante; (ii) que todos y cada uno de los deudores se encuentren en situación de insolvencia, ya que si no faltaría el requisito exigido por el artículo 2, es decir el presupuesto objetivo; y (iii) que exista confusión de patrimonios, o no existiendo ésta, que las personas jurídicas sean parte de un mismo grupo con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones<sup>24</sup>.

A la vista de estos requisitos, creo que es dudoso concluir que nuestra Ley Concursal se decanta por el régimen de extensión, ya que lo único que permite el mencionado artículo 3.5 es que el acreedor instante solicite el concurso de varios de sus deudores, cuando se den determinadas circunstancias, a diferencia de lo que sucede con los regímenes de extensión en los que la declaración de concurso de la sociedad matriz coloca en la misma situación a las empresas filiales con independencia de que éstas sean o no insolventes. Ahora bien, negada con carácter general la extensión del concurso, no podemos descartar que nuestra jurisprudencia pueda llegar a cons-

<sup>22</sup> Art. 150. *El concurso de un empresario individual o social determinará el de la persona que, tras la aparición de la actuación de aquél, haya ejercido la actividad empresarial.*

*En caso de concurso de una sociedad dependiente se presume que la sociedad dominante ha ejercido a través de ella la actividad empresarial.*

Art. 152. *El concurso de una sociedad determina el del socio único o que lo haya sido durante un período superior a tres meses dentro del año anterior a la fecha de la admisión a trámite de la solicitud.*

Art. 153. *La declaración del concurso por extensión es independiente de que la persona o personas a que deba extenderse el concurso se encuentre o no en una situación de crisis económica.*

<sup>23</sup> Aunque Duque, J. no se pronuncia claramente por esta posición, parece apuntar en esta dirección. Ver su obra «El concurso de grupos...» op.cit.

<sup>24</sup> Sebastián, R. «Aproximación a la reforma del Derecho Concursal» Revista Actualidad Jurídica nº 6, Madrid, 2003.

truir un régimen de extensión mediante una interpretación conjunta de los artículos 25.1 y 3.5 de la Ley Concursal al igual que lo ha hecho la jurisprudencia francesa<sup>25</sup>.

### III. La comunicación de responsabilidad de la sociedad insolvente

#### III.1. Introducción

Otra posible solución frente a la insolvencia de una sociedad filial es la comunicación de la responsabilidad a las sociedades que formen parte del grupo de sociedades. Esta es la solución del Derecho alemán en el que se obliga a la sociedad dominante a asumir las pérdidas de la sociedad dependiente<sup>26</sup>. Asimismo, encontramos esta solución en el proyecto de Novena Directiva que extiende a la sociedad dominante el daño causado a la sociedad filial, cuando el mismo provenga de una falta de gestión o de operaciones que no sean conformes con el interés de la sociedad dependiente. En esta misma línea se manifiesta el artículo 595 de la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles<sup>27</sup>, que impone a la sociedad dominante la obligación de abonar una compensación adecuada por los daños incurridos a la sociedad dominada por haber actuado ésta siguiendo las instrucciones de aquella.

En nuestro ordenamiento vigente no existe sin embargo una norma que extienda la responsabilidad a las sociedades que formen parte del grupo<sup>28</sup>. Tan solo en materia de defensa de la competencia se contiene esa regla cuando se pueda imputar a la sociedad matriz el comportamiento de la filial. Pero recordemos que, de conformidad con los términos del artículo 8 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dicha extensión de responsabilidad se efectúa tan solo a los efectos concurrenciales ya que la citada norma no tiene vocación universal y no puede extender sus efectos a otros campos<sup>29</sup>.

Ante la ausencia de una norma que imponga la comunicación de responsabilidad, parte de nuestra doctrina<sup>30</sup> entiende que habrá que admitir la comunicación de responsabilidad en los supuestos de infracapitalización, confusión patrimonial, abuso de formas sociales, voluntad fraudulenta de la empresa matriz, etc. En estos supuestos, los administradores de la sociedad dominante han incumplido sus obligaciones respecto de la dominada y ese incumplimiento es lo que ha propiciado la insolvencia de ésta, con lo que sus acreedores deben ver ampliado el círculo de responsabilidades

<sup>25</sup> Cevati-Gauthier A., «La société en procédure...» op. cit.

