

## LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

**RUBÉN GONZÁLEZ NASSER**  
*Abogado*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, don Luis BARDAJÍ MUÑOZ, don Casto PÁRAMO DE SANTIAGO, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE y don Antonio TAPIA HERMIDA.

### **Extracto:**

COMO punto de partida, estableceremos el planteamiento y la evolución del concepto de grupo en el Derecho Comunitario Europeo; asimismo, ofreceremos un análisis del artículo 42 del Código de Comercio, precepto fundamental para determinar, ante la ausencia de una regulación más completa y exhaustiva, lo que es un grupo de sociedades.

En tercer lugar, contemplaremos algunos conceptos y definiciones doctrinales del grupo de sociedades, destacando sus elementos característicos y clasificando la variada tipología de grupos que ofrece el ordenamiento español, así como también la determinación del estatuto personal en lo concerniente a la nacionalidad de los grupos de empresas y/o sociedades.

A continuación, la parte con más sustancia de este trabajo girará en torno al Derecho Concursal, y constará de un examen detallado y pormenorizado del concepto de grupo en la nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, la cual ha supuesto una revolucionaria transformación en el ámbito de lo que otros ordenamientos jurídicos han denominado Derecho de la Insolvencia Empresarial. Este apartado se centrará tanto en el plano procesal como en el plano de la responsabilidad de los administradores por el pasivo del concurso de acreedores, distinguiendo las consecuencias y efectos de la declaración de concurso de acreedores por parte de una empresa integrada en un grupo de sociedades.

Por último, haremos un breve repaso sobre todos los extremos anteriormente explicados: elementos mínimos para ser considerado grupo, sujetos integrantes, estructura interna, Derecho Concursal y puesta en práctica de los aspectos teóricos analizados.

**Palabras clave:** Derecho Mercantil, grupos, sociedades, empresas.

# Sumario

1. Introducción al derecho de grupos en el marco de la Unión Europea.
  - 1.1. Cuestiones previas: planteamiento y aproximación al problema.
  - 1.2. Evolución. El *Informe Winter* y el Plan de Acción de la Comisión Europea.
  - 1.3. Significado de los grupos en el Derecho Nacional. Ejemplos.
  - 1.4. Significado de los grupos en la UE. *El Forum Europaeum*.
2. El artículo 42 del Código de Comercio.
3. Conceptos y definiciones doctrinales de «grupo».
4. Elementos objetivos y subjetivos característicos del grupo de sociedades.
5. Tipología y clasificación de los grupos de sociedades en Derecho español.
6. Determinación del estatuto personal: la nacionalidad de los grupos.
7. Derecho Concursal.
  - 7.1. Introducción: la nueva Ley Concursal 22/2003.
  - 7.2. El concepto de «grupo» en la Ley Concursal 22/2003: definición y caracteres.
  - 7.3. Ordenación interna y componentes subjetivos desde la perspectiva concursal.
  - 7.4. El modelo jerárquico como paradigma en la LC.
  - 7.5. Efectos de la declaración de concurso de una entidad de un grupo.
  - 7.6. Responsabilidad de los administradores por el pasivo del concurso de acreedores.
  - 7.7. Consideraciones finales.

## 1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE GRUPOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1.1. Cuestiones previas: planteamiento y aproximación al problema.

El tema de los grupos de sociedades ofrece un gran interés como fórmula de concentración y cooperación empresarial, además de figuras afines como pueden ser las *Uniones Temporales de Empresas y Agrupaciones de Interés Económico* (UTE y AIE, respectivamente). Pero sin duda, no se puede desconocer hoy que *los grupos de sociedades* constituyen la forma de concentración más utilizada en el mundo de la empresa, normalmente, y siguiendo la teoría de FERNÁNDEZ MARKAIDA, con la finalidad de adquirir un volumen mayor para poder competir en el mercado.

Aunque la idea de regular jurídicamente el grupo de sociedades parece haber alcanzado el apoyo necesario, existen aún numerosas cuestiones abiertas y debatidas, por ser el grupo, en realidad, una modalidad de organización de la empresa y por afectar su funcionamiento a muchos sectores del Derecho (Competencia, Concursal, Laboral, Tributario, etc.), no termina de estar clara la *sedes materiae* de la disciplina legal. Esta misma circunstancia justifica, a la vez, la discusión sobre si resulta suficiente un tratamiento legislativo genérico y uniforme o, por el contrario, hace falta una regulación plural y diversificada. Al margen de estos problemas metodológicos, también suscita controversia la determinación del régimen jurídico del grupo, tanto en lo que se refiere a su naturaleza como a su contenido.

### 1.2. Evolución. El Informe Winter y el Plan de Acción de la Comisión Europea.

El interés por conseguir una regulación legislativa de los grupos de sociedades, tanto en la UE como en el Derecho Nacional, se mantiene vigente hasta mediados de los años ochenta, época en la que encontramos diversas iniciativas dirigidas a conseguir un régimen jurídico bastante para los grupos de sociedades a la estela del derecho alemán, si bien con diferencias significativas en temas básicos como el «modelo» de delimitación del grupo. En ese mismo momento histórico, el reflejo de los grupos en el Derecho Comunitario de Sociedades era doble: por un lado, en el ámbito de la *armonización del Derecho Societario*, que contiene lo que pudiéramos llamar el *régimen material del grupo de sociedades*, en la **SÉPTIMA DIRECTIVA (83/349/CEE)**, de 13 de junio de 1983, relativa al tra-

tamiento contable (mediante la consolidación fiscal) de las uniones y grupos de sociedades, y en el **PROYECTO DE NOVENA DIRECTIVA**; por otro, el grupo es objeto de consideración en el ámbito del *Derecho uniforme de Sociedades*, en concreto en el proyecto de reglamento sobre el **ESTATUTO DE SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA**, de 13 de mayo de 1975 <sup>1</sup>. No obstante, este régimen tiene únicamente relevancia en aquellos supuestos de grupo de los que formen parte este tipo de Sociedad Anónima Europea.

Pues bien, a pesar de eso no contamos en el orden comunitario con una regulación específica, ya que la Novena Directiva, relativa a la materia, es solamente un Proyecto o Propuesta en la terminología precisa. Los trabajos para la elaboración de dicha Directiva comenzaron en 1970, con clara tendencia a lo establecido por el derecho alemán, es decir, el modelo contractual. Tras numerosos proyectos, siempre con resultado negativo, el último fue el de 1984, con pocas modificaciones de los anteriores. En cambio, mejor suerte corrió la Séptima Directiva comunitaria de 13 de junio de 1983 *sobre cuentas consolidadas*, que en materia contable es una normativa muy importante para los grupos de sociedades <sup>2</sup>.

La dificultad de la tarea, la renuencia de ciertos medios empresariales a someterse a una regulación presuntamente rigurosa, el temor a la influencia germana y, en definitiva, las dudas sobre la verdadera necesidad de elaborar un Derecho de Grupos constituyeron los principales inconvenientes que condujeron a una situación de perplejidad doctrinal y parálisis legislativa. No fueron ajenos a este desinterés otros fenómenos propios de la realidad reciente de la UE, tales como la paralización de la armonización legislativa en materia de sociedades mercantiles de capital, la subsidiariedad de la legislación comunitaria frente a la nacional y la idea de la «*competencia de ordenamientos jurídicos*» como sustitutivo de la convergencia normativa a través de la armonización.

Otros factores, no necesariamente conectados al devenir de la UE, contribuyeron, asimismo, al olvido de los grupos de sociedades, al menos desde la perspectiva de su regulación por el Derecho nacional. Se trata, en buena medida, de la postergación del Derecho de Sociedades como centro del interés de los juristas y el predominio del Derecho del Mercado de Valores, concebido como instrumento al servicio de la transparencia de los mercados y de la tutela del inversor. Esta perspectiva contribuyó a diluir el relieve institucional del Derecho de Sociedades y su significado práctico mediante el análisis económico del Derecho con su entendimiento de la sociedad como una mera red de contratos. La posterior generalización del debate sobre el *Corporate Governance* vino a consolidar estas ideas, proponiendo la reducción o incluso la supresión de las normas legales en el Derecho de Sociedades y su progresivo reemplazo por la autorregulación.

Sin embargo, ya en la segunda mitad de los años noventa del pasado siglo, se comprueba, sobre todo en la doctrina italiana <sup>3</sup>, que la figura del grupo no escapa a los objetivos que persigue este debate, y que, además, el grupo es una modalidad concreta de la praxis necesitada también de mejorar su

<sup>1</sup> En nuestro ordenamiento jurídico interno ya se ha aprobado la Ley de Sociedad Anónima Europea (19/2005).

<sup>2</sup> En este sentido, la Directiva se transpone a nuestro Derecho por la Ley de 25 de julio de 1989 y se encuentra en los artículos 42 al 49, inclusive, del Código de Comercio.

<sup>3</sup> En particular, con los trabajos de MONTALENTI y JAEGER.

transparencia en beneficio de los afectados por su funcionamiento. En una segunda etapa del debate sobre el *Corporate Governance*, afectada significativamente por los escándalos empresariales de los últimos años <sup>4</sup>, las referencias a los grupos empiezan a ser significativas, y de ello es una buena prueba en la Europa comunitaria el denominado **INFORME WINTER**; en dicho texto encontramos un adecuado planteamiento de las necesidades de regulación legislativa respecto de los grupos y una correcta conexión de dicho tema con la finalidad de transparencia propia del *Corporate Governance*. Aunque se trata de un esbozo y no de un planteamiento acabado, la reflexión sobre los grupos contenida en el citado Informe posee la virtud de retomar los puntos básicos del Derecho de grupos, tal y como se contemplan desde su regulación en la *Aktiengesetz* de 1965 <sup>5</sup>, conectándolos con la realidad presente de la práctica y del Derecho de Sociedades. De todo ello se ha hecho eco la Comisión Europea en su reciente propuesta de modernización del Derecho de Sociedades, el denominado **PLAN DE ACCIÓN** <sup>6</sup>.

### 1.3. Significado de los grupos en el Derecho Nacional. Ejemplos.

Como es bien sabido, solo Portugal, dentro del continente europeo, ha seguido el camino del Derecho alemán en materia de grupos; su Código de Sociedades Comerciales de 1986 contiene una valiosa y completa regulación de dicha figura, en la que se adivina la influencia germánica en algunos aspectos esenciales, tales como la consideración del Derecho de Sociedades como *sedes materiae* de la disciplina legal de los grupos, la adopción del modelo contractual para la delimitación jurídica del grupo y la perspectiva esencialmente protectora de la disciplina legislativa, reflejada en el establecimiento de medidas de tutela de socios externos y acreedores de las sociedades dominadas del grupo. Por otra parte, algunas soluciones concretas contenidas en el Código Portugués acusan, asimismo, el influjo de la Propuesta de Novena Directiva en su versión de 1984; podría hablarse al respecto de una armonización *avant la lettre* por parte del legislador portugués. Al mismo tiempo, las normas sobre grupos y su aplicación práctica a la realidad empresarial portuguesa han dado lugar a una interesante doctrina científica, en la que destaca, de manera singular, la amplia y valiosa aportación del profesor ANTUNES.

Por desgracia, el ejemplo portugués no fue seguido por otros países, y el predominio de las ideas expuestas anteriormente contribuyó a diluir el interés por conseguir una regulación legislativa completa sobre los grupos a escala nacional. Sin embargo, y paradójicamente, esa renuncia a un planteamiento ambicioso no supuso la ausencia absoluta de normas sobre los grupos en los distintos ordenamientos europeos. De forma asistemática, fragmentaria y, en ocasiones, contradictoria, han sido y son

<sup>4</sup> Véase, al respecto, casos tan significativos como los de Arthur Andersen o Enron.

<sup>5</sup> Equivalente a la Ley de Sociedades Anónimas en Alemania.

<sup>6</sup> Véase la comunicación de 21 de mayo de 2003 de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeos, titulada «Modernización del Derecho de Sociedades y reforzamiento del gobierno de la empresa en la Unión Europea» (COM [2003] 284 *in fine*, págs. 21 a 23 y 29). Por otro lado, con fecha 30 de marzo de 2004 se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (C 80/12 y ss.) el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de la Comisión respecto de la indicada Modernización del Derecho de Sociedades. En el citado dictamen se aprueba «la medida emprendida por la Comisión Europea», pero se recuerda que «la acción de la Comisión debe inscribirse en una política más global a favor de las empresas que tenga en cuenta la protección de los trabajadores».

numerosas las leyes y disposiciones de rango inferior que aluden a la figura del grupo dando testimonio de su significativo relieve en la práctica empresarial y de su incidencia en muy diferentes sectores del ordenamiento jurídico. Pero, además, el legislador nacional no ha sido el único «actor» destacado en el tratamiento jurídico del grupo; ha de reseñarse, al mismo tiempo, la contribución de la Jurisprudencia que en algunos países y sectores del ordenamiento jurídico ha adquirido un protagonismo relevante. Puede destacarse, así, la importancia de la doctrina judicial en Alemania respecto de los grupos integrados por sociedades de responsabilidad limitada (GmbH); del mismo modo, si bien con carácter general, es relevante el protagonismo de los Tribunales suizos<sup>7</sup>. Y, al margen de estos ejemplos concretos, no se puede desconocer, como tendencia general, el protagonismo creciente de los jueces en la resolución de los conflictos típicos de los grupos en los diversos países europeos<sup>8</sup>.

No obstante, sin haber alcanzado la categoría de norma jurídica vigente, cabe mencionar, asimismo, el ejemplo del Derecho español, mediante la *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*<sup>9</sup>, elaborada en el seno de la Comisión general de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia en noviembre de 2002. Dicho texto, que aspira a conseguir una regulación completa, coherente y moderna del Derecho de Sociedades Mercantiles en España, contiene un conjunto de normas sobre grupos de sociedades que se extiende a los aspectos fundamentales de su régimen jurídico, desde el punto de vista, claro está, del Derecho de Sociedades. En esa normativa se contemplan los aspectos fundamentales de la disciplina de los grupos: delimitación del grupo, publicidad, protección de socios externos, responsabilidad de la sociedad dominante del grupo y de sus administradores, etc.

Esta Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles dedica a los grupos de sociedades los artículos 590 a 602, con inclusión de la obligación de las cuentas anuales cuya sede en el Código de Comercio no parece ser la que le corresponde. En esa Propuesta *non nata* como Código, la Comisión presidida por el profesor doctor don Fernando SÁNCHEZ CALERO, propone diversos parámetros para la futura regulación mercantil de los grupos de sociedades, entre ellos: *la dirección unitaria del grupo, la protección de los intereses de los accionistas de sociedades filiales de otra dominante, las relaciones entre las sociedades del grupo, la responsabilidad de la sociedad dominante por deudas de las dominadas o dominada y la de los administradores, tanto de una como de otras.*

Al margen de críticas puntuales o de aspectos discutibles, el régimen jurídico de los grupos contenido en esta Propuesta de Código constituye un intento serio de afrontar el tratamiento de los grupos desde su *sedes materiae* tradicional, el Derecho de Sociedades. Por desgracia, este meritorio trabajo ha quedado momentáneamente congelado, y no es previsible que a corto o medio plazo pueda convertirse en un texto legislativo vigente.

<sup>7</sup> A pesar de no formar parte de la UE, resulta de gran importancia la aportación del ordenamiento jurídico helvético.

<sup>8</sup> Ese protagonismo judicial se mueve en la esfera estricta de los Estados miembros, puesto que el Tribunal Europeo, muy activo en los últimos tiempos respecto del Derecho de Sociedades, no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el fenómeno de los grupos a escala de la Unión. No obstante, desde la Sentencia Centros (1999) el Derecho de Sociedades europeo ha entrado en una dinámica compleja, de la que da cuenta la abundante doctrina vertida acerca de las últimas tendencias del Tribunal Europeo, de autores como TIMMERMANS, GARCIMARTÍN, GARCÍA-CRUCES, SPLINDER...

<sup>9</sup> De cara a un futuro de la regulación de los grupos de sociedades en nuestro Derecho Mercantil, ya en el año 2001 el maestro SÁNCHEZ CALERO, en el discurso de su recepción como Académico de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, recordaba esa necesidad estableciendo los parámetros de la misma. No obstante, actualmente solo es una Propuesta, con un futuro de ver la luz nada cierto.

Sobre la base de la teoría de la dirección unitaria hecha en interés del grupo, en el orden comunitario hay que resaltar las Propuestas del *Forum Europeaum* del año 2000<sup>10</sup>. Ante esta carencia comunitaria legislativa en el orden del Derecho Mercantil, tampoco el legislador español en materia societaria se ha preocupado hasta el momento de una regulación de los grupos de sociedades. Indudablemente, en los dos únicos textos que de modo directo se refieren a los grupos de sociedades en nuestro Derecho Mercantil<sup>11</sup> late la *dependencia societaria*, lo que conlleva la protección de los accionistas minoritarios, tal como sostiene EMBID IRUJO. Otra referencia legislativa en nuestro Derecho es precisamente en el orden contable a través de las cuentas consolidadas de los grupos de sociedades que recoge el artículo 42.2 del Código de Comercio, respecto a la obligación de toda sociedad de formular cuentas anuales y el informe de gestión cuando posea respecto de otra sociedad de la que es socio la mayoría de los derechos de voto, o pueda disponer de esa mayoría y cuando, exclusivamente con ellos, haya nombrado la mayoría de los miembros del Consejo de Administración que desempeñen su cargo en el momento en que debe formular las cuentas anuales. Quizás donde se encuentra una referencia más precisa es en la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, al establecer en su artículo 4.1 que se consideran pertenecientes a un mismo grupo «*las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás*»<sup>12</sup>.

Fuera de estas regulaciones legislativas, vigentes o proyectadas, no conocemos intentos similares en otros países comunitarios por abordar el tratamiento normativo de los grupos de sociedades<sup>13</sup>: existen, como ya hemos indicado, numerosas normas concretas sobre la cuestión en los ordenamientos jurídicos de numerosos países y relativas a sectores específicos del Derecho. Estas normas, cuya enumeración resulta imposible en el marco del presente trabajo, reflejan, de un lado, la importancia de los grupos como estructura empresarial en toda Europa y manifiestan, de otro, la «impaciencia» del legislador nacional por dar solución a los problemas concretos que plantean sin, por desgracia, afrontar su tratamiento de manera completa y coherente.

