

LA PENDIENTE REGULACIÓN MERCANTIL Y CONCURSAL DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

LÁZARO RODRÍGUEZ ARIZA

*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad de Granada*

ANA ISABEL RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

Universidad de Granada

MARÍA ESPERANZA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

Universidad de Málaga

Fecha de recepción: 23 de marzo de 2015

Fecha de aceptación: 8 de abril de 2015

RESUMEN: *Hasta el momento, y en términos generales, nuestro ordenamiento jurídico no contempla a los grupos de sociedades más que en determinados aspectos relativos fundamentalmente a la consolidación de cuentas y a la supervisión de las operaciones intragrupo desde la perspectiva fiscal y de defensa de la competencia. El legislador español aún no se ha decidido a abordar su regulación sistemática, a pesar de su innegable realidad e importancia en el ámbito económico. Incluso en el ámbito concursal la problemática que inevitablemente aparece se contempla con atención primaria a la separación estricta de las distintas personalidades jurídicas que componen el grupo; y ello a pesar de que el grupo de sociedades es terreno abonado para el conflicto de intereses entre los socios internos y externos, y entre el grupo y sus acreedores. Es por ello una cuestión pendiente que nuestros legisladores deberían abordar con la máxima diligencia, a pesar de su indudable complejidad.*

ABSTRACT: *Our legal system doesn't contained any regulation about corporate groups, excluding account consolidation and supervision of operations. Spanish legislator has not decided about this topic, instead of the importance in Economy and bankruptcy law. Because of that, it's a pending subject that our legislator must study, despite the complexity.*

PALABRAS CLAVE: Grupos de sociedades, acreedores, concurso.

KEY WORD: Corporate groups, creditor, bankruptcy.

SUMARIO: *1. Introducción.- 2. La concentración de empresas en la economía actual. el control económico.- 3. El concepto de grupo en la legislación mercantil.- 4. Doctrina del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC).- 5. Los grupos de sociedades en la regulación concursal.- 6. Las reformas pendientes en materia de grupos de sociedades.*

1. INTRODUCCIÓN

A principios del siglo XXI nos encontramos ante un panorama mundial caracterizado por la existencia de un mercado global en el que desaparecen progresivamente las barreras y se facilitan los movimientos de capital, lo que está originando una nueva forma de estructura económica mundial en la que el establecimiento de relaciones entre empresas, dentro del propio país o fuera del mismo, se configura como la forma idónea de alcanzar las oportunidades que presenta el mercado. Se hace patente que muchas empresas están asistiendo a un proceso acelerado de internacionalización. Podemos decir que estamos ante un proceso que nos conduce a una idea de globalización, que no sólo está aumentando las oportunidades de mercado sino que también está incrementando de manera simultánea los niveles de competencia, en la medida que se produce una intrusión cada vez mayor de competidores distintos a los tradicionales. Esto obliga a que las estrategias empresariales se reformulen continuamente para aprovechar las ventajas temporales del mercado.

En consecuencia, nos hallamos ante un entorno en constante cambio, donde las economías nacionales se encuentran cada vez más integradas e interconectadas globalmente. Este marco se ha visto acompañado por un cambio en la estrategia de desarrollo global que rige el mercado y por un progresivo aumento de las relaciones entre países a nivel multi-lateral, bilateral y regional. La proliferación de este tipo de acuerdos está reformando la “arquitectura” de la estructura económica mundial, impulsando a las empresas a realizar entre ellas fusiones, adquisiciones y acuerdos de cooperación, como instrumentos para su expansión internacional.

Esta proliferación de relaciones empresariales a escala mundial resulta de distintos fenómenos simultáneos como son: la reestructuración cada vez más rápida de los procesos productivos, consecuencia de la expansión industrial; una cada vez mayor internacionalización comercial y productiva, manifestada por el auge de los intercambios de bienes y de las inversiones del extranjero; y por la existencia de una competencia exacerbada como consecuencia de la mundialización de la economía, al menos en algunos sectores, en la medida en que se está produciendo una intromisión cada vez mayor de competidores distintos a los habituales en el mercado.

Esta situación genera un panorama de mercado muy competitivo en el que, teniendo como punto de partida a la empresa, influenciada por una serie de factores externos (políticos, financieros, tecnológicos, etc.) y por una serie de cambios en el mercado, da lugar al establecimiento de acuerdos de cooperación, la adquisición de empresas o la fusión de éstas, como estrategias adoptadas por las mismas para hacer frente a este entorno competitivo y como modo de asegurar un potencial de crecimiento empresarial, en la medida que éste asegura la permanencia en el mercado de las empresas.

Se ha producido en todos los países desarrollados un extraordinario crecimiento del número de sociedades mercantiles, como instrumento jurídico más idóneo para acometer y desarrollar todo tipo de negocios de riesgo, sin comprometer la responsabilidad patrimonial personal de los propietarios. Además, desde hace unas décadas, estamos asistiendo también a la creación de numerosos grupos de sociedades mercantiles, como fórmula apropiada para expandir y diversificar grandes negocios complejos. Los grandes grupos de sociedades frecuentemente traspasan fronteras nacionales y su actuación es de ámbito mundial. Así pues, en la actualidad es muy frecuente la existencia de sociedades que están ligadas entre sí por vínculos estables que permiten controlar el proceso de toma de decisiones empresariales en todas ellas. Normalmente, las sociedades que forman un grupo de este tipo se gestionan de forma unificada, por lo que el grupo, desde una perspectiva económica, se comporta como

si fuese una sola empresa. Los grupos de empresas constituyen una realidad evidente en el panorama económico actual. Éstos se encuentran integrados por distintos sujetos con personalidad jurídica propia, pero que actúan bajo una única dirección económica. De esta forma, aunque existen diversas personalidades jurídicas, se produce una disociación entre la realidad jurídica, que considera a cada empresa de forma independiente, y su realidad económica, que entiende que forman parte de una unidad económica superior. El mundo de las relaciones entre empresas presenta una notable complejidad, derivada de distintos motivos. Entre ellos, las consecuencias prácticas que la elección de una u otra fórmula de colaboración empresarial tiene en distintos ámbitos, como pueden ser el contable, el organizativo, el fiscal, el jurídico o el social.

En este contexto, es de destacar las limitaciones del marco legal establecido, fragmentado en distintas y muy variadas disposiciones, que ha de enfrentarse a un fenómeno cambiante, en continuo dinamismo y con una dimensión que en muchos casos trasciende a las fronteras nacionales. Además, las figuras en que se estructuran estas relaciones empresariales han ido evolucionando con el paso del tiempo, de modo que la mayoría de ellas han ido cambiando hacia estructuras más complejas; otras, sin embargo, conservan prácticamente la esencia que tenían en el comercio medieval, como puede ser el caso de las cuentas en participación. También hay que tener en cuenta que, aún apoyándonos en un marco legal determinado, pueden variar los conceptos según nos encontremos en un país o en otro. De modo que podríamos encontrar realidades distintas que reciben un mismo nombre en distintos ordenamientos o distintos nombres para hacer referencia a una misma realidad. No debemos olvidar que coexisten ciertas denominaciones que han sido desarrolladas por el uso y la costumbre, esto es, por la práctica, y además en distintos ámbitos y disciplinas, que tratan de dar nombre a la realidad de las relaciones entre empresas y que no tienen una delimitación conceptual tan clara en el ámbito jurídico. Hablamos de una realidad que, a veces, no es contemplada como tal por la legislación y que convive con la anterior, lo que abre un abanico de términos y conceptos empleados en muchas ocasiones para definir a una misma realidad. En la literatura, los conceptos que encontramos son cambiantes en el tiempo y empleados en sentido diverso, además de que muchos de ellos se caracterizan por una clara influencia anglosajona. De este modo, aparecen términos como el de “joint venture” o “alianza estratégica” que son empleados para hacer referencia a realidades de la más diversa índole. En concreto en nuestro ordenamiento jurídico, al emplear estos términos, estaríamos haciendo alusión a figuras tales como grupos de sociedades, sociedades asociadas, empresas multigrupo, uniones temporales de empresas, agrupaciones de interés económico, comunidades de bienes o cuentas en participación.

2. LA CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS EN LA ECONOMÍA ACTUAL. EL CONTROL ECONÓMICO

El crecimiento es uno de los objetivos de las medidas políticas, económicas y legislativas que se introducen a diario en los últimos tiempos. Desde el punto de vista empresarial, existen varias alternativas de crecimiento. La internacionalización y la diversificación son dos buenos ejemplos de esto. Así, uno de los fenómenos económicos más espectaculares de los últimos años, sobre todo en los países desarrollados, es el proceso ininterrumpido de aumento de dimensión de las empresas, así como la fusión o integración de las ya existentes. Además, el ritmo de concentración es cada vez más intenso.

El aumento de la dimensión puede llevarse a cabo por medio de uno de los dos caminos siguientes: a) Crecimiento interno, consistente en mejorar la utilización de los recursos de

que dispone la empresa y, en el desarrollo de la política de inversiones necesaria, financiada con recursos propios o/y acudiendo al mercado de capitales. b) Crecimiento externo o concentración empresarial, bien mediante la adquisición parcial o total de empresas, incluidas las fusiones o absorciones de empresas, o bien mediante fórmulas contractuales. La elección de una u otra alternativa depende de diversos factores, entre los que la expectativa de mejores resultados es muy importante, pero no el único. Factores, entre otros, como la inmediatez en la consecución de los objetivos, sinergias, eliminación de competencia, condicionantes legales o administrativos, conflictos de dirección y el sobredimensionamiento, también influyen en la decisión.

En la actualidad parece evidente que, a nivel mundial, la mayoría de las grandes empresas han evolucionado desde el esquema tradicional de empresa simple unisocietaria a modelos complejos de diversificación, donde la multisocietaria toma carta de naturaleza, de tal forma que el grupo de sociedades, con vinculaciones intersocietarias de diversas naturalezas, se constituye en el núcleo principal de actividad económica.

