

Ponencia impartida por Jesús RIESCO MILLA en los Cursos sobre formación de Abogados en la administración concursal organizados por el Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo en 2008.

---

Agradezco a don Alejandro Alvargonzález y a don Pedro Prendes, que me hayan invitado a participar en este Curso organizado por nuestro Colegio para la formación de los compañeros que deseen formar parte de la lista de administradores concursales que confeccione el Juzgado de lo Mercantil de Oviedo para el año 2008.

Como señala CORSI, la insolvencia complica una realidad –la del grupo de sociedades- que ya es complicada por sí sola, al no existir en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal de grupo de carácter general o que contemple, en concreto, el concurso de una sociedad integrada en el grupo.

Esta circunstancia, unida al protagonismo actual de los grupos de sociedades en el marco de una economía globalizada presidida por el principio de concentración económica, determina la importancia que tendrá la adecuada interpretación de las normas concursales que califican a las sociedades del mismo grupo que la deudora y sus socios como personas especialmente relacionadas, degradando o subordinando sus créditos, máxime si se tiene en cuenta que esa subordinación es de carácter automático.

De acuerdo con los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística, en el tercer trimestre de este año las empresas pertenecientes a un grupo representaban el 16,8% del total de las empresas concursadas, duplicando el porcentaje correspondiente al tercer trimestre del año 2006 (sólo el 8%).

Además, los datos del Instituto Nacional de Estadística no son fiables porque se basan en la situación de las empresas cuando son declaradas en concurso y no en su situación anterior más o menos inmediata a esa declaración, que puede ser relevante en el supuesto de sociedades que han pertenecido a un grupo antes de ser declaradas en concurso y que han roto formalmente esa vinculación ante la inminencia del mismo para eludir las consecuencias inherentes a esa vinculación.

El art. 93.2 de la Ley Concursal incluye entre las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a las sociedades del mismo grupo y sus socios, con la principal consecuencia de la subordinación de sus créditos establecida en el art. 92.5 de la Ley Concursal.

Se establece una subordinación legal y automática basada en una presunción *iure et de iure* que afecta a todas las sociedades del grupo y a sus socios con independencia de la naturaleza del crédito, de que hayan actuado o no de buena fe, de su posición en el grupo o, en definitiva, que se haya ocasionado un perjuicio efectivo a la concursada o a sus acreedores.

Aunque en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal el legislador afirma que la prelación de créditos debe basarse en motivos de justicia y no en criterios de oportunidad, lo cierto es que la solución adoptada, siguiendo el criterio del Anteproyecto de Ley Concursal del año 1995 y del *non nato* Capítulo XI del Anteproyecto de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hace tabla rasa, primando la seguridad jurídica sobre la justicia material del caso concreto.

La subordinación legal de los créditos de las sociedades del mismo grupo que la deudora y sus socios se inspira en la doctrina norteamericana de la subordinación equitativa, que entiende que hay determinadas personas, que identifica como *insiders*, que, por su vinculación con la concursada, deben de ser sancionados con la subordinación de sus créditos cuando la hayan financiado inadecuadamente, por ejemplo concertando créditos que son aportaciones encubiertas de capital para no asumir el riesgo empresarial (supuestos de infracapitalización), o han utilizando su información y capacidad de control sobre la deudora para obtener ventajas frente al resto de los acreedores ante la inminencia del concurso.

Sin embargo, la formulación patria, va más allá, estableciendo un sistema automático que cercena cualquier posible valoración o interpretación de las circunstancias concurrentes, reduciendo la función jurisdiccional a valora si efectivamente concurren las circunstancias de calificación de la sociedad acreedora como integrante del grupo de la concursada. Ha triunfado de esta forma, lo que durante la

elaboración del Anteproyecto de la Ley se conoció como “concepción concursal” frente a la “concepción societaria”. A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, aquí la subrogación no tiene una finalidad sancionadora, sino preventiva, porque no existe en nuestro derecho una obligación específica a cargo del socio o de cualquier otra persona afín al deudor de financiarle mediante la aportación de fondos adscritos al capital propio o, con carácter más general, al riesgo de empresa.