#### 1.4. Significado de los grupos en la UE. El *Forum Europaeum*.

Es bien conocido el empeño de las instituciones europeas por conseguir un régimen jurídico adecuado para los grupos de sociedades que, por desgracia, no se ha visto acompañado de éxito en

<sup>10</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., en su monografía: *Introducción al Derecho de los Grupos de sociedades*, que pretendió establecer unos criterios unitarios básicos (el estudio los denomina *reglas de juego* –«*equal legal playing field*»–).

<sup>11</sup> Aquí nos referimos únicamente a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y Ley General de Cooperativas

<sup>12</sup> Es importante que la norma señale lo que se entiende por *control* de una sociedad dominante a otra dominada y que se hace descansar en que la primera tenga la mayoría de los derechos de voto de la segunda y además tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la entidad dominada y cuando, al menos, la mitad más uno de los consejeros de esta última entidad (de la segunda) sean consejeros o altos directivos de la sociedad dominante.

<sup>13</sup> En algunos países del Centro y Este de Europa (como Hungría, Croacia, Eslovenia, entre otros), existen regulaciones relativamente completas sobre los grupos de sociedades; por desgracia, la falta de información y la dificultad de acceso a la lengua originaria de los correspondientes textos legales impiden un conocimiento detallado de tan, *a priori*, interesantes normas.

lo que se refiere a la aprobación de la Novena Directiva, cuyos trabajos han de considerarse cerrados, sin perspectiva posible de continuación. No ha sucedido así con el aspecto relativo a la contabilidad de los grupos, objeto de regulación, como ya hemos visto, en la Directiva 83/349/CE, de 13 de junio, y recibida hace ya tiempo en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros <sup>14</sup>. Sin embargo, esta circunstancia no implica la eliminación de la temática del grupo respecto de la figura de la Sociedad Anónima Europea, que habrá de encontrar su tratamiento, en principio, dentro del Derecho positivo del país donde se constituya la Sociedad Anónima Europea.

Frustrado, por tanto, el intento de regular jurídicamente los grupos de sociedades, parece que solo resultará posible el tratamiento legislativo en el ámbito particular del Derecho nacional de los Estados miembros, idea coherente con el predominio de la regla de la subsidiariedad, tan relevante en el ámbito de la UE. Sin embargo, el importante trabajo del *Forum Europaeum* y la posterior toma de postura del *Informe Winter*, así como de la propia Comisión Europea en el marco del *Plan de Acción*, permiten superar el escepticismo generalizado que a finales del pasado siglo rodeaba a todo propósito de regular los grupos de sociedades en la UE. Y es que, cualquiera que sea la postura que se adopte sobre el sentido y alcance del Derecho europeo, no parece lógico convertir a los grupos en un espacio vacío de Derecho, sometido a los vaivenes y omisiones de los legisladores nacionales.

A pesar de los más de cinco años transcurridos desde su formulación, la propuesta del Fórum sobre la regulación de los grupos en la UE constituye una aportación del mayor interés a este complejo asunto, siendo referencia obligada para quien se interese por el mismo. Conviene resaltar la naturaleza eminentemente privada de su elaboración, ajena a los mecanismos institucionales de la UE; en concreto, destaca la condición de profesores universitarios de gran parte de sus componentes y su pertenencia a muy diversos países europeos (con notable predominio de los alemanes). Esta circunstancia intelectual puede dar lugar a una fácil crítica sobre el supuesto carácter teórico de la propuesta del Fórum, lo cual sería infundado, pues, tras la lectura de las principales tesis contenidas en la propuesta, se puede comprobar que en ella se huye de problemas meramente constructivos y se eluden cuestiones alejadas del funcionamiento real de los grupos en la UE, confirmándose de este modo la naturaleza «realista» del Derecho de los grupos de sociedades <sup>15</sup>. Por lo demás, el origen académico de las reflexiones formuladas por el Fórum confirma la pujanza de la ciencia jurídica europea dedicada al estudio de los grupos de sociedades.

Las circunstancias que acabamos de exponer constituyen la base del trabajo del *Forum Europaeum*, objeto de profusa atención por la doctrina comparada. Incluso la propia UE parece haber

<sup>14</sup> El porvenir de estas reglas europeas es más que dudoso, a la vista de la aceptación de las Normas Internacionales sobre Contabilidad y su aplicación práctica desde 2005.

<sup>15</sup> Esta naturaleza realista se pone de manifiesto en la utilización de términos y conceptos directamente vinculados a la misma realidad empresarial: poder de dirección, control, dominio, dependencia, etc. Para algunos (así, F. RITTNER) el uso de tales conceptos, nada seguros jurídicamente hablando, otorga al Derecho de grupos un peligroso aire de voluntarismo, pues la Ciencia Jurídica solo puede operar con nociones jurídicas consolidadas, tales como persona jurídica, contrato, propiedad, sociedad, etc. A juicio del profesor EMBID IRUJO, tal afirmación tiene un peso indudablemente considerable, y no resulta posible darle la razón íntegramente a la vista de la notoria dificultad de hacer operativos estos conceptos jurídicos «clásicos» en el seno de una figura como el grupo, cuya esencia, como recuerda HACHENBURG, tiene un carácter «imprecisamente cambiante».

valorado positivamente la actividad desarrollada por el Fórum, algunos de cuyos planteamientos más generales pueden adivinarse en las ideas sobre regulación de los grupos contenidas en el citado *Informe Winter* y en las que, a su vez, ha formulado la propia Comisión en su documento relativo a la *Modernización del Derecho de Sociedades*. Sin embargo, esa valoración positiva no ha desembocado, de momento, en la elaboración de una propuesta normativa por parte de la UE.

Para el *Forum Europaeum* es necesariamente ineludible que la UE establezca una regulación de los grupos societarios que se aparte del planteamiento que inspiró a la Novena Directiva, inscribiéndose en el momento actual de la Unión. Más que un tratamiento normativo completo, el Fórum propone el establecimiento de un *equal legal playing field*, elaborando no un conjunto de normas restrictivas del funcionamiento grupal, sino una serie de *facilitating rules*. Por ello, el carácter puntual y abierto de la propuesta del Fórum intenta lograr un acuerdo normativo en torno al núcleo esencial del Derecho de grupos, aceptando siempre la competencia legislativa de los Estados miembros y su posible concurrencia dentro del mercado interior comunitario: en el texto elaborado por el Fórum, se manifiesta repetidamente que la UE debe intervenir solamente «*allí donde los grupos y la ausencia de un Derecho regulador o su existencia en los Estados miembros con carácter disfuncional establezcan o justifiquen límites al mercado interior y, sobre todo, restricciones de acceso al mercado. En caso de duda, con motivo del Derecho europeo de grupos, ha de decidirse también a favor de los Estados miembros*».

Sin entrar a detallar el contenido de la propuesta del Fórum, son muchos y diversos los problemas que plantea la regulación establecida; procederemos a mencionar ahora de manera sintética las principales cuestiones tratadas, recordando una vez más su carácter no sistemático y la atención a materias específicas <sup>16</sup>.

Hay cuestiones básicas, como las relativas a la definición del grupo, que son tratadas o, cuando menos, mencionadas en zonas distintas y, a veces, con criterios diversos. Quizás sea este asunto (la definición del grupo) uno de los más característicos que se derivan de la singular «política jurídica» inherente a la propuesta del Fórum. Frente a lo que constituye la opinión común en la doctrina (y también en los Derechos alemán y portugués), optan los autores de la propuesta por definir al grupo mediante la *mera existencia de una situación de control o dominio de una sociedad sobre otra u otras*, prescindiendo del requisito tradicional de la dirección unitaria. Para el Fórum, la utilización del control como criterio definidor del grupo evita la inseguridad e incertidumbre características de la noción de dirección unitaria. Esta postura sintoniza con el planteamiento habitual en la mayor parte de los países europeos <sup>17</sup>, si bien el control o dominio sobre una sociedad no implica necesariamente el poder de dirección característico de los grupos; como mucho, servirá para constituir una pre-sunción *iuris tantum* de grupo.

<sup>16</sup> Esas materias son, entre otras: definición, publicidad, correcta dirección del grupo, control especial, Ofertas Públicas de Adquisición de acciones de carácter obligatorio, exclusión y separación de socios minoritarios, declaración unilateral del grupo y responsabilidad por las situaciones de crisis e insolvencia.

<sup>17</sup> En los últimos años no faltan en los ordenamientos europeos tomas de postura favorables a la dirección unitaria como elemento esencial para fijar el concepto de grupo; así, por ejemplo, en el Derecho español, con la reforma, por Ley de 31 de diciembre de 2003, del artículo 42 del Código de Comercio. Algo similar sucede en el régimen sobre grupos de sociedades contenido en el *Codice Civile* italiano, donde la mención de la dirección y coordinación de sociedades encabeza la disciplina sobre grupos característica del Derecho italiano.

Hemos de advertir, en todo caso, que del concepto de grupo no solo se ocupa la propuesta del Fórum en su primer apartado; cuando se contempla la «correcta dirección del grupo» (aspecto más propio de su gestión empresarial que de su concepto), se desarrolla con cuidado la doctrina *Rozenblum*, que fija los presupuestos de la aceptación y tutela del interés del grupo<sup>18</sup>. Con arreglo a dicho criterio, el grupo se define por una serie de características que van más allá del control para situarse de lleno en el terreno de la dirección unitaria. Algo parecido sucede con la «declaración unilateral del grupo», sustitutivo del contrato de dominio, que hace innecesario el consentimiento de la sociedad dominada. Como se puede apreciar, estos apartados no se preocupan tanto por definir, en sentido estricto, la figura del grupo, sino por determinar y facilitar el ejercicio del poder de dirección de la sociedad dominante; en todo caso, la aparente pluralidad de criterios sobre el concepto del grupo en la propuesta del Fórum podría responder a la recepción de tradiciones diferentes, como son la francesa y la alemana.

Al margen del tema crucial relativo al concepto, llama la atención en el tratamiento de los restantes temas incluidos en la propuesta del Fórum su lejanía respecto de lo que ha sido tradicional en Alemania y Portugal, así como en los diferentes textos prelegislativos de la UE. Una finalidad básica de la propuesta parece consistir en otorgar al grupo una situación cierta de seguridad jurídica, tanto en su delimitación como en su funcionamiento, pues así se deduce del reconocimiento del interés del grupo en el contexto de su «correcta dirección» y en el marco de la declaración unilateral. Del mismo modo ha de destacarse la referencia a la «tutela de los acreedores» con motivo de la regulación de las crisis económicas del grupo: las obligaciones impuestas a los administradores de la sociedad del grupo en crisis revelan la voluntad del Fórum de garantizar a sus acreedores una tutela adecuada, evitando en lo posible las soluciones concursales, que a tal fin suelen ser insuficientes.

No hay la misma intensidad en la propuesta del Fórum cuando se trata de fijar medidas de tutela para socios minoritarios o externos de las sociedades dominadas del grupo; si bien ya no se piensa que la protección de los socios externos sea el punto central del Derecho de grupos, no parece lógico evitar este asunto, que no recibe la suficiente atención en el texto elaborado por el Fórum. Destaca, no obstante, el establecimiento de un «derecho de separación» a favor de los socios minoritarios de la sociedad dominada cuando la dominante participe en el capital de esta última con una cuota del 90 al 95 por 100; sin embargo, se trata de una recomendación, una propuesta no vinculante para los Estados miembros, por considerar que el derecho de separación de los socios externos no es un estándar reconocido internacionalmente<sup>19</sup>. Con independencia de esta circunstancia, la idea es plenamente lógica, al haber reconocido el Fórum a la sociedad dominante un «derecho de exclusión» de los socios minoritarios cuando, igualmente, aquella participe en el capital de la dominada con una cuota del 90 al 95 por 100.

La escasa consideración de los socios externos en la propuesta del Fórum se ratifica por la ausencia de un adecuado tratamiento del **derecho de información**, cuya utilidad parece, *a priori*,

<sup>18</sup> Tres son las notas exigidas en esta doctrina *Rozenblum* para legalizar el interés del grupo: una sólida estructura de grupo; una política coherente de grupo; y un equilibrio interno entre cargas y ventajas para su explicación.

<sup>19</sup> Esta afirmación puede ser discutida, a la vista del reconocimiento del derecho de separación que se contiene en el artículo 2.497 *quater* del *Codice Civile* italiano y en el artículo 599 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles española.

fuera de toda duda. Cabe pensar, no obstante, que esta práctica inexistencia del derecho de información puede ser suplida con alguna medida alternativa, como la que representa el *control especial* (*Sonderprüfung*), cuya finalidad es poner de manifiesto graves infracciones de la ley o de los estatutos de la sociedad, a través de las pesquisas que lleven a cabo uno o varios expertos designados judicialmente; no obstante, la incorporación de ese *Sondernprüfung* a la propuesta del Fórum no constituye, a juicio del profesor EMBID IRUJO, un mecanismo sustitutivo del derecho de información: a lo sumo, podrá ser un elemento complementario de tal derecho, muy útil para averiguar determinados extremos de la gestión y funcionamiento del grupo, difícilmente accesibles a los socios sin la intervención de expertos ajenos a la sociedad.

## 2. EL ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Hasta fechas recientes, nuestra legislación mercantil señalaba que nos encontrábamos ante un grupo de sociedades (y existía, por tanto, obligación de consolidar contablemente) cuando concurría una relación de control entre la sociedad dominante y la(s) dominada(s). Dicho control podía traducirse en poseer la mayoría de los derechos de voto; tener la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; poder disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto; o nombrar exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración. Por ello, hasta el año 2004, el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio estaba redactado de la siguiente manera:

1. *«Toda sociedad mercantil estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en este Código y en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas cuando, siendo socio de otra sociedad, se encuentre en relación a esta en alguno de los casos siguientes (...):»*

Pero esta situación dio un giro radical a partir del 1 de enero de 2005, fecha a partir de la cual el Código de Comercio cambia los criterios para determinar la existencia de un grupo hacia un nuevo concepto, pues la Ley 62/2003 introduce un criterio nuevo: la **unidad de decisión**, en cuyos términos el citado artículo 42 queda redactado de la siguiente manera:

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. En aquellos grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante, esta obligación recaerá en la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación. Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con esta en alguna de las siguientes situaciones (...).*

*Se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta (...).*».

Si efectuamos una interpretación literal de este último párrafo parece cierto, en nuestra opinión, que partir del 1 de enero de 2005, se considera que no solamente existirá grupo cuando nos encontremos ante una relación de dominio-dependencia, sino siempre que exista unidad de decisión, considerándose que existe tal unidad de decisión no solo cuando se determine que existe el tradicional control accionarial, de acuerdo con las condiciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio, sino también cuando una o varias sociedades se hallen bajo dirección única y, en particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Basamos dicha interpretación, además de en el literal del articulado que, posiblemente, no quede del todo claro, en varios aspectos concurrentes:

1. La previsión que se realiza en el propio artículo 42 de que en aquellos grupos en que no pueda identificarse fácilmente una sociedad dominante, la obligación de consolidar recaerá en la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación.
2. Las Normas Internacionales de Contabilidad, de más o menos inminente y más o menos amplia futura aplicación en nuestro país, tienen una concepción más amplia de grupo de la que, hasta 31 de diciembre de 2004, regía en nuestro país.
3. En la consulta número 1 planteada al ICAC, en su Boletín Oficial 6, dicho organismo interpreta que, a efectos de la presentación de operaciones intersocietarias en las cuentas anuales, cuando un grupo de personas físicas detente el capital de un conjunto de sociedades, tales sociedades se considerarán como empresas del grupo, si dichas personas físicas actúan de modo coordinado y conforme a sus intereses comunes, siempre que se encuentre, como tal conjunto y en relación con ambas sociedades, en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

Por tanto, entendemos que existirá grupo en estos casos de unidad de decisión aunque no exista participación accionarial de la dominante en la dominada.

Con la nueva normativa se presume, por ende, que existe un grupo de sociedades, además de en todos aquellos supuestos que determinaba la normativa anterior y que se han expuesto *ut supra*, cuando exista entre las sociedades lo que se denomina **dirección única** de las compañías.

No obstante, la unidad de decisión, al menos en el fondo material, no es un elemento novedoso, pues, recordemos, la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de Medidas Urgentes sobre Fomento de Empleo y Protección por Desempleo (el famoso Decretazo), ya establecía dicho

criterio, sosteniendo que *«a los efectos de lo establecido en la presente ley se considerarán PERTENECIENTES A UN MISMO GRUPO LAS EMPRESAS que CONSTITUYAN UNA UNIDAD DE DECISIÓN PORQUE CUALQUIERA DE ELLAS CONTROLA DIRECTA O INDIRECTAMENTE A LAS DEMÁS. Se entenderá que existe control de una empresa dominada por otra dominante cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio».*

Como podemos observar, la normativa ya no exige como requisito indispensable para que exista un grupo de sociedades el hecho de que concurra una participación significativa en el capital social de la(s) compañía(s) dominada(s) que permita considerar que prevalece un poder de decisión de la dominante sobre el resto de las empresas participadas <sup>20</sup>.

Pero es cierto que tampoco existe una definición clara y concisa sobre lo que entiende el legislador por el concepto de *dirección única*. Entonces, ¿cómo se puede determinar si una sociedad debe presentar sus cuentas consolidadas con otra sociedad? Según Felipe MASA SÁNCHEZ-OCAÑA, habrá de entenderse que existe grupo de sociedades (y, por consiguiente, obligación de consolidar) **siempre y cuando coexista una política financiera y operativa común entre las distintas compañías.**

Con esta modificación legislativa puede darse el caso de que dos compañías que no tienen una matriz común tengan la obligación de consolidar, debido a que, según la nueva normativa, se encuentran bajo el mismo grupo <sup>21</sup>.