Las modalidades expansivas de las empresas son múltiples y de muy variada índole. Para el fin que perseguimos no es necesario tratar sobre la causalidad del proceso de aumento de dimensión de las empresas ya existentes en el mercado mediante un proceso autónomo de inversiones particulares, sino que nos interesa comentar, aunque sea de forma somera, el fenómeno económico del acercamiento o vinculación progresiva de unas empresas con otras. A veces, esta interdependencia entre empresas asume la forma jurídica de la fusión o absorción entre ellas, apareciendo, por consiguiente, una sola entidad jurídica, distinta de las primitivas, ya que ello implicará la disolución -y consiguiente desaparición- de todas -caso de la fusión- o de todas menos una -caso de la fusión por absorción- de las mismas. Otras modalidades expansivas pueden concretarse en la creación de filiales en puntos estratégicos del mercado nacional o internacional, caso tan frecuente hoy, no escapando a nadie la importancia creciente de las empresas multinacionales. Pero, quizás, el caso más corriente de vinculación es el que aparece constituido por una pluralidad de empresas, en la que cada una de ellas conserva su independencia jurídica y en las que las interpenetraciones multilaterales en los intereses respectivos se ejercita a través de la posesión de paquetes de acciones o participaciones de una o varias de ellas en las demás del grupo, con lo que se asegura un control y orientación de las mismas acorde con la política económica propia del grupo.

En cualquier caso, y de acuerdo con nuestra legislación, se pueden delimitar las distintas figuras mercantiles en las que se plasman las diferentes relaciones empresariales y los medios a través de los cuales éstas se consiguen. Para ello, se puede utilizar como criterio fundamental de clasificación al *control*. Son estas dos figuras —el control y el medio de conseguirlo— las que delimitan la solución contable aplicable a tenor de la normativa vigente, siendo de destacar que cada una de ellas conlleva distintas repercusiones económico-financieras.

Acorde con la normativa contable nacional e internacional, es el “*control económico*” la noción clave para la delimitación no sólo del hecho contable¹ sino de todas aquellas figuras en las que se concretan todas las relaciones empresariales y, en consecuencia, las transacciones que se establecen en dicho marco u operaciones vinculadas. Este criterio posibilita abarcar cualquier tipo de relación empresarial, con independencia de que, por ejemplo, sur-

¹ El marco conceptual en el que se asienta toda la normativa contable se construye en coherencia con la definición de “activo”, que es conceptualizado por el Plan General de Contabilidad, acorde con las Normas Internacionales de Información Contable (NIIF) como: “*bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro*”.

ja o no una nueva entidad, que ésta tenga o no personalidad jurídica, y de que exista o no propiedad.

Y es que la visión contable de los negocios ha ido evolucionando desde un enfoque claramente patrimonialista hacia una visión mucho más económica, en la que prima el control de una serie de recursos y los riesgos y posibles beneficios que se deriva de ello. Por ejemplo, analícese la evolución que la normativa mercantil aplicable a los grupos de empresas ha tenido con el paso de los años; concretamente las modificaciones que ha sufrido el artículo 42 del Código de Comercio desde que fuera modificado por la Ley 19/1989², pasando por la Ley 62/2003³ y llegando a la actualidad con la Ley 16/2007⁴ en la que se opta, en consonancia con la normativa internacional, por un criterio que persigue la búsqueda de información de las empresas como unidades económicas, inclinándose decididamente por una concepción económica o de la entidad, en detrimento de una visión más financiera o basada en la propiedad.

Las operaciones de combinaciones de negocios giran en torno al concepto de control. El control aparece como el poder de gestionar de forma efectiva y eficiente las relaciones entre los socios, lo que permite a los mismos un mejor conocimiento de sus objetivos organizacionales. Es el proceso por el cual una entidad va a influir en la variación del comportamiento y los resultados de otra entidad, a través del uso del poder y la autoridad, empleando para ello no solo mecanismos patrimoniales, sino también informales, contractuales, burocráticos y culturales.

No existe una única definición de control, ya que éste se concreta de distinta forma según se haga desde una perspectiva fiscal, financiera, contable, laboral, organizacional, estadística o desde cualquier otro ámbito. Con los años, todas las definiciones han ido refinándose, y la mayoría de ellas han tomado como modelo la definición de la normativa contable, quizá por ser ésta quizás la más perfeccionada.

A su vez, la definición de control de la normativa contable no es única, ya que depende de la jurisdicción que se tome como referencia. Debido a su amplia difusión a nivel mundial, podemos tomar como punto de partida la definición enunciada en las normas internacionales: “*el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de una entidad, para obtener beneficios de sus actividades*”⁵. La norma aclara que el poder en este contexto se refiere a la habilidad para hacer o efectuar algo. Por tanto, existe control cuando en ese momento se tiene la habilidad de ejercitar ese poder, independientemente de si el control es demostrado activamente o es pasivo en naturaleza. Esta definición de las normas internacionales es también la que viene recogida en el ordenamiento jurídico español en materia contable.

No obstante, el IASB cambió, en mayo de 2011, esta concepción de control, con la aparición de la NIIF 10 *Estados Financieros Consolidados*, que ha entrado en vigor en los períodos que empiecen a partir de 2013 —se desconoce actualmente las intenciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) respecto a la adaptación de la normativa española al contenido de las nuevas normas internacionales— y proporciona una definición

² Ley 19/1989, de 25 julio RCL\1989\1660 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades. Se centraba básicamente en la tenencia de participaciones de la dominada por la dominante.

³ Ley 62/2003, de 30 diciembre RCL\2003\3093 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. El concepto clave era la unidad de decisión.

⁴ Ley 16/2007, de 4 julio RCL\2007\1311 de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. El “control” se constituye en el elemento fundamental.

⁵ Apéndice A de la NIIF-3 sobre combinaciones de negocios.

de control revisada y una guía de aplicación relativa a la misma. La NIIF 10 reemplaza a la NIC 27 (2008) *Estados financieros consolidados e individuales* en lo referente a los estados financieros consolidados e incorpora la anterior normativa incluida en la SIC 12 *Consolidación – Entidades con cometido especial*. En cualquier caso, el tratamiento contable de las inversiones en filiales, entidades controladas conjuntamente y asociadas en los estados financieros individuales seguirá regulándose en la NIC 27(2011).

La nueva NIIF 10 se basa en un único modelo de control aplicable a cualquier entidad (incluyendo las entidades con cometido especial, actualmente denominadas entidades estructuradas). En comparación con la norma anterior, los cambios introducidos llevarán consigo un aumento considerable de la aplicación del juicio de la dirección para determinar qué entidades están bajo control y, por tanto, deben ser incluidas en los estados financieros consolidados del grupo. Consecuentemente, la aplicación de la nueva NIIF 10 puede cambiar el perímetro de un grupo. Los cambios introducidos vienen motivados, en gran parte, por la crisis financiera y la importante crítica realizada a las normativas contables anteriores que no acababan de imponer la consolidación de todas las entidades relevantes.

Según la NIIF 10:

“5. Un inversor, independientemente de la naturaleza de su implicación en una entidad (la participada), determinará si es una controladora mediante la evaluación de su control sobre la participada.

6. Un inversor controla una participada cuando está expuesto, o tiene derecho, a rendimientos variables procedentes de su implicación en la participada y tiene la capacidad de influir en esos rendimientos a través de su poder sobre ésta.

7. Por ello, un inversor controla una participada si y solo si éste reúne todos los elementos siguientes:

- a) poder sobre la participada (véanse los párrafos 10 a 14);*
- b) exposición, o derecho, a rendimientos variables procedentes de su implicación en la participada (véanse los párrafos 15 y 16); y*
- c) capacidad de utilizar su poder sobre la participada para influir en el importe de los rendimientos del inversor (véanse los párrafos 17 y 18).*

8. Un inversor considerará todos los hechos y circunstancias al evaluar si controla una participada. El inversor evaluará nuevamente si controla una participada cuando los hechos y circunstancias indiquen la existencia de cambios en uno o más de los tres elementos de control enumerados en el párrafo 7 (véanse los párrafos B80 a B85)”.

Así, un inversor controla una participada cuando está expuesto, o tiene derechos a retornos variables por su involucración con la misma y tiene la capacidad de influir en dichos retornos a través de su poder.

Por lo tanto el control, se basa en:

- a) El poder. Se describe como los derechos presentes que dan la capacidad actual de dirigir aquellas actividades de la participada que afectan de manera significativa a los retornos de la misma (actividades relevantes⁶).
- b) La exposición o derechos a retornos variables y
- c) La capacidad de utilizar el poder

⁶ A efectos de la NIIF 10, las actividades relevantes son aquellas de la participada que afectan de forma significativa a los rendimientos de la participada.

En el denominado “*nuevo modelo de control único*” que introduce la NIIF 10, la exposición a riesgos y beneficios no determina, por sí sola, que el inversor tiene el control. Es uno de los factores que se incluyen en el análisis. Además, el control se valora de forma constante, esto es, se valora a medida que cambian los hechos y circunstancias. El inversor tiene en consideración el propósito y diseño de la participada para identificar sus actividades relevantes, cómo se toman las decisiones sobre dichas actividades, quién tiene la capacidad actual de dirigir esas actividades, y quién recibe los retornos.

Para tener poder, el inversor debe tener derechos existentes que le proporcionen la capacidad actual de dirigir las actividades que afectan de forma significativa a los retornos de la participada, esto es, las actividades relevantes⁷. Un inversor puede tener poder sobre una participada incluso si otras partes cuentan con derecho a participar en la dirección de las actividades relevantes, por ejemplo, influencia significativa sobre la participada (IFRS 10.10; NIIF 10.14, B9).

La anterior definición del poder se basa en el concepto de capacidad⁸. Por tanto, no es necesario ejercer el poder. Por contra, la evidencia de que el inversor ha estado dirigiendo las actividades relevantes no es en sí concluyente a la hora de determinar que el inversor tiene el poder sobre la participada. Asimismo, cuando no existen otros derechos, la dependencia económica de una participada en el inversor no conlleva que el inversor controle la participada (NIIF 10.11, 12, B40).

En determinadas ocasiones la evaluación de control es inmediata: la participada está claramente controlada mediante instrumentos de patrimonio neto y el inversor que cuenta con una mayoría de los derechos de voto controla la participada. No obstante, en otros casos (por ejemplo, involucración en entidades estructuradas, cuando hay presentes derechos potenciales de voto o cuando se tiene menos de la mitad de los derechos de voto) no estará tan claro quién ostenta el control. Se requerirá un análisis en profundidad de cada uno de los puntos arriba referidos para determinar si algún inversor, o cuál de ellos, controla realmente a la participada (NIIF 10.B2-B8).