<sup>26</sup> Miguens, H.J., «Extensión de la quiebra ...», op.cit.; Vicent Chuliá, F., «El contenido de...» op.cit.

<sup>27</sup> Sánchez Calero, F., Bercovitz, A., Rojo, A. «Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles» Madrid, 2002.

<sup>28</sup> Massaguer, J., «La infracapitalización: La postergación legal de los créditos de los socios», AA.VV., *La reforma de las sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994.

<sup>29</sup> Fernández, I. «Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial» Cuadernos Mercantiles, nº 11, Madrid, 2001.

<sup>30</sup> Massaguer, J., «La infracapitalización...», op. cit.

frente a las deudas contraídas. Esta conducta hace necesario extender la responsabilidad de las deudas sociales de la filial a la matriz, bien por incumplimiento de la labor de los administradores al amparo del artículo 127<sup>31</sup> de la Ley de Sociedades Anónimas, bien por aplicación del artículo 287<sup>32</sup> del Código de comercio por entender que la sociedad matriz se ha servido de la filial para el ejercicio del comercio y debe responder en la medida en que ha utilizado a su filial en sus relaciones empresariales.

### III.2. La comunicación de responsabilidad en la Ley Concursal

Negada con carácter general la comunicación de responsabilidad en nuestra legislación, cabe plantearse si dicho régimen ha sido acogido en sede de insolvencias por la Ley Concursal. A favor de su admisibilidad se podría aducir el ya citado artículo 3.5 de la Ley Concursal que permite instar de forma conjunta el concurso de varios deudores cuando concurren determinadas circunstancias. De éste artículo me he ocupado ya en la sección 2.3 de este trabajo y he concluido que no podía entenderse que el mismo incorpora un sistema de extensión del concurso a los grupos de sociedades por las razones allí apuntadas. Ahora bien, negado el régimen de extensión cabe plantearse si no configura un sistema de comunicación en cuya virtud los acreedores de las sociedades dominadas pueden exigir responsabilidades a la sociedad dominante en los casos de insolvencia de aquella. A mi juicio, la misma opinión negativa debe darse a este supuesto ya que resulta impensable que pueda considerarse que esta norma articula un sistema de comunicación de responsabilidad entre las sociedades de un mismo grupo, ya que para que se permita la instancia conjunta del concurso, se exige que todas las sociedades del grupo sean deudores del acreedor instante y además que haya confusión de patrimonios, o cuando falte este requisito y sean personas jurídicas, que exista unidad en la toma de decisiones. Los sistemas de comunicación hacen recaer en la sociedad matriz la responsabilidad de las deudas de la filial cuando la actuación de aquella pueda ser determinante de la insolvencia de ésta, y no parece que la dicción del artículo 3.5 sea coincidente con este principio. De aceptarse que nuestro ordenamiento se decanta por el régimen de comunicación de responsabilidades en materia de grupos de sociedades, habrá que articular esta responsabilidad en sede de Derecho societario ya que no parece que el artículo 3.5 o el 25.1 de la Ley Concursal nos permitan forzar una interpretación integradora que justifique la comunicación. Se podrá argumentar sin embargo que uno de los supuestos que menciona la doctrina<sup>33</sup> para justificar la comunicación está contenido en el régimen de instancia conjunta del artículo 3.5, (la confusión de patrimonios) pero la

<sup>31</sup> Polo, E. «Los administrados y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima» en Comentarios al Régimen legal de las Sociedades Mercantiles, tomo VI, Madrid, 1992.

<sup>32</sup> Chulia, V. «En vísperas...» op.cit.

<sup>33</sup> Massaguer, J., «La infracapitalización...», op. cit.

realidad es bien distinta ya que la confusión no sirve en el mencionado artículo para comunicar la responsabilidad, sino para justificar que se inste de forma conjunta el concurso siempre que la sociedad dominada sea a su vez insolvente por concurrir en ella alguno de los presupuestos objetivos del artículo 2 de la Ley Concursal.