Nadie discute que esté justificada la postergación de los créditos de las sociedades del grupo. Sin embargo, un sector de la doctrina es muy crítico con el automatismo de la subordinación, llegando a afirmar que implica un trato discriminatorio para los grupos de sociedades que vulnera el art. 14 de la Constitución, que tendrá además consecuencias extraconcursales, principalmente en materia de financiación interna del grupo.

Lo cierto es que en el actual Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Alemana sigue el criterio de la Ley Concursal española, y que el prestigioso Catedrático Markus Lutter, llegó a proponer su incorporación al Derecho Comunitario como Directiva para su aplicación directa a todos los estados miembros.

La solución legal tiene ventajas e inconvenientes. Por un lado, garantiza el principio de seguridad jurídica en una materia relacionada con criterios financieros y económicos de difícil comprensión y encaje en el ámbito concursal y societario, lo que implicará una reducción de la litigiosidad, de los plazos de tramitación del concurso y de los costes correspondientes, generalmente a cargo de la masa activa.

Inversamente, es obvio que la subordinación supondrá el retraimiento de la financiación interna de los grupos de sociedades, lo que tendrá consecuencias en el contexto de las empresas en crisis, en las que estos créditos constituyen muchas veces la única fuente de recursos disponible para salvar a la empresa. No obstante, hay autores que matizan estas apreciaciones:

a) En primer lugar, los *insiders* tienen una privilegiada posición para valor los riesgos de inversión en la empresa a la que están vinculados.

b) En segundo lugar, el lógico encarecimiento de la financiación interna, supondrá el correlativo abaratamiento de la financiación externa porque que el automatismo de la subordinación reforzará la posición de los acreedores no vinculados en caso de insolvencia.

Lo que sí resulta criticable es que la subordinación se aplique a aquellos créditos adquiridos antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, que se convertirán de un día para otro en deuda subordinada. Así, por ejemplo, han pasado a ser subordinados los créditos concedidos por los bancos que tienen una cartera de participaciones industriales a sus participadas. Pongamos un ejemplo: que un banco financie una OPA de una participada sobre otra empresa mediante un préstamo sindicado en el que interviene como agente y en el que participan otras entidades financieras en las mismas condiciones, que son lógicamente las del mercado. Si la empresa financiada es declarada en concurso el crédito de la entidad financiera vinculada sería subordinado y el del resto de las entidades sindicadas no, lo que carece de cualquier justificación.

Posiblemente habría sido oportuno introducir en la Ley Concursal una Disposición Transitoria que dejase fuera del sistema de subordinación a todos los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor concertados antes de su entrada en vigor en un marco normativo que no afectaba a dichos créditos y que, consecuentemente, no era preciso eludir.

Uno de los interrogantes que plantea el art. 93.2 de la Ley Concursal es qué debe entenderse por grupo de sociedades al no existir en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal general sino varias normas aplicables en ámbitos normativos concretos no concursales. Aunque no es una cuestión pacífica, creo que debemos remitirnos al art. 4 de la Ley del Mercado de Valores, complementado por el art. 42.1 del CCom, que en su actual redacción (introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre), establece como criterio determinante la existencia de unidad de decisión con independencia de que exista una relación de control de unas por otras. De esta forma el concepto se amplía y comprende no sólo los grupos de sociedades verticales o de subordinación típicos (sociedad dominante-sociedades dominadas), sino también los grupos de sociedades horizontales, paritarios o de coordinación, no siendo extensivo a otro tipo de entidades con personalidad jurídica, como por ejemplo las fundaciones, ni a los *insiders* sean personas físicas, que pueden ser considerados

especialmente relacionados con el deudor como administradores de hecho. Este es el criterio seguido por el Juzgado de lo Mercantil de Murcia en su Sentencia de 6 de febrero de 2007 y por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona en su Sentencia de 15 de junio de 2005, que rechazan la existencia de grupo al no tener el acreedor vinculado el porcentaje de capital o las facultades representativas en el órgano de administración necesarias para ejercer el control efectivo del deudor.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4 de la LMV, que se remite al art. 42.1 del CCom, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las sociedades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto. Además se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad sea socio de otra y, en relación a la misma:

- 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 otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado exclusivamente 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.
- e) Cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la dominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.