### 3. CONCEPTOS Y DEFINICIONES DOCTRINALES DE «GRUPO»

Como sostiene María Luisa DE ARRIBA FERNÁNDEZ <sup>22</sup>, el fenómeno de los grupos es una realidad a la que ningún ordenamiento puede escapar, ni siquiera cuando desecha la posibilidad de construir un

<sup>20</sup> En este sentido, el artículo 2 del Reglamento del IRPF, aprobado por Real Decreto 1841/1991, de 30 de octubre, sobre las indemnizaciones por despido o cese de trabajador: *«A efectos tributarios se considerará que no ha existido despido o cese del trabajador, en relación con las indemnizaciones exentas a que se refiere la letra d) del apartado uno del artículo 9 e) de la Ley del Impuesto, cuando el sujeto pasivo fuese contratado nuevamente por la misma Empresa o por otra Empresa vinculada a aquella en virtud de relaciones de filial a matriz, o viceversa, en los tres años naturales siguientes a la efectividad del despido o cese.*

*SE CONSIDERARÁ QUE EXISTE RELACIÓN DE ENTIDAD MATRIZ A FILIAL CUANDO LA PRIMERA PARTICIPE, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, EN EL 25 POR 100 EN EL CAPITAL SOCIAL DE LA SEGUNDA O CUANDO, SIN MEDIAR DICHA CIRCUNSTANCIA, UNA ENTIDAD EJERZA EN OTRA FUNCIONES DETERMINANTES DEL PODER DE DECIDIR. También se considerará que existe dicha relación entre las entidades que, según la norma anterior, sean filiales de una misma matriz».*

<sup>21</sup> Imaginemos, por ejemplo, dos compañías (A y B) que se encuentran participadas al 90 por 100 y al 80 por 100, respectivamente, por una persona física C, que además es administrador único de ambas empresas. Como podemos apreciar, no tienen una matriz común, sino que están participadas mayoritariamente por un tercero. Pues bien, aun así, deberán presentar sus cuentas consolidadas, ya que se considera que a estos efectos existe una política financiera y operativa común, puesto que comparten el mismo órgano de administración, considerándose que será dominante la compañía que mayor activo presente en su balance.

<sup>22</sup> *Vid., Derecho de Grupos de Sociedades*, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

Derecho de grupos elaborado y sistemático. La presencia de los grupos en la economía moderna es tan amplia que, en algún momento, aunque sea tangencialmente, el legislador no podrá eludir la mención al grupo; e incluso, en ocasiones, se verá obligado a describirlo o definirlo. El legislador español no escapa a este modelo en los diferentes sectores del ordenamiento. Y, sin embargo, fijaremos nuestra atención exclusivamente en los conceptos de grupo que encontramos en el Derecho de Sociedades. Con una visión empírica resulta claro que en el grupo de sociedades hay una organización, un sustrato empresarial, cuyo titular jurídico no es único. Hay una unidad empresarial o económica compatible con una pluralidad jurídica. Como dice EMBID IRUJO, lo que define en sentido económico la existencia de un grupo de sociedades, es la concurrencia de dos elementos básicos: la **relación de dependencia** directa o indirecta de una o varias sociedades con personalidad jurídica propia (sociedades dependientes respecto de otra dominante) y el ejercicio de una **dirección económica única** por la sociedad dominante sobre el conjunto de las demás, de manera que, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las sociedades todas ellas actúan en el mercado con la lógica de una sola empresa.

La opción que aboga a favor de un concepto doctrinal de *grupo* implica que no podemos tomar, en principio, como referencia, ninguna de las normas sobre grupos de cada Legislación sectorial<sup>23</sup>, porque, entre otras razones, el legislador no distingue con claridad el grupo de sociedades de otras situaciones afines o previas (y, por tanto, atribuye consecuencias idénticas a situaciones distintas). El grupo de sociedades puede definirse como *la integración de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección unitaria*. Según ARRIBA FERNÁNDEZ, la dependencia no es una nota definitoria del grupo como categoría general, aunque sí lo sea del llamado grupo por subordinación (que, a la postre, es la forma de grupo más extendida). De ahí tal vez el equívoco al que llegan algunos autores y, sobre todo, el legislador, cuando basan el concepto de grupo exclusivamente en la dependencia, o en lo que ellos llaman el control<sup>24</sup>.

#### 4. ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS CARACTERÍSTICOS DEL GRUPO DE SOCIEDADES

Para que exista un grupo de sociedades es necesario que concurren simultáneamente los siguientes elementos:

- i. *La independencia jurídica de sus integrantes*: la autonomía jurídica de los integrantes del grupo se contrapone a la pérdida de autonomía económica que esta forma de organización empresa-

<sup>23</sup> Incluso los autores portugueses deben construir dicho concepto doctrinal de grupos, pues, a pesar de que poseen una normativa jurídica propia y excepcional sobre los grupos, que deroga las reglas generales del Derecho común de Sociedades, su legislación no ha consagrado un concepto general y abstracto del grupo, sino una simple enumeración taxativa de los instrumentos jurídicos que pueden dar nacimiento a un grupo de sociedades.

<sup>24</sup> Esto podría ser defendible sobre el concepto amplio de grupo, no en el sentido estricto. Ciertamente, la noción de grupo basada en el control engloba, en principio, más supuestos que la estricta; ahora bien, ni define el concepto de grupo ni deja de ser una concepción que peca tanto por exceso como por defecto, ya que identifica como situaciones de grupo algunos supuestos que no llegan a serlo, y excluye aquellos supuestos en los que el poder de dirección unitaria no se asienta en una situación de dependencia.

rial conlleva. Es lo que la doctrina de medio mundo <sup>25</sup> denomina *concentración o unidad en la pluralidad*, de suerte que la existencia de un grupo requiere la concurrencia de dos o más sociedades autónomas. Ahora bien, cuando decimos que los miembros de un grupo mantienen su independencia jurídica, estamos queriendo significar que la incorporación a dicho grupo no entraña pérdida de la personalidad jurídica propia. O lo que es lo mismo, los integrantes de un grupo se mantienen como células dotadas de individualidad jurídica y patrimonial propia <sup>26</sup>.

Por otro lado, es evidente que esta autonomía jurídica no es incompatible con la dependencia examinada *ut supra*, pues esta no compromete el mantenimiento de la personalidad jurídica. Por ello, aunque las sociedades integradas en un grupo estén en relación de dependencia no pierden su autonomía jurídica en el sentido explicitado. Sin embargo, no debemos olvidar que no existe relación de causa-efecto entre la situación de dependencia jurídica y la situación de grupo.

- ii. *La dirección unitaria a la que se ven sometidos*: también llamada *unidad de decisión o dirección económica común*, es el elemento decisivo para la formación de un grupo, pues otorga la coherencia interna necesaria para determinar la planificación económica del conjunto y marcar la línea de conducta en el tráfico de las sociedades agrupadas.

Sin la unidad de decisión, estaremos simplemente en presencia de una yuxtaposición de sociedades, relacionadas de alguna u otra forma, pero actuando de manera independiente. Mediante el ejercicio del poder de dirección unificado, el grupo constituye una unidad económica, una empresa unitaria. Por tanto, la unidad de decisión será el mecanismo empleado para cohesionar la persecución del interés del grupo, cualquiera que sea el contenido que atribuyamos a este (bien el interés de la sociedad matriz o bien el interés común al conjunto de las sociedades agrupadas arbitrado por la cabeza del grupo).

De un modo genérico, los grupos de sociedades, cualquiera que sea su clase, están constituidos por una *sociedad matriz* (cabeza del grupo) y por una o más *sociedades filiales*. A todas ellas (matriz y filiales) las denominaremos *sociedades agrupadas*. Otra orientación habla también de sociedad *dominante* y sociedades *dependientes o dominadas*, cuando se trata de denominar a las entidades integrantes de un grupo. A juicio de ARRIBA FERNÁNDEZ, el empleo de estas denominaciones no es del todo adecuado, porque la dependencia no es un elemento característico del concepto de grupo. En puridad, la terminología aquí empleada solo tiene sentido en los grupos por subordinación y, fundamentalmente, en las situaciones de dependencia.

- iii. *Sociedad matriz*: es la sociedad que ejerce la dirección unitaria del grupo. No cabe duda de que puede revestir la forma tanto de una Sociedad Anónima como de una Sociedad de Responsabilidad Limitada. Sin embargo, aunque la gran mayoría de entidades mercantiles que se constituyen en la actualidad adoptan alguna de estas dos formas, el catálogo legal no se agota en las sociedades de capital. Surge así la siguiente duda: ¿Es cualquier persona jurídica apta para ejercer como matriz de un grupo societario?

<sup>25</sup> EMMERICH, SONNENSCHNEIN, HABERSACK y HOMMELHOFF, entre otros autores destacados.

<sup>26</sup> Esta es la gran diferencia entre la fusión (concentración en la unidad) y los grupos (concentración en la pluralidad). Pero también es el dato que permite afirmar que una sociedad y su sucursal no constituyen un grupo.

En lo que a sociedades cooperativas se refiere, estas no presentan ningún problema para poder ser consideradas matrices. En cuanto a las sociedades mercantiles de personas (colectivas y comanditarias), no existe ningún impedimento que frene la posibilidad de hacer de ellas una sociedad matriz, cualquiera que sea la forma mediante la cual se ha instituido la dirección unitaria<sup>27</sup>. Simplemente habrá que tener en cuenta la particular responsabilidad de los socios que rige en estas formas sociales y el principio de la unanimidad en la toma de decisiones. Lo mismo cabe decir de las sociedades civiles<sup>28</sup> y de las fundaciones<sup>29</sup>.

El último lugar de este punto lo hemos reservado para las personas naturales y su capacidad para ocupar la posición de matriz en un grupo. ¿Puede ser una persona física el vértice de un grupo? La respuesta, aunque afirmativa, requiere una serie de aclaraciones: por ejemplo, cuando la participación de esa persona física en las sociedades que constituyen el grupo no tenga una finalidad meramente inversora, ya que, en este caso, no surgirá la dirección unitaria; esta requiere una planificación de la política empresarial, lo que supone un grado de inmersión en los asuntos de las sociedades del grupo y un cierto grado de preocupación por la marcha de las actividades de aquellas que se aleja de la atención que presta un mero inversor. Además, según un amplio sector de la doctrina, los grupos en cuyo vértice se sitúa una persona física deben estar conformados por dos o más sociedades<sup>30</sup>, salvo que aquella pueda ser calificada de comerciante, ya que en tal caso cabe la posibilidad de que anteponga sus intereses particulares sobre los de la sociedad agrupada.

En caso contrario (es decir, si la persona física no es comerciante), su interés en la sociedad se equiparará al interés social de ésta. El ordenamiento ha reconocido, aunque de pasada, la capacidad de una persona física de ser cabecera de un grupo, ya que el artículo 42 del Código de Comercio admite la posibilidad de que una persona física dominante formule voluntariamente cuentas consolidadas<sup>31</sup>.

- iv. *Sociedad(es) filial(es)*: recibe el apelativo de filial toda sociedad integrada en un grupo y sometida a la dirección unitaria de otra sociedad (matriz).

Las estructuras societarias idóneas para desempeñar este rol son las sociedades de capital, singularmente la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y más esta última, ya que su presencia en el tráfico económico se ha incrementado espectacularmente a partir de la Ley de 1995<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Contrato, mayoría de los derechos de voto, mayoría en el consejo de administración, etc.

<sup>28</sup> Su capacidad para ser matrices no planteará problemas, siempre y cuando se trate de sociedades externas.

<sup>29</sup> Respecto a estas, no debemos desdeñar la importancia de las Cajas de Ahorro y la posibilidad de que constituyan un grupo a su alrededor.

<sup>30</sup> Así, el artículo 590 I y II de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, quien reconoce expresamente la capacidad de una persona natural para ser *sociedad dominante*, cuando tenga poder de decisión sobre varias sociedades.

<sup>31</sup> En la práctica, existen casos de personas naturales que han sido consideradas como matrices de un grupo. Este supuesto tomará forma, por ejemplo, cuando la actividad que venía desarrollando un comerciante sea asumida por una serie de sociedades en las que el antes comerciante activo participa de forma mayoritaria o única.

<sup>32</sup> Además, el artículo 44 II de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada es un mecanismo que facilita el ejercicio de la dirección unitaria al autorizar a la Junta General, salvo pacto en contra, a impartir instrucciones al órgano de administración. En principio, por esta vía no pueden impartirse instrucciones perjudiciales para la Sociedad de Responsabilidad

Por añadidura, a partir de la admisión en nuestro Derecho de las sociedades de capital unipersonales, este tipo de entidades mercantiles se han revelado como un instrumento óptimo de articulación de los grupos de sociedades, especialmente de los grupos por subordinación, puesto que es la forma societaria más adecuada para el establecimiento de una relación de dependencia a través de la participación mayoritaria única. Por tanto, una sociedad o una persona física pueden constituir tantas sociedades unipersonales como necesite para la reestructuración de su actividad negocial.

Las sociedades de personas (colectivas y comanditarias) pueden integrarse en un grupo como entidades filiales, pero hemos de precisar los siguientes aspectos: en estas formas societarias, la toma de decisiones se realiza de acuerdo con el principio de la unanimidad, salvo disposición en contrario; de ahí la dificultad de considerar a una sociedad de personas como dependiente.

La relación de dependencia necesaria en los grupos por subordinación es posible respecto de una sociedad personalista, pero precisará del consentimiento unánime de todos sus socios. Además, la unanimidad requerida para los acuerdos sociales no favorece el dominio de la sociedad dominante o matriz, puesto que deberá contar con el resto de socios para imponer su voluntad<sup>33</sup>. Tal vez por ello las sociedades de este tipo tengan mejor acomodo en los grupos de estructura paritaria, en los que las sociedades miembros no están sometidas a ninguna influencia dominante y en los que la planificación empresarial unificada es fruto de un acuerdo.

Por último, la responsabilidad ilimitada de la mayoría de los socios de estas entidades (salvo el socio comanditario) no es un buen reclamo para que las mismas se integren en un grupo de sociedades, aunque los acreedores de las filiales estarían, teóricamente, mejor protegidos para el caso de que la persecución del interés del grupo perjudicara a sus deudoras. También la prohibición de competencia del socio puede acarrear problemas en estos supuestos.

La posibilidad de que una persona física pueda ser calificada de filial carece de sentido, pues es difícil concebir que una persona natural pueda quedar sometida a una dirección externa o que, en su caso, pueda hallarse en una relación de dependencia. Entre otras razones, porque tanto la dirección externa como la dependencia son conceptos acuñados respecto de personas jurídicas, por lo que su origen se vincula con la particular estructura interna de las mismas.

Por último, habría que hacer una breve mención de aquellas ***filiales que pueden excluirse de la consolidación fiscal del grupo de sociedades:***

---

Limitada filial. En el caso de que se impartan, el órgano de administración de la filial, que está obligado a velar por los intereses sociales de su entidad, no debería acatar dichas instrucciones perjudiciales, salvo contrapartida de la matriz o acuerdo de todos los socios de la filial. De lo contrario, los administradores estarían infringiendo sus deberes y la sociedad matriz su deber de fidelidad en cuanto socio de la filial.

<sup>33</sup> No olvidemos que no cabe la unipersonalidad en las sociedades de personas, pues para constituir una sociedad de esta índole se requiere el consentimiento de dos o más personas, salvo que la ley disponga otra cosa (art. 1.665 CC). Así, la unipersonalidad se configura como una excepción legal que solo se admite cuando la propia ley expresamente así lo preceptúa (arts. 125-129 LSRL).

- Las que no representen un interés para la imagen fiel.
- Las que provocan restricciones importantes al ejercicio de los derechos de la dominante.
- Aquellas filiales en las que la información generaría gastos desproporcionados o retrasos.
- Las que tengan actividades muy diferenciadas.

## 5. TIPOLOGÍA Y CLASIFICACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN DERECHO ESPAÑOL

Las clasificaciones que aquí abordaremos <sup>34</sup> no tienen ánimo de exhaustividad, sino que se trata simplemente de brindar una panorámica general sobre la fenomenología de los grupos, con el fin de lograr un mejor conocimiento inicial de tan particular figura. Eso sí, siendo conscientes de que los esquemas clasificatorios rara vez se presentan en toda su pureza en la realidad jurídica; de tal modo que, para lograr una adecuada visión de los grupos de sociedades, será necesario superponer diferentes clasificaciones. No olvidemos que cada grupo es un microcosmos particular y que, en consecuencia, hay tantos tipos de grupos como grupos existen en la realidad.

Como dice LIBONATI, las sociedades que integran el grupo no son más que momentos de organización jurídica de un único tejido económico. Y a este sustrato o tejido económico o empresarial que es el grupo de sociedades sin personalidad jurídica ni regulación especial, el Derecho, que va detrás de la vida, ha de atribuirle determinadas consecuencias jurídicas para proteger y coordinar los intereses sobrevenidos en conflicto susceptibles de protección. Yo diría que se trata de una operación de urgencia, de llenar vacíos normativos y de enganchar consecuencias jurídicas a esta nueva y emergente circunstancia fáctica y económica. La consecuencia más importante será la de comunicar responsabilidades entre las sociedades del grupo en defecto de la personalidad y de la responsabilidad unitaria del grupo de sociedades en su conjunto. Continuando el régimen de clasificaciones, podemos establecer, entre otras, las siguientes:

### *a) Grupos de hecho y grupos de derecho.*

Esta primera clasificación es mencionada por la mayoría de los autores, aunque con diferentes nombres. En sus justos términos, esta clasificación solo tiene sentido en aquellos ordenamientos que han acogido una regulación sistemática de los grupos de sociedades basada en el modelo contractual, puesto que, como apuntamos en su momento, este modelo es de carácter dualista, al admitir dos tipos de grupos: los grupos de derecho (creados conforme a la ley) y los grupos de hecho (el resto de agrupaciones de sociedades en las que confluye una dirección unitaria). Mientras que el modelo orgánico solo admite un tipo de grupo, que es aquel que cumple los elementos del supuesto de hecho legalmente establecido. Fuera de este supuesto, no hay grupo, ni siquiera de hecho.

<sup>34</sup> Seguiremos en este punto las clasificaciones elaboradas por CHAMPAUD, en su obra *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, en las que se han inspirado el resto de autores.

Así, serán ***grupos de derecho*** aquellos constituidos de acuerdo con los instrumentos jurídicos que el ordenamiento ha establecido taxativamente a tal efecto (contratos de grupo, integración...) y que se regirán por una regulación específica de carácter excepcional derogadora de los cánones generales del Derecho clásico de Sociedades, a saber, el llamado Derecho de grupos, mediante el cual queda legitimado el poder de dirección de la sociedad matriz y se autoriza la subordinación de los intereses sociales de las sociedades filiales al interés del grupo. Como contrapartida a esta legitimación del poder de dirección de la matriz, se establecen por el ordenamiento unos mecanismos de protección de las filiales, sus socios minoritarios y sus acreedores. Por el contrario, ***grupos de hecho*** serían todos aquellos cuya constitución no se hubiera efectuado conforme a un instrumento predefinido por la ley y al que esta no vincula un régimen jurídico específico.