En cualquier caso, hay que recordar que parte de nuestra doctrina<sup>34</sup> entiende que para que se comunique la responsabilidad en los supuestos de confusión patrimonial se exige no solo que exista ésta entre la sociedad dominante y la dominada sino que además se dé una relación de causalidad entre la confusión y el daño causado, ya que de no concurrir éste último requisito, la comunicación resultaría injustificada y perjudicial para el grupo.

Además, aceptar el régimen de comunicación conlleva una transferencia injustificada del riesgo de los accionistas a los acreedores sociales, ya que a éstos se les permite cobrar dos veces: una en forma de intereses cuando concedieron la financiación al deudor insolvente y una segunda vez cuando el accionista de la sociedad dominada hace frente a las deudas incurridas por su sociedad filial<sup>35</sup>.

## IV. El régimen de subordinación de los créditos en la ley concursal

### IV.1 Introducción

La subordinación de los créditos es una figura que aparece por primera vez en la práctica contractual norteamericana de comienzos del siglo XIX con objeto de que determinados deudores que tenían cerrado el acceso al crédito consiguieran fondos adicionales<sup>36</sup>. Ante una situación de deterioro financiero de una sociedad, los acreedores ajenos al grupo de dicha sociedad exigían para seguir financiando a ésta que las empresas del grupo subordinaran el cobro de sus créditos al reembolso de la financiación concedida por dichos acreedores, de forma que si la sociedad en cuestión entraba en concurso, cobrasen antes los acreedores ajenos al grupo.

De Estados Unidos pasa esta figura a Europa, y aparece por primera vez en España de la mano del Real Decreto Ley 7/1996 de 7 de junio en materia de Créditos Participativos, recogiénose finalmente en el artículo 92,5º de la Ley Concursal como sanción legal a la existencia de la financiación otorgada a la sociedad insolvente por quien se encuentra especialmente relacionado con ella. El citado artículo con relación al número 2 del artículo 93, subordina los créditos concedidos; (i) a las sociedades que forman parte del mismo grupo; (ii) por los administradores de hecho

---

<sup>34</sup> Paz-Ares, C., «Atributos y límites de la personalidad jurídica» en Uría R. y Menéndez A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, op. cit.

<sup>35</sup> Paz-Ares, C., «Uniones de empresas...» op.cit. Tomo I, pág. 1344.

<sup>36</sup> García Villaverde, R. «Créditos Participativos» en *Contratos Bancarios*; García Villaverde, R. y Bonardell, R. Madrid. 1992; Sebastián, R. «Financiaciones Subordinadas» Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 9, Madrid, 1991.

o de derecho, apoderados generales y quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores; y (iii) por los socios responsables de las deudas sociales y aquellos que sean titulares de un 5% del capital social de la sociedad declarada en concurso si estuviera admitida a cotización y un 10% si no lo estuviera<sup>37</sup>.

#### IV.2. Fundamento de la Subordinación

Uno de los temas que mayor dedicación ha merecido entre la doctrina ha sido el análisis de la naturaleza jurídica de la subordinación. La disparidad de opiniones es tan grande que ha determinado que algún autor haya manifestado<sup>38</sup> que es una figura que no encaja en ninguna de las categorías de nuestro Derecho y que tiene “naturaleza jurídica propia”.

En nuestra Ley Concursal, la subordinación aparece como sanción al acreedor vinculado con el deudor insolvente, de tal forma que dicho acreedor ve postergado su crédito en beneficio de los demás acreedores. Los beneficiarios de esta postergación son todos los acreedores, presentes y futuros, que ven de esta manera sus créditos antepuestos. El fundamento último de esta postergación parece ser la infracapitalización<sup>39</sup>. Pero a mi juicio este criterio es erróneo, ya que si se convirtiera de forma automática la financiación del acreedor vinculado en préstamo subordinado, posiblemente dicho acreedor no llegaría a aportar los fondos adicionales que la sociedad precisa, con el consiguiente perjuicio para los demás acreedores y la sociedad en sí misma, que se vería de esta forma abocada a la insolvencia como consecuencia de la sanción que conlleva la subordinación. Ante esta circunstancia y teniendo en cuenta que ni en la jurisprudencia ni en la doctrina alemana y estadounidense<sup>40</sup> se ha conseguido acuñar un presupuesto objetivo de responsabilidad por infracapitalización que tenga validez universal, debemos replantearnos cuál debe ser el fundamento último de la subordinación, huyendo en esta búsqueda de posiciones predeterminadas y de teorías consagradas. Pues bien, a mi juicio el fundamento último de la subordinación debe ser el “animus nocendi”, es decir, la voluntad de causar un perjuicio, lo que justifica el que se subordine el préstamo concedido por un acreedor