Cuando no es evidente que el control se produzca a través de los derechos de voto, un aspecto fundamental en la evaluación del control es la identificación de las actividades relevantes. En esta identificación será necesario entender el diseño y propósito de la participada, ya que ayudará a determinar:

- ¿A qué riesgos se pretendía exponer la participada y qué riesgos se quedan sus inversores?
- ¿Cuáles son las actividades relevantes?
- ¿Cómo se toman las decisiones sobre las actividades relevantes?
- ¿Quién tiene la potestad de dirigir las actividades relevantes?
- ¿Quién recibe los retornos de la participada?

También se considera el propósito y diseño de la participada en el contexto de un inversor que tiene derechos de voto potenciales. Esta consideración incluye una evaluación de los términos y condiciones de los derechos así como las razones que han motivado el acuerdo.

⁷ A primera vista, las definiciones de control y poder pueden parecer redundantes, ya que ambas hacen referencia a los retornos. En efecto, poder se define como la capacidad actual de dirigir las actividades de la participada que afectan de forma significativa a los retornos de la participada. Sin embargo, dirigir las actividades generadoras de retornos de una participada (definición de poder) es distinto de la capacidad que tiene un inversor a través de su poder de generar retornos para sí mismo (definición de control).

⁸ Debe prestarse atención al significado de capacidad actual para dirigir las actividades relevantes. Para tener control, un inversor debería tener la capacidad de controlar las decisiones más importantes, pero no es necesario que estas decisiones se tomen de forma inmediata. Esto se comenta más en profundidad en el contexto de derechos de voto potenciales.

Las actividades relevantes de la participada son las actividades que afectan de forma significativa a los retornos de la participada (NIIF 10.A). En la NIIF 10 se hace referencia a las actividades que afectan de forma significativa a los retornos de la participada y se proporcionan directrices específicas sobre qué actividades de una participada deberían considerarse al evaluar el control. Esto es particularmente relevante para entidades con actividades predeterminadas cuando las actividades son sólo actividades administrativas con poco o ningún efecto en los retornos de la participada. Cuanto más se predeterminen las actividades de una entidad, más importante es el diseño de la participada al evaluar el poder sobre las actividades relevantes (NIIF 10.BC56-BC59). Podrían existir participadas:

- con diversas actividades de explotación y financieras que afectan a sus retornos
- para las que cada inversor dirige actividades relevantes diferentes; o
- para las que se producen actividades relevantes únicamente cuando se dan circunstancias o eventos concretos (NIIF 10.13, B11-B13, B53).

Por otro lado, para que exista control sobre una participada, el inversor tiene que estar expuesto a, o tener derecho sobre, los retornos variables de su involucración en la participada. Los retornos pueden ser positivos, negativos o ambos y no se limitan a los retornos habituales derivados de la tenencia de acciones. Algunos ejemplos de retornos a considerar son los siguientes:

- dividendos u otros beneficios económicos, como intereses de títulos de deuda y cambios en el valor de la inversión del inversor en la participada;
- remuneración por la gestión de los activos o pasivos de la participada, honorarios y exposición a pérdidas como consecuencia de la concesión de créditos o soporte financiero;
- beneficios fiscales;
- participación residual en los activos y pasivos de la participada en la liquidación; o
- retornos que no están disponibles para otros tenedores de participaciones, como la capacidad del inversor de utilizar los activos de la participada junto con los suyos propios para obtener economías de escala, ahorros de costes y otras sinergias.

Por ejemplo, tener un bono con pagos de intereses fijos es una fuente de retornos variables porque los pagos de intereses están sujetos a riesgos de impago y exponen al inversor al riesgo de crédito del emisor del bono. La variabilidad de los retornos depende del riesgo de crédito.

Muchas veces, los retornos son un indicador de control, ya que cuando mayor es la exposición de un inversor a los retornos de la inversión, mayor incentivo tiene este inversor para obtener los derechos que le otorguen poder sobre la misma. No obstante, según la NIIF 10 la magnitud de los retornos no determina el poder de un inversor. La relación entre poder y retornos es esencial para que exista control. Un inversor que tiene poder sobre la participada, pero no puede beneficiarse de dicho poder, no tiene control. Y de la misma manera, un inversor que obtiene retornos de una inversión, pero no puede emplear su poder para dirigir las actividades que afectan de manera significativa a estos retornos, tampoco tiene el control de la participada.

La NIIF 10 introduce el concepto de *poder delegado*. El responsable de la toma de decisiones debe evaluar si actúa como principal, o como agente en nombre de otros inversores al dirigir las actividades de una participada. Si tiene el poder de dirigir las actividades de una entidad para generar retornos para sí mismo, actúa como principal. Si se compromete a actuar en nombre y en beneficio de otra parte o partes, se trata de un agente y no controla la participada cuando ejerce su autoridad en la toma de decisiones (NIIF 10.18, B58).

Un responsable de la toma de decisiones no es un agente simplemente porque otras partes pueden beneficiarse de las decisiones que toma (NIIF 10.B58).

El inversor ha de tener en cuenta todos los hechos y circunstancias relevantes a la hora de evaluar si controla una participada. Este enfoque está formado por una serie de indicadores de control, pero no se facilita ninguna jerarquía: exige un análisis de todos los hechos y circunstancias y la aplicación de un juicio de valor para evaluar la conclusión del control. En los casos sencillos el inversor que tiene la mayoría de derechos de voto en una participada controlará dicha participada. En determinados casos, la evaluación será más complicada y el inversor tendrá que analizar uno o más factores, aunque la NIIF 10 no establece ningún orden para los análisis y no exige que un inversor siga todas las fases comentadas.

La NIIF 10 introduce un cambio significativo con respecto a la NIC 27(2008) en relación a la unidad sobre la que se evalúa la existencia de control. Según la NIIF 10 no solo se evalúa el control sobre una participada completa, sino que va más allá e impone un análisis adicional sobre partes de una participada. Se deberá analizar la presencia de control sobre determinados activos de una participada y, en tal caso, si esta porción se puede considerar una pseudo-entidad separada (comúnmente referida como silo). En resumen, si todos los activos, pasivos y patrimonio de la pseudo-entidad separada están protegidos del resto de la participada, se analizará de manera separada el control sobre dicha porción. Por tanto, la NIIF 10 contempla el control a un nivel inferior al de una entidad legal, resultando en la inclusión, o exclusión, del perímetro de consolidación de determinados elementos patrimoniales en vez de la entidad legal completa.

Si dos o más inversores deben actuar de forma conjunta para dirigir las actividades relevantes de una participada, pueden controlar de forma colectiva la participada. En este caso, si ningún inversor único puede dirigir las actividades de la participada sin la cooperación de otro inversor, ningún inversor controla la participada. Los inversores evalúan si la participada es un acuerdo conjunto, una asociada o una inversión para la que se aplica la contabilidad de instrumentos financieros. Una situación en la que diversos inversores tienen control colectivo sobre las mismas actividades relevantes de una participada es distinta de una situación en la que cada inversor dirige actividades relevantes diferentes de una participada.

Las normas de consolidación (RD 1159/2010, de 17 de septiembre), aún no adaptadas a la NIIF 10, definen el control como *el poder de dirigir las políticas, financiera y de explotación, de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades. En particular, si bien la participación en otra sociedad y el ejercicio de los correspondientes derechos de voto se configura como el supuesto más habitual de ejercicio de control, no es menos cierto que lo verdaderamente relevante es que se posea o se pueda poseer el mismo, circunstancia que da entrada en los grupos de subordinación a la creación de vínculos dominante-dependiente y, en consecuencia, a la obligación de consolidar, en virtud de un acuerdo o contrato, así como al hecho de que para evaluar dicho control también deban considerarse los derechos potenciales de voto.*

En definitiva, la cuestión relevante desde una perspectiva estrictamente contable para calificar a la unidad jurídico-económica resultante de estos acuerdos como un grupo mercantil de los previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, es si como consecuencia del acuerdo alcanzado puede concluirse que una entidad, que se calificaría como dominante y sobre la cual recaería la obligación de consolidar, ostenta o puede ostentar, directa o indirectamente, el control de las otras.

Por lo tanto, en aquellas modalidades de combinación en que como consecuencia de los acuerdos alcanzados entre varias entidades surge una nueva entidad que las agrupa, será requisito sine qua non para calificar a la nueva entidad como adquirente que dicho control sea efectivo, esto es, que lejos de constituir una mera simulación, en la nueva entidad radique

el control del grupo, habiéndolo perdido los antiguos socios o propietarios de las entidades que participan en la operación.

Artículo 2. Presunción de control.

1. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.*

2. Además de las situaciones descritas, pueden darse circunstancias de las cuales se deriva control por parte de una sociedad aún cuando ésta posea la mitad o menos de los derechos de voto, incluso cuando apenas posea o no posea participación alguna en el capital de otras sociedades o empresas, o cuando no se haya explicitado el poder de dirección, como en el caso de las denominadas entidades de propósito especial.

Al valorar si dichas entidades forman parte del grupo se tomarán en consideración, entre otros elementos, la participación del grupo en los riesgos y beneficios de la entidad, así como su capacidad para participar en las decisiones de explotación y financieras de la misma.

Las siguientes circunstancias, entre otras, podrían determinar la existencia de control:

- a) Las actividades de la entidad se dirigen en nombre y de acuerdo con las necesidades de la sociedad, de forma tal que ésta obtiene beneficios u otras ventajas de las operaciones de aquélla.*
- b) La sociedad tiene un poder de decisión en la entidad, o se han predefinido sus actuaciones de tal manera que le permite obtener la mayoría de los beneficios u otras ventajas de las actividades de la entidad.*
- c) La sociedad tiene el derecho a obtener la mayoría de los beneficios de la entidad y, por lo tanto, está expuesta a la mayor parte de los riesgos derivados de sus actividades.*
- d) La sociedad, con el fin de disfrutar de los beneficios económicos de las actividades de la entidad, retiene para sí, de forma sustancial, la mayor parte de los riesgos residuales o de propiedad relacionados con la misma o con sus activos.*

Si una vez analizadas las citadas circunstancias existen dudas sobre la existencia del control sobre este tipo de entidades, éstas deberán ser incluidas en las cuentas anuales consolidadas.