En los grupos de hecho no existe el contrato de empresa u organizativo (sea de dominación o de coordinación) y lo que hay normalmente es la participación financiera de una sociedad en el capital de otra. Pero la participación financiera (vinculación real) no es esencial, pues el grupo puede existir sin ella bastando la existencia de administradores comunes (vinculación personal) o la existencia de otro contrato cuya finalidad no sea la organización del grupo (contrato de empresa) pero que de forma indirecta produzca la dependencia económica que es la característica distintiva del grupo. También aquí estamos en una zona fronteriza próxima a los grupos por coordinación.

Esta clasificación carecía de interés en nuestro Derecho hasta fechas recientes dado que, entre nosotros, no existe un Derecho de grupos sistemático. Todos nuestros grupos eran de hecho, o mejor, grupos alegales. Sin embargo, el artículo 78 de la Ley de Cooperativas ha dado cabida a un auténtico grupo de derecho en un ámbito concreto del Derecho Mercantil.

### ***b) Grupos de base societaria; de base contractual; y de base personal.***

Esta segunda clasificación está elaborada en función de la naturaleza o el carácter de los vínculos en los que se apoya el nacimiento de la dirección unitaria. Los ***grupos de base societaria*** (también llamados ***dominicales*** o ***por participación***) serían aquellos en los que la dirección unitaria de la matriz se funda en la técnica societaria de la propiedad de las participaciones en el capital de las sociedades filiales, de tal modo que, directa o indirectamente, la sociedad matriz posee el número suficiente de participaciones en las diversas sociedades del grupo que le permiten ejercer una dirección unitaria. La explicación es sencilla: el llamado *«paquete de control»*<sup>35</sup> otorga a su titular la capacidad de imponer sus decisiones en los órganos societarios claves (junta general y órgano de administración), fundamentalmente mediante la atribución de la mayoría de los derechos de voto. Las formas en que pueden estructurarse estos grupos dominicales son bien diversas<sup>36</sup>:

<sup>35</sup> Es decir, el número de participaciones suficientes para dominar una sociedad, que variará en función del tipo de sociedad de que se trate. En este sentido, el paquete de control de una Sociedad Anónima cotizada en Bolsa puede estar constituido por una participación minoritaria en el capital social, pero que otorga una mayoría simple en la Junta General a causa de la dispersión del accionariado de este tipo de sociedades. Sin embargo, en una sociedad cerrada se hará necesaria, como norma general, la tenencia de una participación mayoritaria en el capital social.

<sup>36</sup> Lo normal es que, generalmente, estas diversas estructuras se entremezclen, dando lugar a una complejidad que escapa a los esquemas teóricos que acabamos de reseñar.

- *De estructura radial*: grupos en los que la sociedad matriz participa directamente en todas las sociedades agrupadas, sin que entre estas exista ningún tipo de vinculación dominical, representando la estructura grupal más simple.
- *De estructura piramidal*: grupos en los que la matriz participa en unas cuantas sociedades que, a su vez, participan en otras, y así sucesivamente, en lo que se denomina *participaciones en cascada*, de modo que con un esfuerzo financiero relativamente reducido, la matriz, situada en el vértice de la pirámide, domina, directa o indirectamente, un gran número de sociedades.
- *De estructura circular*: la matriz participa en una sociedad que, a su vez, participa en otra, la cual posee una participación en el capital de la matriz.

Por lo que respecta a los **grupos contractuales**, el poder de dirección de la sociedad matriz, o de un órgano creado al efecto, tiene su origen en un contrato que se celebra entre la sociedad matriz y las filiales (para el caso de los grupos estructurados jerárquicamente), o bien entre las diferentes sociedades agrupadas (en el supuesto de grupos de estructura paritaria).

Los contratos que permiten el establecimiento de una dirección económica unificada reciben el apelativo de *contratos de empresa*<sup>37</sup>, y se caracterizan por introducir una modificación estructural en el seno de las sociedades contratantes, entre los cuales podemos citar los contratos de dominio, de transferencia de beneficios o de coordinación: en los grupos contractuales hay una decisión de todas las sociedades integradas en el grupo que se concreta en un contrato de tipo organizativo. En el Derecho español, el grupo cooperativo regulado en el artículo 78 de la Ley de Cooperativas se configura como un grupo contractual típico. Sin embargo, y en contra de lo que sostienen PAZ-ARES, ANTUNES y GIRGADO PERGANDONES, no se puede incluir entre los contratos susceptibles de dar lugar a la dirección unitaria determinados pactos ordinarios que originan un control económico<sup>38</sup>, ya que estos contratos, por sí solos, no afectan a la esfera o estructura organizativa interna de las sociedades implicadas, por lo que no caen dentro del ámbito del Derecho de Sociedades, sino en el del Derecho de la Competencia.

En esta problemática<sup>39</sup> habrá que plantear el tratamiento que haya de darse a la situación que se produce en las relaciones de poder basadas en un *contrato de empresa (contrato de afiliación)* cuando se ha declarado el concurso de la empresa dominante o de la dominada, lo cual suscita la siguiente cuestión: ¿Subsiste el poder de dominación en estas situaciones o, por el contrario, debe denunciarse ese contrato y, de manera inmediata, la suspensión del poder de dominación porque, dada la situación de insolvencia, ya no puede cumplir su finalidad? Este contrato no está previsto en la legislación española, pero, en la práctica de algunos sectores empresariales, se utiliza el *contrato de cesión*, mediante el cual la empresa propietaria transmite la gestión a otra empresa que reúne el poder de dirigir, así, varias empresas, en nombre propio pero por cuenta ajena, a fin de unificar ciertos aspectos de la actividad en el tráfico. El criterio sustantivo básico sería la distinción entre *Contratos de Organiza-*

<sup>37</sup> *Unternehmensverträge*, que surgen en la doctrina alemana mediante la AktienGesetz de 1965.

<sup>38</sup> Tales como el contrato de suministro, de préstamo, de distribución, de agencia, etc.

<sup>39</sup> Contingencia admitida en el Derecho español, cfr. artículo 87 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas.

*ción*, sometidos a un tratamiento específico (por ejemplo, contrato de afiliación); y *Contratos Bilaterales*, sometidos al régimen previsto en el Proyecto de Ley Concursal para los contratos bilaterales pendientes de ejecución (por ejemplo, arrendamientos de empresa de una parte contratante a la otra).

En efecto, el contrato de organización en alguna de las modalidades recogidas en el Derecho alemán (pero generalizables por su estructura y función en otros ordenamientos) no crea obligaciones recíprocas entre las partes contratantes, como sí sucede con los contratos bilaterales con prestaciones recíprocas, por lo que difícilmente podrían subsumirse en los supuestos previstos en el artículo 61.2 de la LC. Los contratos de organización por los que se constituye un grupo de empresas producen o bien una modificación, más o menos intensa, de la organización de la sociedad dominada en virtud del derecho de la dominante a impartir instrucciones a la sociedad dominada, que los órganos de gestión de esta última han de cumplir (*contrato de dominación*), o bien afecta a ciertos derechos de los socios de la dominada (el derecho de los beneficios cuando el contrato impone a una de las partes la cesión de todo o parte de los beneficios a la otra parte contratante). El principio de subsistencia del contrato de organización después de la declaración de concurso debe ser el principio general, sin perjuicio de que la administración concursal o el propio concursado puedan pedir la resolución de dicho contrato en caso de riesgos para la integridad patrimonial de la dominada. Por otro lado, los contratos bilaterales (como el mencionado arrendamiento de empresas) quedarán sometidos a las normas del artículo 61 y siguientes de la LC.

Por último, debemos mencionar a los *grupos personales*, en los que la dirección unitaria se fundamenta en la coincidencia de las personas que ocupan el cargo de administradores en las diferentes sociedades agrupadas<sup>40</sup>, siempre y cuando este hecho no sea fruto de un vínculo dominical o contractual.

Esta clasificación tiene, no obstante su utilidad, un inconveniente, porque, en la mayoría de las ocasiones, la dirección unitaria no tiene un origen único. De hecho, generalmente, la celebración de un contrato de empresa o la coincidencia en la identidad de los administradores es posterior a la tenencia de una participación mayoritaria en el capital de la sociedad así subordinada.

### ***c) Grupos por subordinación y grupos por coordinación.***

En esta clasificación, el criterio determinante es la posición de los sujetos agrupados en la estructura del grupo. A partir de la Ley alemana de 1965, esta clasificación se ha convertido en un clásico a la hora de analizar el fenómeno de los grupos de sociedades<sup>41</sup>.

Así, los *grupos por subordinación* (también llamados *grupos verticales* o de *estructura jerárquica*) son aquellos en los que las sociedades agrupadas se ordenan entre sí en torno a una relación

<sup>40</sup> En el origen de esta identidad personal en los cargos administrativos se encuentran, generalmente, razones familiares, por lo que dicha identidad ha de producirse entre los administradores de la matriz y de sus filiales, no solo entre los de las filiales.

<sup>41</sup> Así, son partidarios de ella, además de los autores alemanes y portugueses, Justino DUQUE, Cándido PAZ-ARES y J.M. EMBID IRUJO.

jerárquica de dependencia, siendo la sociedad matriz simultáneamente sociedad dominante, directa o indirectamente, y vértice de la estructura grupal. En estos grupos verticales, la dirección unitaria (en definitiva, la política empresarial de las diferentes sociedades del grupo) viene marcada unilateralmente por la matriz.

Por el contrario, en los **grupos por coordinación** (también **grupos horizontales** o de **estructura paritaria**) no existe relación de dependencia entre las sociedades agrupadas, de manera que la dirección unitaria no se impone por una entidad superior, sino que se acuerda por todas las entidades agrupadas. Aquí, más que nunca, la dirección unitaria es el elemento que aporta cohesión al grupo, y en su determinación intervienen, en pie de igualdad, todas las sociedades del grupo (como consecuencia de la ausencia de subordinación). Para ello, las formas son múltiples, desde la creación de un órgano o de una sociedad *ad hoc* al que se le encomienda el ejercicio de la dirección unitaria paritariamente definida mediante la transferencia voluntaria de competencias decisorias; hasta el establecimiento de vínculos informales, tales como reuniones periódicas o identidad en los cargos directivos.

El contrato de empresa, al que hemos aludido en la clasificación anterior, puede ser de afiliación o dominación o simplemente de coordinación. Esta subclasificación de contrato de dominación o de coordinación es peligrosa y poco clarificadora: estos grupos por coordinación no siempre son admitidos conceptualmente como grupos de sociedades y están en una zona fronteriza lindante con las Agrupaciones de Interés Económico en el Derecho comunitario y con las sociedades de empresas en Derecho español.

La inmensa mayoría de los grupos de sociedades son grupos por subordinación. Por su parte, los grupos por coordinación son, en comparación, menos comunes en la práctica económica, cuando menos en estado puro, aunque su presencia no es en absoluto testimonial y, en consecuencia, los problemas de protección que generan no deben ser descartados ni considerados de menor importancia. Ahora bien, la complejidad de las estructuras grupales puede generar híbridos, es decir, estructuras en parte jerarquizadas por una relación de dependencia y en parte paritarias. Así, por ejemplo, las sociedades agrupadas en torno a una dirección unitaria coordinada pueden, a su vez, dominar y dirigir unitariamente a otra(s) sociedad(es) dependiente(s). En otras palabras, una sociedad integrada en un grupo por coordinación puede ser, simultáneamente, la matriz y dominante de un grupo por subordinación. En ese caso, los diferentes grupos por subordinación son absorbidos por el grupo de coordinación.

#### ***d) Grupos de actividad homogénea y grupos de actividad heterogénea.***

El criterio clasificador es en este caso el objeto de la actividad de las sociedades agrupadas<sup>42</sup>. Así, son **grupos de actividad homogénea** aquellos en los que todos sus integrantes se dedican a la misma actividad, de manera que forman la denominada *concentración horizontal*. Por ejemplo, un grupo formado exclusivamente por bancos, o un grupo integrado por sociedades dedicadas al mundo

<sup>42</sup> Esta clasificación es elaborada por los siguientes autores, aunque no todos utilizan la misma denominación, confundiéndola incluso con la denominación de la clasificación siguiente: CHAMPAUD, DE LA CÁMARA, ANTUNES, J. DUQUE y PAVONE LA ROSA.

de la moda<sup>43</sup>. Por el contrario, los **grupos de actividad heterogénea** se caracterizan porque sus miembros no desarrollan una misma actividad. Estos últimos pueden, a su vez, dividirse en:

- Grupos *plurisectoriales*: aquellos en los que las actividades desarrolladas por los integrantes del grupo, aun siendo distintas, están económicamente relacionadas; es decir, que las sociedades agrupadas desarrollan actividades complementarias. En otras palabras, el proceso de producción y comercialización de un determinado producto estaría repartido entre las diversas entidades agrupadas<sup>44</sup>.
- Grupos *diagonales*: aquellos grupos en los que sus miembros desarrollan sus actividades en sectores de la Economía que no tienen ninguna relación entre sí; aquí las sociedades agrupadas actúan en sectores diferentes del tráfico económico–mercantil (banca, telecomunicaciones, confección, textil, etc.).

Esta clasificación es válida tanto para los grupos verticales como para los horizontales, puesto que el criterio de las actividades desarrolladas por las sociedades agrupadas no interfiere en cómo se estructura la dirección unitaria en el seno del grupo.

#### e) *Grupos industriales y grupos financieros.*

El criterio en torno al cual gira esta clasificación es solamente la actividad desarrollada por la sociedad matriz; la diferencia con la clasificación precedente es que aquí no se toma en consideración el conjunto de actividades realizadas por las sociedades agrupadas, sino exclusivamente la de la sociedad cabeza del grupo. De tal manera que son **grupos industriales** aquellos en los que la actividad desarrollada por la sociedad matriz no se limita al ejercicio de la dirección unitaria, sino que dicha sociedad conserva y realiza también su propia actividad industrial o comercial, es decir, una actividad productiva. Cuando los objetos sociales de la entidad matriz y de las filiales coincidan o se complementen, estas pasarán a ser meras prolongaciones productivas de la sociedad matriz y, en ocasiones, auténticas sucursales, aun conservando su independencia formal (la matriz es, en estos grupos, una sociedad activa u operante). En cuanto a los **grupos financieros**, se distinguen de los anteriores porque la matriz ya no desarrolla una actividad productiva en el sentido tradicional del término, sino que su objeto social consistirá en la gestión o la administración de las participaciones que posee en el capital del resto de sociedades del grupo. En estos grupos, la sociedad matriz es,

<sup>43</sup> Como ejemplos de grupos de actividad homogénea podemos mencionar al Grupo Gucci NV (Gucci, Sergio Rossi, Boucheron, Bédar & Co., Bottega Veneta, Yves Saint Laurent, Stella McCartney, Alexander McQueen, Balenciaga, etc.) y al Grupo LVMH (Louis Vuitton, Moët Chandon, Hennessy, Christian Dior, Givenchy, Kenzo, Loewe, Sephora, etc.). Las sociedades que integran sendos grupos se dedican a la producción y comercialización de objetos de lujo relacionados con el mundo de la moda (zapatos, accesorios, ropa, joyas y perfumes).

<sup>44</sup> Ejemplo: independientemente de cómo surge la dirección unitaria o cómo se estructura el grupo, lo cierto es que las sociedades A, B, C y D forman un grupo de actividad heterogénea plurisectorial, pues la sociedad A, que explota una plantación de eucaliptos, vende la madera a la sociedad B, que la transforma en pasta de papel; B se la vende a la sociedad C, que con dicha materia fabrica papel de distintas clases. Finalmente, C vende su producción a la sociedad distribuidora D, que se encarga de colocar en el mercado los productos fabricados por la sociedad C.

generalmente, un *holding*, es decir, una sociedad financiera cuyo patrimonio está compuesto por valores mobiliarios y cuya única finalidad es dominar a otras sociedades <sup>45</sup>.

De modo genérico, puede decirse que los grupos financieros son derivaciones lógicas de los grupos industriales y estos, a su vez, consecuencia lógica del crecimiento económico de las empresas. El camino es el siguiente: la expansión económica de una empresa hace que, a su vez, crezcan sus estructuras, que puede hacerse bien mediante una ampliación interna (creando más sucursales) o bien mediante la adquisición de participaciones de control en otras sociedades, o constituyendo *ex novo* sociedades en las que se reserva una participación de dominio. Llegados a este punto, ya tenemos un grupo industrial. Sin embargo, si el grupo sigue creciendo, llega un momento en el que la gestión de las participaciones es cada vez más importante, lo que obliga a que la sociedad matriz se convierta en un *holding*. Con esta conversión, se opera una transformación en la naturaleza del grupo que adquiere la calificación de grupo financiero <sup>46</sup>. Evidentemente, existe una fase intermedia en la que el protagonismo de la gestión de las participaciones en otras sociedades es cada vez mayor, sin que por ello la matriz desatienda su actividad industrial o comercial. En muchas ocasiones, los grupos industriales no pasarán de esta fase en la que el grupo tiene una naturaleza mixta.

#### *f) Grupos centralizados y grupos descentralizados.*

Esta clasificación se establece en función de la intensidad con que se ejerce la dirección unitaria. Así, son ***grupos centralizados*** aquellos en los que la dirección unitaria se ejerce con mano férrea por su titular; en otras palabras, las sociedades integrantes del grupo tienen poca autonomía para la toma de sus decisiones, puesto que la cabeza del grupo impone con vigor sus dictados sobre la inmensa mayoría de las cuestiones sometidas a la dirección económica común. Es más, en estos grupos, la dirección unitaria se extiende por todos o la mayoría de los sectores empresariales (producción, comercialización, sector financiero...). Por el contrario, en los ***grupos descentralizados*** los miembros del mismo tienen mayor autonomía económica para la toma de sus decisiones, incluso en aquellos puntos teóricamente afectados por el poder de dirección unificado. En estos grupos, las decisiones de política empresarial que vienen determinadas o impuestas por la cabeza del grupo son las menos, aunque, eso sí, las necesarias para que podamos hablar de dirección unitaria y, por tanto, de grupo. En este sentido, no caben los grupos totalmente descentralizados, porque entran en contradicción con el concepto mismo del grupo.

