



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Autor: Jorge Huertas Martín del Olmo

5º E3 ANALYTICS

Derecho Mercantil

Tutor: Juan Francisco Falcón Ravelo

Madrid

Abril 2021

RESUMEN

A menudo nos encontramos con grupos de sociedades en el mundo económico y empresarial, tanto en nuestro país como a nivel internacional. La regulación jurídica de los mismos, no obstante, puede resultar confusa, insuficiente e incluso inexistente en algunos aspectos. En el presente trabajo se tratan aquellas cuestiones jurídico-mercantiles que nos parecen de mayor relevancia, bien porque conllevan importantes consecuencias para los socios de las empresas que son parte de un grupo, o bien porque existen controversias doctrinales y jurisprudenciales en torno a ellas.

PALABRAS CLAVE

Grupos de sociedades, cuentas anuales consolidadas, operaciones vinculadas, socios externos, conflictos de interés, concurso de acreedores.

ABSTRACT

We often come across groups of companies in the economic and business world, both in Spain and internationally. However, their legal regulation can be confusing, insufficient and even nonexistent in some aspects. In the present paper, we deal with the legal issues that seem more relevant to us, either because they imply important consequences for the partners of companies that are part of a group, or because there are doctrinal and jurisprudential conflicts about them.

KEYWORDS

Groups of companies, consolidated annual accounts, related-party transactions, external partners, conflicts of interests, bankruptcy.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	5
1.1.	Concepto de grupo de sociedades	6
1.2.	Regulación normativa	8
2.	CONSECUENCIAS JURÍDICAS PRINCIPALES DE LA EXISTENCIA DE GRUPO	11
2.1.	Cuentas anuales consolidadas	11
2.1.1.	<i>Normas especiales en su elaboración y presentación.....</i>	<i>11</i>
2.1.2.	<i>Exención de presentar cuentas anuales consolidadas</i>	<i>14</i>
2.2.	Informe de gestión consolidado.....	15
2.3.	Otras consecuencias en derecho comparado	16
2.3.1.	<i>Derecho alemán</i>	<i>16</i>
2.3.2.	<i>Derecho brasileño.....</i>	<i>17</i>
2.3.3.	<i>Derecho comunitario</i>	<i>18</i>
3.	OPERACIONES VINCULADAS	19
3.1.	Concepto.....	19
3.2.	Tratamiento contable y fiscal.....	20
3.3.	Deberes de información y documentación	22
4.	CONFLICTOS DE INTERÉS DENTRO DEL GRUPO	23
4.1.	Posición de doble subordinación de los socios externos.....	23
4.2.	Derecho de separación	24
4.3.	Acción de responsabilidad y conflictos de interés entre matriz y filial	27
5.	EL CONCURSO DE ACREEDORES.....	31
5.1.	Posible extensión del concurso y comunicación de responsabilidad	31
5.2.	Acumulación de concursos y consolidación de masas.....	34
5.3.	La subordinación de créditos	37
6.	CONCLUSIONES	38

LISTADO DE ABREVIATURAS

LC: Ley Concursal

CCom: Código de Comercio

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

LIS: Ley de Impuesto de Sociedades

LMV: Ley del Mercado de Valores

LSC: Ley de Sociedades de Capital

NIIF: Normas Internacionales de Información Financiera

NOFCAC: Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas

PGC: Plan General de Contabilidad

RIS: Reglamento del Impuesto de Sociedades

UE: Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

Los grupos de sociedades son una figura que está muy extendida en el tráfico jurídico y económico de nuestro país. Surgen de manera esporádica o para dar solución a diversos problemas o situaciones a las que las sociedades anónimas o las sociedades limitadas, sociedades mercantiles por excelencia en nuestro ordenamiento jurídico, desean hacer frente de manera diferenciada. Las circunstancias que motivan la creación de grupos de sociedades son muy variadas, pudiendo ser fruto de una alianza entre empresas para lograr un propósito común, la absorción de una sociedad por parte de otra, la necesidad de limitar la responsabilidad de alguna de las áreas de negocio o la expansión geográfica.

Se encuentran presentes en todos los ámbitos, desde el sector energético o el de la automoción, hasta en medios de comunicación o moda. Sin embargo, el intenso empleo de los grupos de sociedades en la práctica no ha trascendido al derecho, puesto que se trata de una figura jurídica que, si por algo se ha caracterizado siempre, es por su escasa regulación normativa. Esta escasez normativa ha sido suplida en la práctica jurídica por medio de la doctrina y la jurisprudencia, como veremos más adelante. En consecuencia, para la elaboración de este estudio nos hemos apoyado tanto en la legislación vigente, como en la mencionada jurisprudencia y la doctrina.

En el presente trabajo, dedicado a los grupos de sociedades, hemos comenzado introduciendo la definición de esta figura y su utilización en diversos cuerpos legales, como prueba de la dispersión de su regulación en nuestro ordenamiento jurídico. Posteriormente, hemos realizado una comparación entre las consecuencias legales establecidas para los grupos en nuestro ordenamiento y las previstas en otros sistemas jurídicos, especialmente aquellos que tienen una regulación propia para los grupos.

Hemos analizado en mayor profundidad las operaciones vinculadas y los conflictos de interés dentro del grupo debido a que los derechos de los accionistas de las sociedades que conforman un grupo se pueden ver, en ocasiones, desprotegidos ante la actuación del grupo. Por último, hemos estudiado las consecuencias que la declaración del concurso de acreedores de una de las sociedades del grupo puede tener para el resto de sociedades,

deteniéndonos en las novedades normativas a la luz de la nueva redacción de la Ley Concursal¹.

1.1. Concepto de grupo de sociedades

Comúnmente se considera que existe un grupo de sociedades cuando una o varias sociedades están bajo el control de otra, que se denomina en tal caso sociedad dominante (y sociedades dominadas o dependientes las que quedan bajo el control de esta), así como en situaciones en las que varias sociedades en las que no concurre entre sí la condición de sociedad dominante o dominadas, sin embargo actúan de manera conjunta y organizada bajo unas directrices y régimen de organización común a todas ellas.

La definición legal de grupo de sociedades en nuestro ordenamiento la encontramos en el artículo 42 del Código de Comercio, en virtud del cual, de manera muy resumida, existe un grupo cuando una sociedad (dominante) controla la mayoría del capital social o pueda controlar a otra u otras (dependientes), de manera directa o indirecta. Por lo tanto, esta definición incluye tanto el control real y efectivo de una sociedad por parte de otra, como la posible influencia efectiva que pueda ejercer la sociedad dominante sobre otras sociedades aunque no tenga la mayoría del capital social de estas.

Cabe plantearse qué debemos entender por “control de una sociedad por otra”, por lo que el artículo expone ciertas situaciones en las que este control se presume:

- La sociedad dominante posee la mayoría de los derechos de voto de la dependiente, o puede disponer de ellos en virtud de acuerdos celebrados con terceros
- La sociedad dominante puede nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dependiente
- La dominante haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dependiente y que estos ocupen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas, así como durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores

¹ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE 7 de mayo de 2020)

Una interpretación literal del artículo nos llevaría a considerar ese “control” (accionarial o de facto) que una sociedad ejerce sobre otra, como el elemento fundamental en torno al cual se conforman legalmente los grupos de sociedades. Además, es importante remarcar que este control no tiene por qué ser directo, sino que puede ser de manera indirecta “*por ejemplo mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control, sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo*” como se recoge en la STS 190/2017, 15 de Marzo de 2017². Esta sentencia nos introduce un nuevo elemento, la unidad de dirección o de decisión, como rasgo diferenciador de los grupos de sociedades. Otros pronunciamientos anteriores, como la SAP Vizcaya 459/2002, 3 de Septiembre de 2002³, ya se habían referido a la dirección o coordinación unitaria como una de las notas características de los grupos de sociedades.

De esta forma, los supuestos incluidos en el artículo 42 CCom parecen del todo lógicos, y la concurrencia de cualquiera de ellos daría lugar a una presunción *iuris tantum* de la existencia de un grupo de sociedades. Sin embargo, no se trata de una enumeración *numerus clausus*, ya que tanto la jurisprudencia a la que hemos aludido, como una importante parte de la doctrina⁴, entienden que hay situaciones en las que, sin darse un control tangible como el que plantea el legislador, podemos estar ante auténticos grupos de sociedades con un mando o dirección unitarios. En consecuencia, podemos confirmar que existen dos tipos de grupos de sociedades: los grupos por subordinación o “grupos verticales” (son los únicos previstos legalmente, en los que existe una sociedad dominante o matriz que controla o dirige una o varias sociedades dependientes o filiales, que quedan bajo su dominio o influencia efectiva) y los grupos por coordinación o “grupos horizontales” (aceptados jurisprudencial y doctrinalmente, en los que están bajo una dirección única o común, sin que exista dominio jerárquico de una sobre las otras).

² Sentencia del Tribunal Supremo núm.190/2017, de 15 de marzo. F.J. Tercero [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2017\1370]. Fecha última consulta: 20 de abril de 2021

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 459/2002, de 3 de septiembre. F.J. Primero [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2002\279980]. Fecha última consulta: 20 de abril de 2021

⁴ Paz-Ares Rodríguez, J.C., “Uniones de empresa y grupos de sociedades”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 1, 1999, pp. 229-233 y Embid Irujo, J. M., *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003, p. 59

Tratando de construir un concepto general y unificado de grupo de sociedades, capaz de salvar las diferencias de ambas clases de grupos, y tomando como referencia a Girgado⁵, podemos discernir como características básicas para su existencia las siguientes:

- Dos o más sociedades mercantiles con personalidad jurídica propia y ausencia de personalidad del grupo
- Existencia de instrumentos jurídicos que unen a tales sociedades
- Unidad de la dirección económica

En este sentido, resulta necesario mencionar que la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación a petición del Ministerio de Justicia⁶, en su artículo 291, relaciona el concepto de grupo con el sometimiento a un poder de dirección unitario y común. Esta propuesta prevé, consecuentemente, la existencia de tanto grupos de subordinación como de grupos de coordinación, lo que podemos interpretar como una voluntad por parte del legislador de ampliar el concepto legal de los grupos de empresa y adaptarse a la realidad del mercado y a los criterios establecidos por doctrina y jurisprudencia, afinando de esta manera el concepto legal actual de grupo⁷.