En cualquier caso, no existen normas concretas para la determinación de la existencia de control adicionales a las que se ofrecen para la identificación del adquirente en el caso de las combinaciones de negocios —de las que nos ocuparemos posteriormente—; las cuales, al menos en determinadas circunstancias, serían aconsejables para evitar ciertas dosis de incertidumbre. Más aún teniendo en cuenta que el nuevo artículo 42.1 del Código de Comercio

basa la obligación de consolidar en este concepto, que no define, manteniendo con el rango de presunción *iuris tantum* las mismas circunstancias que las actuales normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas tratan como *iuris et de iure*. En cualquier caso, alguna notas pueden ayudar a concretar este concepto:

1. En términos generales, podemos decir que cuando hablamos de control, estaríamos haciendo referencia a en qué medida cada uno de los socios podrá influir en el proceso de toma de decisión sobre las actividades de la empresa, para ver en qué medida los objetivos organizacionales podrán ser logrados. Se basa, por tanto, en una capacidad de dirigir (poder), no exigiendo dirección efectiva (ejercicio de dicho poder).
2. Ha de abarcar tanto las políticas de explotación como las de financiación, de modo que no consideraremos que existe control, por ejemplo, si un franquiciador tiene un derecho contractual a determinar las políticas operativas, pero no las financieras. Sería el mismo caso que determinadas concesiones administrativas.
3. Este poder de dirección debe ostentarse con el fin último de obtener beneficios de sus actividades, por lo que si los beneficios económicos de los activos y pasivos o de las actividades de la unidad económica se derivan hacia un tercero, que tiene un derecho contractual a recibirlos, se entiende que no existe control.

3. EL CONCEPTO DE GRUPO EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL

La opción de la UE por las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) como instrumentos de normalización contable, tiene su punto de arranque en el encargo realizado por la International Organization of Securities Commissions (IOSCO) al IASC (hoy IASB) de elaborar un conjunto de normas contables que fueran aplicables a las sociedades que cotizan en mercados financieros internacionales, en los que estas normas serían aceptadas. Sin embargo, aunque el IOSCO recomendó la utilización de estas normas, también es cierto que existe una pugna larvada con el organismo regulador americano, el Financial Accounting Standar Board (FASB), que hace que no pueda decirse de forma definitiva cuál será la solución finalmente aceptada en los mercados internacionales.

La adopción obligatoria de las NIC/NIIF en los Estados Miembros de la Unión Europea sobre determinados grupos consolidados, a partir del ejercicio 2005, junto con el acuerdo de convergencia internacional, está ejerciendo una presión adicional sobre dos cuestiones fundamentales en la información financiera (Schipper, 2005): sobre qué deben informar principalmente los grupos consolidados cotizados y sobre la fiabilidad de las medidas del valor razonable aplicados a sus activos. En el primer caso, se ha puesto de manifiesto el conflicto entre los US GAAP, más centrados en la práctica y en la información cuantitativa, y las NIC/NIIF, mas centradas en la información cualitativa. En el segundo, la adopción de las NIC/NIIF va a condicionar el comportamiento de la gerencia de los grupos, que desearán reducir y/o eliminar el efecto de la volatilidad en los resultados del ejercicio, que conlleva la aplicación del valor razonable y que redundará en una nueva información financiera a incluir en los estados financieros (por ejemplo, desglose e información en la memoria de los instrumentos de cobertura utilizados para hacer frente a dicha volatilidad).

Con estas claves de información orientada a los mercados de capitales internacionales y sucesivos cambios que intentan mejorar la calidad técnica de las propias normas y acercarlas a las americanas, hay que analizar el conjunto de normas emitidas por el IASB que afectan a la Consolidación de Estados Contables, y cuyo proceso llevó a nuestro país a la modificación de la legislación mercantil. Con objeto de la modernización y armonización in-

ternacional de la contabilidad española se reformó el Código de Comercio, a través de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, siendo aplicable para los ejercicios que se inicien en 2008. Igualmente se aprobó el Plan General de Contabilidad, por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en el que se incorporaron criterios con un altísimo grado de compatibilidad con las normas internacionales de contabilidad adoptadas por la Unión Europea.

En resumen, la situación actual en Europa es la siguiente:

- Las normas NIC/NIIF son de obligatoria aplicación en toda la Unión Europea, a partir del 1 de enero de 2005, para las cuentas consolidadas de los grupos que coticen en bolsa. (Hay casos en que la fecha de la aplicación fue el 1 de enero de 2007).
- Las normas NIC/NIIF que se aplican en Europa son las aceptadas mediante el mecanismo de *endorsement* y aprobadas y publicadas mediante un Reglamento europeo. Todas las normas del IASB, en la práctica totalidad de su contenido, son obligatorias en la Unión Europea para elaborar las cuentas consolidadas de los grupos cotizados.
- Para los grupos no cotizados, las normas NIC/NIIF pueden ser opcionales u obligatorias, pues se deja a cada Estado miembro libertad para que regule la normativa de consolidación de estos grupos no cotizados.

Estos cambios requirieron también de un desarrollo específico de las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, por cuyo motivo el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), como desarrollo de los artículos 42 a 49 DEL Código de Comercio, publicó el *Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre*, por el que se aprueban las *Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas (NOFCAC)*, acordes con la reforma contable, que son las actualmente en vigor.

Los grupos de empresas cotizados de España aplican directamente las NIC/NIIF aceptadas en Europa, porque les obliga el Reglamento 1606/2002 (como ocurre en todos los demás países miembros de la Unión Europea).

A los grupos españoles que no cotizan en bolsa –que, en principio, consolidan sus cuentas utilizando la normativa interna española–, se les ha dado la opción (mediante la ley 62/2003) de aplicar directamente las NIC/NIIF, si bien esta opción es irreversible, es decir, los grupos que opten por aplicar la normativa internacional no podrán volver a presentar sus cuentas consolidadas de acuerdo con la normativa contable española.

Por tanto, hoy en España, hay grupos que aplican la normativa internacional (obligatoria u opcionalmente) y otros grupos que aplican la normativa interna española (opcionalmente). Pero, tras la última reforma contable, la normativa española actual es muy semejante a la internacional.

Cabe indicar, asimismo, que además de las normas de consolidación, en la normativa española también existen desarrollos de carácter sectorial como, por ejemplo⁹:

⁹ El apartado 7 de la introducción de las nuevas NOFCAC aclara la regla que se debe aplicar para homogeneizar la información financiera elaborada a partir de normas de producción interna diferentes, o incluso específicas por razón del sujeto contable, debido a la coexistencia del PGC-2007 con los criterios sectoriales. Concretamente, qué criterio se debe seguir en la formulación de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad dominante, cuando los criterios aplicados por las dependientes en sus cuentas anuales individuales, según los criterios sectoriales, difieren de los seguidos por aquélla. La solución se encuentra en el apartado 3 del artículo 17 de las nuevas NOFCAC, en el que se precisa, en primer lugar: “*que si la normativa específica no presenta opciones para contabilizar la operación, en todo caso deberá respetarse el*

- Las normas correspondientes a las entidades aseguradoras, que se rigen por el Real Decreto 1317/2008, de 24 de julio, por el que se aprueba el Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras y en cuya Disposición transitoria quinta, *Normas para la formulación de cuentas de los grupos consolidables de entidades aseguradoras*, se mantiene la vigencia del Real Decreto 2014/1997, de 26 de diciembre, que permanecerá en vigor en tanto no sea objeto de revisión posterior, circunstancia que no se ha producido hasta la fecha.
- Las normas aplicables a las entidades de crédito: Circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros. En el “ámbito de aplicación” de esta norma se dice que *“la Circular es aplicable en la confección de los estados financieros individuales y consolidados, tanto públicos como reservados, de las entidades de crédito y sucursales en España de entidades de crédito extranjeras.”*
- La Circular 7/2008, de 26 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo, aplicable entre otros casos, según el apartado 1 de la norma primera: *“a las empresas de servicios de inversión definidas en el artículo 64 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y sus correspondientes grupos consolidables, tal como se definen en el artículo 86 de la mencionada Ley.”*
- El art. 78.1 de la Ley de Cooperativas, que entiende por *grupo cooperativo*, a los efectos de esta Ley, *“el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades”*.

Desde un punto de vista contable, la existencia de un grupo de sociedades en el que una de ellas, la dominante, ostenta el control del resto, las dependientes, implica como regla general la obligación de consolidar sus estados financieros¹⁰. De esta forma, aunque cada sociedad sigue manteniendo sus obligaciones contables individuales, ya que persiste su personalidad jurídica independiente, se entiende que constituyen una unidad económica, por lo que deben presentar unos estados financieros que representen la realidad de todas las sociedades del grupo de forma conjunta¹¹.

criterio aplicado por la dependiente en sus cuentas individuales”. Solo cuando ambos marcos establezcan opciones, la norma exige homogeneizar las valoraciones considerando el criterio aplicado en las cuentas individuales de la sociedad cuya relevancia en el seno del grupo sea mayor para la citada operación.

Por su lado, en el 2 de la introducción de las nuevas NOFCAC se indica que: *“(…) lógicamente, la relación entre las distintas normas contables de fuente interna presenta vínculos más estrechos. Las diferentes adaptaciones sectoriales para las entidades financieras apelan a la aplicación subsidiaria del Plan General de Contabilidad y sus disposiciones de desarrollo. Del mismo modo, el artículo 3 del real decreto por el que se aprueban las presentes normas dispone que las citadas adaptaciones se configuran como auténtico derecho supletorio ante la ausencia de norma o interpretación aplicable en el marco de la norma general”*.

¹⁰ Si bien la regla general es que cuando hay grupo se debe consolidar, existen excepciones a la obligación de consolidar por razón de tamaño o por constituir un subgrupo.

¹¹ La consolidación de cuentas es un proceso técnico para confeccionar las cuentas anuales de un grupo de empresas, a partir de las cuentas anuales de cada una de las sociedades que componen el grupo. Las sociedades, dominante y dependientes, integran sus elementos contables en las cuentas anuales consolidadas a través de lo que se denomina el método de la integración global.