Para computar los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por su cuenta o por cuenta de las dominadas, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

La norma también considera persona especialmente vinculada a los socios de las sociedades que pertenecen al mismo grupo que la sociedad deudora. Aunque la redacción de la norma es ambigua, es evidente que no se refiere a los socios de la deudora, incluidos como personas especialmente vinculadas en el número 1º del art. 93.2. Además, aunque la norma no lo diga expresamente, los socios de las sociedades del grupo deberán de tener una participación relevante, debiendo de remitirnos a la regulación de los socios de la concursada, esto es, deberán de ser socios personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales o ser titulares de un porcentaje en el capital social igual o superior al 5%, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10% por ciento si no los tuviera.

Serán objeto de subordinación todos los créditos en sentido amplio, es decir, cualesquiera operaciones que impliquen atribuciones matrimoniales de contenido crediticio, así por ejemplo, contratos de préstamo, de cuenta corriente, de anticipo, de descuento, de depósito irregular, de *factoring*, no afectando, en principio, a otras operaciones que, aún careciendo de una causa crediticia típica, se pueden utilizar con fines financieros, como, por ejemplo, el aplazamiento de obligaciones, la compraventa con pacto de retro, el comodato y la cesión de uso de bienes, ni tampoco a los créditos de terceros que estén garantizados por *insiders*, los cuales podrían utilizarse para financiar a la deudora eludiendo el régimen legal de subordinación.

Por otro lado los créditos que surjan a favor de las sociedades del mismo grupo que la deudora una vez declarado el concurso no tendrán necesariamente la calificación de subordinados. Así, por ejemplo, el derecho a la prestación derivado del éxito de una acción de rescisión, que se considerará crédito contra la masa, salvo que se aprecie mala fe en el acreedor. La administración concursal deberá de valorar en cada caso si es más conveniente renunciar al ejercicio de la acción de rescisión para evitar que los créditos subordinados de la vinculada se conviertan en créditos contra la masa.

Tampoco tendrán la consideración de créditos subordinados los surgidos de contratos de tracto sucesivo que sigan en vigor tras la declaración del concurso, que serán créditos contra la masa (art. 61.2 LC), los surgidos como consecuencia del ejercicio de la facultad de resolución por incumplimiento

posterior a la declaración del concurso (art. 62.4 de la LC), ni los que tengan como finalidad poner en marcha un plan de viabilidad salvo que se pacte la subordinación.

Es discutible si los créditos por responsabilidad extracontractual deben quedar excluidos del régimen de la subordinación. En mi opinión, si la responsabilidad esta declarada y cuantificada deberán de considerarse créditos subordinados.

Las principales consecuencias de la calificación de las sociedades del grupo y sus socios como personas especialmente relacionadas con el deudor son las siguientes:

- La calificación de sus créditos como subordinados de 5º grado, lo que supone que sólo se pagarán en la liquidación del patrimonio del deudor cuando los créditos privilegiados y los créditos ordinarios hayan sido íntegramente satisfechos (art. 158.1 LC) y, dentro de esta categoría, cuando hayan sido satisfechos los créditos subordinados de 4º grado a prorrata con los demás créditos de 5º grado (arts. 92 y 158.2 LC).
- No podrán ejercer el voto correspondiente a dicho crédito en la junta de acreedores convocada para la aprobación del convenio (art. 122.1-1º y art. 122.2 LC), ni adherirse a la propuesta de convenios (arts. 103 y 22 de la LC).
- Una vez aprobado el convenio, los créditos sufren la misma quita y espera que los créditos ordinarios, pero la espera comenzará a computarse una vez se haya producido el cumplimiento íntegro del convenio respecto de los créditos ordinarios (art. 134.1 de la LC). En el supuesto de que no todos los acreedores ordinarios estuvieran sujetos a las mismas quitas (art. 125.1 LC), la correspondiente a los créditos subordinados será la misma que la de aquellos acreedores ordinarios cuyos créditos hubieran sufrido mayor aplazamiento (art. 134.1 LC). En todo caso, no es admisible que para los créditos subordinados se establezca una quita superior a la establecida para los créditos ordinarios de peor condición (art. 100 LC).
- Los acreedores subordinados no pueden aceptar las propuestas alternativas que se contengan en el convenio.
- No podrán ser administradores concursales (art. 28.3 LC), ni tampoco quienes les hayan prestado servicios profesionales en los tres últimos años (art. 28.1).
- Los actos dispositivos a título oneroso realizados por la concursada a su favor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, se presumen perjudiciales para el concurso, salvo prueba en contrario, y, en cuando actos perjudiciales, pueden ser rescindidos (art. 71),