<sup>45</sup> Conviene no confundir a los *holding* con las sociedades o instituciones de inversión colectiva, cuyo objeto social también consiste en la tenencia de participaciones en el capital de otras sociedades, pero no con la finalidad de dominarlas, sino con el objetivo de hacer prosperar el ahorro colectivo del que son depositarias. Por ejemplo, los fondos de inversión o los planes de pensiones. Por otra parte, el hecho de poseer una cartera de acciones o participaciones en otra u otras sociedades no convierte necesariamente a una sociedad en una *holding*, y nunca si la adquisición y tenencia de dichos valores es una simple inversión propia.

<sup>46</sup> Ejemplo de grupo financiero en la actualidad, inicialmente grupo industrial, es el Grupo Telefónica: hoy en día, Telefónica, S.A., es una sociedad *holding* que ya no realiza por sí misma ninguna actividad productiva, sino que las ha deslocalizado en multitud de sociedades, tanto nacionales como extranjeras, en las que participa directa o indirectamente. Tal es el caso de Telefónica de España, SA, que se encarga de la prestación de servicios de telecomunicaciones en España y que está participada al 100 por 100 por Telefónica, S.A. Particularmente interesante es el caso de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), por su condición de *holding* estatal o público.

Generalmente, se dice que los grupos por subordinación son grupos más propicios para que, en ellos, la dirección unitaria se ejerza de modo más centralizado que en los grupos por coordinación. Se alega que la dependencia, característica de los grupos verticales, favorece el ejercicio centralizado de la dirección unitaria. No obstante, se trata de dos cuestiones perfectamente disociables y nada obsta a que en un grupo de estructura paritaria la dirección unitaria se practique de modo centralizado, si así lo han acordado las partes.

Resumiendo, en la práctica del tráfico mercantil, los grupos de sociedades se ajustan a dos modelos básicos de regulación: el modelo orgánico y el contractual, que se traducen en la distinción práctica entre grupos de hecho y grupos contractuales, a las que ya hemos hecho alusión. La distinción entre estos grupos contractuales o de hecho o la del sistema orgánico o contractual es importante por cuanto determina la sujeción automática u optativa al derecho material del grupo. En el sistema contractual, sin contrato no hay sujeción al derecho material o regulador del grupo. Y en el orgánico la sujeción es automática en cuanto se den los presupuestos de hecho económicos previstos en la ley.

## 6. DETERMINACIÓN DEL ESTATUTO PERSONAL: LA NACIONALIDAD DE LOS GRUPOS

Como ha señalado EMBID IRUJO, estamos económicamente en presencia de un grupo de sociedades cuando concurren dos elementos básicos: la relación de dependencia directa o indirecta de una o varias sociedades (dependientes) con respecto a otra (dominante) y el ejercicio de una dirección económica única por esta última sobre el conjunto de las demás, de forma que, a pesar de la personalidad jurídica propia de cada una de las sociedades, todas ellas actúan en el mercado con la lógica de una sola empresa.

El grupo de sociedades puede ser interno, cuando está formado por varias empresas –todas ellas nacionales–, que operan dentro de un mismo país, el propio, o internacional. En este caso, suele hablarse de sociedades multinacionales, expresión equívoca, ya que las sociedades del grupo tienen sólo la nacionalidad de un Estado, generalmente aquel en que operan, y, en este sentido, son sociedades nacionales (por ejemplo, Ford España, SA). La multinacionalidad hay que entenderla referida al grupo en su conjunto y no a las sociedades individuales que lo integran. En este sentido, el *Institute du Droit International*<sup>47</sup> adoptó una resolución sobre las empresas multinacionales que las define como «*empresas formadas por un centro de decisión localizado en un país y por centros de actividad, dotados o no de personalidad jurídica propia, situados en otro u otros países diversos*».

El grupo es, ante todo, una realidad social. Se trata de una «asociación poli-corporativa» (L. RAISER) que, como ha puesto de relieve M. LUTTER con un símil afortunado, se asemeja a la relación entre átomos y moléculas: las sociedades serían los átomos que se juntan para formar las moléculas o grupos, pero estos son algo más y a la vez distinto que la mera suma de estas<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> *Institute du Droit International*, *Annuaire*, vol. 57, tomo I, Session de Oslo 1977, págs. 266-386.

<sup>48</sup> El ejemplo más claro lo constituye la empresa alemana Veba AG, que llegó no solo a tener más de un millón de accionistas, sino que estaba situada en la pirámide de un grupo formado por más de 1.000 sociedades.

La complejidad del fenómeno de los grupos y sus múltiples variedades hacen difícil establecer una disciplina legislativa de los mismos. Se ha discutido si debe confiarse esta al Derecho de Sociedades tradicional o si, por el contrario, debe elaborarse un Derecho propio de los grupos de sociedades (*Konzernrecht*) y se cuestiona, en caso de responder afirmativamente la anterior pregunta, si debe fijarse un régimen unitario –para toda clase de grupos– o diversificado. En ningún caso se cuestiona que dicho régimen deba tener como objetivos prioritarios el de tutelar a los acreedores, a los socios externos, a los trabajadores de las sociedades (dependientes) del grupo y a la imposición del deber contable de elaborar estados financieros relativos al grupo en su conjunto a través de la técnica de la consolidación.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, se ha defendido por algunos autores (en especial, B. GOLDMANN) la conveniencia de abandonar los criterios atributivos de nacionalidad de las sociedades tradicionales (sede, constitución), mediante los cuales se determina la ley rectora del estatuto personal societario, para los grupos internacionales (o multinacionales) de sociedades y su sustitución por el criterio del centro de decisión, que se correspondería con el medio político, jurídico y económico en el que se definen las grandes líneas de actuación del grupo.

El escaso eco que parece haber tenido esta propuesta se explica por su parentesco con el criterio del control, su ambigüedad frente al criterio de la sede social real de la sociedad-madre (que puede no existir o, aun existiendo, no coincidir con el lugar donde efectivamente está el poder de decisión) y la dificultad de aplicarlo en la práctica a los supuestos de sucesión de filiales (caso, por ejemplo, de empresa estadounidense que crea una filial inglesa, que, a su vez, constituye una filial en Holanda y esta en Francia: ¿dónde se encuentra el centro de decisión y, por consiguiente, el Estado cuyo ordenamiento debería regir la vida interna de la sociedad? ¿En Estados Unidos, el Reino Unido o los Países Bajos?) o de grupos multinacionales de sociedades de carácter bicéfalo, como, por ejemplo, las anglo-holandesas Unilever o Royal-Dutch Shell o la germano-belga Agfa-Gevaert. Metodológicamente hay propuestas en favor del abandono de la norma de conflicto bilateral y su sustitución por normas materiales autolimitadas de origen estatal, una reglamentación internacional uniforme o más modestamente, dado el carácter tutelar del Derecho de los grupos de sociedades (de los acreedores sociales, los trabajadores, los accionistas minoritarios), la consideración de las normas «sobre la transparencia societaria» como normas de aplicación inmediata que disciplinan el fenómeno del grupo.

En Derecho internacional privado español, no existe una norma de conflicto que contemple expresamente el supuesto de los grupos de sociedades. Ante la ausencia, pues, de una normativa específica, no cabe admitir otra solución más que la del artículo 9.11.º del Código Civil: cada una de las sociedades (sociedad dominante y sociedad o sociedades dependientes) se regirá por el ordenamiento jurídico del Estado cuya nacionalidad posea. La aplicación del estatuto personal de la sociedad dependiente es la solución más respetuosa con la personalidad jurídica de esta, la protección de la parte más débil y los intereses del Estado anfitrión. Cuestión distinta, aunque próxima a la anterior, es la del Derecho aplicable a las relaciones entre la sociedad dominante y las sociedades dependientes.

La doctrina germánica ha defendido, con muy buen criterio, que el estatuto de la sociedad dependiente rige las relaciones (del Derecho de grupos) con la sociedad dominante, tanto si media

(grupos de sociedades jurídicos) como si no (grupos de sociedades tácticos) un contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*), esto es, un contrato de empresa por el que la sociedad dominante sienta las bases sobre las que se apoya su ulterior dirección de la actividad económica de la sociedad dependiente. La norma sobre las relaciones del grupo sería bilateral; de manera que regiría no solo en el supuesto de que la sociedad dominada sea del foro, sino también el de la sociedad del foro que tenga una filial en el extranjero y entrañaría, por consiguiente, la eventual aplicación de un Derecho extranjero.

Mientras nuestro sistema de Derecho internacional privado no se desarrolle en este punto, es altamente improbable que un Tribunal español considere otra solución que no sea la de entender que tal cuestión debe resolverse exclusivamente en el marco del estatuto personal de la sociedad dependiente –tratándose de grupos de sociedades *de facto*– o del Derecho internacional privado de contratos –en el caso de los grupos de sociedades jurídicos–.

## 7. DERECHO CONCURSAL

### 7.1. Introducción: la nueva Ley Concursal 22/2003.

Un aspecto singular del régimen jurídico del grupo en el que se puede producir una adecuada combinación de libertad contractual e intervención legislativa lo encontramos en el Derecho Concursal. La situación de crisis económica o de insolvencia de una, varias o todas las sociedades del grupo implica la necesidad de predisponer mecanismos específicos de tratamiento. En esa línea, cabe destacar el planteamiento del Derecho español mediante la Ley Concursal 22/2003, de 9 julio (en adelante LC), que dedica algunas normas al grupo de sociedades y, más específicamente, al tratamiento procesal y sustantivo de la crisis económica de las sociedades que lo integran.

La ley española solo contempla algunos supuestos concretos (postergación de créditos de las sociedades del mismo grupo que la insolvente, posible acumulación de procedimientos de concurso, etc.), pero no define la figura ni contempla rígidamente su estructura o los sujetos (no necesariamente sociedades) que lo integren. Presupone, por ello, una realidad reguladora del grupo que, por no existir en otras leyes del Derecho español, puede ser afrontada por sus propios protagonistas en los términos generales expresados en el texto.

La reflexión sobre el *concurso de grupos de empresas* está erizada de dificultades, cuya causa es la encrucijada de dos disciplinas extremadamente complejas: el Derecho Concursal y el Derecho de Sociedades: no olvidemos que, aunque de un grupo de empresas pueden formar parte empresarios individuales o personas jurídicas que no son sociedades (por ejemplo, fundaciones), lo frecuente es que sean sociedades las entidades agrupadas, sin que la participación en los grupos se limite a un tipo específico de sociedades. Por otro lado, el ordenamiento jurídico español carece de una dis-

ciplina sistemática de los grupos de empresas, semejante a las que tienen dentro de la UE países como Alemania y Portugal, como ya hemos apuntado en apartados anteriores <sup>49</sup>.

## 7.2. El concepto de «grupo» en la Ley Concursal 22/2003: definición y caracteres.

El fenómeno de los grupos de empresas puede caracterizarse, siguiendo las indicaciones del *Forum Europaeum* de 1998, como «*la formación empresarial que, sobre la base de unas relaciones determinadas* (contractuales, de participación o de directivos comunes, entre otras) *entre varias empresas jurídicamente independientes, establecen una unidad de dirección que aglutina una unidad económica funcional*».

La LC menciona los grupos de empresas a lo largo de su articulado, lo cual es congruente con el interés que muestra su Exposición de Motivos, apartado III, por la regulación del *concurso de personas jurídicas* (cfr. art. 1.1), dada la gran importancia que estos entes, y fundamentalmente las sociedades, revisten en el moderno tráfico mercantil. No obstante, dicha Exposición de Motivos no menciona el supuesto específico de los grupos; sin embargo, es frecuente la aplicación de esta formación empresarial incluso en el sector público; y no solo para actividades de grandes grupos multinacionales, sino también en la organización de pequeñas y medianas empresas.

La LC trata de forma parcial, y en preceptos dispersos, el concurso de los grupos de sociedades, abordando algunos aspectos desde un punto de vista más bien formal. En concreto, el artículo 6.3.4.º exige que en la solicitud de concurso que efectúe el deudor acompañe las cuentas anuales, el informe de gestión consolidado de los últimos tres años, así como el informe de auditoría y una memoria expresiva de las operaciones intragrupo durante ese período. Igualmente, y culminando una vieja aspiración de nuestra doctrina <sup>50</sup>, el artículo 25 permite solicitar a la administración concursal la acumulación en un solo procedimiento de los concursos ya declarados de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo.

La LC se refiere a «grupos» (arts. 3.5, 25.1, 93.2.2.º) o a «grupos de empresas» (art. 6.3.4.º), sin que aparezca la denominación más restringida de «grupos de sociedades». Sin embargo, la LC carece de una disciplina sistemática de los problemas que pueden presentarse en el concurso de un sujeto que forma parte de un grupo de empresas. Con ello se abren una serie de interrogantes para cuya solución el ordenamiento jurídico español no ofrece ninguna pauta, ni en el ámbito concursal (con la aprobación de la nueva LC) ni en el del Derecho Societario. El ya citado artículo 93.2.2.º se refiere a las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, considerando como tales a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios. Mayor interés tienen los otros tres preceptos anteriores, que a continuación analizamos.

<sup>49</sup> Tampoco es ajeno el régimen de los grupos afectados por una situación de crisis económica a los trabajos de ámbito internacional llevados a cabo en UNCITRAL sobre la insolvencia.

<sup>50</sup> Véase A. ROJO, «El estado de la crisis...», *cit.*, págs. 89 y ss.

El artículo 3.5 admite la acumulación de acciones contra varios deudores. Concretamente, dispone que «el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando... siendo estas personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones». El principal problema que plantea la interpretación de este precepto es determinar el concepto de grupo y cuándo existe unidad en la toma de decisiones. La solución a esas dos cuestiones se recoge en buena medida en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, que introduce la «*unidad de decisión*» como base de la definición de un grupo de empresas. Por otro lado, la LC no prevé la extensión del concurso de una sociedad concursada a otras del grupo, por lo que, en principio, mientras no existan normas explícitas de Derecho positivo, debe descartarse la extensión del concurso por la concurrencia de mero poder de dominio.

El punto de partida es que el «*grupo de empresas*» (tal y como se menciona en el art. 6.3.4.º LC) **no es sujeto pasivo de la declaración de concurso**: el grupo no posee personalidad jurídica propia, y este es un aspecto que viene abordado en la legislación portuguesa <sup>51</sup>, la cual, al admitir la presencia de un grupo de empresas, comienza advirtiendo que esta se da «*sin perjuicio de los efectos patrimoniales de la existencia de personalidad jurídica distinta de cada una de las sociedades agrupadas*». La formulación legal afirma directamente la personalidad jurídica independiente de las sociedades agrupadas, pero no se pronuncia de una manera expresa y directa sobre la carencia de personalidad jurídica del grupo de sociedades: quienes aparecen declarados en concurso son la sociedad dominante o la sociedad dominada, pero el concurso de una de las entidades agrupadas no deja de tener repercusiones sobre las restantes unidades del grupo, tanto en el plano procedimental como en el material.

El artículo 6.3.4.º de la LC determina, simplemente, la documentación complementaria, es decir, la documentación exigida además de la general, que ha de presentar el deudor que solicite el concurso cuando este forme parte de un grupo como sociedad dominante o sociedad dominada. Se trata, por tanto, de un deber de información, con el que se proporcionarán a la futura administración concursal los datos necesarios para que, si lo estima conveniente, ejercite la acumulación procesal prevista en el artículo 25.1 de la LC, cuyo tenor literal hace referencia a la acumulación de concursos. De la redacción del precepto se desprende que el efecto procesal –la acumulación de concursos– presupone la declaración de concurso de la dominante y de alguna(s) dominada(s), aunque en él nada se dice sobre una cuestión tan importante como los efectos de la acumulación. Sobre esta cuestión, ha señalado el profesor Justino DUQUE <sup>52</sup> que la LC no pretende una reunión de todos los patrimonios de las entidades agrupadas y una clasificación común de los créditos de los acreedores de las sociedades concursadas. Como norma general, se seguirá cada proceso por separado, a fin de mantener separadas las liquidaciones y respetar las listas de acreedores de cada sociedad, salvo cuando concurren determinados hechos como la confusión de patrimonios.

Los aspectos más conflictivos de las normas en materia de concurso de grupos resultan de los artículos 3.5 y 92, en cuya virtud:

<sup>51</sup> Artículo 1.3 del *Código dos processos especiais de recuperação da empresa de falência*.

<sup>52</sup> Al respecto, véase «El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal», publicado en *Derecho Concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, cit., pág. 148.

- (i) El acreedor puede instar la declaración conjunta de concurso de varios de sus deudores que formen parte del mismo grupo, y
- (ii) Quedan subordinados los créditos de las personas relacionadas con el deudor, comprendiéndose entre estos por aplicación del artículo 93 las sociedades que formen parte del mismo grupo.

Al segundo de estos aspectos (esto es, el relativo a la subordinación prevista en el art. 93), le faltaría por concretar qué se entiende por grupo de sociedades en el ámbito de la LC.

Como ya hemos analizado con anterioridad, 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 solo 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>. A tal efecto, en la LC nos encontramos con una referencia indirecta al concepto de grupo en el artículo 3.5 en el que caracteriza a este por la «unidad de decisión». En consecuencia, parece razonable concluir que a efectos concursales el concepto de grupo está fundamentado en la unidad en la toma de decisiones, similar en cualquier caso a lo previsto en el artículo 78 de la Ley de Cooperativas y al artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores ya comentados.

Una vez delimitado el concepto de grupo, hemos de referirnos, finalmente, al primero de los aspectos anteriormente señalados y, en concreto, hemos de plantearnos si la LC pretende instaurar la extensión del concurso a los grupos de sociedades, como lo hizo en su día el Anteproyecto de 1983. Una de las preguntas que puede resumir la problemática que suscita esta situación es: ¿puede quebrar una sociedad a causa de la insolvencia de la controlada? El mencionado Anteproyecto, en su artículo 150, regulaba la extensión del concurso de la sociedad dominada a la dominante que había ejercido la actividad empresarial a través de la entidad dominada declarada en concurso; e igualmente se preveía la extensión del concurso de una sociedad unipersonal al socio único cuando concurrían determinadas condiciones.