1.2. Regulación normativa

En este apartado pretendemos hacer un breve recorrido por las leyes y normas más relevantes en las que se hace referencia a los grupos de sociedades. De esta forma, podremos comprobar las carencias que tiene el legislador respecto de esta figura jurídica, y el papel clave que han tenido que desempeñar la jurisprudencia y la doctrina para ocupar aquellas lagunas del ordenamiento en esta materia.

⁵ Vid. Girgado Peranodones, P., “EN TORNO A LA NOCIÓN DE GRUPO DE SOCIEDADES Y SU DELIMITACIÓN EN EL ÁMBITO ESPAÑOL Y EUROPEO”, *Revista Boliviana de Derecho*, n. 18, 2014, pp. 81-86

⁶ Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado, recuperado de [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661-Propuesta de la Seccion Segunda de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley deCodigo Mercantil .PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661-Propuesta%20de%20la%20Seccion%20Segunda%20de%20Derecho%20Mercantil%20del%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Codigo%20Mercantil.PDF)

⁷ Febles Pozo, N., “LOS GRUPOS DE SOCIEDADES. UN ANÁLISIS PENDIENTE ACERCA DE UNA REGULACIÓN SISTEMÁTICA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA”, *Ars boni et aequi*, vol. 12, n. 2, 2016, pp. 219-220

Ya hemos visto que la figura del grupo de sociedades aparece definida en el artículo 42 CCom. El Código de Comercio dedica este y los siguientes siete artículos a los grupos, pero lo hace en todo momento fundamentalmente desde una consideración eminentemente contable (no por casualidad el citado artículo abre la Sección Tercera – Presentación de las cuentas de los grupos de sociedades- del Título III del Código de Comercio que trata “De la contabilidad de los empresarios”). En definitiva, el Código de Comercio no pretende regular aspectos fundamentales como pueden ser la formación, funcionamiento o disolución de los grupos de sociedades, sino que se limita a establecer cómo se deben elaborar y presentar las cuentas anuales de los grupos -y es en este contexto y a estos efectos en el que se define cuándo se entiende que existe un grupo de sociedades.

El artículo 18 LSC⁸ también define qué se considera grupo de sociedades a los efectos de esa ley, para lo que se remite directamente a los supuestos del artículo 42 CCom. A lo largo del articulado de la Ley de Sociedades de Capital aparece también mencionados los grupos para apuntar algunas de sus especialidades respecto a las sociedades mercantiles en cuestiones tales como el derecho a voto o los conflictos de interés. Sin embargo, se trata de menciones sueltas y reducidas a ámbitos muy concretos, que no conforman una regulación completa y ordenada.

La Ley Concursal también incluye numerosas apelaciones a los grupos de sociedades, entendiendo como tales los del artículo 42.1 CCom de acuerdo con su Disposición Adicional Primera. En este caso, la ley detalla las especialidades del procedimiento, causas y efectos del concurso en los grupos, que trataremos más adelante. El artículo 5 LMV⁹ se remite nuevamente al concepto de grupo de sociedades del artículo 42 CCom y cita a los grupos en muchos de sus preceptos, pero siempre desde la óptica de la materia que en esa ley se regula.

Sin ser esta una relación exhaustiva de todas las leyes que introducen referencias a los grupos de sociedades en sus artículos, parece evidente que todas ellas emplean una misma técnica. Existe una referencia sistemática a la definición de grupo de sociedades

⁸ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE 3 de julio de 2010)

⁹ Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE 24 de octubre de 2020)

establecida en el artículo 42 CCom y, una vez hecha esta remisión, establecen algunas reglas o especificidades que resultan en cada caso de aplicación a los grupos de sociedades en relación con la materia que a cada ley respectivamente le concierne. Pero no debemos olvidar que el artículo 42 CCom no define los grupos con vocación de establecer una noción general y omnicomprendiva de grupo de sociedades, sino que lo hace con una vocación sectorial¹⁰, desde una perspectiva eminentemente contable, para poder regular las cuestiones que al Código de Comercio interesan. Por lo tanto, se está produciendo una remisión continua a un concepto de grupo de sociedades que, en origen, pretendía ser aplicado a un ámbito concreto y limitado y que muchas veces resulta por ello insuficiente cuando se proyecta en ámbitos distintos y con un mayor alcance.

El propio legislador parece ser consciente de esta falta de regulación ordenada y unificada y de la necesidad de remediarlo. Así, en la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Capital se recoge que *“no es aventurado afirmar que, en el inmediato futuro, el legislador debe afrontar importantes reformas de la materia, (...) con la creación de un Derecho sustantivo de los grupos de sociedades, confinados hasta ahora en el régimen de las cuentas consolidadas y en esas normas episódicas dispersas por el articulado”*.

Por último, y aunque no menciona expresamente los grupos de sociedades, considero importante¹¹ incluir aquí la Ley de Cooperativas¹², que en su artículo 78, se refiere a los grupos cooperativos, entendiendo como tales aquéllos en los que se produce una unión de varias sociedades cooperativas bajo una unidad de decisión. Esta ha sido una de las disposiciones en las que la doctrina anteriormente indicada ha apoyado su argumentación para justificar la existencia de los grupos de coordinación y la unidad de dirección económica como rasgo esencial de los grupos de sociedades.

¹⁰ De Arriba Fernández, M. L., *DERECHO DE GRUPOS DE SOCIEDADES*, Civitas, Madrid, 2004, p.81

¹¹ *Ibid.* p.82

¹² Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE 17 de julio de 1999)

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS PRINCIPALES DE LA EXISTENCIA DE GRUPO

2.1. Cuentas anuales consolidadas

La principal consecuencia legal prevista en nuestro ordenamiento jurídico para los grupos de sociedades es la obligación de formular las cuentas anuales, regulada en los artículos 42 y ss. CCom. En consecuencia, esta obligación está prevista legalmente solo para los grupos de subordinación, pues son los únicos contemplados en la mencionada normativa. No obstante, esto no reduce exclusivamente las situaciones de control a las vistas anteriormente, sino que para determinar si una sociedad es o no dependiente, también se analizarán otros factores como la participación del grupo en los riesgos y beneficios de la sociedad, o su capacidad para participar en decisiones de explotación y financieras de la misma¹³.

La principal razón de ser de la obligación de elaborar cuentas anuales consolidadas radica en la necesidad de “*reflejar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del conjunto constituido por las sociedades*” del grupo, siguiendo el texto del artículo 44.2 CCom. En tanto que esta imagen fiel no se obtiene mediante la mera suma aritmética de los activos, pasivos, resultados... de cada una de las sociedades que conforman el grupo¹⁴, nace la exigencia de formular unas cuentas comunes de todas las empresas integrantes del grupo con unas normas y procedimientos de valoración particulares.

Las cuentas consolidadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 CCom, se componen de cinco documentos: (1) el balance, (2) la cuenta de pérdidas y ganancias, (3) el estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, (4) el estado de flujos de efectivo y (5) la memoria.

2.1.1. Normas especiales en su elaboración y presentación

El artículo 43 bis CCom recoge dos posibilidades con respecto a las normas que deben seguir los grupos para presentar sus cuentas consolidadas, dependiendo de si en el

¹³ Vid. Artículo 2.2 NOFCAC

¹⁴ Vid. Paz-Ares Rodríguez, J.C., “Uniones de empresa y grupos de sociedades” *op. cit.* pp. 248-250

momento del cierre del ejercicio económico, alguna de las sociedades del grupo ha emitido valores admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado parte de la UE. En caso de que así sea, el grupo deberá aplicar las NIIF adoptadas por Reglamentos de la UE, así como determinados artículos del propio Código de Comercio¹⁵. En caso contrario, el grupo podrá elegir entre aplicar estas NIIF o las normas de contabilidad previstas en el Código de Comercio y sus disposiciones de desarrollo, léase, las NOFCAC¹⁶ y el PGC¹⁷. Nuestro análisis se va focalizar en este último caso, por ser de aplicación las normas de nuestro derecho interno.

En primer lugar, la obligación de consolidar las cuentas anuales corresponde a la sociedad dominante del grupo, que, en consecuencia, tendrá que designar a los auditores de cuentas y ser su junta general de accionistas la que las apruebe. Estamos ante una exigencia adicional, puesto que el artículo 42.2 CCom determina que ni la dominante, ni ninguna de las sociedades dependientes, quedan liberadas de la obligación de elaborar sus propias cuentas anuales. En la consolidación de las cuentas, la sociedad dominante deberá incluir todas las dependientes, sin importar su forma jurídica ni su domicilio social, de acuerdo con los términos establecidos en los artículo 42.3 CCom y 1.2 NOFCAC. La fecha de registro de las cuentas anuales consolidadas será la misma que la de la sociedad dominante, pudiendo darse el caso de que no coincida con el cierre del ejercicio de alguna de las sociedades filiales. Si esta diferencia fuese superior a tres meses, se emplearían cuentas intermedias a la fecha de consolidación para esas sociedades, a efectos de conseguir una homogeneización temporal.

La sociedad matriz, en busca de una unificación valorativa, deberá valorar los activos, pasivos, gastos e ingresos de todas las sociedades integradas en el grupo, siguiendo los criterios uniformes del Código de Comercio y sus disposiciones de desarrollo, como los recogidos en el punto 6º del mapa conceptual de la contabilidad del PGC. El artículo 10

¹⁵ En concreto los artículos 42, 43 y 49 CCom, y deberán incluir en sus cuentas consolidadas la información a la que se refiere el artículo 48 CCom en sus indicaciones 1ª a 9ª.

¹⁶ Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre. (BOE 24 de septiembre de 2010)

¹⁷ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.(BOE 20 de noviembre de 2007)

NOFCAC impone que la consolidación deba realizarse por medio de los métodos de integración global y de integración proporcional.

a. Método de integración global

El propósito perseguido por este método es el que veníamos comentando de ofrecer una visión global y única del grupo, de manera que se proporcione una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados, como si todo el grupo en su conjunto fuese una única sociedad. Para conseguirlo, las cuentas consolidadas tendrán que incorporar los activos, pasivos, gastos, ingresos, flujos de efectivo y otras partidas incluidas en los estados financieros, de todas las sociedades del grupo.

El método de integración global será de aplicación a todas las sociedades dependientes salvo que se dé uno de los casos del artículo 10.2 NOFCAC: que se deba incurrir en un coste excesivo y desproporcionado para obtener la información financiera necesaria, cuando el fin de la tenencia de acciones o participaciones sea el de transmitir las o cederlas con posterioridad, o que existan restricciones que impidan el control de la matriz sobre las filiales. Las fases sucesivas de este método se pueden dividir en: las homogeneizaciones previas, la agregación y las eliminaciones.