<sup>37</sup> Bermejo Gutiérrez, N. «Créditos y quiebra», Madrid, 2003; Alonso, C. «La clasificación de los créditos en el concurso», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* AA.VV., Madrid, 2001 cit., págs. 177 y ss.; y Garrido, J.M. «La Graduación de créditos», en la *Reforma de la Ley Concursal* AA.VV., Madrid, 2003, págs. 225 y ss.

<sup>38</sup> García-Villaverde, R. «Créditos...» op.cit. Van Hees, A. «De achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde geldening, kluwer»; 1989, p. 158.

<sup>39</sup> Me refiero a la infracapitalización nominal, es decir a aquella en la que la sociedad en cuestión ha sido financiada por sus socios mediante el recurso a los préstamos en vez de a través de un incremento de capital o dotación de reservas. En este tema resulta esencial la lectura de la obra de Paz-Ares, C. «Sobre la infracapitalización de las sociedades» en *Anuario de Derecho Civil* tomo XXXVI. Oct.-Dic. 1983.

<sup>40</sup> Cohn, D. «Subordinated claims»; *The American Bankruptcy Law Journal*. Volumen 56. Octubre 1982; Herzog, A. y Zweibel, J. «The equitable subordination of claims in bankruptcy»; *Vanderbilt Law Review*, nº 15. 1965.

vinculado. Así, la sanción de la subordinación encuentra justificación cuando un acreedor vinculado consigue de la sociedad insolvente que su préstamo se amortice con carácter anticipado al vencimiento, o logra una garantía real que le coloca en mejor posición que otros acreedores. Pero fuera de estos supuestos la postergación del rango puede enturbiar los procesos de reflotamiento de las sociedades mediante el drenaje que supone el que los acreedores que mejor conocen a la sociedad insolvente se retraigan en la concesión de crédito por la sanción implícita que conlleva el recurso a la capitalización. Esta posición no es seguida sin embargo por parte de nuestra mejor doctrina<sup>41</sup> que con ocasión del debate del non-nato capítulo XI de la Ley de Sociedades Anónimas en sede de la publicación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se pronunciaron a favor de la subordinación por entender que lejos de entorpecer los procesos de reflotamiento, la subordinación se acomoda a los principios básicos del Derecho societario y debe ser mantenida en beneficio de todos los acreedores y en especial de los extraconcursoales<sup>42</sup>.

### IV.3. Análisis de la subordinación en la Ley Concursal

#### a) Elementos Personales:

La Ley Concursal sanciona con la subordinación a los préstamos concedidos por determinadas personas vinculadas al deudor insolvente. De entre estos, destacan los socios que tuvieran un porcentaje del capital del 5% si la sociedad cotiza o del 10% si no cotiza. Con relación a estos accionistas cabe criticar el exiguo porcentaje de capital requerido, ya que los niveles exigidos no garantizan una posición de dominio o control que permita al accionista determinar las decisiones de la sociedad insolvente, con lo que en la práctica nos podemos encontrar con que la mera tenencia de una participación financiera conlleva una sanción a través de la subordinación, a pesar de que el accionista financiador carezca de la facultad de determinar las decisiones del deudor insolvente. Se nos podría decir que ese porcentaje garantiza un determinado nivel de información que hace que el accionista pueda exigir determinadas garantías al crédito concedido e incluso su amortización anticipada si la situación financiera del deudor se deteriora. Y es precisamente esa “información privilegiada” que posee el accionista la que justifica la subordinación de su crédito. Sin embargo, tampoco me parece suficiente esta afirmación para justificar la subordinación, ya que la realidad demuestra que en ocasiones, con esos porcentajes de participación no se tiene mas información que la que corresponde a cualquier accionista y

---

<sup>41</sup> Paz-Ares, C. «Sobre la infracapitalización de las Sociedades» op. cit; «La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada» op. cit; Massaguer Fuentes, J. «La infracapitalización: la postergación legal de los créditos de los socios» op. cit; Rojo, A. «Disolución y Liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada»; Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 618, Septiembre-October 1993.

no resulta comprensible que en esas circunstancias se sancione al accionista financiador con la postergación de su crédito<sup>43</sup>.