El régimen de extensión ha sido reconocido en algunos países de nuestro entorno (Francia e Italia) y es apoyado por parte de nuestra doctrina<sup>55</sup> como un mecanismo corrector del régimen de unidad de dirección y de los abusos que este sistema puede conllevar respecto de los acreedores sociales. Sin embargo, no creemos que los preceptos antes mencionados y, en especial, el artículo 3.5 de

<sup>53</sup> Véanse los trabajos de J.M. EMBID, «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., e *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, 2003; véase también P. GUIRGADO, *La empresa de grupo y el Derecho de Sociedades*, Granada, 2001.

<sup>54</sup> En este sentido, C. PAZ-ARES, «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en R. URÍA y A. MENÉNDEZ, *Curso... cit.*, tomo I, págs. 1-323 y ss. (en págs. 1.328 y ss.).

<sup>55</sup> En este sentido, F. VICENT CHULIÁ, «En vísperas de la reforma del Derecho Concursal Español», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1978, págs. 111 y ss.

la LC pretendan este resultado, ya que este precepto tan solo permite la declaración conjunta de concurso respecto de sociedades que a su vez fueran deudoras del acreedor instante, y debía darse en cualquier caso respecto de aquellas el presupuesto objetivo de insolvencia. En todo caso, este es un tema abierto y tendrán que ser nuestros Tribunales quienes tengan la última palabra en un tema que sin duda será polémico.

### 7.3. Ordenación interna y componentes subjetivos desde la perspectiva concursal.

El tomar como premisa la oscilante terminología de la LC (en lo que respecta al grupo centralizado) nos permite abordar otras cuestiones del tratamiento de los grupos en la LC relativas, por un lado, al modo de su ordenación interna (jerárquica o paritaria), así como a la naturaleza e identificación jurídica de sus componentes, por otro. Considerar estas dos cuestiones no solo es una consecuencia obligada del análisis de la figura del grupo, en cuyo régimen juegan un papel de extraordinario relieve, sino, sobre todo, un tributo insoslayable a su recepción por la LC. Ambas vertientes de la figura no son objeto de una nítida presentación en dicha ley, carente de un adecuado planteamiento de política jurídica que permita hacer visible los propósitos últimos queridos por el legislador. No obstante, las alusiones a los grupos son, como ya sabemos, numerosas, y se sitúan en muy diversos planos del procedimiento concursal. Como regla general, se ha de destacar la falta de fijeza terminológica mostrada por el legislador, sobre todo en lo que se refiere a los miembros del grupo y que, como veremos, hace surgir multitud de interrogantes al hilo de la mera lectura de las normas. No se trata, por tanto, solo de un problema de designación de los sujetos integrantes del grupo como cuestión formal, sino de profundas repercusiones materiales.

Por lo que a la designación de los miembros del grupo se refiere, observamos que el legislador utiliza términos diversos, tales como «*personas jurídicas*» (art. 3.5.º LC), «*empresas*»<sup>56</sup> (art. 6.3.4.º) o «*sociedades*» (art. 25.1.º LC), sin perjuicio de que, en ocasiones, se integren algunos de ellos dentro de un mismo precepto (así, en concreto, el ya citado art. 6.3.4.º). El alcance de estos términos es bien diverso; de entrada, la referencia a las «*personas jurídicas*»<sup>57</sup> abre extraordinariamente el campo de aplicación de la norma, incluyendo a todo tipo de grupos, con independencia de la naturaleza de las personas jurídicas que lo integren<sup>58</sup>, si bien insertas, como regla general, en el marco del Derecho Privado<sup>59</sup>. Solo quedarían excluidos aquellos grupos que contaran en su estructura interna con una

<sup>56</sup> Usado en la LC con sentido equivalente al de empresario, por lo que, quizá, este último término brille por su ausencia a lo largo del articulado.

<sup>57</sup> Concepto que no vuelve a repetirse en la LC con motivo del tratamiento de los grupos.

<sup>58</sup> Como veremos en el siguiente apartado, la referencia expresa a los «miembros» de las personas jurídicas parece excluir a aquellos sujetos carentes de base personal, tales como las fundaciones; por ello, es conveniente admitir una interpretación finalista del término, a fin de no dejar fuera de tan importante precepto a los grupos, nada extraños en la práctica empresarial de nuestros días, encabezados por una persona jurídica fundacional.

<sup>59</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la LC, a cuyo tenor no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de Derecho Público. Esta declaración, sin embargo, no debe ser entendida de forma absoluta, como si los sujetos de Derecho Público quedaran en su totalidad al margen de la LC; como ha dicho, acertadamente, Ángel Rojo (en «*Comentarios a la Ley Concursal*»), «*el privilegio de la no concursalidad de las Administraciones Públicas solo debe cubrir a las formas de personificación cuyo*

persona física, lo que normalmente se articula, como se deduce de la práctica, mediante su ubicación en la cabeza o cima del grupo.

Por su parte, la amplitud del término «*empresa*» es, a su vez, considerable, pues permite no solo incluir a las personas jurídicas, sino también a las personas físicas con tal de que puedan merecer la calificación de empresario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 del Código de Comercio; la restricción, en este caso, viene del contenido de la actividad de empresa, limitada, por su propia naturaleza, a suministrar al mercado, de manera profesional y organizada, un conjunto diverso de prestaciones económicas, en principio, remuneradas. Más estricta, aunque sin demasiados matices, es la alusión a las «*sociedades*», susceptibles de incluir a todas las personas jurídicas de base asociativa que cumplan los requisitos establecidos por nuestro Derecho Privado <sup>60</sup>.

Aunque el legislador ha preferido, en la mayoría de los casos, la expresión «*grupo de empresas*», a la hora de ocuparse de sus miembros, y a salvo de alguna excepción significativa, habla casi siempre de «*sociedades*»; esta mención no va acompañada de calificativos expresos en cuanto a la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, a la que, sin embargo, se suele calificar como dominante o dominada, en función de la posición jerárquica que ocupe en el grupo (en este sentido, véase arts. 6.3.4.º y 25.1 LC), cuestión en absoluto baladí desde el punto de vista de su naturaleza: desde luego, no hubiera sido lógico que la LC se hubiera referido exclusivamente a las sociedades mercantiles, a la vista de su notorio propósito de lograr la unidad legislativa, evitando la dualidad de procedimientos concursales según la naturaleza, comercial o no, del deudor. Por este motivo, ha de considerarse positivo el modo de designar las personas jurídicas societarias en el marco del tratamiento concursal de los grupos. Ahora bien, la indiferencia de la naturaleza de las sociedades integrantes del grupo a los efectos de su consideración por la LC, si se encuentran en situación de insolvencia, no se puede trasladar de manera mecánica a su posición dentro del grupo. Si nos limitamos a considerar el supuesto del grupo jerárquico (único que, en apariencia, ha querido contemplar el legislador), parece posible afirmar, sin género de dudas, que cualquier tipo de sociedad, con independencia de su naturaleza, puede merecer el calificativo de dominante, aunque no todas ellas podrán situarse en la posición de dominadas <sup>61</sup>.

#### 7.4. El modelo jerárquico como paradigma en la LC.

Las anteriores consideraciones son especialmente pertinentes a la hora de analizar con algo más de detalle el problema de la susceptibilidad concursal de los grupos, según el tipo de ordenación inter-

---

*fin sea de forma inmediata la consecución de un interés público, más exactamente, la garantía del funcionamiento de los servicios públicos... El fundamento de la excepción permite así excluir de su ámbito cualquier forma de personificación de creación pública cuyo fin sea meramente el de producción de bienes y servicios con ánimo de lucro, directo o indirecto, o, al menos, con ánimo de objetiva economicidad en pie de igualdad con los particulares».*

<sup>60</sup> Sociedades mercantiles, civiles y cooperativas, sin perjuicio de otros fenómenos asociativos equiparables, como puede ser la agrupación de interés económico.

<sup>61</sup> Esta última afirmación resulta especialmente pertinente en el caso de las cooperativas, sobre la base de las exigencias que les impone la observancia de los principios cooperativos.

na que en ellos se observe, es decir, si entre las entidades del grupo hay relaciones de *coordinación* que dan lugar al *grupo paritario*, o si existe algún tipo de jerarquía, constituyéndose en tal caso un *grupo vertical* o por *subordinación*. Hace ya tiempo que esta distinción tomó carta de naturaleza en la doctrina y legislación relativas a los grupos, aunque la posibilidad de englobar ambos modelos bajo unos mismos caracteres no siempre ha sido comprendida y afirmada con nitidez. No obstante, parece factible agrupar las dos categorías reseñadas bajo el concepto común de la «*unidad de decisión*», anotando con cuidado el diferente camino que esa dirección unificada recorre según nos encontremos ante un grupo vertical o ante otro paritario:

- a) En el caso de los *grupos jerárquicos o verticales*, la unidad de decisión es el resultado de una previa relación de dominio o control, basada por lo común en la tenencia de un paquete significativo de acciones o participaciones sociales, por lo que cabe afirmar que se instaura «*de arriba hacia abajo*», desde el vértice del grupo, identificado con la sociedad dominante, hasta su base de sustentación, integrada por la(s) dominada(s).
- b) En el caso de los *grupos paritarios*, en cambio, la unidad de decisión recorre un camino inverso: ahora asciende desde la base integrada por las entidades que deciden agruparse hasta el vértice del grupo, en cuyo ámbito encontramos a quien, con personalidad jurídica o sin ella, ejerce las tareas de coordinar la actuación de aquellas.

Frente al grupo jerárquico, donde control y dirección unificada se suelen concretar en el mismo sujeto, el grupo paritario prescinde del primer elemento y establece una instancia para el ejercicio de la unidad de decisión directamente condicionada por las entidades que se agrupan; de manera, quizá, más plástica, podemos decir que quienes constituyen un grupo paritario se dirigen a sí mismos a través de una instancia designada al efecto y de la que, por lo común, forman parte (el supuesto de los llamados grupos de cooperativas es seguramente el ejemplo más representativo de esta modalidad de integración empresarial).

A la vista de esta caracterización, puede decirse con particular firmeza que las sociedades mercantiles de capital son las personas jurídicas susceptibles de un más fácil acomodo a la estructura del grupo, al margen incluso de su particular modo de ordenación interna<sup>62</sup>: una Sociedad Anónima o una Sociedad de Responsabilidad Limitada podrán situarse en el vértice o en la base de un grupo, ya sea jerárquico o paritario, sin que sus particulares principios configuradores queden, en principio, afectados. No puede decirse lo mismo, en cambio, cuando se analiza su mayor o menor facilidad a la hora de entrar a formar parte de un grupo, en particular de tipo jerárquico; dicho de otra manera, si estas formas jurídicas ofrecen alguna resistencia, por su naturaleza o por su particular configuración estatutaria, para su ingreso en una estructura de grupo<sup>63</sup>, con independencia de que una vez logrado dicho ingreso, no haya problema alguno desde el punto de vista de su concreta ubicación en el mismo.

<sup>62</sup> Que el grupo sea jerárquico o paritario resultará, en tal sentido, indiferente desde el punto de vista del acoplamiento a sus necesidades por parte de las sociedades mercantiles de capital.

<sup>63</sup> Aunque la cuestión no parece relevante para el Derecho Concursal –pues su trascendencia se sitúa en la fase de formación del grupo, sin repercusiones aparentes en una posible crisis económica del mismo–, parece oportuno señalar que las sociedades mercantiles de capital «cerradas», ya sean anónimas o de responsabilidad limitada, muestran, por razón de su

El problema se plantea en otros términos, como ya hemos apuntado, con las sociedades cooperativas, idóneas para ser cabeza de un grupo jerárquico, pero no susceptibles de ser dominadas (en el sentido que este término recibe en el Derecho de grupos) por la necesaria observancia de los principios cooperativos, sobre todo el de autonomía. El hecho, por tanto, de que las sociedades cooperativas se conecten mal con la estructura del grupo jerárquico, sobre todo si se pretende situarlas en posición de entidades dominadas, no impide, sin embargo, su integración en auténticas estructuras de grupo, articuladas alrededor del principio de unidad de decisión, como, por otra parte, afirma el artículo 78 de la Ley de Cooperativas, a propósito, precisamente, de la regulación del llamado «grupo cooperativo»<sup>64</sup>.

No parece dudosa, a la vista de lo expuesto, la susceptibilidad concursal del grupo cooperativo y por extensión, de todos los grupos paritarios, aunque el legislador se haya limitado a contemplar, dentro de dicha temática, a los grupos jerárquicos. En ellos se produce, como ya hemos indicado, una auténtica «*unidad de decisión*», con las características particulares señaladas, sin mengua, no obstante, de las circunstancias que convierten al grupo, en general, en un agente económico necesitado de particular tratamiento, y de especial relieve en el marco del Derecho Concursal<sup>65</sup>.

## 7.5. Efectos de la declaración de concurso de una entidad de un grupo.

### 7.5.1. El deber de información en el concurso voluntario.

El *primer efecto* de esta situación de grupo se encuentra establecido en el artículo 6.3.4.º de la LC, donde, entre la documentación que debe acompañar la solicitud de *concurso voluntario* pedida por el mismo deudor se mencionan unos documentos añadidos a los exigidos con carácter general cuando el *deudor forme parte de un grupo de empresas*, bien como sociedad dominante o como domi-

---

habitual configuración estatutaria y, en ocasiones, legal, serios inconvenientes frente a las técnicas de toma de su control, dificultando, en definitiva, su integración en un grupo (jerárquico). Estas circunstancias, en principio, no parecen tan relevantes en el caso de las sociedades «abiertas», aunque no suelen faltar en sus estatutos variados elementos de defensa ante tomas hostiles de control, cuya licitud es, en numerosas ocasiones, objeto de viva discusión doctrinal y, progresivamente, de más difícil encaje ante la difusión de los criterios y prácticas derivados del Gobierno Corporativo.

<sup>64</sup> Según ilustra dicho precepto, y como ha demostrado la doctrina especializada (entre los autores, destaca Alfonso SÁNCHEZ, R.), nos encontramos en tales casos con los denominados grupos paritarios o por coordinación, carentes, desde luego, de relaciones intersocietarias de dominio o control, pero dotados de una auténtica dirección unitaria como elemento singular y específico de todo grupo.

<sup>65</sup> Parece que el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante se ha ocupado de un caso equivalente al descrito: aunque dicho Juzgado terminó inadmitiendo, por medio de auto, la solicitud de concurso voluntario formulada conjuntamente por varias sociedades cooperativas, al amparo de una interpretación amplia del artículo 3.5 de la LC, el supuesto parece adecuarse al de un grupo paritario, cuya concursalidad es sentida como evidente por las sociedades cooperativas que lo integraban. Advierte el Magistrado que, en todo caso, no se tratará de un concurso único, sino de varios concursos que se tramitarán de forma coordinada; precisando, además, que no se produce confusión patrimonial ni se forma una masa única activa y pasiva. En cuanto a las consideraciones en torno al requisito de «identidad sustancial» de los miembros de las personas jurídicas integrantes del grupo, tal y como establece el artículo 3.5 de la LC, este viene a traducir la idea de un grupo centralizado, ciertamente nada fácil de conjugar con el grupo formado por sociedades cooperativas que, por su propia naturaleza, ha de ser paritario; según EMBID IRUJO, es bien posible suponer que en el precepto señalado (o mejor, en su interpretación reconstructiva y adaptada a las necesidades de los grupos) se encuentre buena parte del devenir de las relaciones entre grupos y Derecho Concursal.

nada; tales documentos son: las *cuentas consolidadas*, el *informe de gestión consolidado* y el *informe de auditoría* correspondientes a los *tres últimos ejercicios sociales*, y, además, una *memoria explicativa* de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período. La aportación de las cuentas consolidadas, tanto en el caso de que la sociedad dominante solicite el concurso como en el supuesto de que lo haga la dominada, sirve para poner de manifiesto la *función informativa* que se atribuye de manera predominante a esas cuentas, dotando a la futura administración judicial del concurso de los datos necesarios para que, en el desarrollo posterior del procedimiento, ejercite, si lo estima necesario, la acumulación procesal prevista en el artículo 25.1 de la LC al ya declarado concurso de la sociedad dominante.

No obstante, hay que tener presente la tendencia en los movimientos de reforma de superar la función meramente informativa de las cuentas consolidadas, para sacar consecuencias en el plano funcional de los socios y acreedores, pues esa documentación específica que ha de presentar cualquiera de las empresas del grupo (dominante o dominadas) tiene, además, la función de poner de relieve la unidad económica del grupo; y la memoria especial que se requiere de las operaciones internas del grupo es, en cierta medida, equivalente al informe de dependencia que, en el Derecho alemán, ha de presentar anualmente la dominante de un grupo fáctico. Por ello, en el momento de examinar la solicitud del concurso y la documentación presentada, las cuentas consolidadas pueden constituir un buen elemento de juicio para percibir la unidad empresarial de la dominante con sus dominadas, admitiendo, con anterioridad a la declaración del concurso, alguna de las medidas cautelares solicitadas al amparo del artículo 17.1 de la LC por el solicitante del concurso, *«siempre que el juez las considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor»*.

Sin embargo, esta perspectiva tropieza, de entrada, con obstáculos exegéticos, ya que la presentación de las cuentas consolidadas es una obligación del deudor que solicita el concurso (arts. 3.5, 6.2.2.º y 6.3.4.º LC), pero no del acreedor cuando lo solicite, puesto que el acreedor no dispone de las cuentas consolidadas, aunque pueda proporcionarse su conocimiento (y ulterior disposición) acudiendo al Registro Mercantil o a la Comisión Nacional del Mercado de Valores<sup>66</sup>. Pero, por otro lado, la posibilidad de adoptar esta medida se contempla solo en el caso del concurso necesario, pero no en el del voluntario; razón suficiente para que esta posibilidad resulte doblemente problemática, pues habría que superar un doble proceso de interpretación analógica (basado en la existencia de la unidad económica) reconocido explícitamente para determinados efectos.

Por último, señalar que, si la aportación de estos documentos tiene estas funciones, sería conveniente facultar al juez para pedir que la persona cuyo concurso se solicita aporte también esta documentación, para facilitar la tarea valorativa del órgano juzgador.