Las homogeneizaciones temporal y valorativa ya las hemos comentado antes y a estas tendríamos que añadir la homogeneización de las operaciones internas, así como todas aquellas reclasificaciones que resulten necesarias para mantener la estructura de las cuentas anuales consolidadas. La agregación (artículo 20 NOFCAC), como su propio nombre indica, consiste en sumar las partidas individuales de las cuentas de cada sociedad previamente homogeneizadas. El resultado será modificado por una serie de ajustes y eliminaciones, en las que no vamos a entrar en detalle por exceder del ámbito del presente trabajo, pero que se pueden consultar en los artículos 21 a 49 NOFCAC y en las reglas 4ª y 5ª del artículo 46 CCom.

El método de integración global comprende también, conforme a las reglas 1ª y 2ª del artículo 46 CCom, la obligación de la sociedad dominante de compensar el valor contable de sus participaciones en el capital de las dependientes, en la fecha de adquisición, con la parte proporcional que esos valores representen respecto al valor razonable de los activos y los pasivos. Si después de la compensación el resultado es positivo, se incluirá en una

partida especial del balance consolidado, mientras que si la diferencia es negativa, se meterá en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada.

b. Método de integración proporcional

La sociedad dominante podrá aplicar este método a las sociedades multigrupo, que son aquellas entidades que, sin formar parte del grupo, se encuentran controladas de manera conjunta por alguna de las sociedades perteneciente al grupo y por otras que no lo son. Las partidas de estas sociedades multigrupo se valorarán de manera proporcional a la parte de su patrimonio neto que se halle controlado por sociedades integrantes del grupo. Las reglas y pasos a seguir son semejantes a los del métodos de integración global, con alguna particularidad prevista en el artículo 51 NOFCAC.

Ya ha quedado expuesto que el método de integración proporcional se presenta como una posibilidad para consolidar un determinado tipo de sociedades, por lo que no es siempre de necesaria aplicación, pudiendo optarse alternativamente por el procedimiento de puesta en equivalencia. Eso sí, el método que se elija, sea uno u otro, deberá aplicarse de manera uniforme a todas las sociedades multigrupo. Este proceso de puesta en equivalencia se encuentra en los artículos 52 a 57 NOFCAC y en los apartados 4 y 5 del artículo 47 CCom, y consiste, en resumidas cuentas, en valorar la inversión en la sociedad multigrupo según el coste inicial, y posteriormente aumentar o reducir esta cantidad de manera proporcional al cambio en el patrimonio neto que sea atribuible a la sociedad del grupo.

2.1.2. Exención de presentar cuentas anuales consolidadas

El artículo 43 CCom prevé cuatro situaciones en las que el grupo de sociedades queda liberado de presentar cuentas anuales consolidadas:

- Cuando el grupo en su conjunto no supere dos de los límites que la LSC recoge para formular la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada¹⁸, y ninguna de las sociedades del grupo tenga la consideración de interés público¹⁹. Esta exención por razón del tamaño se desarrolla en el artículo 8 NOFCAC.

¹⁸ Vid. artículos 257 y 258 LSC

¹⁹ Vid. artículo 3.5 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

- Si la sociedad obligada a consolidar, esto es, la dominante, es a su vez dependiente de otra sociedad que se rija por la legislación española o por la de cualquier otro país de la UE. Para entender esta condición cumplida, la segunda sociedad debe poseer el 50% o más de las participaciones en el capital, y que los socios que estén en posesión de al menos el 10% de las participaciones, no hayan solicitado la formulación de cuentas anuales consolidadas seis meses antes del cierre del ejercicio. El artículo 9 NOFCAC establece algunos requisitos comentarios para poder acogerse a este supuesto.
- Cuando la sociedad matriz participe únicamente en sociedades dependientes que resulten irrelevantes, tanto a nivel individual como en conjunto, para reflejar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de las sociedades del grupo.
- Cuando todas las sociedades dependientes puedan excluirse de la consolidación, por que se dé algunos de los supuestos del artículo 10.2 NOFCAC²⁰.

2.2. Informe de gestión consolidado

El deber de presentar un informe de gestión consolidado supone la otra principal consecuencia jurídica para los grupos prevista en nuestro ordenamiento, en concreto en los artículos 42 y 49 CCom. Este informe de gestión acompaña a las cuentas anuales y pretende exponer, de manera fiel, la evolución de los negocios y la situación del grupo en su conjunto, incluyendo una relación de los riesgos e incertidumbres más importantes a los que se enfrenta. Deberá incluir, entre otros, una descripción de acontecimientos significativos que hayan tenido lugar desde el cierre del ejercicio, una previsión de la evolución del grupo y las actividades que haya llevado a cabo en materia de investigación y desarrollo.

En caso de que el grupo de sociedades cumpliera con los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 49 CCom, deberá incorporar al informe de gestión consolidado un estado de información no financiera consolidado. El contenido del mismo es de diversa índole, pues deberá incluir información medioambiental, social y relativa al personal,

²⁰ *Vid.* Apartado 2.1.1.a. del presente trabajo

sobre el respeto de los derechos humanos y de la lucha contra la corrupción y los sobornos, y cualquier otra información sobre la sociedad que sea significativa.

2.3. Otras consecuencias en derecho comparado

2.3.1. Derecho alemán

Alemania fue pionera en elaborar una regulación jurídica sobre los grupos de sociedades con la promulgación, en 1965, de su Ley de Sociedades Anónimas (la denominada, en alemán, Aktiengesetz). A diferencia del ordenamiento español, donde el derecho de grupos se sostiene sobre un sistema orgánico²¹, la legislación alemana aboga por un sistema contractual, en el que la celebración de un contrato de dominación supone un presupuesto imprescindible para tener la consideración de grupo de sociedades y que se le aplique la normativa de la Aktiengesetz. En otras palabras, el grupo nace desde el momento que la sociedad dominante y la dependiente firman el contrato de dominación, sin que hubiese existido en ningún momento anterior.

No obstante, cuando el artículo 18 de la Aktiengesetz define el concepto de grupo de sociedades, establece como factor determinante la existencia de una dirección unitaria, lo que nos recuerda a lo que hemos visto sobre los grupos de coordinación. Así las cosas, y de forma similar a lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español, se produce una distinción entre los grupos de derecho (de subordinación y con un contrato de dominación) y los grupos fácticos o de hecho (de cooperación o subordinación, pero sin que exista contrato alguno).

La diferencia respecto a España reside en que, si bien nuestra doctrina y jurisprudencia ha admitido abiertamente la existencia de grupos de hecho bajo una dirección unitaria, en la Aktiengesetz, concretamente en su artículo 311, se prohíbe que la sociedad dominante de un grupo fáctico (esto es, en los que no existe un contrato de dominación firmado entre las diversas sociedades) dicte órdenes a la sociedad dependiente, previéndose una indemnización compensatoria cuando esto ocurra. Este precepto ha tenido un efecto

²¹ Fernández Markaida, I. , *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Edersa, Madrid, 2001, pp. 42-44 y 94-97. En palabras de la autora “*El modelo orgánico basa la delimitación del supuesto de hecho del grupo en la existencia de una situación de ‘dependencia’ o ‘dominación’, como presunción del ejercicio de una dirección unitaria y, consecuentemente de un grupo de sociedades, de manera que no es necesaria la conclusión de contrato alguno entre la sociedad dominante y las dominadas*”

contrario al deseado, pues en la práctica se dan multitud de grupos fácticos que quedan fuera de la normativa por no haber celebrado un contrato de dominación y a los que, en muchas ocasiones, tampoco se les puede aplicar el artículo 311 porque la sociedad dependiente debe probar el perjuicio sufrido, lo que en muchas ocasiones resulta costoso e incierto.

Como solución a la situación descrita, se ha desarrollado una línea doctrinal y jurisprudencial²² que diferencia entre grupos fácticos simples, en los que se dan instrucciones de manera puntual y los perjuicios para la dominada son fácilmente individualizables y cuantificables, y los grupos fácticos cualificados, en los que las directrices se imparten de manera estable, duradera y con supeditación constante a los intereses de la dominante. Conforme a esta línea jurisprudencial, este último tipo de grupos fácticos, en los que llega a producirse una integración empresarial, sobrepasan los límites del presupuesto de hecho del artículo 311 y, por ende, se les tiene que aplicar de manera análoga lo previsto para los grupos de derecho.

Entre las consecuencias jurídicas que existen para los grupos que han convenido un acuerdo de dominación, destaca, por un lado, el sometimiento total de las sociedades dependientes a las decisiones de la dominante, incluso cuando puedan resultarle desfavorables, siempre y cuando se justifiquen en el interés superior del grupo (artículo 308). Por otro lado, la Aktiengesetz se preocupa por asegurar a la sociedad dependiente (artículos 300-302), proteger a los acreedores (artículo 304) y también a los accionistas minoritarios (artículos 304-307) de las sociedades dependientes.

La voluntad jurisprudencial de aplicar análogamente el derecho de grupos de sociedades también a los grupos fácticos cualificados responde, por tanto, a la necesidad de proteger a las sociedades dependientes y a los terceros, que contratan con grupos que, a pesar de no haber celebrado un contrato de dominación, actúan como tales en el tráfico jurídico.

2.3.2. *Derecho brasileño*

El segundo país de relevancia en establecer una regulación material de los grupos de sociedades fue Brasil, con la aprobación de su Ley de Sociedades Anónimas de 1976. De

²² *Ibid.* pp. 62-72

la definición del artículo 265 se desprenden los principales rasgos de los grupos: (1) la celebración de un contrato de convención (frente al contrato de dominación del derecho alemán), (2) solo se regulan los grupos de subordinación, (3) el control por sí solo, sin contrato de convención, no constituye un grupo, y (4) no se hace ninguna referencia a la necesidad de dirección unitaria²³.

La normativa brasileña resulta innovadora respecto a la legislación alemana en que incluye una serie de principios dispositivos sobre la organización interna del grupo y su administración. De otra parte, se asemeja al derecho alemán en el tratamiento del poder de decisión de la sociedad dominante sobre las dominadas, estableciendo unos límites al mismo y la posibilidad de los socios minoritarios de las dependientes de ejercer acciones contra los administradores de la dominante y los de su propia sociedad, pero no de recibir ningún tipo de indemnización como sí prevé el ordenamiento alemán²⁴. En el ámbito contable, las consecuencias previstas respecto a la consolidación de cuentas son similares a las ya vistas.