Otro supuesto que contempla el artículo 93 en el apartado 2,2º es el de los administradores de hecho<sup>44</sup> o de derecho y los apoderados generales. La verdad es que no se entiende este supuesto en sede de Derecho societario ya que estas personas no son accionistas de la empresa insolvente ni se benefician en forma de dividendos o capitalización de la mejor o peor marcha financiera de la sociedad que administran, ya que su función consiste en la dirección de la sociedad insolvente. La subordinación aparece en este caso como sanción a la situación económica a la que han llevado los administradores a la sociedad insolvente unido a la información financiera privilegiada de la que disponían.

El tercer supuesto que se contempla en el artículo 93,2,3º es el de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios. Este supuesto nos plantea el problema de determinar qué se entiende por grupos de sociedades, ya que en nuestra legislación<sup>45</sup> no hay un concepto unívoco del grupo que nos pueda hacer comprender sin género de dudas a qué sociedades se extiende este supuesto. Sin perjuicio de su ulterior análisis en el apartado 5 de este trabajo, merece la pena adelantar que el concepto de grupo hay que enmarcarlo en la norma en cuestión que se analiza, ya que ni el artículo 42 del Código de comercio ni el artículo 4 de la Ley de Mercado de Valores nos proporcionan una definición de alcance universal que nos permita delimitar las sociedades que componen un grupo.

Por último, el artículo 93.3 considera igualmente personas relacionadas a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas anteriores, siempre que la cesión o adjudicación se hubiese producido en los dos años anteriores. En este caso la intención del legislador parece clara: se sanciona con la subordinación la utilización fraudulenta de la información privilegiada<sup>46</sup>. El cedente o adjudicante, conocedor de la delicada salud financiera de la sociedad insolvente, decide vender su préstamo con ánimo de que no le alcance la subordinación por ser persona relacionada. Pero la situación resulta injusta ya que donde habría que poner el acento no es tanto en el cedente como en el cesionario o adjudicatario, y si éstos adquirieron el crédito de buena fe aún cuando dicha adquisición se hubiera llevado a cabo dentro del ámbito temporal que exige el artículo que analizamos (es decir, dos años) no hay justificación alguna que legitime la sanción de subordinación. En todo caso debería haberse exigido (como lo hace el artículo 22 de la Ley Cambia-

<sup>42</sup> En contra de la subordinación tal y como ha quedado configurada en la Ley Concursal hay que mencionar a Alonso Ledesma, C. «La clasificación de los créditos...» op.cit. Sebastián, R; «Aproximación...», op. cit.

<sup>43</sup> Bermejo Gutiérrez, N. «Créditos y Quiebra»; op. cit. pág. 457. Massaguer, J. «La Reforma de la Sociedad...»; op. cit. pág. 970.

<sup>44</sup> Díaz Echegaray, J. «El administrador de hecho de las sociedades» Navarra, 2002.

<sup>45</sup> Paz-Ares, C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades» op. cit pág. 1131..

<sup>46</sup> Easterbrook, F y Fisher, D. «La estructura económica de Derecho de las sociedades de capital»; Madrid. 2002.