Al contrario de lo que ocurre con las cuentas individuales de las empresas, la relevancia de las cuentas consolidadas no es fiscal, ni tiene efectos mercantiles a la hora de determinar el reparto de dividendos o el cálculo del patrimonio neto con fines jurídicos. Su importancia estriba en que proporcionan una imagen más útil para la toma de decisiones en un contexto como el actual en el que las empresas no desarrollan su actividad a través de una única entidad jurídica, y en el que el crecimiento viene en muchas ocasiones de la mano de adquisiciones de otras empresas.

Por tanto, la existencia de control, desde un punto de vista contable, implica la existencia de grupo, y esto a su vez tiene como consecuencia la obligatoriedad de presentar estados financieros consolidados.

Acabamos de decir que en consolidación sólo se contemplan los grupos formados por sociedades que mantienen su personalidad jurídica propia, pero que constituyen una unidad económica porque se gestionan de forma coordinada, como si fuesen una sola empresa. Son los grupos consolidables. Recordemos que en consolidación pretendemos elaborar unas cuentas anuales referidas al grupo, como sujeto contable.

En estos grupos consolidables, lo más frecuente es que haya una sociedad que sea la matriz o dominante, que detenta el poder de decisión, y que el resto del grupo esté compuesto por sociedades filiales o dependientes de la primera. Pero un grupo consolidable también puede estar formado por un conjunto de sociedades sin que ninguna de ellas sea la matriz o dominante, pero en donde todas ellas se gestionen bajo una dirección única o control común.

Los grupos de sociedades, basados en el control, pueden definirse con otra finalidad que no sea contable. Este es el caso del grupo de sociedades desde un punto de vista fiscal. En algunos casos existe un grupo de sociedades que actúa bajo el control de una de ellas, lo que implica que, aunque pudieran tener obligaciones fiscales individuales, estas pueden ser complementadas o sustituidas por una única obligación como grupo. Aquí de nuevo, cada jurisdicción fiscal puede tener su propia definición. En el caso español, la definición de grupo fiscal viene recogida en el artículo 67 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades. En este caso, las líneas básicas de la definición de grupo fiscal implican la existencia de un conjunto de sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones, en la que una sociedad, la dominante, posea durante todo el periodo impositivo al menos el 75% del capital social de las otras sociedades, llamadas dependientes¹². Por tanto, en este caso, se considera que el grupo fiscal surge cuando existe un porcentaje determinado de la propiedad. Aunque no se menciona el control, está implícito en la definición que a través de ese porcentaje de propiedad se puede ejercer el control.

Al igual que la existencia de grupo contable tenía efectos directos, en la medida en que era necesario elaborar estados financieros consolidados, el grupo fiscal tiene como efecto la aplicación de un régimen tributario específico, denominado consolidación fiscal.

En el ámbito financiero existe también la necesidad de definir el grupo de sociedades, a efectos de solvencia, supervisión o difusión de información. En España, la Ley del Mercado de Valores, en su artículo 4, establecía que tendrían la consideración de pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyeran una unidad de decisión porque alguna de ellas ostentara o pudiera ostentar, el control de las demás, o porque dicho control correspondiera a una o varias persona físicas que actuaran sistemáticamente en concierto. Esta definición

¹² El mencionado artículo 67, tiene muchos otros matices, pero estos son de forma simplificada los requisitos básicos.

de grupo fue modificada con posterioridad, de forma que ahora el artículo 4 establece que, a los efectos de la Ley del Mercado de Valores, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de comercio¹³. Por tanto, vemos como la definición contable de grupo es la que se impone en otros ámbitos.

La Ley del Mercado de Valores define el grupo de empresas ya que a pesar de que cada sociedad mantiene su personalidad jurídica independiente, en determinados casos algunos de los requisitos de la normativa se refieren al grupo al que la sociedad pertenece.

Por consiguiente, tanto los ámbitos contable, fiscal y financiero, todos ellos relacionados entre sí, requieren para su operatividad definir qué se entiende por grupo de sociedades. Sin embargo, otras disciplinas también necesitan de una definición de grupo de empresas para poder desarrollar sus trabajos. Así, desde el punto de vista de las unidades estadísticas utilizadas en la elaboración de estadísticas oficiales en la Unión Europea, la normativa europea define el grupo de empresas de la siguiente forma: “*El grupo de empresas reúne varias empresas ligadas por vínculos jurídicos y financieros. El grupo de empresas puede entrañar una pluralidad de fuentes de decisión, principalmente en lo que respecta a la política de producción, venta, beneficios, etc., y unificar determinados aspectos de la gestión financiera y del régimen fiscal. Constituye una entidad económica que puede efectuar elecciones que afectan en particular a las unidades asociadas que lo componen*”¹⁴. Este reglamento reconoce a continuación que la definición de grupo de empresas se define a partir del concepto de “grupo contable” de la regulación contable europea.

El objetivo de esta definición estadística de grupo de empresas es la recogida y publicación de datos estadísticos nacionales y comunitarios, referidos a unidades económicas homogéneas y comparables.

En definitiva, hemos visto que existe una diversidad de definiciones de grupo de empresas, dependiendo del ámbito al que éstas hagan referencia. Sin embargo, la definición de grupo contable, en la que existe una empresa dominante que controla al resto de empresas dependientes del grupo, es la que ejerce una mayor influencia en el resto de disciplinas. Cuando existe control desde un punto de vista contable, surge la obligación de elaborar estados financieros consolidados, manteniéndose también las obligaciones contables individuales de cada sociedad.

La definición actual de grupo desde un punto de vista contable, basada en el control, es el fruto de una evolución. Con anterioridad, la definición de grupo estaba basada en la unidad de decisión, que era la que implicaba el control¹⁵, por lo que se reconocían los grupos de coordinación – horizontales – junto con los de subordinación – verticales –.

Así pues, los grupos de empresas formados por sociedades jurídicamente independientes que actúan de forma conjunta pueden ser de dos tipos:

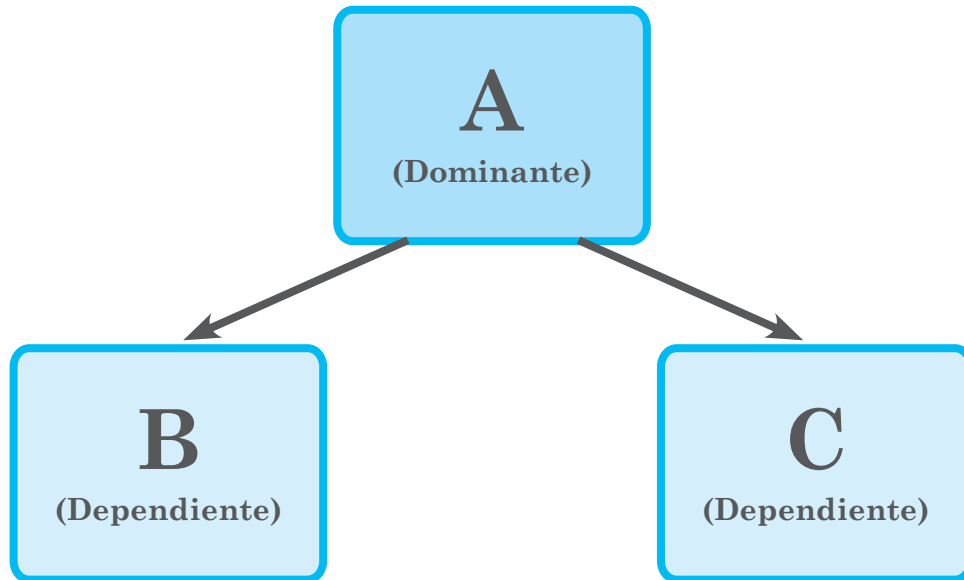
¹³ Artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores modificado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre.

¹⁴ Reglamento (CE) n° 177/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, que establece un marco común para los registros de empresas utilizados con fines estadísticos y deroga el Reglamento (CEE) n° 2186/93 del Consejo.

¹⁵ El artículo 42 del Código de Comercio, que fue aprobado en el año 1989, establecía que existía grupo contable cuando, existiendo participación, se dieran uno de los cuatro casos tasados en la normativa (posesión de la mayoría de derechos de voto, facultad para nombrar a la mayoría de los miembros del consejo, disposición de la mayoría de derechos de voto y nombramiento exclusivamente con sus votos de la mayoría de los miembros del consejo de administración). En el año 2003 esta definición fue modificada para establecer que existía control cuando varias sociedades constituyeran una unidad de decisión, lo que reconocía la existencia de grupos verticales y horizontales.

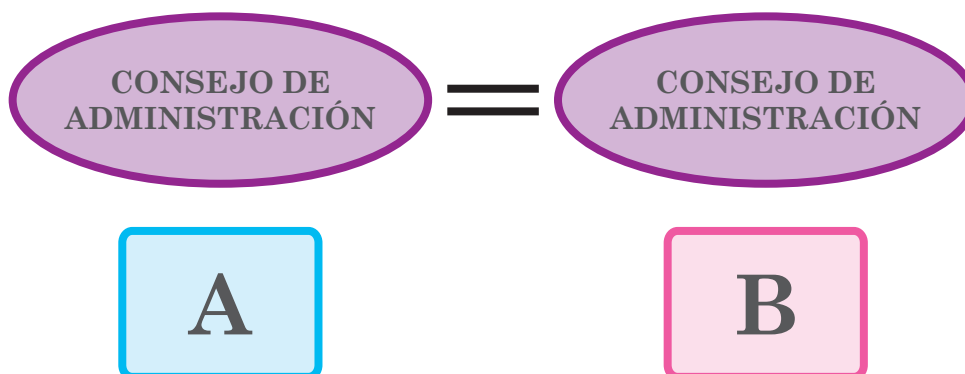
- a) *Grupos de subordinación*, denominados también *grupos verticales* (Figura 1), en los que existe una matriz dominante que ejerce el control sobre otras sociedades, normalmente mediante la participación en el capital de ellas; y

Figura 1. Grupos verticales



- b) *Grupos de coordinación*, denominados también *grupos horizontales* (Figura 2), en los que no hay sociedad matriz, sino sólo un conjunto de sociedades que actúan bajo una dirección común.