2.3.3. *Derecho comunitario*

La UE también ha querido regular los grupos de sociedades para construir un derecho de grupos armonizado a nivel comunitario. Este deseo se materializó por primera vez por medio de la Séptima Directiva, 83/349/CEE, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas. Las directrices para los grupos establecidas en esta directiva han trascendido a nuestro ordenamiento, principalmente en los artículos 42 y 49 CCom, por lo que las consecuencias jurídicas previstas a nivel comunitario para los grupos de sociedades son similares en cuanto a cómo deben llevar la contabilidad.

Sin embargo, la verdadera regulación jurídico-material de los grupos de sociedades se intentó realizar con el ambicioso Proyecto de Novena Directiva, en la que se establecía un concepto de grupo genérico, sustentado sobre la concurrencia de una relación de dependencia, una dirección económica única y un contrato de dominación²⁵. Esta propuesta de directiva, presentada en 1984, no contó con el apoyo suficiente y no salió

²³ Febles Pozo, N., *op. cit.* p. 214

²⁴ Fernández Markaida, I., *op. cit.* p. 81

²⁵ Quijano González, J., "EL DERECHO DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL" *Revista Boliviana de Derecho*, n. 5, 2008, pp.203-209

adelante, de forma que actualmente solo encontramos la séptima directiva en materia de derecho de grupos, que tiene un ámbito contable limitado, aunque se ha tenido que recurrir a ella para extraer los aspectos conceptuales básicos de los grupos de sociedades a nivel europeo.

Cabe destacar, en último lugar, que se han producido agrupaciones de juristas europeos que, con carácter privado, ha redactado una serie de principios y recomendaciones sobre las que se debería construir la regulación material de los grupos de sociedades. Sobresalen especialmente aquí el Informe Winter²⁶ y las propuestas del Forum Europaeum²⁷.

3. OPERACIONES VINCULADAS

3.1. Concepto

Las operaciones vinculadas son aquellas que se producen entre personas o entidades vinculadas, según recoge el artículo 18 LIS²⁸. De un modo más ilustrativo, se pueden definir como aquellas que lleva a cabo una sociedad con sujetos que pueden influir sobre sus decisiones²⁹, quienes en una sociedad aislada serían los socios y los consejeros, o sus allegados más cercanos³⁰. En los grupos de sociedades, (entendiendo como tales los del Código de Comercio por remisión de la propia LIS) además de estos casos, también tendrán la consideración de operaciones vinculadas las realizadas entre dos sociedades del grupo y las efectuadas entre una de las sociedades con los administradores o consejeros de otra sociedad del grupo.

Las operaciones vinculadas tienen especial importancia en sede de los grupos de sociedades, porque cabe plantearse si existen voluntades contrapuestas o potenciales conflictos de interés, ya que se trata de entidades sometidas a una dirección económica unitaria. Piénsese, por ejemplo, en una sociedad dominante que posee la mayoría de votos del consejo de una de las sociedades dominadas. Acaso cuando se sienten a negociar, por

²⁶ Vid. Embid Irujo, J. M. y Salas Fumás, V., *El gobierno de los grupos de sociedades*, Fundación Alternativas, 2005, pp. 27-28

²⁷ Vid. Embid Irujo, J. M., *Introducción al derecho...* op. cit. pp. 221-238 y Fernández Markaida, I., op. cit. pp. 134-156

²⁸ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. (BOE 28 de noviembre de 2014)

²⁹ Paz-Ares Rodríguez, J.C., "Operaciones vinculadas y grupos de sociedades", *Conferencias de la Academia Matriense del Notariado*, tomo 60, 2020, p. 91

³⁰ Vid. artículo 18.2.c) LIS

ejemplo la venta de un producto intermedio de la dependiente a la dominante, no parece evidente que no son dos las voluntades que se sientan a la mesa de negociación, sino una única.

Cabe cuestionarse la licitud de estas operaciones, puesto que parece claro que existe un conflicto de intereses, ya que los consejeros de la sociedad dominada podrían actuar en perjuicio de su propia empresa, salvaguardando los intereses de la matriz A pesar de ello, este conflicto se debe de entender inexistente o superado por el interés superior del grupo. La razón radica en que esta figura jurídica ha sido admitida por nuestra legislación y se le supone un interés propio y global, que no tiene por qué coincidir con el interés particular de cada una de las entidades, por lo que, cuando en estos casos de autocontratación, el daño sufrido por la dominada se justifique en el beneficio del grupo, debemos considerar que este conflicto de intereses no tiene lugar³¹. De lo contrario carecería de sentido la regulación de los grupos de sociedades en nuestro ordenamiento.

3.2. Tratamiento contable y fiscal

Vamos a orientar nuestro análisis hacia las operaciones vinculadas que tienen lugar entre dos entidades del mismo grupo o las realizadas entre una de las sociedades con los administradores de otra del grupo, por ser estos los supuestos típicos y exclusivos de los grupos de empresa.

Podemos, en primer lugar, plantearnos por qué el legislador regula cómo deben valorarse las operaciones vinculadas intragrupo si, a fin de cuentas, se trata de entidades bajo la misma dirección. La respuesta se puede extraer de la STS de 11 de febrero de 2000³², en la que se dictamina que *“la ausencia de voluntades contrapuestas dentro del grupo societario origina que sus transacciones económicas no sigan la ley de la oferta y la demanda, por lo que, por muy diversos motivos, los precios de dichas transacciones no son los propios del mercado de libre competencia. Estos precios dirigidos se denominan*

³¹ Cfr. Bustillo Tejedor, L. L., “LOS GRUPOS DE SOCIEDADES”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 62, 2014, p. 48

³² Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero del 2000. F.J. Cuarto [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2000\2786]. Fecha última consulta: 20 de abril de 2021

«precios de transferencia», porque permiten transferir el beneficio de unas sociedades a otras, por conveniencias muy diversas, entre ellas la minoración de la carga fiscal».

Respecto a su tratamiento contable, la norma de registro y valoración 21ª del PGC, establece que las operaciones realizadas entre entidades de un mismo grupo, sin importar el grado de vinculación entre ambas, deben contabilizarse conforme a las normas generales. Por consiguiente, con carácter general, estas operaciones se valorarán en el momento inicial por su valor razonable, y si se acordase un precio distinto a este, la diferencia se contabilizará dependiendo de la realidad económica de la operación. La valoración posterior se llevará a cabo en conformidad con lo previsto en las normas correspondientes.

En el plano fiscal, el artículo 18.1 LIS impone la valoración de estas operaciones vinculadas por su valor de mercado, entendiendo como tal el que hubiesen acordado dos sociedades o personas independientes siguiendo el principio de libertad de competencia. Para determinar el valor de mercado, el grupo de sociedades podrá elegir el método que prefiera, teniendo en cuenta algunos criterios como la naturaleza de la operación o la disponibilidad de información, de entre los siguientes: método del precio libre comparable, método del coste incrementado, método del precio de reventa, método de distribución del resultado o método del margen neto operacional³³.

El apartado 11 del artículo 18 LIS indica qué ocurre si se determinase que el precio acordado de una operación vinculada difiere del valor de mercado. En estos supuestos, la diferencia entre ambos valores tendrá, para las entidades vinculadas, el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia. Es en estos casos cuando, además de un primer ajuste como requieren todas las operaciones que realiza una sociedad, debe realizarse un ajuste secundario.

El ajuste primario, que se articula a través del mecanismo de ajuste bilateral, se encarga de registrar el valor de la operación efectivamente realizada, y es relevante porque incrementa la renta de la base imponible de una de las partes, y disminuye la de la otra; si bien es cierto que en múltiples ocasiones estos cambios se compensan el uno con el

³³ Para ver en qué consiste cada método, *vid.* apartado 4 del artículo 18 LIS

otro. Pero cuando este valor del ajuste primario no sea el valor de mercado, se procederá a realizar un ajuste secundario para dar cumplimiento a la obligación fiscal de valorar estas operaciones por su valor de mercado, de forma que la renta fruto diferencia entre el valor de mercado y el valor convenido se tratará fiscalmente según su naturaleza³⁴, y en todo caso atendiendo a lo previsto en las letras a) y b) del artículo 18.11 LIS.

3.3. Deberes de información y documentación

El artículo 23 sobre el contenido de la memoria del PGC establece la obligación de incluir en la misma la información sobre las operaciones vinculadas efectuadas en el ejercicio económico. La información deberá ser suficiente para comprender cada operación y el efecto que haya provocado en el resto de estados financieros, comprendiendo en todo caso algunos extremos como la entidad vinculada con la que se ha realizado la operación, su detalle y cuantificación, y el beneficio o pérdida que haya ocasionado a la sociedad.

El grupo de sociedades, además, deberá conservar la documentación referida a operaciones vinculadas, por si la Administración tributaria la demandase para comprobar que efectivamente han sido valoradas por su valor de mercado. Esta previsión se recoge en el artículo 18.3 LIS y se desarrolla reglamentariamente en el artículo 13.2 RIS³⁵. Este último precepto nos remite a los artículos 15 y 16 RIS, en los que detalla la documentación específica que deberá aportar el grupo al que pertenece la sociedad contribuyente, y la propia sociedad contribuyente, respectivamente. La documentación del grupo deberá constar de información relativa a estructura y organización del grupo, sus actividades, sus activos intangibles, la actividad financiera y la situación financiera y fiscal. La sociedad contribuyente, por su parte, deberá incluir datos sobre su estructura, actividades y competidores, la información sobre operaciones vinculadas realizadas, y su información económico-financiera.

Este deber documentación de los precios de transferencia en las operaciones vinculadas resulta esencial, puesto que dota de seguridad jurídica al procedimiento de comprobación

³⁴ Calvo Vérguez, J., *OPERACIONES VINCULADAS Y SUBCAPITALIZACIÓN*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 12 (versión electrónica)

³⁵ Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. (BOE 11 de julio de 2015)

por parte de la Administración tributaria, y fomenta la competitividad³⁶. Además, no supone una carga excesiva para los grupos, debido a que la LIS prevé una documentación simplificada cuando entidades vinculadas tengan un importe neto de la cifra de negocios por debajo de los 45 millones de euros, y una serie de supuestos en las que la documentación específica no será exigible³⁷.