y cuando se hubieran realizado en los tres años anteriores y en condiciones que no fueran las normales del mercado, privan al deudor de la posibilidad de presentar una propuesta anticipada de convenio (art. 1905-5.º- b) (arts. 71 y 105).

Merece especial mención la penalización adicional establecida en el art. 97.2 de la Ley Concursal, que podría pasar desapercibida al no estar incluida entre los preceptos que regulan la subordinación de créditos. De acuerdo con este precepto, si el acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado no impugna en tiempo y forma esta calificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquel fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes. Con esta previsión, el legislador ha tratado de evitar que el titular de un crédito subordinado pueda eludir la subordinación, amparándose en su condición de especialmente privilegiado.

Aunque la redacción de la norma no es muy afortunada, es evidente que no basta impugnar la calificación para que se mantengan las garantías, sino que es necesario que dicha impugnación prospere. En otro orden de cosas, la norma no distingue entre garantías reales y personales por lo que, a priori, afecta a todas, lo cual no tiene ningún sentido en el supuesto de las garantías personales prestadas por terceros cuya extinción en nada afecta al deudor concursado, ni a los acreedores ordinarios. En efecto, la ejecución de la garantía personal colocará al fiador en la misma posición contractual que tenía el acreedor originario y merecerá igualmente la clasificación como acreedor subordinado (art. 87.6 de la Ley Concursal).

No deja de llamar la atención la sanción que prevé este artículo respecto de las garantías, ya que si éstas tienen carácter subsidiario respecto de la obligación principal, deberían de someterse al mismo resultado que aquella, es decir, deberían de quedar postergadas en vez de ser anuladas. Esta es la solución que había previsto la Disposición adicional 12ª del anteproyecto de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que sólo establecía la extinción de las garantías en caso de que los bienes gravados se adjudicaran en ejecución o pago de los créditos de las personas vinculadas al deudor.

Otra efecto derivado de la calificación de las sociedades del grupo y sus socios como especialmente relacionados es la que regula el polémico art. 87.6 de la Ley Concursal, siendo de todos conocido el enfrentamiento entre el sector que defiende su interpretación literal, encabezado por el profesor Rojo, y el sector correccionista, encabezado por el profesor Olivencia. Comoquiera que don Fernando Díaz ya se refirió en su ponencia de ayer a este tema y lo hizo brillantemente, me adhiero a sus conclusiones, esto es, a defender, aunque al día de hoy, la interpretación literal de la norma, y, consecuentemente, que los créditos afianzados por personas especialmente relacionadas con el deudor se deben de calificar como subordinados con independencia de que el fiador haya pagado o no. Esta es la interpretación acorde, a mi juicio, a la finalidad de la norma, que no es otra que evitar que el acreedor pueda sortear la subordinación de sus créditos mediante el afianzamiento de los créditos externos.

Otro de los problemas que plantea la interpretación de la norma es la relativa al momento en que tiene que concurrir la circunstancia determinante de la calificación del acreedor como persona especialmente relacionada. Las soluciones posibles son: en el momento de la declaración del concurso, en el momento de adquisición del crédito, en ambos momentos y, finalmente, en los dos años anteriores a la declaración del concurso, aunque luego desaparezca la circunstancia calificadora.