### 7.5.2. Acumulación de procedimientos y acumulación de acciones.

El otro gran campo de efectos es el previsto en el artículo 25.1 sobre la acumulación de concursos. La administración judicial **podrá** solicitar, mediante escrito razonado, la acumulación al con-

<sup>66</sup> El acreedor acudirá a la Comisión Nacional del Mercado de Valores si la entidad cuyo concurso se solicita tiene la obligación de presentar la documentación ante este organismo.

curso ya declarado de la sociedad dominante de los concursos también ya declarados de las dominadas pertenecientes al mismo grupo. Esto significa que, ***en principio, no hay extensión del concurso de una sociedad concursada a otras del grupo***; en todo caso, será necesario comprobar el presupuesto objetivo para la declaración del concurso en cada una de las sociedades del grupo. El efecto se produce directamente en el campo del procedimiento judicial ya abierto, tanto en el caso de que los procedimientos estén abiertos ante el mismo juez o que estén dispersos ante jueces distintos, a consecuencia de la aplicación de las normas que marcan la competencia territorial. Sin embargo, este efecto procesal del artículo 25.1 presupone ya la declaración de concurso de la dominante y de alguna(s) dominada(s); pero la especial situación en que se encuentran las sociedades agrupadas suscita forzosamente el problema de si no experimentarán alguna matización en estos casos los presupuestos objetivos necesarios para la declaración de concurso (art. 2).

Como ya hemos dicho con anterioridad, la cuestión planteada surge como consecuencia del tenor literal contenido en el artículo 6.3.4.º, especialmente dedicado a la determinación de la documentación complementaria de la establecida con carácter general que ha de presentar el deudor que solicite el concurso cuando este forme parte de un grupo, ya sea como sociedad dominante o bien como dominada; mediante la cual el juez podrá examinar la situación de la entidad que insta la declaración concursal, no solo desde el punto de vista de entidad solicitante en sí misma considerada, sino, además, como formando parte de una entidad más compleja y amplia, constituida por el grupo como unidad económica.

En el momento inicial, la petición de concurso por parte de la entidad deudora como dominante o dominada es suficiente para fundar la declaración concursal, si el juez estima que existen los restantes presupuestos para ello; y esa cualidad se dará en la eventualidad de que se produzca una acumulación. En ese caso, ¿cuáles serán sus efectos? Si el intérprete se atiene a lo dispuesto en el artículo 84.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los procedimientos acumulados se sustanciarán en el mismo procedimiento o por los mismos trámites *«y se decidirán en una misma sentencia»*. Ello no quiere decir que se produzca una reunión de todos los patrimonios de las entidades agrupadas, teniendo que participar los acreedores de las sociedades concursadas con una clasificación común de sus créditos; o al menos la LC no ha perseguido, en principio, ese resultado, puesto que no se recoge ninguna declaración general de extensión del concurso. En todo caso, se seguirá como norma general para cada proceso por separado, a fin de mantener distanciadas las liquidaciones y respetar las series de acreedores que se hayan podido crear con la actividad en el tráfico mercantil de cada sociedad, siguiendo el modelo derogado de la quiebra de sociedades colectivas del Código de Comercio. Pero se habrá de dejar la puerta abierta cuando las circunstancias impongan una declaración conjunta, aunque con liquidaciones separadas, salvo cuando se produzcan determinados hechos, como la confusión de patrimonios.

La cuestión viene resuelta por el artículo 3.5, donde se dice que *«el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre estos o, siendo estas personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones»*. Este artículo admite la acumulación de acciones contra varios deudores; no obstante, dicho precepto suscita dificultades de inter-

pretación: en primer lugar, las normas se refieren directamente al supuesto de un acreedor con varios deudores, legitimando, por tanto, al acreedor de varias empresas integradas en un grupo para que, una vez cumplidos los requisitos legales exigidos, pueda pedir el concurso.

La primera cuestión que habrá de resolver es si será posible que la acumulación de acciones para solicitar el concurso, prevista para personas jurídicas que formen parte del mismo grupo pueda extenderse a las personas físicas que actúen con unidad en la toma de decisiones. Esta expresión puede considerarse equivalente a la que utiliza el artículo 4.1 de la Ley del Mercado de Valores, al contemplar la hipótesis de un grupo «*cuando el control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto*». Con esa expresión se abarcarían los supuestos en que una misma persona física fundara varias sociedades unipersonales para aislar riesgos en la explotación de cada uno con los elementos que actúan coordinadamente o varias personas que funden varias sociedades comunes en las que actúen como administradores.

En ese mismo orden de cosas, la expresión «*personas jurídicas*» es amplia y no suscita dificultades, pues el artículo 3.5 no se limita a mencionar sociedades (como el art. 25.1), sino que comprende tanto personas asociacionales como fundacionales. La sociedad irregular tendrá la consideración de sociedad colectiva o civil <sup>67</sup>, y la sociedad en formación posee igualmente una estructura asociativa con un régimen especial adecuado a la fase formativa en que se encuentra. Una vez establecida esta cuestión, se plantea el problema de delimitar cada uno de los supuestos que contiene el artículo 3.5, con la fijación de sus elementos.

La norma contiene dos supuestos que legitiman la petición simultánea y conjunta del concurso de varias personas: uno es el del acreedor que tiene varios deudores cuando exista confusión de patrimonios entre los mismos; y otro es el del acreedor cuando los deudores sean personas jurídicas que formen parte del mismo grupo y exista identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones. Centrando la cuestión en este segundo supuesto, hay que señalar que, conforme a la norma, las personas jurídicas que formen parte del grupo han de tener la cualidad de deudores del acreedor solicitante. Esto puede suceder cuando una sociedad garantiza a otra (dependiente) el cumplimiento de las obligaciones que asuma frente a terceros <sup>68</sup>; en estos casos, si se pudiera probar la confusión patrimonial entre la sociedad patrocinadora y la deudora patrocinada, el supuesto entraría en el descrito en la primera parte de la norma (acreedor con varios deudores con confusión de patrimonios). En el supuesto de personas jurídicas pertenecientes al mismo grupo, el acreedor tendrá que aportar, junto a la petición de concurso y a los restantes documentos exigidos por el artículo 7 de la LC, alguna justificación, que habrá de consolidarse en el trámite posterior previsto en los artículos 13 y siguientes: en realidad, será suficiente que en el momento de la solicitud se afirme por el solicitante que se den las circunstancias previstas en el artículo 3.5, indicando las pruebas de que pretende valerse para acreditar los hechos que ha aducido como fundamento de la solicitud.

Finalmente, es procedente afirmar que la acumulación de acciones solo está prevista expresamente para el concurso necesario; en otros casos (por ejemplo, la sociedad deudora que, de mane-

<sup>67</sup> Vid. artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas.

<sup>68</sup> Con una carta de patrocinio de carácter vinculante.

ra voluntaria, solicita que se declare su concurso y el de otra entidad también deudora del mismo grupo), habremos de acudir a la aplicación de las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 72 y ss.). Por otro lado, decir simplemente que queda abierta a la libre interpretación doctrinal la cuestión del tratamiento que haya de darse al supuesto de que solo se haya declarado el concurso de sociedades dependientes y todavía no se hubiera declarado el concurso de la dominante.

### 7.5.3. Efectos en el plano sustantivo.

El artículo 25.1 solo plantea directamente los aspectos procesales de los concursos de las sociedades agrupadas, pero para nada se refiere a los posibles efectos en el plano sustantivo. Ante esta situación, nos surge la duda de si será posible, mediante una *interpretación integradora*, pasar, como ha hecho la jurisprudencia norteamericana, de una consolidación formal a una «*sustantive consolidation* <sup>69</sup>». Conforme a este planteamiento, mientras no existan normas explícitas de Derecho positivo, habría que descartar, en principio, la extensión del concurso por razones estructurales, por la concurrencia del mero poder de dominio, admitiéndose, como norma general, un principio de extensión fundada por el *comportamiento en el ejercicio del poder de dominio*. Por la importancia que tiene esta cuestión para el desarrollo de la vida comercial normal y para el supuesto de que la sociedad dominante o dominada sometida al estatuto del concurso, es necesario realizar algunas indicaciones sobre las posibles vías de solución que la práctica no dejará de plantear en la aplicación del Derecho Concursal español.

Una primera posición, muy extendida, pretende traer las consecuencias extremas del hecho de que el poder de dominación permite a la dominante disponer del patrimonio de la(s) dominada(s) como si fuera propio <sup>70</sup>; porque, incluso *aunque no produzca un desplazamiento de valores patrimoniales* de la dominada a la dominante o a otra dominada del grupo, por razones de estrategia de mercado o de carácter fiscal, *dispone de un poder de dirección sobre la política de inversiones*, de competencia en el mercado o de personal que ha convertido a la sociedad dominada en un *instrumento* de la dominante. El riesgo de vaciamiento patrimonial de la dominada es una situación que puede producirse ilícitamente, y deberá corregirse por medio de las pertinentes acciones en lo civil y, en su caso, en el plano punitivo; pero en los casos en que se haya producido por la vía legal, la dominante ha dispuesto de los bienes de la dominada como si fueran propios, por medio de los administradores de la dominada (nombrados por la propia dominante) y a través de las instrucciones vinculantes impartidas a estos <sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Tras las reformas de 1978 y 1984 de la Sección 101 (2) del Bankruptcy Code; a pesar de la tendencia a pasar, en ciertos casos, de una consolidación formal a una consolidación de carácter sustancial, los Tribunales estadounidenses han denegado este efecto en la mayoría de los casos en que se ha solicitado la extensión de la quiebra por síndicos o por acreedores con la finalidad de aumentar la cuantía de los bienes sobre los cuales han de satisfacer su crédito. Esta experiencia pone de manifiesto la prudencia con la que habrá que establecer estos efectos.

<sup>70</sup> Es lo que un sector de la doctrina, entre ellos Justino DUQUE DOMÍNGUEZ, ha denominado «*Los efectos del poder de dominación en la esfera jurídica de la dominada como justificante de la extensión*».

<sup>71</sup> Con esta concepción de la dominada como instrumento de la dominante puede justificarse, con anterioridad a la declaración del concurso, la ocupación del patrimonio de la dominada, con el fin de evitar que la dominante, a través de los administradores, pudiera disponer de los bienes de la dominada antes de que, eventualmente, fuera declarada en concurso, sustrayendo así los valores de la dominada que, a través de las participaciones de la dominante, pertenecen, indirectamente, a esta. Así se perjudicarían las expectativas de los acreedores de la dominante (y a los mismos de la dominada) a satisfacer el importe de sus créditos contra la sociedad dominante ya declarada en concurso.

No obstante, será conveniente recordar que si, en general, se han *legalizado* los grupos de sociedades y las formas con que pueden aparecer en el tráfico mercantil, resultará inadecuado configurar una responsabilidad estructural de la sociedad dominante con carácter general, ya que iría en contra de las finalidades del ordenamiento al reconocer diversos supuestos en que actúan los grupos. Por eso, cada vez más, a fin de favorecer la iniciativa de las diversas unidades, el criterio general de imputación a la entidad que ejerce el poder de dirección y la potestad de declarar la extensión del concurso debe ser la *ilicitud de la conducta*, bien porque se vulneren normas legales, cláusulas contractuales (cuando el vínculo de conexión sea un contrato que fundamenta el poder de dominio) o principios éticos observados en el tráfico <sup>72</sup>.

Estas consecuencias podrían ampararse en el artículo 630.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil: cuando regula la *administración judicial*, se hace cargo del grupo de empresas, admitiendo la posibilidad de que se embargue una empresa o grupo de las mismas, constituyendo sobre ellas una administración judicial. A tal fin define no directamente el grupo de empresas, sino que equipara a los supuestos básicos de empresa o grupo de empresas al *embargo de acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social*, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas o adscritos a su explotación. Pero el embargo presupone que antes se haya constituido un título que legitime el embargo (en este caso, la declaración de concurso).

Sin embargo, la cuestión de la extensión material del concurso puede tener una respuesta más matizada cuando se valoran las circunstancias de los supuestos concretos, de cada caso. Esto es lo que ha ido haciendo la jurisprudencia de los Tribunales de Estados Unidos, de manera semejante a como lo han hecho en España los Tribunales laborales. Así se ha decretado en el caso de una *fuerte integración económica* de las empresas del grupo, expresada en una *política empresarial común y unificada para todas las empresas pertenecientes a un grupo*.

Como muestra de esta casuística se recogen algunos supuestos, que también pueden discutirse a la luz de la técnica del Levantamiento del Velo Societario, desconociendo la separación propia de personalidad jurídica reconocida a las entidades del grupo, basándose en el abuso de la forma societaria (teoría subjetiva) o porque el uso de la institución no es conforme a las finalidades por las que el ordenamiento reconoce institucionalmente la personificación de algunas situaciones (teoría objetiva). Pero esta técnica del levantamiento del velo es excepcional y ha de usarse con prudencia, cualquiera que sea la postura (subjetiva u objetiva) que acerca de su funcionamiento se haya adoptado.

Entre esta variedad de causas reconocidas por los Tribunales norteamericanos se encuentra, además, y entre otras, el grupo fáctico cualificado de la jurisprudencia alemana, la confusión de las contabilidades de la dominante y las dependientes <sup>73</sup>, la confusión de activos, y las expectativas creadas en el momento de celebrar el contrato por la dominante o por cualquier otra sociedad del grupo, especialmente cuando la apariencia ha sido creada de modo que el contratante cree que contrata con

<sup>72</sup> Un caso extremo sería el de la sociedad unipersonal, reconocida en el ordenamiento jurídico español desde la promulgación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; en ella también juega como criterio director de la extensión del concurso la conducta ilícita del socio único.

<sup>73</sup> Por ejemplo, el caso *Chemical Bank*.

una empresa del grupo distinta a la que ha sido formalmente su contraparte. Sin embargo, la extensión de las sociedades del grupo puede fundarse en que, al contratar, el tercero extraño al grupo, aún sabiendo que contrataba con una sociedad determinada, puede haber creído que estaban implicadas las otras empresas del grupo cuando las garantías de carácter personal proceden de fuente distinta a la sociedad contratante <sup>74</sup>.

La situación de unidad económica aparece aludida indirectamente en el artículo 10.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, donde se admiten los préstamos, la concesión de garantías o la asistencia financiera cuando la sociedad destinataria de estos beneficios pertenezca al mismo grupo que la sociedad concedente; y en el mismo artículo 10.2 se establece la presunción de que pertenecen al mismo grupo cuando entre ellas se ha establecido una situación de las descritas en el artículo 42 del Código de Comercio, y en este precepto puede fundarse la petición de acumulación del concurso.

En el supuesto de acumulación de acciones, la LC exige la *unidad en la toma de decisiones* junto a otros requisitos del artículo 3.5, con la función de determinar el supuesto de grupo que permite la acumulación de acciones, pero sin establecer consecuencias jurídicas en el plano sustantivo.

## 7.6. Responsabilidad de los administradores por el pasivo del concurso de acreedores.

### 7.6.1. La responsabilidad de la sociedad dominante.

El poder de dirección que ostenta la sociedad dominante ofrece la perspectiva de una responsabilidad de la misma como administrador de hecho de la sociedad dominada. En el artículo 93.2.2.º se reconoce la categoría de los administradores de hecho, pero su definición sigue siendo incierta: no es suficiente la actividad de gestión por un sujeto sin un nombramiento, o con nombramiento ineficaz, sino que además se requiere la realización, de manera continuada y sistemática, de funciones que caracterizan a la actividad de administración.

La declaración de responsabilidad de la empresa dominante, como administradora de hecho de la dominada, requeriría la concurrencia de los requisitos previstos por la legislación sustantiva para la exigencia de responsabilidad, especialmente por lo que se refiere a la exigencia de una conducta que sea imputable por su carácter doloso o culposo. En el caso de que se prevea legalmente la responsabilidad de la empresa controladora por los actos de la(s) controlada(s), habrá que estar a lo dispuesto por la norma <sup>75</sup>.

La cuestión objeto de este análisis se centra en las consecuencias que en el orden jurídico-obligacional supone la integración de una sociedad en un grupo para sus acreedores, accionistas y la socie-

<sup>74</sup> En el Derecho continental se ha discutido el caso de la *Swissair*, alrededor de la cual se ha intentado precisar el ámbito de aplicación de este supuesto, basado en la ruptura de confianza generada por la apariencia incluso presunta.

<sup>75</sup> Por ejemplo, artículo 8 de la Ley para la Defensa de la Competencia.

dad matriz del mencionado grupo. Al mismo tiempo, y en referencia a la sociedad matriz, es preciso destacar que el dominio que ejerce sobre sus filiales puede causar daños a los intereses de sus propios acreedores y a los de los socios que no ostentan una posición de control en dicha sociedad <sup>76</sup>. Por ello, al iniciar el estudio de este apartado sobre el régimen de responsabilidad de la empresa de grupo, sería conveniente puntualizar una serie de postulados previos que nos eviten alcanzar conclusiones erróneas.

Primeramente hemos de referirnos a la **titularidad de la responsabilidad**: no es posible hablar en sentido estricto de responsabilidad *del* grupo, sino que sería más adecuado hablar, a nuestro juicio, de responsabilidad *en* el grupo (como acertadamente titula FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA), pues el grupo, en su conjunto, carece de personalidad jurídica, y, por tanto, de responsabilidad (que, como es sabido, está vinculada a un sujeto que la asume). En la empresa de grupo, la sociedad dominante ejerce el poder de dirección y, como consecuencia de ello, se entiende que sobre ella ha de recaer, en principio, la mencionada responsabilidad. No obstante, y como veremos más adelante, la existencia de una responsabilidad en el grupo no implica que la dominante asuma necesariamente sus efectos. En este sentido, conviene observar que la responsabilidad puede recaer tanto en la sociedad dominante como en sus administradores, o incluso en sus propias sociedades filiales, como consecuencia de la identificación del sujeto responsable de la acción dañosa dentro de la red policorporativa que forma la empresa de grupo. Así, el grupo no se presenta radicalmente compacto, sino que se le reconoce su «*biodiversidad*», a través, por ejemplo, de estructuras descentralizadas <sup>77</sup>.

En este sentido, la configuración que adopte la estructura organizativa del grupo, cuya variedad es una de sus notas características resaltadas en la doctrina, influye decisivamente en el régimen de responsabilidad: así, la respuesta jurídica a esta camaleónica realidad no es única, sino diversa, precisando conocer su configuración y los motivos que provoca la citada responsabilidad. De este modo, esta no será igual en un grupo altamente centralizado que en uno descentralizado, o la que causa un daño puntual en una filial que la que conduce a la citada filial a una situación de insolvencia.