4. CONFLICTOS DE INTERÉS DENTRO DEL GRUPO

4.1. Posición de doble subordinación de los socios externos

Bajo la denominación de “socios externos” se ha hecho referencia tradicionalmente a aquellos accionistas de alguna de las sociedades dependientes que no pertenecen al círculo de control del grupo y están apartados de su gestión³⁸. Por consiguiente, la figura de los socios externos se da únicamente en los grupos de subordinación, donde una matriz ejerce el control y dirección de las filiales. Hablamos de posición de doble subordinación porque, si ya en una sociedad independiente los intereses del accionista minoritario se ven subordinados a los de la sociedad, cuando esta se integra en un grupo como sociedad dependiente, se produce un sometimiento al interés superior del grupo. Por lo tanto, el socio externo se encuentra no ya con una, sino con dos voluntades que se sitúan por encima de la suya y respecto de las que queda subordinado. Esta situación, supone, por tanto, una degradación respecto a la que ocuparía un socio minoritario de una sociedad independiente o sociedad “isla”, de forma que los mecanismos de protección previstos

³⁶ Bonell Colmenero, R., *Operaciones vinculadas: los deberes de documentación*, Lex Nova, Valladolid, 2016, p. 15 (versión electrónica)

³⁷El artículo 18.3 LIS dice así: “La documentación específica no será exigible: a) A las operaciones realizadas entre entidades que se integren en un mismo grupo de consolidación fiscal, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 65.2 de esta Ley. b) A las operaciones realizadas con sus miembros o con otras entidades integrantes del mismo grupo de consolidación fiscal por las agrupaciones de interés económico, de acuerdo con lo previsto en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de interés Económico, y las uniones temporales de empresas, reguladas en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de Sociedades de desarrollo industrial regional, e inscritas en el registro especial del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. No obstante, la documentación específica será exigible en el caso de uniones temporales de empresas o fórmulas de colaboración análogas a las uniones temporales, que se acojan al régimen establecido en el artículo 22 de esta Ley. c) Las operaciones realizadas en el ámbito de ofertas públicas de venta o de ofertas públicas de adquisición de valores. d) A las operaciones realizadas con la misma persona o entidad vinculada, siempre que el importe de la contraprestación del conjunto de operaciones no supere los 250.000 euros, de acuerdo con el valor de mercado”.

³⁸ Fachal Noguer, N., “El derecho de separación como mecanismo de protección del socio: propuestas para combatir las situaciones de abuso”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 314, 2019, p. 4.2 (versión electrónica)

para estos no resultan por lo general suficientes para garantizar una tutela adecuada de los accionistas externos³⁹.

Y decimos que merecen una protección particular porque estos accionistas externos ven afectados sus derechos tanto en el ámbito patrimonial como en el ámbito político⁴⁰. Respecto al plano patrimonial, la sociedad dependiente podrá tomar decisiones perjudiciales para sí en beneficio del interés del grupo, lo que resultará en una disminución en los beneficios de la empresa, que afectará consecuentemente a la posible distribución de dividendos. En cuanto al plano político, la junta general de la dependiente debilita su posición hasta convertirse en un órgano residual, incapaz de realizar un control eficaz de la gestión social⁴¹, que queda en manos del órgano de administración de la matriz.

A pesar de que el concepto tradicional de accionistas externos incluía exclusivamente a los socios minoritarios de las filiales, algunos autores⁴² consideran que esta limitación ha quedado obsoleta y debería incluirse como socios externos también a los accionistas minoritarios de la dominante, aplicándoseles análogamente los mecanismos de tutela. Ello, en la medida en que la matriz también puede tomar decisiones que le sean desfavorables en virtud del interés superior del grupo y por el debilitamiento que sufren las facultades de la junta general a favor del órgano de administración, cuando una sociedad independiente se convierte en matriz del grupo. En consecuencia, también es posible argumentar que los accionistas minoritarios de la sociedad dominante se encuentran asimismo en una posición de doble subordinación.

4.2. Derecho de separación

El derecho de separación se articula como una facultad otorgada al socio de salirse del accionariado de una sociedad en situaciones tasadas legalmente cuando no hubiese votado

³⁹ Embid Irujo, J. M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, Madrid, 1987, p. 173

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ Paz-Ares Rodríguez, J.C., “Uniones de empresa y grupos de sociedades” *op. cit.* p. 242

⁴² *Vid.* Fuentes Naharro, M., “Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz” , *DT del Departamento de Derecho Mercantil*, núm. 19, 2008, pp. 12-15

a favor (de forma que aplica también a los socios que tengan acciones sin derecho a voto), de un acuerdo relativo a alguna de las causas del artículo 346 LSC, que son:

- Sustitución o modificación sustancial del objeto social
- Prórroga de la sociedad
- Reactivación de la sociedad
- Creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos
- La modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales, exclusivamente en las sociedades de responsabilidad limitada

Estas no son las únicas causas que permiten el derecho de separación, ya que la sociedad podrá establecer estatutariamente las que considere, con la aprobación de todo los socios (artículo 347 LSC). Podría incluso aprobarse en los estatutos un derecho de separación *ad nutum*, esto es, sin necesidad de que medie causa justa y por la mera voluntad unilateral del socio⁴³. Sobre esta posibilidad se ha pronunciado la jurisprudencia⁴⁴, que en interpretación del artículo 96 de la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995⁴⁵, redactado en términos prácticamente idénticos al artículo 347 LSC, ha determinado la licitud de incluir un derecho de separación *ad nutum*.

En último lugar, existe la posibilidad de que la falta de distribución de dividendos permita en algunos casos al derecho de separación del socio⁴⁶. Sea cual sea la causa, el socio que ejerza este derecho podrá separarse de la sociedad, al tiempo que recibe un reembolso por el valor de sus acciones o participaciones sociales. La forma y plazo para ejercer este derecho serán los que se recojan los estatutos de la sociedad, o en su defecto en los términos establecidos en los artículos 348, 353 y 356 LSC⁴⁷. Ahora bien, este derecho de separación es el que el legislador establece con el fin de proteger a los accionistas

⁴³ Martínez-Gijón Machuca, P., “La protección de los socios externos en los grupos de sociedades en el Anteproyecto de la Ley de Código Mercantil”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, 2015, pp. 707-708

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 796/2011, de 15 de noviembre. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2012\1492]. Fecha última consulta: 20 de abril de 2021 y Sentencia del Tribunal Supremo núm. 216/2013, de 14 de marzo. F.J. Séptimo [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2013\2421]. Fecha última consulta: 20 de abril de 2021.

⁴⁵ Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE 24 de marzo de 1995)

⁴⁶ *Vid.* artículo 348 bis LSC

⁴⁷ Martínez-Gijón Machuca, P., *op. cit.* p. 709

minoritarios de sociedades independientes, por lo que es necesario adaptarlo a la realidad jurídica de los grupos de sociedades, para determinar bajo que causas podrán ejercerlo los socios externos.

Para los accionistas minoritarios de sociedades que se integren en un grupo, independientemente de que lo hagan como sociedad matriz o como filial, habrá tres vías para ejercer el derecho de separación: bien porque así lo prevean los estatutos, bien porque se produzca una sustitución o modificación sustancial del objeto social como consecuencia de la inclusión de la entidad en el grupo, o bien por la falta de reparto de dividendos.

Por un lado, resulta claro que si los estatutos de la sociedad incluyen un artículo que establezca el derecho de separación *ad nutum*, el socio externo podrá abandonar la sociedad cuando así lo desee. Pero también debe considerarse razonable y nada se opone a la posibilidad de que los estatutos incorporen un derecho de separación en caso de que la sociedad se incorpore a un grupo⁴⁸, en la medida en que se trata de una modificación estructural relevante⁴⁹, lo que a fin de cuentas es lo que se pretende proteger con las causas legales tasadas.

Por otro lado, resulta sin embargo dudoso si la integración de una sociedad en un grupo puede ser tomada con causa para ejercer el derecho de separación por sustituir o modificar sustancialmente el objeto social. Para poder considerar la concurrencia de esta causa, será necesario que se produzca una efectiva modificación del objeto social, de manera que la mera inclusión en un grupo de sociedades no puede ser tomada como causa suficiente para ejercer este derecho. A estos efectos, la STS 438/2010 de 30 de junio de 2010⁵⁰ entendió que la modificación del objeto social tendrá la consideración de sustancial cuando provoque un cambio en los presupuestos objetivos que determinaron la adhesión del socio a la sociedad, por transformar la sociedad en una realidad jurídica o económica distinta. Debe puntualizarse que, en todo caso, será necesario que el cambio de objeto

⁴⁸ Embid Irujo, J. M., “La protección de la minoría en el grupo de sociedades (el punto de vista del Derecho español”, Revista de Derecho Mercantil núm. 214, 1994, pp. 913-924

⁴⁹ Fachal Noguera, N., *op.cit.* p. 4.4 (versión electrónica) y Martínez-Gijón Machuca, P., *op. cit.* p. 709

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 438/2010, de 30 de junio. F.J. Segundo [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2010\5693]. Fecha última consulta: 20 de abril de 2021

social se plasme en un acuerdo en el que socio no vote a favor, de forma que el cambio de hecho del objeto social no permite la separación del socio⁵¹.

Por último, según se apuntó anteriormente, el artículo 348 bis LSC reconoce el derecho de separación en caso de que no se repartan dividendos. El apartado 1 del artículo recoge una serie de requisitos para reconocer el derecho de separación⁵² y está pensado para las sociedades independientes, por lo que igualmente podrían aplicarlo los socios tanto de la matriz como de las filiales. El apartado 4, por su parte, permite la separación a los accionistas de la sociedad dominante, sin necesidad de atender a estos requisitos. Sin embargo, nada se dice de los socios de la filial considerada como parte integrante del grupo, por lo que no cabría la aplicación análoga de este precepto. Este hecho ha sido criticado por algunos autores⁵³, ya que supone una menor protección del socio de la filial que del de la matriz.

4.3. Acción de responsabilidad y conflictos de interés entre matriz y filial

La acción de responsabilidad podrá ser solicitada en defensa del interés social por los socios contra los administradores y deberá ser aprobada por acuerdo de la junta general, de acuerdo con el artículo 238 LSC. También se legitima al socio o socios que posean al menos un 5% de las acciones o participaciones a ejercerla, en caso de que los administradores no hubiesen convocado una junta solicitada con ese mismo fin, cuando hubiese pasado un mes desde que se aprobó en la junta y no se hubiese ejercido por la sociedad o cuando el acuerdo hubiese sido contrario a la exigencia de responsabilidad. Además, cuando en los casos anteriores la exigencia de responsabilidad se hubiese

⁵¹ En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 198/2015, de 27 de julio. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2015\229488]. Fecha última consulta: 20 de abril de 2021

⁵² El párrafo primero del artículo 348 bis.1 LSC dice así: “*Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo*”

⁵³ Muñoz García, A., “Distribución obligatoria de dividendos y grupos de sociedades”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 55, 2019, pp. 145-178

sustentado en una infracción del deber de lealtad del artículo 227 LSC, se podrá promover la acción directamente, sin necesidad de la aprobación de la junta general.