ria y del Cheque) mala fe en el adquirente para justificar la sanción que se impone, y ante la ausencia de este requisito me temo que los cesionarios y adjudicatarios que hubieran obrado de buena fe van a ser sancionados si hubieran adquirido los créditos de personas relacionadas con el deudor insolvente solo por el hecho de estar vinculados con el deudor. El elemento determinante para imponer la sanción deja de ser pues el uso de información privilegiada para convertirse lisa y llanamente en la especial relación que mantienen el cesionario o el adjudicatario con el deudor insolvente. En cualquier caso, conviene recordar que el supuesto que analizamos contiene la salvaguardia de “salvo prueba en contrario” por lo que el cesionario y el adjudicatario podrían salvar su responsabilidad si lograsen demostrar que al tiempo de la cesión o adjudicación no eran persona especialmente vinculada con el deudor insolvente. Este régimen de salvaguarda nos plantea un problema adicional, ya que si lo que se debe demostrar es que no se está vinculado con el deudor insolvente con independencia de la buena o mala fe del negocio de transmisión, se podría dar carta de naturaleza a las cesiones y adjudicaciones con el único y exclusivo objeto de evitar la sanción de la subordinación. Bastará con encontrar a un tercero dispuesto a adquirir los créditos de persona especialmente relacionada con el cesionario o adjudicatario para evitar la sanción. No obstante, entiendo que el régimen de la buena fe está presente en la interpretación de las normas de nuestro ordenamiento al amparo del artículo 7 del Código civil<sup>47</sup> y que precisamente esta exigencia de buena fe nos obliga a requerir no solo que el cesionario o adjudicatario no sean personas relacionadas en el momento de la cesión o adjudicación, sino que además hayan obrado de buena fe, lo que supone que el negocio de transmisión debió ser ejecutado sin ánimo de perjudicar a los demás acreedores del concursado, que se verían de esta manera postergados por anticipar el rango de un acreedor que por su especial vinculación debería ser subordinado.

b) Elementos objetivos:

El artículo 92,5 subordina los créditos concedidos por personas vinculadas al deudor concursado. El término que utiliza la Ley Concursal debe ser entendido en su más amplio sentido y comprende no solo los créditos o préstamos, sino cualquier operación de naturaleza equivalente cuya finalidad sea la concesión de crédito al concursado, tales como las compraventas con precio aplazado, las operaciones de descuento, etc.<sup>48</sup>.

La Ley Concursal sanciona igualmente la constitución de garantías, y a tal efecto el artículo 97 en su apartado 2 declara extinguidas las garantías constituidas en favor de los créditos de las personas relacionadas. La verdad es que no se entiende la san-

<sup>47</sup> Mikel, J.M. «Comentarios al artículo 7 del Código Civil» en *Comentarios del Código Civil*, Madrid, 1991; Carrasco, A. «Mala fe, prescripción e incongruencias en el caso NIKE» *La Ley*, 2000.

<sup>48</sup> Alonso Ledesma, C. «La clasificación...», op. cit. pág. 202. Garrigues, J. «Contratos Bancarios»; Madrid. 1975. Massaguer, J. «La infracapitalización...»; op. cit. 969.

ción contemplada en la Ley Concursal ya que si las garantías deben seguir el destino de la obligación principal<sup>49</sup>, lógico es pensar que el régimen jurídico de éstas deber ser el de la subordinación, y no el de su extinción. Esta solución es la que recogió en su momento la disposición adicional 12<sup>a</sup> del anteproyecto de Ley de Responsabilidad Limitada al subordinar los créditos de las empresas del grupo cuando la sociedad insolvente estaba infracapitalizada<sup>50</sup>. Sin embargo, la Ley Concursal no sigue esta alternativa y opta por una solución más radical que sin duda reducirá la litigiosidad y beneficiará a los acreedores ordinarios.

c) Efectos:

El principal efecto de la subordinación es el de la postergación en el cobro de los créditos que se satisfarán, por imperativo del artículo 158 de la LC, una vez que se hayan pagado los créditos ordinarios. La subordinación debe afectar tanto al principal como a los intereses, que de esta manera no serán reembolsados hasta que los créditos ordinarios y sus intereses sean satisfechos.