Figura 2. Grupos horizontales



La legislación mercantil-contable española se refiere a ambos tipos de grupo:

- a) Por una parte, el artículo 42 del Código de Comercio regula el grupo de subordinación, que está formado por una sociedad dominante y otra u otras dependientes controladas por la primera.
- b) Y por otra parte, el artículo 260.13 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 13ª del Plan General de Contabilidad y la norma 11ª

del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas se refieren al grupo de coordinación, integrado por sociedades controladas por cualquier medio por una o varias personas, físicas o jurídicas, que se organizan de forma concertada o se hallan bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias.

De acuerdo con la normativa española, a partir de 2008 sólo los grupos verticales –en donde hay sociedad dominante– tienen la obligación de elaborar cuentas consolidadas completas. Los grupos horizontales se limitan a proporcionar determinada información obligatoria. Se ha de tener en cuenta que el concepto de grupo en el CCo, antes de la reforma de la Ley 16/2007, se definía, a efectos de la obligación de consolidar, de una forma más amplia, al basarse en la unidad de decisión y no exclusivamente en el control, lo que incluía los denominados “grupos horizontales”. En consecuencia, la nueva definición de grupo de sociedades hace que desaparezca la obligación de consolidar sociedades con las que existe unidad de dirección sin control.

Han sido evidentes los inconvenientes técnicos que supusieron la adopción del concepto «unidad de decisión», difícil de aplicar en la práctica a falta de guías de implementación concretas. Especialmente conflictiva fue su aplicación para las entidades que debían presentar cuentas consolidadas basadas en Normas Internacionales de Información Financiera adoptadas por la UE, dado que el grupo de sociedades definido en ellas no abarca las filiales «hermanas». No obstante, es menester recordar que la introducción del grupo «horizontal» se realizó en respuesta a una vulnerabilidad clara del sistema de consolidación vigente, que permite evitar la presentación de información consolidada recurriendo a un expediente tan simple como constituir una fundación *holding* o domiciliar la sociedad de cabecera en un Estado en el que no exista obligación de consolidar. Es cierto que la pérdida de información podía haberse paliado mediante la publicación de datos condensados en la Memoria, pero, lamentablemente, se ha renunciado también a ello al eliminar de la Indicación decimocuarta el inciso recogido en el Dictamen de la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso que exigía la presentación de datos “agregados” de activos, pasivos, patrimonio neto y resultados “una vez realizadas las eliminaciones exigidas por la regla 5.^a del artículo 46 [del Código de Comercio]”. Es obvio que la publicación de datos agregados es poco útil, y hasta contraproducente, cuando se refiere a grupos con un elevado grado de integración en cuanto a sus operaciones.

4. DOCTRINA DEL INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS (ICAC)

Por su parte, el ICAC, en respuesta a una consulta sobre si determinadas sociedades participadas mayoritariamente por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco, constituyen un grupo de sociedades de los previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, nos recuerda que su opinión sobre la calificación como empresas del grupo a los efectos de dicho artículo de sociedades participadas por familiares próximos está publicada en la consulta 1 del BOICAC n^o 83, de septiembre de 2010. De su contenido, y en general de su propia doctrina administrativa acerca de la calificación de sociedades como empresas del grupo, el ICAC extrae las siguientes conclusiones (BOICAC 92, diciembre 2012. Consulta 4):

- *Concepto de grupo del artículo 42 del Código de Comercio, exclusión de los “grupos de coordinación”*: La Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con

base en la normativa de la Unión Europea, modificó el artículo 42.1 del Código de Comercio en sintonía con la definición de grupo de sociedades regulado en las normas internacionales de contabilidad y cuya principal consecuencia fue la eliminación de la obligación de consolidar para los denominados “grupos de coordinación”, integrados por las empresas sometidas a una misma unidad de decisión; concepto jurídico que permitía identificar la obligación de consolidar cuando varias sociedades estaban controladas por terceros no obligados a consolidar, por carecer de la forma societaria mercantil. En la práctica, no cabe duda que el supuesto genuino que podía conformar este tipo de grupos eran las sociedades participadas por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco, y que mediante la simple participación directa de las personas físicas en las citadas sociedades, o a partir de personas interpuestas, frente a la alternativa de estructurar la participación a través de una sociedad holding, evitaban incurrir en el supuesto de hecho que desencadenaba la obligación de consolidar. En este sentido, a raíz de la citada reforma, el concepto de grupo del artículo 42 del Código de Comercio y, en consecuencia, la obligación de consolidar ha quedado definida a partir de la idea de “control entre sociedades o de una sociedad sobre una empresa. La relación de subordinación a que se refiere el mencionado artículo es la consecuencia lógica de poseer la mayoría de los derechos de voto de una sociedad, o de la facultad de nombrar o haber designado a la mayoría de los miembros de su órgano de administración, circunstancia que también requiere, con carácter general, gozar de los derechos de voto.

- *Entidades de propósito especial:* Sin embargo no es menos cierto que el artículo 42 contempla la posibilidad de que el control se puede ejercer sin participación, configurándose a partir de esta hipótesis una nueva tipología de sociedades dependientes, las denominadas entidades de propósito especial, para cuya identificación uno de los aspectos más relevantes a considerar es la participación de una sociedad en los riesgos y beneficios de otra. A tal efecto y para facilitar la tarea de identificar estos supuestos, el artículo 2, apartado 2, de las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, desarrolla el concepto de control sin participación. En este contexto regulatorio, en principio, cabe concluir que la calificación como empresas del grupo de un entramado societario es una cuestión de hecho, que viene determinada por la existencia o la posibilidad de control entre sociedades o de una empresa por una sociedad, para cuya apreciación concreta sería preciso analizar todos los antecedentes y circunstancias del correspondiente caso.
- *El grupo “ampliado” del PGC:* A mayor abundamiento se informa que la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 13ª del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, dispone que a efectos de la presentación de las cuentas anuales individuales de una empresa o sociedad se entenderá que otra empresa forma parte del grupo cuando ambas estén vinculadas por una relación de control, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del Código de Comercio, o cuando las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias. El concepto de grupo “ampliado” a partir del concepto de “actuación conjunta”, también es una cuestión de hecho y por lo tanto de juicio pero cuya identificación con el concepto de unidad de decisión y lo que podríamos denominar grupo “familiar” es más que evidente. En este sentido cabe recordar que la reforma del artículo 42 del Código de Comercio en el año 2007 vino acompañada por la incorporación de un nuevo requerimiento de información en la memoria de las cuentas anuales individuales de la sociedad de mayor activo.

- *Grupo “familiar”*: En el supuesto de que un conjunto de personas físicas vinculadas por una relación de parentesco posean la mayoría de los derechos de voto de varias sociedades, cuando menos, no cabe duda que se desencadenaría una presunción, que admitiría la prueba en contrario, de que dichas sociedades (tanto las controladas a título individual por cada una o algunas de dichas personas físicas, como las participadas por todas ellas), deben calificarse como empresas del grupo “ampliado” en la medida en que la posibilidad de “actuación conjunta” es más que evidente dado el reducido número de socios que conforman el accionariado y la ausencia de intereses contrapuestos que cabe inferir del vínculo de parentesco que los entrelaza. Es decir, las sociedades integradas en lo que podríamos denominar un grupo “familiar”, como regla general, constituyen grupos sometidos a la misma unidad de decisión, que pueden reconocerse a la vista de la coincidencia de las personas que componen los órganos de administración de las empresas, y de las propias relaciones económicas cruzadas que la unidad de decisión teje entre las sociedades titulares de los activos y pasivos que “administran” directa o indirectamente las personas que la conforman, como por ejemplo, mediante el otorgamiento de asistencia financiera mutua o la presencia de estas sociedades en las sucesivas etapas de un determinado proceso productivo. Sin embargo, no es menos cierto que identificar relaciones de subordinación entre ellas puede llevar a un resultado arbitrario o infundado (porque la unidad económica puede adoptar diferentes estructuras jurídicas, en función de los intereses en liza en cada momento), como se puede colegir de la solución legal que se ha seguido para designar a la sociedad que debe informar en la memoria de las cuentas anuales individuales del grupo “ampliado” (la sociedad de mayor activo, ante la imposibilidad de hacer recaer dicha obligación en las personas físicas que ejercen el control de todas ellas).

5. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN LA REGULACIÓN CONCURSAL

Por lo que se refiere a la regulación concursal, y con carácter preliminar, cabe indicar que el fenómeno de la insolvencia no distingue a las sociedades entre aisladas e integradas en un grupo, por lo que, inicialmente, no se observan diferencias entre los procedimientos a aplicar en uno y otro caso. No obstante, a medida que se analiza la insolvencia en la sociedad integrada en un grupo se percibe que la participación en éste y su vinculación con el resto de miembros, está estrechamente ligada a la situación concursal en que se encuentra. Así, nos podemos encontrar ante diversos escenarios, entre los que se pueden destacar, la persecución de interés del grupo y no el específico de la filial, la realización de complejas operaciones internas del grupo, el riesgo de “contagio” de una sociedad a otra como consecuencia de su política financiera, las aventuras financieras de la matriz que perjudica a la filial y ocasiona su deriva concursal. En definitiva, son múltiples los supuestos reveladores de la influencia del grupo en la insolvencia societaria.

Sin embargo, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) no contiene una regulación sobre los grupos de sociedades. Asume que existen y les dedica una serie de artículos dispersos para regular aspectos concretos. Se echa en falta, sin embargo, un conjunto de normas homogéneo que regule de forma armónica el tratamiento de éstos en el concurso.

Las soluciones de política jurídica posibles a los problemas derivados de los grupos en el ámbito concursal se orientan en dos direcciones. Conforme a la primera, la concurrencia de determinadas circunstancias implica la extensión de la situación de concurso de la sociedad

inicialmente afectada a la matriz y al resto de integrantes del grupo. Es la respuesta dada en ordenamientos como el francés, el italiano o el argentino.