Nuevamente, como ocurría con el derecho de separación, estos preceptos están dirigidos a ser aplicados en sociedades independientes, pero no existe un precepto legal que prevea su aplicación en grupos de sociedades. De una parte, parece evidente que los socios externos de la matriz solo podrán dirigir la acción de responsabilidad contra los administradores de la misma. De otra, no está del todo claro si los accionistas externos de la sociedad dependiente podrán solicitar la acción de responsabilidad contra los administradores de la matriz, contra los de la filial, o contra los de ambas.

Esto sucede porque, como venimos comentando, las sociedades que conforman un grupo tienen un objeto e interés social que no siempre coincide con el interés del grupo, lo que puede dar lugar a conflictos de interés entre la sociedad dominante y las filiales. Esta situación coloca a los administradores de la filial en una situación sumamente complicada, pues, por un lado se arriesgarán a ser destituidos si no obedecen las órdenes de la matriz, mientras que por otro, podrán ser objeto de una acción de responsabilidad por actuar en contra de los intereses de la sociedad que administran⁵⁴.

Los socios externos de la filial podrán ejercer esta acción contra los administradores de su sociedad, como si se tratase de una sociedad independiente cualquiera. La cuestión que cabe plantearse es si podrán ejercerla cuando los administradores de la filial hubiesen actuado siguiendo las instrucciones de la sociedad dominante. Es del todo lógico que la matriz imparta órdenes a las filiales en ejecución de una dirección unitaria, que no es sino el fundamento de los grupos de sociedades. Por lo tanto, entender que los administradores de las filiales puedan quedar sujetos a una acción de responsabilidad cuando, en cumplimiento de tales directrices, obren en contra del interés social de su propia entidad, desvirtuaría completamente el concepto de grupo de sociedades⁵⁵. En la medida en que la sociedad dominante está legitimada para dar instrucciones a la filial, los administradores de esta última estarán exentos de responsabilidad siempre que el acuerdo que fuese lesivo para los intereses de su sociedad estuviese justificado en el beneficio del

⁵⁴ Sebastián Quetglas, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Civitas, Pamplona, 2013, p. 7 (versión electrónica)

⁵⁵ Cfr. De Arriba Fernández, M. L., *op. cit.* pp. 405-406

grupo. Ahora bien, cuando cumplan las órdenes de la matriz sin que estas estén amparadas en el interés superior del grupo, sí que podrán incurrir en responsabilidad, por lo que tienen la obligación de analizar cada una de las órdenes recibidas de la sociedad dominante⁵⁶.

Este planteamiento parece indicar que, en caso de conflicto de interés entre la filial y la matriz, deberá prevalecer este último y, por ende, los administradores de la sociedad dominada acatar en todo caso las instrucciones que reciban. A pesar de esto, pueden surgir dudas jurisprudenciales a este respecto, debido a que la STS 695/2015 de 11 de diciembre de 2015⁵⁷ dice que *“(e)l deber de actuar como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, que tiene el administrador social, supone la obligación de desempeñar las funciones del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros. Ante cualquier situación de conflicto, el administrador ha de velar por el interés de la sociedad y dirigir su gestión hacia la consecución del objeto y finalidad social de manera óptima, absteniéndose de actuar en perjuicio de los intereses de la sociedad. Este deber de lealtad viene referido al interés de la sociedad que administra, no al de otras, aunque pertenezcan al mismo grupo, aunque sea la sociedad dominante, ni a otros intereses formalmente ajenos, como es el que se ha venido en llamar «interés del grupo»*”. Esta sentencia defiende el interés de los socios externos, que ven perjudicada la sociedad de la que son accionistas, sin que este perjuicio encuentre, para ellos, contrapartida en el beneficio de la matriz, puesto que no poseen acciones de la misma. Esto supondría una contradicción con lo anteriormente expuesto y relegaría al interés del grupo a un segundo escalón, por debajo del interés de la filial.

Sin embargo, la SAP Asturias 114/2014 de 31 marzo de 2014⁵⁸, entiende que sí podrán los administradores de la filial adoptar ordenes perjudiciales para su interés social, siempre que se actúen en beneficio del grupo y, además, la matriz compense los daños ocasionados. De esta forma, si tras una ponderación del perjuicio sufrido por la filial y la compensación recibida por parte de la matriz, el socio minoritario no viese afectada

⁵⁶ Sebastián Quetglas, R., *El concurso...*, op. cit. p. 7 (versión electrónica)

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 695/2015, de 11 de diciembre. F.J. Tercero [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2015\5440]. Fecha última consulta: 20 de abril de 2021

⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 114/2014, de 31 de marzo. F.J. Tercero [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC 2014\601]. Fecha última consulta: 20 de abril de 2021

significativamente su posición, deberíamos entender que no cabe ejercer la acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad dominada por no haber actuado en contra del interés social.

La anteriormente mencionada STS 695/2015 de 11 de diciembre de 2015 también se pronuncia de manera similar a esta sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, razonando que en búsqueda de un equilibrio entre el interés del grupo y los intereses de las sociedades que lo forman, las filiales podrán tomar decisiones que les sean gravosas siempre que existan “ventajas compensatorias”. La compensación otorgada por la matriz no tiene por qué ser simultánea necesariamente, sino que podrá también ser previa, por ejemplo inyectando liquidez antes de que sufra el perjuicio, o posterior, por ejemplo asumiendo parte de las pérdidas futuras de la filial. Eso sí, estas ventajas compensatorias deberán ser siempre verificables, habrán de tener valor económico y ser proporcionales al daño recibido.

La conclusión, por consiguiente, a la que se puede llegar a la vista de la jurisprudencia, es que las sociedades dominadas tienen su propio interés social, por el cual deberán velar sus administradores en cumplimiento del deber de lealtad, de forma que en caso de existir un conflicto de intereses directo entre filial y matriz, deben prevalecer los intereses de la filial y los administradores deberán obrar conforme a los mismos, o, de lo contrario, exponerse a una posible acción de responsabilidad. Ahora bien, cuando las instrucciones de la matriz perjudiciales para la filial, se vean justificadas por el interés del grupo y compensadas adecuadamente, se entenderá que prevalece el interés del grupo y no existe daño para la filial, de manera que sus administradores no quedarán sujetos a una posible acción de responsabilidad.

Por otro lado, habría que ver si los socios externos de la filial pueden dirigir la acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad dominante bajo alguna circunstancia. En este sentido cabría apelar al apartado 3 del artículo 236 LSC, que extiende la responsabilidad a los administradores de hecho, esto es, los que sin ocupar formalmente un cargo en el órgano de administración de la entidad, actúan como tales y aquellos que emitan instrucciones bajo las cuales actúen los administradores. Por lo tanto, en la medida en que los administradores de la matriz actúen con tal intensidad que se les pueda considerar administradores de hecho de la filial, los socios externos podrían

entablar la acción de responsabilidad también contra ellos⁵⁹, si bien esta valoración no ha trascendido efectivamente a la jurisprudencia.

5. EL CONCURSO DE ACREEDORES

El concurso de acreedores es un procedimiento previsto en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en la Ley Concursal (LC), que ha lugar cuando un persona, tanto física como jurídica, se encuentra en un estado de insolvencia y no puede hacer frente a las deudas contraídas. La situación de insolvencia, ya sea actual o inminente, deberá justificarse en alguno de los hechos del artículo 2.4 LC⁶⁰. Vamos a centrar nuestro análisis en las particularidades que existen o pueden existir cuando la sociedad declarada en concurso de acreedores forma parte de un grupo, obviando así el procedimiento habitual y algunas cuestiones generales.

5.1. Posible extensión del concurso y comunicación de responsabilidad

Los grupos de sociedades carecen de una personalidad jurídica propia, pero se componen de sociedades que mantienen la suya y que se relacionan con una especial intensidad entre ellas, bajo una dirección unitaria⁶¹. Es por este motivo por el que, cuando se declara el concurso de una sociedad que forma de un grupo, es lícito cuestionarse si no debería ampliarse el concurso al resto de entidades del grupo, lo que supondría una extensión del concurso, bien de la matriz hacia las filiales, o bien de una filial a otras y a la matriz, pero tramitándose en todo caso un único concurso para todo el grupo.

⁵⁹ Martínez-Gijón Machuca, P., *op. cit.* p. 702 y Paz-Ares Rodríguez, J.C., “Uniones de empresa y grupos de sociedades” *op. cit.* pp. 244

⁶⁰ Los presupuestos objetivo del concurso son los siguientes: 1.º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme. 2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago. 3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. 6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

⁶¹ *Vid.* apartado 1.1 de este texto

Una escasa parte de nuestra doctrina se ha mostrado favorable a la extensión del concurso en los grupos por confusión de patrimonios y abusos de formas sociales⁶², lo que entrañaría ciertos beneficios al agrupar todos los activos del grupo en una única masa activa de la que todos los acreedores de cada una de las sociedades tendrían derecho a cobrar. Sin embargo, no es ni mucho menos una solución perfecta, pues comporta injusticias para los acreedores de sociedades solventes, que, tras analizar la viabilidad económica de la sociedad con la que contrataban, se verían obligados a compartir bienes sobre los que tenían un derecho de cobro legítimo⁶³, con otros acreedores que no tuvieron la misma diligencia.

En otros ordenamientos como el francés, el italiano y el argentino, se han hecho eco de la extensión del concurso⁶⁴, pero esta posibilidad no está recogida en nuestra Ley Concursal. El artículo 1 LC establece que el presupuesto subjetivo del concurso son las personas naturales y jurídicas, lo que excluiría a los grupos en la medida en que no cuentan con personalidad jurídica propia⁶⁵ y ningún otro precepto considera los grupos como sujetos susceptibles de ser declarados en concurso. Así las cosas, el concurso de acreedores se declarará para aquellas sociedades del grupo, sea una o sean varias, que cumplan de forma individual el presupuesto objetivo de insolvencia; pero no porque estos hechos se den en una de las entidades se va a convocar el concurso de todo el grupo.