El citado artículo aclara que el orden de pago va a ser el fijado en el artículo 92 y en su caso prorratea dentro de cada número. Esta regla reabre el viejo problema de si cabe alterar por pacto contractual el orden fijado por la Ley Concursal. En un principio, los términos claros con los que se pronuncia el artículo 158 de la Ley Concursal me hacen pensar que el orden es inmutable, ya que no prevé la citada norma ninguna excepción o salvaguarda que permita justificar otra posición. Sin embargo esta solución carece de sentido en sede de subordinación contractual, ya que si la postergación obedece a la autonomía de la voluntad, no alcanzo a comprender por qué no dejar que sea ésta la que determine el orden en que será satisfecho un determinado crédito. Así, por ejemplo, si un determinado acreedor decide cobrar el último de todos los acreedores y justo antes que los accionistas, no tiene sentido que la Ley Concursal le obligue a cobrar antes que los créditos subordinados por intereses. El régimen de autonomía de la voluntad del artículo 1255<sup>51</sup> del Código Civil debe desplegar sus efectos en todos los ámbitos, y si un acreedor decide subordinar su crédito, lógico es pensar que el principio de autonomía se lleve hasta sus últimas consecuencias, incluido el orden de cobro.

Por el contrario, en aquellos casos en los que la subordinación se impone como sanción, el orden de la Ley Concursal es inalterable y ningún acreedor de esa naturaleza podrá mejorar su rango. En este sentido, no cabría un pacto en cuya virtud un acreedor subordinado por su especial vinculación con el deudor (artículo 92,5<sup>o</sup>) cobrase por ejemplo antes que un subordinado por intereses (artículo 92, 3<sup>o</sup>)<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Guilarte Zapatero, V. «Comentarios al Código Civil»; Madrid. 1991.

<sup>50</sup> Massaguer, J. «La infracapitalización...»; op. cit. pág. 970.

<sup>51</sup> Gullón, A., Díez-Picazo, L. «Sistema de Derecho Civil»; Volumen I y II. Madrid. 1976.

<sup>52</sup> Para un análisis de esta polémica ver: - Armeso J.E, de Carlos, L. «Derecho Financiero» Madrid, 1992. Sebastián, R. «Financiaciones subordinadas» op.cit.

## V. Del concepto de grupo en la Ley Concursal

La Ley Concursal trata de forma asimétrica los grupos de sociedades, de forma que resulta una labor compleja y en muchos casos imposible conocer el concepto de grupo que se sustenta en la citada ley. En este sentido, hay que resaltar que el concepto de grupo no está definido con carácter general en ninguna norma de nuestro ordenamiento, ya que el artículo 42 del Código de Comercio incluye una definición a los solos efectos de determinar el perímetro de consolidación, y el concepto que se recoge en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores es sólo aplicable a las sociedades emisoras de valores. Sin embargo, ninguna de estas acepciones del concepto de grupo tienen vocación universal<sup>53</sup> y, en consecuencia, el concepto de grupo habrá que buscarlo atendiendo a la finalidad de la norma que comentamos<sup>54</sup>.

Si analizamos las distintas referencias que al grupo de sociedades se contienen en la LC, observamos que el concepto no está únicamente limitado a sociedades y que en consecuencia pueden formar parte de éste, tanto como sociedad dominante o dominada, cualquier persona con independencia de su forma jurídica (fundaciones, administraciones públicas).<sup>55</sup>

Además de no definir la Ley Concursal el concepto grupo, encontramos referencias a conceptos indeterminados que no hacen sino confundir al intérprete sobre lo que constituye el grupo de sociedades. Tal vez lo que ha querido el legislador es incluir en el concepto de grupo<sup>56</sup> a todas las sociedades vinculadas, con independencia del grado de relación empresarial con la sociedad insolvente, pero para conseguir este resultado hubiera sido más sencillo haber partido de un concepto de grupo similar al recogido en el artículo 78<sup>57</sup> de la Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas y haber extendido dicho concepto a toda clase de personas y no solo a las sociedades. Llegados a este punto, debemos concluir que el concepto de grupo en que se fundamenta la LC es el de conjunto de personas sujetas a la unidad en la toma de decisiones como menciona el artículo 3,5 de la Ley Concursal y que dicho concepto tiene una raíz económica que se inspira en los artículos 78 de la Ley de Cooperativas y el 4 de la Ley de Mercado de Valores y el 42 del Código de Comercio. Esta afirmación se fundamenta a mi juicio en: (i) la falta de referencia en la LC a una norma jurídica en

<sup>53</sup> Embid, J.M. «Regulación mercantil de los grupos de sociedades», *La Ley*, 1989, págs. 980 y ss. ; La problemática de los grupos, *Revista de derecho de sociedades*, 1994, págs. 617 y ss.; Introducción al derecho de los grupos de sociedades, Granada, 2003; véase también Guirgado P, «La empresa del grupo y el derecho de sociedades», Granada, 2001.