Conforme a la segunda, sobre la base de la personalidad jurídica independiente de las sociedades del grupo, se considera que cada sociedad tiene su propio concurso con su patrimonio separado de los demás integrantes del grupo. Tal planteamiento se fundamenta en la ausencia de concurso del grupo de sociedades, pues sólo lo será de las sociedades que lo integran, y deriva del incumplimiento del presupuesto subjetivo requerido dada la ausencia de personalidad jurídica del grupo (art. 1 LC). Este planteamiento es seguido por el ordenamiento español.

La formulación de un concurso separado para la sociedad no impide que se admita la acumulación en un único juzgado de los integrantes del mismo grupo de sociedades (los llamados concursos conexos, art. 25 LC). El procedimiento se conducirá conjunta y coordinadamente, si bien no habrá consolidación de las masas activa y pasiva de cada concursado (art. 25 terLC). En esta segunda dirección, la protección de los acreedores en los supuestos que en la primera conducían a la extensión del concurso, ahora se articula mediante diversas medidas, como por ejemplo, la calificación de los créditos titularidad de las sociedades del grupo como subordinados (art. 93.2 LC), determinadas presunciones en las acciones de reintegración (arts. 71 y 71 bis LC) o la aplicación de un régimen grave de responsabilidad concursal a la matriz en cuanto administrador de hecho (art. 172.bis LC).

El artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital y el 42 del Código de Comercio, al que se remite expresamente la nueva Disposición Adicional Sexta de la LC, contienen una definición difusa del fenómeno multisocietario, fundamentada en el control directo o indirecto que una sociedad mantiene sobre otra. La ausencia de un régimen completo sobre los grupos de sociedades en el ordenamiento español también se refleja en el ámbito más específico de la legislación concursal; sin menoscabo de ello, la realidad del grupo emerge en diversos apartados del texto legal. Por tanto, no cabe deducir automáticamente la falta de atención al fenómeno de los grupos en la LC; pues, al contrario, su presencia se manifiesta —aunque dispersa— a lo largo del articulado. Sin ánimo de ser exhaustivo, se puede destacar entre otros:

- a) En la solicitud de declaración de concurso por el deudor, exigiendo que se documente la identidad de las sociedades integradas en el grupo y, si tiene obligación de consolidar, las cuentas y el informe de gestión consolidados (art. 6.2 LC);
- b) En la declaración conjunta de concurso de varios deudores, reconociendo legitimación tanto a las sociedades deudoras integradas en un grupo como a sus acreedores (art. 25 LC), así como permitiendo solicitar la acumulación de concursos en un único Juzgado a cualquiera de los concursados o de las administraciones concursales (art. 25 bis);
- c) En las acciones de reintegración del art. 71 LC en un doble sentido: primero, declarando que, salvo pacto en contrario se presume perjuicio patrimonial —y, por tanto, son rescindibles— aquellos actos dispositivos realizados a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (entre las que se incluye las sociedades integradas en el mismo grupo que la deudora en concurso); y, segundo, atiende a las relaciones intragrupo en la baremación de aquellos acuerdos de refinanciación que no se consideran rescindibles (art. 71 bis LC);
- d) En la calificación como subordinados a los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 92 LC), entre las cuales se considera a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso (art. 93.2.3º LC);
- e) Y, de manera destacada, en la remisión al art. 42.1 Código de Comercio para determinar qué se entiende por “grupo de sociedades” a los efectos de la normativa concursal (D.A. 6ª LC).

La D.A. 6^a establece que a los efectos de la Ley Concursal, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio, unificando cualquier disparidad interpretativa causada por redacción del artículo 25 de la Ley Concursal. Si bien es positiva esta aclaración que zanja definitivamente el debate sobre la consideración de grupo de sociedades a efectos concursales, extraña su configuración como disposición adicional, ya que siguiendo criterios lógicos y normativos (Directrices de Técnica Normativa de 2005) quizá hubiese sido más correcta su formulación como encabezamiento del nuevo artículo 25.

Las referencias al grupo en sede concursal se caracterizan por una falta de precisión terminológica; así, unas veces aparece como “grupos de sociedades” (arts. 25, 25 bis, 71 bis D.A. 6^a LC), otras como “grupos de empresas” (arts. 6, 28 LC), igualmente con los sujetos que lo integran con referencias genéricas a “sociedades”, “personas jurídicas” o “empresas”, sin distinguir si forman parte o no de un grupo. Las reformas continuas en la legislación concursal han optado principalmente por el término grupo de sociedades, en clara coincidencia con lo estipulado en la normativa societaria (art. 18 Ley de Sociedades de Capital) y contable (art. 42.1 Código de Comercio). Si bien puede tener sentido en ámbitos societarios, no parece tan acertado este planteamiento en una normativa como la concursal que presume de su aplicación a toda clase de personas física y jurídica (en concreto, se obvia a las fundaciones o a las personas físicas como matrices del grupo).

Volviendo sobre la D.A. 6^a LC, su actual redacción se introduce en nuestro ordenamiento a través de la importante reforma de la legislación concursal por la Ley 38/2011. Hasta entonces, la cuestión de la noción de grupo no estaba suficientemente clara en las decisiones de los Juzgados de lo Mercantil, que se alternaban entre partidarios de la aplicación del art. 42.1 del Código de Comercio (entre otras, el auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2009 y las sentencias de 10 de octubre de 2010 –Juzgado de lo Mercantil n^o 5 de Madrid– y de 9 de septiembre de 2011 –Juzgado de lo Mercantil de Oviedo) y aquellos que no lo consideraban suficientemente comprensivo de la realidad del grupo (así, entre otras, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 14 de enero de 2010, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 febrero de 2011). Desde esta última postura, se ponía de manifiesto que el art. 42.1 del Código de Comercio dejaba al margen los llamados grupos por coordinación y algunos fácticos y contractuales, como por ejemplo los de matriz no societaria. En este sentido, alguna decisión judicial ya reconocía tal evidencia y se mostraba favorable a atender más que a un criterio formal a la finalidad perseguida por la normativa concursal correspondiente.

La reforma concursal soluciona, aparentemente, la controversia en torno al concepto de grupo, mediante su breve remisión al art. 42.1 del Código de Comercio, opción del legislador que pretendía poner fin a las diversas interpretaciones existentes en la práctica judicial. En la doctrina, se ha calificado tal resultado como una restricción del concepto de grupo hasta entonces existente¹⁶, por dos cuestiones fundamentales:

1. La opción por el art. 42.1 del Código de Comercio implica la necesidad de una relación de subordinación entre la matriz del grupo y el resto de sociedades (grupos jerárquicos). La relación se fundamenta en la existencia de un control –potencial o efectivo, directo o indirecto– de una sociedad sobre el resto de miembros, que no se debe confundir con la derecho de veto (así, v. en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de octubre de 2012). De tal modo, los grupos basados en una relación de coordinación entre sus miembros quedan al margen de la noción

¹⁶ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE Y M. FUENTES NAHARRO, “El concepto estricto de grupo en la Ley concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, n^o 291, 2014, pp. 595 ss.

de grupos en la legislación concursal (grupos horizontales). Así, se pone de manifiesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 24 de septiembre de 2013, que contiene interesantes reflexiones sobre los grupos horizontales y su ausencia de un “control estable de la gestión social”. La sentencia, además, diferencia la presencia del control en los grupos jerárquicos como “control total de la gestión social” y, en cambio, en los horizontales se presenta como el “efecto económico de la colaboración entre empresas o empresarios”. En cualquier caso, las situaciones de concurso pueden tener lugar tanto en los grupos verticales como en los horizontales; sin embargo, el legislador concursal ha olvidado atender a estos últimos y dotarlos de herramientas útiles en caso de devenir el concurso de alguna de sus sociedades.

2. La segunda nota restrictiva que implica la remisión al art. 42.1 del Código de Comercio consiste en que sólo se trata de “sociedades”, obviando la existencia de otras personas jurídicas como integrantes de un grupo, no sólo como filial, sino –lo que es más relevante– como matriz del mismo. En este sentido, cabe recordar el Auto del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 2009 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de diciembre de 2012, que no consideraban como grupo a los efectos concursales aquellos supuestos en que la matriz es una persona física. No obstante, se ha planteado si en la remisión al art. 42.1 puede desempeñar alguna función el apartado sexto del art. 42 del Código de Comercio, según el cual “... se aplicarán estas normas –de consolidación contable– a los supuestos de formulación y publicación de cuentas consolidadas por cualquier persona física o jurídica distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo” (art. 42.6 del Código de Comercio). Este criterio no sólo serviría para las personas físicas sino que también cumpliría un papel relevante en los grupos dirigidos por una persona jurídica no societaria (por ej., una fundación). Es cierto que la remisión se circunscribe y concreta en el 42.1, pero el mismo apartado “*in fine*”, menciona –a fin de computar los derechos de voto que implican el control– los derechos de voto de la “entidad” dominante. Sin menoscabo del alcance de tal apunte no se puede negar el reconocimiento por el legislador de otras formas –no societarias– de articular el grupo. Al mismo tiempo, es preciso buscar cuál es la finalidad perseguida por el legislador concursal, que, en todo caso, no puede incumplir el principio de igualdad de tratamiento a todos los acreedores.

No obstante lo anterior, hay que resaltar las últimas decisiones judiciales en la delimitación del concepto de grupo con ocasión de la subordinación de créditos a sociedades integradas en él. Así, se planteaba si era correcta la actuación de los administradores concursales calificando como subordinados los créditos de determinados acreedores (sociedades del grupo de la concursada). Frente al reconocimiento positivo por los Juzgados de lo mercantil de la forma de proceder de aquéllos, las Audiencias adoptaban un criterio más restrictivo. Así, se oponían a la calificación de tales créditos como subordinados y para ello, aun reconociendo la vinculación del acreedor con el concurso, recurrían a una interpretación formalista del art. 42.1 Cdc y de su concepto de grupo: “*No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso. No es posible, a nuestro entender, la interpretación extensiva que realiza la sentencia de instancia, máxime atendido el carácter sancionador de las normas sobre subordinación de créditos*” (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de diciembre de 2013; en la misma línea que las anteriores sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid –de 7 de diciembre de 2012– y de Tarragona –de 24 de septiembre de 2013).