Una cosa distinta a la extensión del concurso, es si se puede comunicar la responsabilidad de la filial a la matriz, cuando la primera hubiese devenido insolvente como consecuencia de las órdenes dictadas en interés del grupo, de forma que los acreedores de la filial pudiesen dirigirse contra la sociedad dominante para resarcir sus deudas. Esta extensión de responsabilidad de la sociedad dominada a la matriz está prevista en el artículo 61.2 LDC⁶⁶, pero el artículo 8 de esa misma ley limita el ámbito de aplicación a los supuestos

⁶² Sebastián Quetglas, R., *El concurso...*, *op. cit.* p. 7 (versión electrónica)

⁶³ Sebastián Quetglas, R., “La insolvencia de los grupos de sociedades en la Ley Concursal”, *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 61, 2004, p. 300

⁶⁴ Rodríguez Ariza, L., Rodríguez Martínez, A. I. y Rodríguez Martínez, M. E., “La pendiente regulación mercantil y concursal de los grupos de sociedades”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 6, época 1, 2015, p. 68

⁶⁵ Sánchez-Calero Guilarte, J., “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5, 2005, pp. 26-27

⁶⁶ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 4 de julio de 2007)

de defensa de la competencia, sin que pueda extenderse a otros ámbitos del derecho⁶⁷, así que aquí no nos es de utilidad.

La comunicación de la responsabilidad parece, en principio, contradictoria, porque aunque una sociedad se integre en un grupo, mantiene su personalidad jurídica, de forma que cuando opera en el tráfico jurídico actúa en todo momento en su propio nombre. Esto la convierte en la responsable exclusiva del cumplimiento de las obligaciones contraídas, sin que pueda extenderse esta responsabilidad a otras entidades del grupo⁶⁸. En suma, ningún artículo de la Ley Concursal sostiene la comunicación de responsabilidad, lo que nos hace decantarnos por la negación de la misma.

No obstante, una parte de la doctrina considera que determinadas situaciones, como la infracapitalización, el abuso de las formas sociales o la confusión de patrimonios, sí deben dar lugar a la comunicación de responsabilidad⁶⁹. Esta comunicación se justificaría en el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad dominante con la filial, que le han hecho devenir insolvente, y por lo tanto los acreedores podrían exigir el pago de la deuda también a la matriz. Esta teoría, conocida como “levantamiento del velo”, también ha trascendido a nuestra jurisprudencia, aunque habrá que analizar con detenimiento cada caso concreto. Así, la STS 670/2010, de 4 de noviembre de 2010⁷⁰, establece que, aunque las sociedades tengan personalidad jurídica propia y, con carácter general, sean las únicas en responder de sus actos, pueden darse circunstancias excepcionales (como infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso) que justifiquen el “levantamiento del velo”, para evitar el perjuicio injustificado de derechos e intereses legítimos de terceros.

Centrándonos en los grupos de sociedades, la SAP Barcelona 572/2017, de 22 de diciembre de 2017⁷¹ afirma que el riesgo de abuso de personificación, una de las circunstancias antes mencionadas, existe en los grupos; sin que, sin embargo, la mera

⁶⁷ Sebastián Quetglas, R., “La insolvencia ...”, *op. cit.* p. 302

⁶⁸ Bustillo Tejedor, L. L., *op. cit.* p. 49 en interpretación del artículo 78.6 Ley de Cooperativas

⁶⁹ Sebastián Quetglas, R., “La insolvencia ...”, *op. cit.* p. 302

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 670/2010, de 4 de noviembre. F.J. Octavo [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2010\8868]. Fecha última consulta: 20 de abril de 2021

⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 572/2017, de 22 de diciembre. F.J. Quinto [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2018\21196]. Fecha última consulta: 20 de abril de 2021

existencia del grupo de sociedades justifique el levantamiento del velo sin más. Es decir, el grupo supone un riesgo de abuso de personificación que habrá que analizar *ad casum*, comprobando si la sociedad se ha constituido con una intención no tutelada por el ordenamiento, “*como es la de excluir la responsabilidad patrimonial y disminuir o incluso destruir la protección de los derechos de los acreedores*”. Los supuestos de confusión patrimonial y los de confusión de planos o esferas, son los dos que se han venido considerando por la jurisprudencia como indicadores de que el riesgo de abuso de personificación se ha materializado. Conviene aclarar, no obstante, que estos supuestos no son *numerus clausus*, ya que en la práctica hay un amplio abanico de situaciones que evidencian el abuso de personalidad, por lo que habrá que estar al caso concreto, como recuerda la STS 326/2012, de 12 de mayo de 2012⁷².

En conclusión, la declaración de insolvencia y consecuentemente del concurso de acreedores se deberá realizar de manera individualizada para cada sociedad, sin que sea posible la extensión del concurso al resto del grupo. Sí que se podrá, por el contrario y de manera excepcional, comunicar la responsabilidad de la filial a la matriz, por medio de la teoría del levantamiento del velo, cuando se pruebe el abuso de personalidad por parte del grupo.

5.2. Acumulación de concursos y consolidación de masas

Hemos analizado, en primer lugar, las posibles consecuencias que se pueden derivar de la declaración en concurso de acreedores de una de las sociedades del grupo. Pero existen otras circunstancias previstas en la Ley Concursal cuando se declara el concurso, no de una, sino de dos o más sociedades de un mismo grupo.

Por un lado, los artículos 38 y 39 LC permiten de manera expresa la declaración judicial conjunta de concurso, voluntario o necesario respectivamente, de las sociedades que formen parte de un grupo. Debemos recordar que, a los efectos de esta ley, el concepto de grupo es el recogido en el artículo 42 CCom⁷³. El artículo 41 LC, por su parte, permite la acumulación de concursos que hubiesen sido declarados individualmente, cuando dos

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 326/2012, de 30 de mayo. F.J. 13 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2012\6548]. Fecha última consulta: 20 de abril de 2021

⁷³ *Vid.* apartado 1.2 de este texto

sociedades pertenezcan a la mismo grupo, y lo solicite alguno de los concursados o alguno de los administradores concursales, o subsidiariamente alguno de los acreedores.

El artículo 46 LC determina las diferencias, en términos de competencia, entre la declaración conjunta y la acumulación de concursos. El juez competente para la declaración conjunta de concursos será el del lugar donde tenga el centro de intereses la sociedad dominante y, en caso de que esta no se vea afectada por el concurso, el de la sociedad con mayor pasivo. Mientras que el juez competente para determinar la acumulación de concursos será el juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo en el momento de la presentación de la solicitud de concurso o, en su defecto, el que estuviese conociendo del concurso de la matriz, o si esta no hubiese sido declarada en concurso, el juez que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo.

La determinación del juez competente para decidir sobre la acumulación de concursos supone una novedad legislativa respecto al artículo 25 bis.3 (añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre) de la antigua Ley Concursal⁷⁴, que se refería al juez competente para la tramitación de concursos acumulados, pero nada decía sobre quién era competente para decidir la acumulación de concursos. Esta puede parecer una cuestión menor, pero lo cierto es que había generado cierta polémica, habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo de manera contradictoria acerca de si el juez competente de una de las sociedades dominadas podía decidir o no sobre la acumulación de concursos⁷⁵. Esta controversia ha sido superada pacíficamente gracias al artículo 46.2 LC.

Los concursos declarados conjuntamente, o acumulados una vez declarados, reciben el nombre de concursos conexos, y la principal consecuencia es que se tramitarán de forma conjunta. Esta tramitación conjunta se entiende a efectos procesales, de forma que un único juez es el encargado de conocer los procedimientos concursales conexos, sin que,

⁷⁴ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10 de julio de 2003). El artículo 25 bis.3 decía así: “*La acumulación procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados. En ese caso, la competencia para la tramitación de los concursos acumulados corresponderá al juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo en el momento de la presentación de la solicitud de concurso o, en su caso, del concurso de la sociedad dominante o cuando ésta no haya sido declarada en concurso, el que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo*”

⁷⁵ Sebastián Quetglas, R., *El concurso...*, op. cit. p. 8 (versión electrónica)

con carácter general, se proceda a la consolidación de las masas activas de las sociedades del grupo. La acumulación de los concursos se justifica, de acuerdo con el profesor Sebastián⁷⁶, tanto en el ámbito objetivo como el subjetivo. En el plano subjetivo, es necesario que un único juez se encargue de los concursos conexos, porque le permitirá conocer mejor las complejas relaciones entre todos los acreedores y de estos con las distintas entidades del grupo, de forma que podrá determinar en qué medida cada decisión de cada procedimiento puede afectar a los acreedores del resto de procedimientos. En el plano objetivo, parece lógico pensar que si las sociedades de un grupo actúan de forma coordinada, también el concurso sea coordinado, lo que se traduce en la necesidad de *“contar en los procedimientos concursales conexos con unas masas activas y pasivas depuradas de las particulares relaciones existentes entre los acreedores y el deudor, subordinando los créditos de personas relacionadas y anulando las garantías que el deudor concursado hubiera podido conceder a dichas personas especialmente relacionadas”*⁷⁷.

Según ha quedado ya apuntado, con carácter general, la acumulación de concursos no implica la consolidación de las masas. No obstante, el artículo 43 LC, que viene a sustituir el apartado 2 del artículo 25 ter (añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre) de la antigua Ley Concursal⁷⁸, faculta al juez para que excepcionalmente pueda consolidar las masas de concursos conexos. Esta situación excepcional tendrá lugar cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible separar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en demora en la tramitación del concurso o en un gasto injustificado. En la Ley Concursal anterior, la situación excepcional descrita permitía consolidar inventarios y listas de acreedores, pero la nueva Ley Concursal va un paso más allá y permite la consolidación de las masas en aras de una mayor protección de los acreedores.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Artículo 25 ter. 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: *“Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados”*. Por su parte, el artículo 43 de la LC vigente dice así: *“Excepcionalmente, el juez, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, podrá acordar la consolidación de las masas de concursos declarados conjuntamente o acumulados cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en demora en la tramitación del concurso o en un gasto injustificado”*.

5.3. La subordinación de créditos

Son créditos subordinados aquellos cuyo cobro queda postergado a que se cobren previamente los créditos ordinarios. El artículo 283.1.3º en relación con el artículo 281.1.5º LC, establece cómo créditos subordinados aquellos cuyos acreedores fuesen sociedades pertenecientes al mismo grupo que la sociedad concursada. La subordinación de créditos no es una medida exclusiva de los grupos de sociedades, sino que es mucho más amplia, pero afecta a estos por considerar a las sociedades del grupo como personas especialmente relacionadas con el concursado. Estas es, además, una subordinación general, puesto que es irrelevante tanto la naturaleza del crédito, como si la sociedad acreedora es matriz u otra filial del grupo⁷⁹.