<sup>54</sup> En este sentido, Paz-Ares C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en Uría R. y Menéndez A., *Curso...*, cit., t. I, págs. 1323 y ss.

<sup>55</sup> El artículo 6.2 de la LC habla de “entidades integradas”, el artículo 25.1 menciona a la “sociedad dominante del grupo”, y el 93, 2, 3º hace referencia a las “sociedades que forman parte del mismo grupo”.

<sup>56</sup> Ver a este respecto los artículos 3,5 y 93,2,1º de la Ley Concursal.

<sup>57</sup> Art. 78 de la Ley de Cooperativas “Se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agnupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades”.

la que se defina el grupo; (ii) la amplitud que al concepto de grupo se le ha querido dar en la propia Ley Concursal, de tal forma que se incluyen en la solicitud del concurso la descripción de todas las entidades integrantes del mismo; y (iii) que solo un concepto amplio permite alcanzar los resultados perseguidos por la ley, es decir que la situación patrimonial de la persona jurídica deudora sea conocida en toda su amplitud y que los créditos de quienes se encuentran especialmente vinculados con ella queden subordinados por ministerio de la ley para permitir de esta forma alcanzar un convenio más favorable a los intereses de los demás acreedores.

## VI. Conclusiones

V.1. No existe un concepto unitario de grupo de sociedades en nuestro ordenamiento por lo que hay que entender que éste habrá que inferirlo de la norma que analizamos, es decir de la Ley Concursal. En este sentido el concepto de grupo en la LC es similar al contenido en el artículo 78 de la Ley de Cooperativas e incluye a todas las personas sometidas a una unidad en la toma de decisiones.

VI.2. De las posibles alternativas del tratamiento de los grupos en sede de insolvencias, nuestra Ley Concursal ha escogido el de la subordinación de los créditos en la sociedad insolvente de las personas especialmente relacionadas con ella. La subordinación ha sido criticada por entender que puede dar lugar a operaciones de ingeniería financiera inversa, y porque castiga a aquellos acreedores que en mejor situación se encuentran para financiar a la sociedad insolvente.

VI.3. No creo que pueda inferirse del artículo 3.5 y del 25.1 de la Ley Concursal un supuesto de extensión del concurso al grupo de sociedades. A mi juicio el artículo 3.5 recoge un supuesto de instancia conjunta del concurso cuando concurren determinadas circunstancias, pero no un supuesto de extensión ya que la dicción del mencionado artículo no coincide con los presupuestos en que se fundamenta la extensión del concurso en los grupos.

VI.4. Tampoco puede entenderse que nuestra Ley Concursal se decante por el régimen de comunicación de responsabilidad de la sociedad dominada a la dominante, y si se aceptara que éste es el sistema que pretende implantarse en nuestro ordenamiento, la justificación habrá que buscarla en sede de derecho societario y no en la LC.

## Resumen

Se plantea la insolvencia en los grupos de sociedades y el efecto de la declaración de concurso de la matriz o de una sociedad filial en el grupo en sí mismo, es decir, cómo afecta al grupo que la sociedad dominante o una de las dominadas se encuentre en concurso. El planteamiento no tiene respuesta ni en la doctrina ni en la propia Ley Concursal, comenzando con el problema que no existe concepto unitario de

grupo. La solución que se ha buscado por la vía de la subordinación de créditos en la sociedad insolvente de las personas especialmente relacionadas con ella, no parece la adecuada.

*Palabras clave:* Insolvencia de grupos, concepto de grupo de sociedades, subordinación de créditos.

### **Summary**

This article discusses the insolvency of company groups and the effect of the original bankruptcy declaration or that of a subsidiary of the group, that is, how it the group is affected by the dominant company or one of the dominant companies is declared bankrupt. This matter is not resolved in the doctrine nor in the Insolvency Act itself, departing from the fact a unitary concept of the group does not exist. The solution sought by debt subordination in the insolvent company of the persons specifically related to it, does not seem adequate.

*Key words:* Insolvency of groups, concept of company groups, debt subordination.