De la sentencia entrecomillada, cabe resaltar el voto discrepante de uno de los magistrados más cercano a un criterio finalista del concepto de grupo en sede concursal: *“En mi opinión, discrepante de la de la mayoría de la Sala, lo que debemos interpretar, atendiendo a la finalidad de la norma, tanto del artículo 42.1 CCom como de las normas concursales relativas a los grupos, es que existirá grupo allá donde se produzca una situación de dominio entre dos o más sociedades que pueda ser relevante a los efectos que el legislador toma en consideración cuando hace referencia a los grupos de sociedades, esto es, tanto a efectos de la consolidación de las cuentas como a todos los demás efectos que el legislador se refiere a los grupos, entre ellos la subordinación de los créditos en el concurso. [...] el concepto de grupo sigue siendo un concepto de hecho, esto es, un concepto abierto, que podrá apreciarse que existe siempre que existan datos fácticos que permitan concluir a la administración concursal o al juez que concurre la situación de control que describe con precisión el artículo 42.1 Ccom. Por tanto, no un concepto formal o cerrado, apegado a la existencia o no de consolidación de cuentas. [...] Por todo ello considero que no es que la resolución recurrida haga una interpretación extensiva del concepto de grupo, para aplicarlo en un ámbito en el que la interpretación no puede tener ese carácter, sino que es la interpretación que hace nuestra resolución la que reduce de forma inadmisiblemente el concepto de grupo llegando a consecuencias indeseadas y que creo que no están amparadas por nuestro ordenamiento”*.

6. LAS REFORMAS PENDIENTES EN MATERIA DE GRUPOS DE SOCIEDADES

Una vez analizado el tratamiento de los grupos de sociedades en nuestra legislación mercantil y concursal, se hace preciso avanzar por dónde debería ir una posible reforma en esta materia. El legislador ya ha manifestado su deseo de proceder a una modificación que recoja el tratamiento de los grupos en sede mercantil y concursal.

Por un lado, la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, presentado a finales de mayo de 2014, comenta que la delicada tarea de establecer un concepto de grupo de sociedades se ha resuelto a favor del criterio del control, como no podía ser de otra forma y cualquiera que sea su fundamento, como elemento nuclear de los grupos por subordinación o de estructura jerarquizada; pero siendo éstos los grupos donde se plantean los problemas más característicos que se han querido abordar, no cabe prescindir de la existencia de grupos por coordinación en los que dos o más sociedades independientes actúan bajo una dirección única. Es decir, independientemente de que, como estableció la reforma de 2007, solo la sociedad dominante que controle a una o a varias sociedades dependientes estará obligada a formular cuentas anuales consolidadas, vuelve a incorporarse dentro de la noción de grupo el caso de los “grupos de coordinación”.

Así, el artículo 291-1 del anteproyecto establece que existe grupo:

1. Grupos de subordinación: Cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control.
2. Grupos de coordinación: Cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas.

Se hace expreso que, en todo caso, el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica.

En relación con los grupos de subordinación, en el anteproyecto se han recogido los supuestos del artículo 42 del actual Código de Comercio como “situaciones de control” y se han

añadido, como presunciones *iuris tantum* que estaban dispersas, las derivadas de la denominación, documentación y publicidad de la sociedad. Así, salvo prueba en contrario, además de en los supuestos ya recogidos actualmente en el artículo 42 del Código de Comercio, también se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- Cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo.
- Cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la perteneciente de la misma al grupo.

Por otro lado, en lo referente a nuestra legislación concursal, el primer tema que se debería abordar es la definición de lo que constituye grupo a efectos concursales. La LC podría tomar como definición de grupo la recogida en el artículo 42 del Código de Comercio, o el 78.1 de la Ley de Cooperativas o acuñar una definición *ex novo*, distinta de las anteriores. De las tres alternativas planteadas me parece que la idónea sería utilizar una definición ya existente y ampliarla a los grupos horizontales y a los grupos por coordinación. Esta solución es la que resulta más adecuada a la LC, ya que la aplicación de sus soluciones a un concepto más amplio que permita acoger a aquellos grupos en los que no existe una relación de dominio (es decir, a los grupos por coordinación u horizontales y a las personas físicas), es la que tiene más sentido a la vista de las normas existentes en la Ley Concursal.

Una vez decidido el concepto de grupo, es esencial determinar si se opta por la extensión o por en el concurso separado de las diferentes personas que lo integran. El profesor Paulus, reflexionando en torno a las características de un Derecho concursal de grupos «moderno», conmina a poner críticamente en entredicho la máxima «un deudor, un patrimonio, un concurso», mas no solo de cara a admitir una coordinación procedimental de los concursos conexos –lo cual cuenta, hoy en día, con una aceptación cuasi unánime–, sino también a dar un paso adelante contra la consideración de la consolidación de las masas como un tema tabú y, dejando a un lado las reticencias dogmáticas¹⁷, admitir la consolidación de masas en casos excepcionales.

En cualquier caso, es preciso avanzar en un concepto de grupo de sociedades tanto en el ámbito mercantil-contable como en sede concursal que elimine imprecisiones, fije el criterio rector y permita acoger a los grupos horizontales y por coordinación. Lo contrario implica ignorar la realidad de la dinámica económica actual.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», *RCP*, núm. 16 (2012), pp. 43 a 66.
- BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 549 a 562;
- BELTRÁN, E., «Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 50 (2009/2010), pp. 157 a 183.

¹⁷ C. PAULUS, “Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht”, cit., p. 1955 y, del mismo autor, “Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht”, cit., p. 291, donde afirma que la defensa de la personalidad jurídica separada es algo que muchos tienen interiorizado acríticamente.

- BLASCO GASCÓ, F., «Comentario al artículo 1857», en Cañizares; De Pablo; Orduña y Valpuesta (dirs.): *Código Civil Comentado*, vol. IV, Pamplona [Aranzadi], 2011, pp. 1264 a 1276.
- BOICAC 92, diciembre 2012. Consulta 4.
- BONET NAVARRO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, pp. 236 a 241.
- CIRCULAR 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros.
- Circular 7/2008, de 26 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de Servicios de Inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Entidades de Capital-Riesgo
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, partes I, II y III.
- CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, Pamplona [Aranzadi], 2013.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., y PÉREZ TROYA, A., «El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (art. 243 LSA)», *RdS*, núm. 16 (2001), pp. 39 a 70.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 3. Legitimación», en Pulgar Ezquerro; Alonso Ledesma; Alonso Ureba y Alcover Grau (dirs.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Dykinson], 2004, pp. 197 a 205.
- «El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal», en García Villaverde; Alonso Ureba y Pulgar Ezquerro (dirs.): *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Madrid [Dilex], 2003, pp. 137 a 159.
- EMBED IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y Derecho concursal», en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid [Marcial Pons], 2005, pp. 1885 a 1908.
- FERRÉ FALCÓN, J., «El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid [Marcial Pons], 2005, pp. 1931 a 1963;
- FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Pamplona [Civitas], 2007.
- GARCÍA ROSTÁN, G., «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Los acreedores concursales (II Congreso español de Derecho de la Insolvencia)*, Pamplona [Aranzadi], 2010, pp. 171 a 187.
- GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriandos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 286 a 317.
- GARRIDO, J. M.^a, «Art. 92. Créditos subordinados», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1658 a 1668;
- GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Barcelona [Marcial Pons], 2002.
- LARGO GIL, R., *La Fusión de Sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, Madrid [Civitas], 2000;
- LEY 19/1989, de 25 julio RCL\1989\1660 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades
- LEY 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.
- LEY 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- LEY 62/2003, de 30 diciembre RCL\2003\3093 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.
- LEY 16/2007, de 4 julio RCL\2007\1311 de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.
- LEY 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.
- LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», *ADCo*, núm. 26 (2012), pp. 251 a 272.
- MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen
- OLIVENCIA, M., «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», en AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid [Civitas], 1978, pgs. 497 a 524;
- PAULUS, C., «Group Insolvencies - Some Thoughts About New Approaches», *Tex. Int'l L. J.*, núm. 42 (2006-2007), pp. 819 a 830;
- «Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht», *ZIP*, núm. 44 (2005), pp. 1948 a 1955;

- PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», en Alonso Ledesma; Alonso Ureba y Esteban Velasco (dirs.): *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, t. II, Pamplona [Aranzadi], 2011, pp. 447 a 486.
- REAL DECRETO 1317/2008, de 24 de julio, por el que se aprueba el Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras
- 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.
- RECALDE, A., «Art. 80. Separación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1441 a 1466.
- REGLAMENTO (CE) n° 177/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, que establece un marco común para los registros de empresas utilizados con fines estadísticos y deroga el Reglamento (CEE) n° 2186/93 del Consejo.
- RIFÁ SOLER, J. M.^a, «Comentario al artículo 25», en Fernández-Ballesteros (coord.): *Derecho concursal Práctico*, Madrid [La Ley], 2004, pp. 151 a 154.
- RIVERA, J. C.; ROITMAN, H., y VÍTOLO, D. R., *Ley de Concursos y Quiebras*, tomo II, 3.^a ed., Santa Fe [Rubinzal-Culzoni], 2005.
- RODRÍGUEZ ARIZA, I. ET AL (2014): *Las reestructuraciones societarias. Combinaciones de negocios y cuentas consolidadas*. Ed. Copicentro S.L. Granada.
- RODRÍGUEZ MERINO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», en Sánchez-Calero y Guilarte (dir.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 553 a 558.
- ROJO, A., «Los grupos de sociedades en el Derecho español», *RDM*, núm. 220 (1996), pp. 457 a 484.
- ROUILLON, A., *Régimen de concursos y quiebras*, 15.^a ed., Buenos Aires [Astrea], 2010.
- SÁNCHEZ-CALERO, J., «Art. 3. Legitimación», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 139 a 170.
- SÁNCHEZ-CALERO, J., y FUENTES, M., «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», *ADCo*, núm. 22 (2011), pp. 9 a 45.
- SANCHO REBULLIDA, F., *La novación de las obligaciones*, Barcelona [Nauta], 1964.
- VELA TORRES, P. J., «Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades»,
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «¿Créditos intrínsecamente perversos? Apuntes acerca de los créditos subordinados que ostentan las personas cercanas al concursado», en Cuenca Casas (coord.): *Familia y concurso de acreedores*, Pamplona [Civitas], 2010, pp. 421 a 465.