Aunque esta cuestión tampoco está exenta de polémica y es compleja, entiendo que debe de aplicarse por analogía lo dispuesto en el art. 93.3 de la Ley Concursal para las cesiones de crédito, y ello porque el fundamento de dicha norma, que no hace mención a ninguna circunstancia salvo a la temporal, es extrapolable al resto de personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica. En consecuencia, si la vinculación del acreedor ha existido en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sus créditos deberán de ser calificados como subordinados, aunque luego desaparezca con independencia del momento de adquisición del crédito. Esta es la única opción que evitará actuaciones fraudulentas de los acreedores vinculados, como por ejemplo, desprenderse de sus participaciones en la insolvente antes de que se declare su concurso. Si atendemos al momento de adquisición del crédito ese posible fraude no se evitará, siendo suficiente que la desvinculación formal se produzca en un momento anterior a esa adquisición y a la declaración del concurso.

En cualquier caso, se trataría de una presunción *iuris tantum*, que el acreedor podría desvirtuarse acreditando que la circunstancia calificadora no concurrió en el período de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Los Juzgados de lo Mercantil que se han pronunciado sobre esta cuestión, parecen acoger el criterio que defendemos, pero toman en consideración cuestiones ajenas al mismo. Así, el Juzgado de lo Mercantil de Murcia, en su Sentencia de 6 de febrero de 2007, habla de demostrar la “*neutralidad de la vinculación económica*” del acreedor en el período de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Sorprendentemente, este mismo Juzgado, en su sentencia de 2 de febrero de 2006, entiende que no cabe una interpretación extensiva del art. 93.3, por considerar que se trata de una norma de carácter restrictivo.

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, en su Sentencia de fecha 15 de diciembre de 2006 considera que debe de atenderse al período de los dos años anteriores a la declaración del concurso para evitar que el acreedor pueda anticiparse en el tiempo a dicha declaración desprendiéndose de su situación particular de especial vinculación. Efectivamente, dice la sentencia, *“si atendemos a que la nota común que late en todos los supuestos de postergación de los créditos concursales en cuyos titulares recaiga la condición de persona especialmente relacionada con el deudor persona jurídica al rango de créditos subordinados, es la desconfianza con que el legislador trata al “insider” o privilegiado conocedor de la situación financiera y patrimonial de la persona jurídica fallida, pues al disponer aquéllos de una mejor información que el resto de los acreedores concursales externos viene la norma a establecer una presunción iuris et de iure de que la actuación de los primeros va en detrimento del derecho de estos últimos, podríamos aceptar la solución expuesta y sostenida en su informe por la Administración concursal como aquélla que ofrece mayores garantías para evitar que esa persona que goza de un conocimiento privilegiado de la situación del deudor pueda maniobrar para eludir la postergación de su crédito en el momento en que atisbe los primeros síntomas de crisis en aquél”*. Ahora bien, sigue diciendo la Sentencia, *“la anterior solución, dentro de la variada casuística que se puede presentar, parece obedecer al supuesto en que la sociedad en grupo se desprende de esa vinculación siendo ya titular del crédito que posteriormente tratará de insinuar en el concurso. Por el contrario, la secuencia o cadena de hechos que aparece en el caso examinado no es esa sino la de existencia de una relación de sociedades en grupo, ruptura de tales vinculaciones, y posterior nacimiento del crédito, de tal modo que no es posible trasladar el remedio previsto para una situación a otra distinta, pues en esta última no se aprecian motivos para subordinar un crédito que nace a la vida jurídica cuando ha desaparecido cualquier relación entre su titular y el fallido”*. Es decir, el Juzgado considera que la desvinculación del acreedor anterior a la adquisición del crédito no fue meramente formal o fraudulenta.

Espero que sepan disculpar que mi exposición les haya podido generar más sombras que luces, y que ha eludido pronunciarme sobre la polémica que suscita en la doctrina esta materia, pero entiendo que para los que estamos al margen del mundo académico la interpretación de las normas debe de ser íntima porque la que un día defendemos ante un Tribunal posiblemente tengamos que denostarla posteriormente ante otro, porque, aunque no siempre bien entendida, esa es nuestra función y deber, la defensa del cliente sin ningún condicionante. Me he limitado, pues, no se si bien o mal, a tratar de

ilustrarles sobre el estado de la cuestión, confiando en que la interpretación judicial llegue a establecer un cuerpo de doctrina consolidado en aras de la necesaria seguridad jurídica.