Damos paso ahora a la **relatividad del principio de limitación de la responsabilidad en las sociedades de capital**: a la hora de la elección de la forma social, los operadores económicos actúan determinados por diversos factores: costes, maniobrabilidad, contabilidad y cuestiones fiscales, entre otros; uno de los más relevantes es el conocido *principio de limitación de la responsabilidad* <sup>78</sup>, que goza de un inusitado interés en la práctica empresarial como vehículo o instrumento de distribución del riesgo, afectando no solo al empresario, sino también a los terceros acreedores que entran en contacto con él. No obstante, y contrariamente a una visión tradicional que se ha mantenido de dicho precepto, hay que superar una postura dogmática del mismo y permitir, en determinados supuestos,

<sup>76</sup> Como es sabido, la pertenencia al grupo afecta, además, a otros intereses; así, el de los accionistas minoritarios, el de los trabajadores, el propio de las sociedades del grupo, etc.

<sup>77</sup> El Derecho *no norma* la realidad, sino que la *entiende*; así, la empresa de grupo no es configurada por el ordenamiento, sino que este solo crea los vínculos necesarios para su génesis y difusión. En cuanto a la citada biodiversidad de la empresa de grupo, se refleja en dos dimensiones: una gran variedad organizativa (*differentiated networks, multidivisional forms, dezentrale Verflechtungsformen*) y el resultado de un proceso dinámico de constitución. Ambas dimensiones, en definitiva, nos hablan de la flexibilidad innata a esta realidad empresarial, que explica su preferencia por los operadores económicos.

<sup>78</sup> La tesis mantenida por J. MEYER en Alemania y por F. DE CASTRO en España no pretende la abolición de tal principio de limitación de responsabilidad en las empresas de grupo, sino relativizar su empleo para no abusar del mismo.

extender la responsabilidad de la persona jurídica a los sujetos que la integran<sup>79</sup>. Con ello se pretende flexibilizar una rigidez conceptualizadora de tal principio que olvida cómo este se desvirtúa frecuentemente en la realidad de la práctica empresarial. Uno de estos supuestos es el aquí contemplado de la empresa de grupo, en virtud del cual dicho operador económico decide configurar una tupida red de sociedades independientes jurídicamente y con la atribución de la limitación de la responsabilidad a su propio patrimonio, pero que, no obstante, actúan, desde un punto de vista empresarial, bajo un criterio director unitario; es decir, la llamada *unidad en la multiplicidad*<sup>80</sup>.

Así, en las sociedades de capital, caracterizadas por la ausencia de responsabilidad de los socios por las deudas sociales<sup>81</sup>, este hecho no es en sí mismo negativo, sino que, al contrario, resulta beneficioso para el ejercicio de un gran número de actividades que en otro caso no se hubieran podido desempeñar, debido a los riesgos y elevados costes que acompañan. Sin embargo, es frecuente la integración de varias sociedades de capital en empresas de grupo (o la constitución de filiales también integradas), que se dedican a la explotación de actividades incluidas dentro del objeto social de la dominante, a fin de limitar o, en su caso, excluir la responsabilidad (cuestión no solo legítima, sino también recomendable). Esta concentración económica implica también la pérdida de autonomía empresarial de los sujetos que la integran en favor del centro de decisión (normalmente personalizado). Dicha pérdida de soberanía afecta evidentemente al régimen jurídico existente, orientado a una visión de la sociedad aisladamente considerada, y exige una relativización del principio de limitación de responsabilidad, ya que, en tal caso, no se puede seguir presentando como valor sagrado e impenetrable. Por ello, es habitual que los Tribunales, con el fin de resolver los problemas que dicho entramado empresarial suscita, hayan acudido, con «excesiva» frecuencia, a la *doctrina del levantamiento del velo*, la cual dispone la extensión de la responsabilidad a quien esté detrás de la sociedad (en este caso, la sociedad dominante o matriz de la empresa de grupo).

Al contrario que en el presupuesto anterior, procede ahora comentar la *inadmisibilidad de una responsabilidad global en la empresa de grupo*, pues una responsabilidad de todas las sociedades del grupo implica el desconocimiento de lo que este significa<sup>82</sup>; dentro de la unidad empresarial que se configura legítimamente, existe una diferenciación de los bienes que pertenecen a cada sociedad integrada y, al mismo tiempo, también de sus deudas (pues, en este sentido, es evidente que las deudas de una sociedad no son las de otra). Al igual que sucede en los ordenamientos jurídicos que regulan la figura (como es el caso de Alemania o Portugal, entre otros), ni la separación del patrimonio ni la diversificación del riesgo están prohibidas, ni se puede considerar abusiva *per se*: así, esta actuación consistente en dividir los riesgos a través de la creación de unidades jurídicas diferentes es legí-

<sup>79</sup> Así, el mencionado principio se presenta, por un lado, como esencial para la elección por el operador económico de la forma social, y, por otro lado, como instrumento notable de indudable utilidad que sirve de segmentación de la responsabilidad en la empresa de grupo mediante la constitución de diversas sociedades filiales.

<sup>80</sup> «*Einheit in Vielheit*», como sostiene gran parte de la doctrina alemana, entre cuyos autores destacan los trabajos de BÄLZ, BAUR, y RAISER, entre otros.

<sup>81</sup> Artículo 1 de la Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

<sup>82</sup> Contrariamente al espíritu que preside la *Globalhaftung*, el profesor LUTTER pone de relieve que una situación de grupo no supone automática y necesariamente la responsabilidad de la sociedad matriz por las deudas de una filial suya, criterio que es mantenido de forma predominante en la doctrina.

tima, ya que es conveniente evitar que el riesgo de una actividad pueda afectar a otra<sup>83</sup>. De tal manera, su simple existencia no puede hacer responsable a la matriz de las deudas de sus filiales, pues el efecto que tendría esta comunicación de la responsabilidad sería la ilicitud del grupo y su abandono por los sectores empresariales que han optado por la empresa de grupo para configurar su actividad económica, así que solo se puede expresar el carácter puntual de la responsabilidad de la dominante por las deudas de su(s) filial(es). No obstante, y aunque no sea materia de estudio del presente trabajo, diremos que a esta inadmisibilidad se le plantean dos *excepciones* en materia de *Medioambiente*, por un lado, y *Consumidores y Usuarios*, por otro, ámbitos donde sí se reconoce una responsabilidad objetiva por parte de las sociedades matrices.

Como resaltan los diversos estudios en los ordenamientos europeos sobre la cuestión, es cierto que, con la constitución de una sociedad de capital, una de las finalidades perseguidas sería, fundamentalmente, excluir la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, segmentando la responsabilidad mediante la estructura de grupo. No obstante, a través de la técnica del levantamiento del velo, como ya hemos visto, no se puede pretender una penetración en la persona jurídica que haga responsable a quien no lo es (en definitiva, a quien no ha causado el daño). Por ello, la extensión de la responsabilidad sólo tiene sentido cuando se pueda imputar la conducta ilícita a la matriz del grupo; en caso contrario, no es admisible dicha transmisión<sup>84</sup>; todo lo cual nos lleva a la conclusión de la inadmisión en nuestro ordenamiento, al igual que acaece en los demás sistemas de Derecho comparado de nuestro entorno, de la responsabilidad global en los grupos de sociedades; en un orden inverso, es preciso resaltar que el legislador tampoco prohíbe la configuración de una empresa de grupo (en lo concerniente a la diversidad de normas que hacen referencia a la figura grupal, normalmente desde una perspectiva de control o vigilancia, pero que no son prohibitivas de su articulación).

No obstante lo anterior, la inaplicabilidad de una responsabilidad global o automática de la dominante no significa, en modo alguno, la ausencia de cualquier responsabilidad de tal sociedad cuando se configura como cima de un grupo, sino que se requiere de determinados presupuestos para su exigibilidad. En tal sentido, la situación de grupo no implica una desnaturalización del principio de incomunicabilidad de la responsabilidad, sino que relativiza su importancia en virtud de la realidad empresarial en cuestión. De tal forma, la posición favorable a la configuración de una empresa de grupo implica reconocer, al mismo tiempo, que esta cumple con las normas legales existentes y con los principios generales del Derecho.

La atribución de un poder de dirección a la matriz del grupo implica la conexión con el tema de su responsabilidad patrimonial<sup>85</sup>, cuestión que suscita todavía polémica en la doctrina<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Con ello se impide, como metafóricamente se ha resaltado, «...que se propague el fuego de una casa a la superficie de toda la ciudad» (M. LUTTER, *Die Zivilrechtliche Haftung*).

<sup>84</sup> Así, en los supuestos excepcionales de su aplicación, el levantamiento del velo actuaría como un instrumento represivo de la actitud de aquel que pretenda eludir su propia responsabilidad al amparo de una norma legal (en fraude de ley), y a tal fin debería de limitarse.

<sup>85</sup> En el conocido aforismo germánico «*keine Haftung ohne Herrschaft*».

<sup>86</sup> Desde un punto de vista crítico, R.M. MANÓVIL; por el contrario, ANTUNES y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA se muestran favorables a la misma.

### 7.6.2. La impugnación de ciertos actos perjudiciales a los acreedores. La postergación de créditos.

Al hilo de estas consideraciones, también ha de tomarse en consideración la posibilidad de utilizar alguna de las acciones revocatorias que hubieran causado un perjuicio a los acreedores, mediante el perjuicio al patrimonio de una sociedad perteneciente al grupo que hubiera sido declarada concursada. No está prevista expresamente esta posibilidad en nuestra LC (como sí lo está, en cambio, en Italia, por la llamada Ley Prodi), pero en algunos casos podría invocarse la rescisión de los actos realizados *a título gratuito* por una sociedad agrupada declarada en concurso a favor de otra perteneciente igualmente al grupo (art. 71.2). En estos supuestos, el perjuicio se presume, pero los actos que pueden rescindirse son los que hubieran realizado en los **dos años anteriores a la declaración de concurso**.

Pero, además, podrán rescindirse los actos *a título oneroso* realizados en el mismo plazo de los *dos años anteriores* cuando hubieran sido realizados a favor de alguna de las **personas especialmente relacionadas con el concursado**. Se entiende como tales personas especialmente relacionadas con el concursado las enumeradas por el artículo 93.2 para el caso de que el concursado fuere una persona jurídica:

- a) Los socios que sean titulares de, al menos, un 5 por 100 del capital social si la sociedad declarada en concurso tiene acciones admitidas a negociación en un mercado secundario oficial, o un 10 por 100 si no las tuviera, cuando se encuentren con la sociedad concursada en alguna de las situaciones del artículo 42 del Código de Comercio.
- b) Los administradores, de hecho o de derecho.
- c) Los liquidadores de la concursada (persona jurídica).
- d) Los apoderados de la empresa (con poderes generales).
- e) Quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores.
- f) Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad concursada.

En definitiva, el ejercicio de estas acciones, aunque sea reducido a los actos celebrados en un *breve período de tiempo*, son **acciones revocatorias de carácter privilegiado**, puesto que se presume el perjuicio y no requieren la concurrencia de fraude<sup>87</sup>. El resultado positivo del ejercicio de estas acciones especiales de rescisión en el concurso aumentará la cuantía de la masa a disposición de los acreedores.

Continuando con lo dicho acerca del grupo contractual, podemos señalar que, además de lo dicho *ut supra*, se puede acudir directamente a la **postergación de los créditos** de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios (art. 93.2 y 3, en relación con el 92.5.º LC), puesto que con ello también se lograría (con mayor economía procesal)

<sup>87</sup> En este sentido, la utilización de estas acciones, en la medida en que se estime viable, producirá un efecto semejante al instituto de la consolidación material de carácter parcial existente –aunque de escaso uso por los Tribunales– en el Derecho estadounidense.

el mismo resultado útil que se logra con el ejercicio de las acciones de impugnación: aumentar el patrimonio de la entidad declarada en concurso.

### 7.7. Consideraciones finales.

En el presente bloque nos hemos limitado a dejar apuntados los elementos mínimos necesarios para situar con la mayor precisión posible a los grupos de sociedades dentro de nuestro Derecho Concursal; dichos elementos mínimos se vinculan, en nuestro criterio, a su concepto, a sus componentes y a la estructura de su ordenación interna.

Por lo que al primero se refiere, parece indudable que no resulta necesario un concepto específico del grupo en el ámbito concursal; además de que, de este modo, se da un paso decisivo para conseguir la necesaria coherencia dentro del ordenamiento jurídico en lo concerniente al tratamiento del grupo, y la idea de la «*unidad de decisión*» se adecua de modo especial a los objetivos de política jurídica que, a nuestro entender, inspiran la inserción de la figura en el seno de la LC.

En segundo lugar, desde el punto de vista de los sujetos integrantes del grupo, la heterogeneidad de las referencias al respecto contenidas en la LC («*personas jurídicas*», «*empresas*», «*sociedades*») ha de ser comprendida en sus justos términos, de acuerdo con los objetivos generales de tratamiento del grupo en aquella. En este sentido, conviene, a nuestro juicio, llevar a cabo una interpretación finalista que relativice ponderadamente el significado estricto derivado de los enunciados específicos contenidos en dicha ley a la hora de describir el perfil jurídico de los sujetos del grupo. Son muchas las personas y formas jurídicas susceptibles de ser encuadradas en un grupo, aunque no todas ellas sean, en sentido estricto, «*empresas*» o «*sociedades*» e, incluso, queden al margen de la categoría de «*personas jurídicas*», también mencionada, si bien de manera singular, en la LC.

No es indiferente, en cambio, la posición ocupada por cada miembro del grupo desde el punto de vista de su estructura interna. Siendo susceptibles de concursalidad tanto los grupos jerárquicos como los paritarios (aunque a estos no aluda expresamente el legislador), es sobre todo en aquellos donde se ha de observar con cuidado la ubicación relativa del sujeto en cuestión, pues si bien todos sus miembros pueden figurar como entidad dominante, algunos de ellos (como las ya señaladas sociedades cooperativas) son, por su propia naturaleza, incompatibles *a priori* con la posición de entidad dominada. También referida al problema de la estructura interna se encuentra la distinción entre grupos centralizados y descentralizados, susceptible de aplicarse, en teoría, a todos los grupos, aunque parece más lógica en el marco de los grupos jerárquicos.

En cualquier caso, ambas modalidades, distinguidas por el mayor o menor alcance de la «*unidad de decisión*» establecida en su seno, se sitúan, sin duda, en el ámbito de los preceptos dedicados a los grupos por la LC; no es seguro, en cambio, que dichos preceptos se apliquen por igual a todos los grupos, con independencia de su grado de centralización. Algunos de ellos (de manera especial, el art. 3.5 LC) parecen concebidos *prima facie* para grupos centralizados, si bien la praxis judicial puede conducir en el futuro a una matización significativa de esta idea.

Algo parecido puede suceder con el tema de las personas especialmente relacionadas con el deudor; a propósito del concursado persona jurídica, el artículo 93.2.3.º de la LC subsume en dicha categoría a las *sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios*. No es dudoso predicar esa condición, en principio, de las sociedades (o empresas, o personas jurídicas, de acuerdo con la anterior propuesta interpretativa) integrantes del mismo grupo que el deudor. Es más problemático, en cambio, que todos sus socios o miembros también deban serlo, en particular dentro de un supuesto de grupo ampliamente descentralizado <sup>88</sup>.

El matiz que acabamos de exponer, dentro de un asunto de la mayor importancia en el Derecho Concursal vigente, no tiene otro objetivo que el de señalar la importancia del tema estudiado, la dificultad de apresar todas sus irradiaciones dentro de la disciplina, no del todo rigurosa, trazada en la LC, y, por último, la necesidad de atender a las aportaciones de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia, que servirán para exteriorizar los apremios y circunstancias de los grupos en situación de insolvencia, ya afecte esta a todas sus sociedades o solo a algunas.

Como ha habido ocasión de comprobar, la nueva LC española afronta con decisión, y a la vez con parquedad, algunas de las cuestiones básicas en la materia del concurso de los grupos de sociedades; pero lo hace, a la vez, con poca precisión terminológica y sin pistas claras sobre algunos temas esenciales, como, por ejemplo, la noción de grupo que haya de manejarse al respecto.

A la hora de buscar las respuestas a los problemas derivados del concurso de grupo y de las entidades que lo componen, encontramos en la LC un enfoque que no puede calificarse exclusivamente de formal o procesal. Si se reconoce, con acierto, la posibilidad de acumular los procedimientos de concurso declarados respecto de varias sociedades del grupo, ha de afirmarse, a renglón seguido, que también se encuentran en el texto legal algunas alusiones relevantes desde el punto de vista sustantivo, a las cuales les es común un dato de carácter negativo: parece claro que el legislador español no es partidario de la extensión del concurso, tal y como se había apuntado en el Anteproyecto de LC de 1983. Esta opción, que, como tal, ha de considerarse correcta, no impide, sin embargo, que se haya recogido un supuesto de «concurso de grupo» en el artículo 3.5.º, cuyas condiciones de aplicación parecen estrictas y no susceptibles, por tanto, de extenderse a situaciones cercanas. Se trata, en todo caso, de una norma relevante, carente de tradición en nuestro ordenamiento jurídico y susceptible de producir efectos significativos en la realidad de los grupos.

En conclusión, la utilidad de todos estos instrumentos y técnicas dependerá muy decisivamente de la puesta en práctica, con el paso del tiempo, de la LC y de la actuación que, al efecto, desempeñen los órganos del concurso. Al mismo tiempo, la práctica servirá para poner a prueba la bondad de los instrumentos establecidos y quizá descubra la utilidad que, al respecto, puedan prestar otras figuras en principio ajenas al campo de relaciones entre grupos y Derecho Concursal, objeto de este trabajo en el apartado que ahora se concluye.

<sup>88</sup> En todo caso, y como en tantos otros supuestos, parece recomendable operar con categorías flexibles, dada la falta de tradición legislativa en la materia estudiada, la radicalidad de consecuencias implicadas en la declaración de concurso y, finalmente, la falta de una clara política jurídica en la LC en torno a buena parte de las vertientes relativas a la insolvencia de y en los grupos de sociedades.