Nadie cuestiona que las sociedades que forman parte de un grupo tienen vínculos particularmente estrechos, pero la doctrina no ha alcanzado un consenso acerca del fundamento de la subordinación de créditos en nuestra Ley Concursal. La disparidad de opiniones se han aglutinado en tres corrientes⁸⁰: (a) carácter sancionador de la subordinación, ya sea por la infracapitalización de la sociedad concursada o por el conocimiento privilegiado que tenía de la situación del deudor, (b) carácter automático de la subordinación, por la proximidad existente entre el acreedor y la sociedad concursada y (c) carácter indemnizatorio de la subordinación, por considerarla responsable de la infracapitalización de la sociedad insolvente.

Se ha discutido también acerca de la idoneidad de esta solución legislativa, porque dependiendo de la óptica desde la que se analice podría considerarse injusta. Por un lado, la subordinación de créditos en los grupos supone, a fin de cuentas, un instrumento de tutela de los acreedores externos que contratan con las sociedades del grupo. Estos acreedores no disfrutaban de un privilegio informativo sobre la sociedad con la que contrataban, con el que probablemente sí contaban el resto de sociedades del grupo, de forma que no merecerían el mismo trato en el cobro de las créditos, siendo desde esta perspectiva la subordinación una solución justa. Por otro lado, sin embargo, el que la subordinación tenga carácter automático y de general aplicación, puede llevar a resultados

⁷⁹ Sánchez-Calero Guilarte, J., *op. cit.* p. 66

⁸⁰ *Vid.* Sebastián Quetglas, R., *El concurso...*, *op. cit.* p. 9 (versión electrónica), para ver que autores defienden cada uno de los fundamentos

injustos, puestos que no se tendrá en cuenta el momento en que se concedió el crédito, ni si este era para la financiación de la filial a largo plazo o para la actividad ordinaria, ni si quiera si este se otorgó para tratar de evitar una posible situación de insolvencia. Este último caso sería el más injusto, puesto que un crédito cuya finalidad era precisamente la de sortear el concurso, se vería relegado en el cobro por otros créditos ordinarios⁸¹.

Sea como fuere, la Ley Concursal es muy clara al respecto y se posiciona a favor de proteger los acreedores externos, subordinando automáticamente los créditos de las sociedades del grupo en el que se encuentre la sociedad concursada, sin entrar a valorar ninguna otra cuestión.

6. CONCLUSIONES

- 1) Queda demostrada la falta de unificación normativa que existe en nuestro ordenamiento jurídico respecto a los grupos de sociedades, especialmente si se compara con otros sistemas jurídicos, como el alemán o el brasileño, en los que sí cuentan con una regulación específica. Sin embargo, se intuye la voluntad del legislador de revertir esta situación, ya que la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil dedica el Capítulo I del Título IX de su Libro Tercero en exclusiva a la regulación de los grupos de sociedades.
- 2) En cuanto a las operaciones vinculadas, podemos concluir que la regulación de las mismas es esencial, debido a que, en caso de no existir estas normas, la subordinación de una o varias sociedades ante otra o la dirección unitaria del grupo podrían utilizarse para trasladar beneficios de unas sociedades a otras, y así reducir la base imponible total del grupo o de alguna de las sociedades en concreto. Los deberes de documentación e información de este tipo de operaciones ofrecen mayores garantías del cumplimiento de la normativa por parte de los grupos.
- 3) Los socios externos carecen, en mi opinión, de instrumentos suficientes a nivel normativo para su protección. Por un lado, no se prevé el derecho de separación de los accionistas de una sociedad por la mera integración de ésta en un grupo, a pesar de que sin duda supone un cambio sustancial para la misma. Ante esta situación, solo podrán ejercer el derecho de separación si esta fuese una de las

⁸¹ Cfr. Sánchez-Calero Guilarte, J., *op. cit.* pp. 75-79

causas previstas estatutariamente o si se hubiese acordado en los estatutos un derecho de separación *ad nutum*, lo cual no suele ocurrir. Por otro lado, la posibilidad de los socios minoritarios de las filiales de interponer una acción de responsabilidad frente los administradores de la matriz, quienes realmente dirigen la sociedad dominada, es muy limitada.

- 4) A pesar de que no ha sido posible comentarlo en el presente trabajo por su reciente aprobación, cabe destacar que la Ley 5/2021, de 12 de abril⁸² ha introducido un nuevo artículo 231 bis en la LSC, referido a las operaciones intragrupo. En este precepto se establece la competencia de la junta general para la aprobación de las operaciones intragrupo sujetas a conflicto de interés que así lo requieran por su naturaleza, o cuando el valor de la operación sea superior al 10% del activo total de la sociedad. La aprobación del resto de operaciones intragrupo sujetas a conflicto de interés corresponderá al consejo de administración, pudiendo participar en la votación los administradores que representen a la sociedad dominante, pero correspondiéndoles a ellos y a la sociedad demostrar el interés social de la operación en caso de que el acuerdo fuese impugnado. Esto supone una inversión de la carga de la prueba, lo que reduce la indefensión de los socios externos en los casos de conflicto de interés dentro de los grupos.
- 5) Podemos concluir que la posición de los acreedores externos al grupo en caso de declaración del concurso de la sociedad con la que contrataron se ha visto reforzada tanto jurisprudencial como legislativamente. La implementación de la doctrina del “levantamiento del velo” por parte de la jurisprudencia permite la comunicación de la responsabilidad de una sociedad al resto del grupo en ciertas ocasiones. Además, la nueva Ley Concursal incluye cuestiones que anteriormente se omitían, como la competencia para decidir sobre la acumulación de concursos, e incluso permite la consolidación de masas de concursos conexos en algunas situaciones excepcionales. A pesar de que estas medidas están limitadas a que concurran determinadas circunstancias, conllevan una mayor protección de los derechos de los acreedores externos.

⁸² Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (BOE 13 de abril de 2021)

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal

Código de Comercio

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

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores

Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas

Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad

Aktiengesetz (Ley Alemana de Sociedades Anónimas). Recuperado de <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>

Ley Brasileña de Sociedades Anónimas de 1976 . Recuperado de http://www.normaslegais.com.br/legislacao/contabil/lei6404_1976.htm

Séptima Directiva, 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31983L0349&from=es>

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades

Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (derogada)

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (derogada)

Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo núm.190/2017, de 15 de marzo. F.J. Tercero [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2017\1370]

Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero del 2000. F.J. Cuarto [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2000\2786]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 796/2011, de 15 de noviembre. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2012\1492]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 216/2013, de 14 de marzo. F.J. Séptimo [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2013\2421]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 438/2010, de 30 de junio. F.J. Segundo [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2010\5693]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 695/2015, de 11 de diciembre. F.J. Tercero [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2015\5440]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 670/2010, de 4 de noviembre. F.J. Octavo [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2010\8868]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 326/2012, de 30 de mayo. F.J. 13 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ 2012\6548]

Audiencia Provincial

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 459/2002, de 3 de septiembre. F.J. Primero [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2002\279980]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 198/2015, de 27 de julio. [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2015\229488]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 114/2014, de 31 de marzo. F.J. Tercero [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. AC 2014\601]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 572/2017, de 22 de diciembre. F.J. Quinto [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR 2018\21196]

OBRAS DOCTRINALES

Bonell Colmenero, R., *Operaciones vinculadas: los deberes de documentación*, Lex Nova, Valladolid, 2016 (versión electrónica)

Bustillo Tejedor, L. L., “LOS GRUPOS DE SOCIEDADES”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 62, 2014, pp. 15-60

Calvo Vérguez, J., *OPERACIONES VINCULADAS Y SUBCAPITALIZACIÓN*, Aranzadi, Navarra, 2011 (versión electrónica)

De Arriba Fernández, M. L., *DERECHO DE GRUPOS DE SOCIEDADES*, Civitas, Madrid, 2004

Embid Irujo, J. M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, Madrid, 1987

Embid Irujo, J. M., *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003

Embid Irujo, J. M., “La protección de la minoría en el grupo de sociedades (el punto de vista del Derecho español”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 214, 1994, pp. 913-924

Embid Irujo, J. M. y Salas Fumás, V., *El gobierno de los grupos de sociedades*, Fundación Alternativas, 2005

Fachal Noguer, N., “El derecho de separación como mecanismo de protección del socio: propuestas para combatir las situaciones de abuso”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 314, 2019 (versión electrónica)

Febles Pozo, N., “LOS GRUPOS DE SOCIEDADES. UN ANÁLISIS PENDIENTE ACERCA DE UNA REGULACIÓN SISTEMÁTICA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA”, *Ars boni et aequi*, vol. 12, n. 2, 2016, pp. 205-244

Fernández Markaida, I., *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Edersa, Madrid, 2001

Fuentes Naharro, M., “Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz”, *DT del Departamento de Derecho Mercantil*, núm. 19, 2008

Girgado Peranodones, P., “EN TORNO A LA NOCIÓN DE GRUPO DE SOCIEDADES Y SU DELIMITACIÓN EN EL ÁMBITO ESPAÑOL Y EUROPEO”, *Revista Boliviana de Derecho*, n. 18, 2014, pp. 76-97

Martínez-Gijón Machuca, P., “La protección de los socios externos en los grupos de sociedades en el Anteproyecto de la Ley de Código Mercantil”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, 2015, pp. 693-715

Muñoz García, A., “Distribución obligatoria de dividendos y grupos de sociedades”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 55, 2019, pp. 145-178

Paz-Ares Rodríguez, J.C., “Operaciones vinculadas y grupos de sociedades”, *Conferencias de la Academia Matriense del Notariado*, tomo 60, 2020, pp. 91-115

Paz-Ares Rodríguez, J.C., “Uniones de empresa y grupos de sociedades”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 1, 1999, pp. 223-252

Quijano González, J., “EL DERECHO DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA: EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL” *Revista Boliviana de Derecho*, n. 5, 2008, pp. 199-222

Rodríguez Ariza, L., Rodríguez Martínez, A. I. y Rodríguez Martínez, M. E., “La pendiente regulación mercantil y concursal de los grupos de sociedades”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 6, época 1, 2015, p. 68

Sánchez-Calero Guilarte, J., “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5, 2005, pp. 49-74

Sebastián Quetglas, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Civitas, Pamplona, 2013 (versión electrónica)

Sebastián Quetglas, R., “La insolvencia de los grupos de sociedades en la Ley Concursal”, *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 61, 2004, pp. 293-312