

## NEWSLETTER JUNIO 2014

### ÁMBITO CONCURSAL

#### **EL grupo de empresas en sede concursal, a la luz de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona número 449/13 de 11 diciembre**

Resulta de interés el análisis de la reciente sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona número 449/13 de 11 diciembre, respecto de la consideración de grupo de empresas a los efectos concursales.

En el concurso de la sociedad CUBIGEL COMPRESSORS SAU., KOXKA TECNOLOGIES S.L.U. pretende el reconocimiento de un crédito de 2.181.270 € de los que 888.770,19 € derivan de un préstamo y 1.499.940 € de rentas mensuales de un contrato de arrendamiento de maquinaria.

La Administración Concursal reconoce el crédito que KOXKA le comunica con la calificación de subordinado porque considera que conforme al artículo 92.5 en relación con el 93 LC (RCL 2003, 1748), el acreedor es persona especialmente relacionada con el deudor y forman parte del mismo grupo de empresas.

El acreedor impugna esa calificación por considerar que no concurre ninguno de los supuestos del artículo 93.2 LC ni tampoco forma parte del mismo grupo de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio (CCom).

Contesta la Administración Concursal argumentando que ambas sociedades forman parte del mismo grupo de empresas, que están vinculadas por pertenecer a un mismo socio que ostenta posición de dominio, existiendo unidad de decisión.

La sentencia de instancia concluye que ambas sociedades forman parte del mismo grupo. **Existe unidad de decisión en la medida que en la cúspide de ambas sociedades aparece una misma persona que controla la mayoría del capital de las dos sociedades. Esa unidad de decisión se materializa en el hecho de que las sociedades tengan administradores y apoderados comunes.**

Aunque la relación entre ambas sociedades sea de naturaleza horizontal o de control común, el juez de primera instancia entiende que la remisión que la Disposición Adicional Sexta de la Ley 38/2011 realiza al artículo 42 del CCom **no excluye en modo alguno las relaciones horizontales.**

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial aborda el concepto de grupo de empresa a la luz de los cambios legislativos producidos.

Se parte de la concepción del grupo de sociedades con base en el criterio de "unidad de decisión" o de dirección unitaria, que puede surgir de una relación de jerarquía o subordinación de una sociedad a otra, porque ésta, por vínculos societarios, tuviere el poder de decisión en los órganos de gobierno (grupos verticales o jerárquicos), o bien de otros vínculos, distintos del control o dominio, tendentes a establecer una unidad económica funcional, con un sustrato de unidad de decisión, conformando una unidad de dirección a través de los órganos de administración (grupos horizontales).

No obstante, según la propia resolución comentada, tras la reforma del artículo 42 CCom, se redefine el concepto de grupo a efectos de consolidación de cuentas, **sustituyendo el criterio de la unidad de decisión por el de control societario.** Desde esta concepción quedarían excluidos grupos paritarios (grupo horizontal), de modo que la obligación de consolidación de cuentas únicamente afecta a la sociedad dominante de un grupo jerárquico (grupo vertical)

Finalmente, **la sentencia estima el recurso y entiende que ambas sociedades no forman parte del mismo grupo de empresas por considerar que la relación entre las sociedades en litigio es horizontal y, por consiguiente, no pueden tener la consideración de grupo de empresas por remisión a lo dispuesto en el artículo 42 CCom.** Las dos sociedades están participadas por un accionista mayoritario y comparten órgano de administración. No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. **En consecuencia, no estando dentro de un supuesto de control societario (grupo vertical), ambas sociedades no pueden formar parte del mismo grupo de empresas.**

Sin perjuicio de lo anterior, de la tesis mayoritaria adoptada por la Audiencia Provincial de Barcelona se aparta el magistrado Juan F. Garnica Martín, que formula voto particular discrepante.

El voto particular considera que existirá grupo allá donde se produzca una situación de dominio entre dos o más sociedades. En su opinión, únicamente deben quedar fuera de la consideración de grupo de empresa aquéllos en los cuales no exista una situación de dominio y que su actuación como grupo obedezca a razones distintas de la idea de control.

Por último, parte de la premisa que el 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 que concurre una situación de control, por

tanto, no un concepto formal o cerrado, apegado a la existencia o no de consolidación de cuentas.

En conclusión, la resolución comentada limita la noción de grupo de empresas a aquéllos en los que existe un control jerárquico (grupo vertical). No obstante, la solución adoptada parece que no ha acabado con las dudas existentes y habrá que esperar al pronunciamiento que realice sobre la materia el Tribunal Supremo. En todo caso, entendemos que el elemento a tener en cuenta para considerar la existencia de un grupo de empresas debe ser el de un efectivo control o posición de dominio (directo o indirecto), sin necesidad de que forzosamente haya de existir un control vertical.

Barcelona, 1 de Junio de 2014.